



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 1/2023
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Saggi

Ugo Patroni Griffi – [Le comunità energetiche portuali](#) (p. 1)

Vittorio Teotonico – [Dottrina, giurisprudenza ed evoluzione del diritto](#) (p. 50)

Ugo Patroni Griffi – [La legge Golfo-Mosca alla prova della direttiva \(UE\) 2022/2381](#) (p. 75)

Ignazio Spadaro – [The use of cryptotype in the comparison by Supranational Courts: brief remarks from the ECJ's judgement on the early retirement age for Polish Supreme judges](#) (p. 101)

Maria Chiara Girardi – [La funzione sociale della retribuzione. Riflessioni a partire dalla direttiva COM\(2020\)682 in tema di salari minimi adeguati nell'UE](#) (p. 126)

Teresa Esposito – [Il caso Bagnoli tra ordinamento costituzionale e dimensione sovranazionale](#) (p. 160)

Alfonso Maresca – [La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura alla luce della riforma Cartabia](#) (p. 211)

Alberto Lucarelli – [La legge Croce del 1922 ed il Convegno Internazionale di Capri sul paesaggio](#) (p. 268)

Luca Longhi – [La responsabilità civile dei magistrati nella prospettiva dei diritti inviolabili della persona danneggiata](#) (p. 276)

Francesco Muzj – [Da una nozione descrittiva a una nozione prescrittiva di Multilevel Governance](#) (p. 288)

Chiara A. d'Alessandro – [L'elezione diretta del Presidente della Repubblica: norme costituzionali e legislazione di contorno. Studio comparato di esperienze di democrazia europea](#) (p. 322)

Alessandro Rosanò – [Un collegamento più forte tra politica di coesione dell'Unione europea e solidarietà: il pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa \(REACT-EU\)](#) (p. 372)

Antonio Ignazio Arena – [What reforms for Europe without a reform for european representative democracy?](#) (p. 422)

Iole Pia Di Ciommo – [Ricerca scientifica e resilienza di genere: nuovi scenari per vecchi problemi](#) (p. 440)

Anna Fazzini – [The evolution of the State Immunity Law in the light of the case Germany v. Italy \(2\): where do we stand?](#) (p. 460)

Giuseppe Naglieri – [Il federalismo fiscale differenziato e la solidarietà interterritoriale: una lettura dell'autonomia differenziata italiana con la lente del regionalismo asimmetrico spagnolo](#) (p. 484)

Giuseppe Sanseverino – [L'evoluzione dello scopo mutualistico: regola costituzionale ed economia globalizzata. L'esempio paradigmatico del credito cooperativo](#) (p. 513)

Rosanna Fattibene – [Le misure contro le povertà tra diritto sovranazionale e ordinamento interno](#) (p. 547)

Giuseppe Monaco – [Per un inquadramento generale delle comunità energetiche rinnovabili, tra politiche europee e principi costituzionali di riferimento](#) (p. 589)

Gianluca Gentile – [L'invenzione penitenziaria e la crisi dello Stato sociale](#) (p. 608)

Maria Chiara Girardi – [Reflections on public property from an analysis of the evolution and recent trends in the commons](#) (p. 626)

Marcello Salerno – [D.P.C.M. regolamentari e ruolo del Presidente del Consiglio](#) (p. 645)

Damiano Fuschi – [Vaccine requirements: a comparative legal analysis of different jurisprudential and regulatory instances in the U.S. States](#) (p. 723)

Antonia Maria Acierno – [La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi](#) (p. 748)

Giacomo Palombino – [La cura del futuro al tempo delle transizioni](#) (p. 804)

Luca Di Domenico – [Finanza sostenibile, tassonomia europea e principio DNSH: le novità strategiche dell'Unione e i riflessi in ambito nazionale](#) (p. 821)

Giulio Rivellini – [Pubblico impiego nazionale e condizionalità europea](#) (p. 850)

Materiali

Alberto Lucarelli – [Lo schema di decreto delegato di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 8 della legge delega del 2 agosto 2022: illegittimità diffuse. Audizione 30 novembre 2022 – I Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica](#) (p. 16)

Alberto Lucarelli – [Prefazione a Sergio Stammati, Il costituzionalismo nell'età dell'incertezza. La crisi delle istituzioni costituzionali italiane in una prospettiva europea e globale, a cura di A. Lucarelli e S. Cafiero, Editoriale Scientifica, 2022](#) (p. 46)

Notizie sugli autori (p. 867)

Focus – La Conferenza sul futuro dell'Europa

Barbara Guastaferro – [Un focus dedicato alla Conferenza sul futuro dell'Europa: note introduttive](#) (p. I)

Luigi Gianniti – [Prime riflessioni attorno alla Conferenza sul futuro dell'Europa](#) (TEXTUEL, Paris, 2019) (p. XVI)

Nicola Verola e Filippo Gherini – [Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla Convenzione](#) (p. XXXII)

Paolo Ponzano – [La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre](#) (p. XLV)

Susanna Cafaro – [La partecipazione italiana alla Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre](#) (p. LXIV)

Roberto Castaldi – [La proposta di un referendum europeo e il rafforzamento della democrazia europea](#) (p. LXXX)

Daniele Vitale – [Tutela ambientale e Conferenza sul futuro dell'Europa: quali prospettive?](#) (p. XCVI)

Sara Cucci – [La riforma dell'atto elettorale europeo e il pacchetto legislativo democrazia e trasparenza](#) (p. CX)

Claudio Di Maio e Giuseppe Laneve – [La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto](#) (p. CXXVII)

Notizie sugli autori (p. CLII)

LE COMUNITÀ ENERGETICHE PORTUALI*.

di Ugo Patroni Griffi**

Sommario. 1. La strategia dell'Unione Europea. – 2. Le CER in Italia. – 3. L'attuazione della normativa. – 4. Gli effetti della sperimentazione. – 5. Le recenti novelle normative. – 6. Le CER portuali (e della difesa). – 7. La costituzione di una CER portuale. – 8. La realizzazione degli impianti.

1

1. La strategia dell'Unione Europea.

La strategia energetica della UE è definita dal CEP (*Clean Energy for all European Package*) composto da quattro direttive¹, e quattro regolamenti². Nella strategia europea è centrale il ruolo dei consumatori finali, cui viene offerta l'opportunità di produrre e vendere autonomamente l'energia, anche collettivamente³. Le direttive UE RED II⁴ e IEM⁵, appunto, introducono modelli innovativi e cooperativi⁶ di gestione collettiva dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, e impegnano gli Stati membri a sostenerne la diffusione.

* Sottoposto a referaggio. Il presente lavoro è destinato agli scritti in memoria di Andrea Gilardoni.

** Professore Ordinario di Diritto commerciale – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Direttiva 2019/944/UE del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; direttiva 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili; direttiva 2018/2002/UE dell'11 dicembre 2018 sull'efficienza energetica; direttiva 2018/844/UE del 30 maggio 2018 sulla prestazione energetica.

² Regolamento 2019/943/UE del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica; regolamento 2019/942/UE del 5 giugno 2019 relativo all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER); regolamento 2019/941/UE del 5 giugno 2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica; regolamento 2018/1999/UE dell'11 dicembre 2018 sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima.

³ Il fenomeno regolato ed incentivato dalla UE era già noto a livello internazionale come “*community energy*”, M.L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulaniello (a cura di), *Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Milano, 2021, p. 17; G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, *Autoconsumo collettivo e comunità energetiche: prime riflessioni sul recepimento della Direttiva RED II* (D. Lgs. 199/2021 e D.L. n. 17/2022), in *Management delle utilities e delle infrastrutture*, n. 2/2022, p. 58.

⁴ Direttiva 2018/2001/UE.

⁵ Direttiva 2019/944/UE.

⁶ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, 2020, p. 29, <https://doi.org/10.12910/DOC2020-012>; M. Delfanti, *Le Comunità Energetiche, una mappa della partecipazione degli utenti finali alle politiche di decarbonizzazione*, in M. L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulaniello (a cura di), *Community energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 9 ss.

L'azione della UE appare del resto coerente anche con settimo Obiettivo di Sviluppo Sostenibile, definito dall'Organizzazione delle Nazioni Unite: «assicurare a tutti l'accesso ai sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni»⁷.

La direttiva RED II definisce la «comunità di energia rinnovabile» come un soggetto giuridico fondato sulla partecipazione, aperta e volontaria⁸, di chi – persona fisica, PMI (a condizione che la partecipazione alla comunità non costituisca l'attività commerciale principale) o pubblica amministrazione – si trovi nelle vicinanze dei suoi impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili; e che abbia come obiettivo principale quello di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità⁹ ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari» (art. 2, par. 1).

La medesima direttiva obbliga gli Stati membri ad assicurare che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile garantendo che gli stessi non siano soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che possano impedirne la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile (art. 22).

Gli Stati membri assicurano, inoltre, che le comunità di energia rinnovabile (CER) abbiano il diritto di produrre, consumare, immagazzinare e vendere o scambiare l'energia rinnovabile, e che non solo siano rimossi tutti gli ostacoli normativi o burocratici ingiustificati affinché ciò possa avvenire, ma anche sia introdotto un quadro di sostegno – nel rispetto della normativa sugli aiuti di Stato – che promuova e agevoli lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile.

I principi essenziali del quadro di sostegno 4 e della sua attuazione fanno parte degli aggiornamenti dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri e delle relazioni sullo stato di avanzamento ai sensi del regolamento (UE) 2018/1999.

⁷ Aware, *Le Comunità Energetiche: un'analisi politico-sociale*, 2021, p. 8, https://www.awarethinktank.it/wp-content/uploads/2021/04/ANALISI_ComunitaEnergetiche_CelesiaSalisRogai.pdf

⁸ Non a caso le CER vengono anche definite come “una coalizione di utenti che, tramite la volontaria adesione ad un contratto, collaborano con l'obiettivo di produrre, consumare e gestire l'energia attraverso uno o più impianti energetici locali”, AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, cit.

⁹ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, cit., p. 6 che ricorda come la “prossimità” spaziale dell'offerta di energia alla domanda di consumo è necessaria per permettere al sistema elettrico nazionale di funzionare in modo ottimale; AA.VV., *La comunità energetica*, 2021, p. 19, <https://www.pubblicazioni.enea.it/le-pubblicazioni-enea/edizioni-enea/anno-2021/la-comunita-energetica-vademecum-2021.html>

Sta invece agli Stati membri decidere se le comunità di energia rinnovabile possano o meno aprirsi alla partecipazione transfrontaliera.

Come correttamente rilevato le CER “rappresentano un soggetto nuovo¹⁰ per i mercati energetici, attento alle peculiarità locali e con una finalità diversa da quella di lucro. Sono imprese basate su un ‘modello democratico’¹¹ di governo, in cui le decisioni sono prese dai membri della comunità in modo indipendente ed autonomo, che possono collaborare con altri attori del mercato, senza che questi debbano diventare necessariamente membri della comunità”¹².

2. Le CER in Italia.

Il legislatore italiano ha introdotto dapprima una disciplina transitoria delle CER, nelle more del completo recepimento della direttiva RED II.

Il nostro legislatore ha modellato la disciplina «transitoria» sulle esigenze di piccoli gruppi di consumatori decisi a condividere l’energia prodotta dagli impianti di alcuno di essi (che essendo anche consumatore è chiamato “prosumer”¹³). Uno strumento di contrasto alla, incalzante, “povertà energetica”¹⁴ che già prima della pandemia e della guerra in Ucraina¹⁵

¹⁰ M. Delfanti, *Le Comunità Energetiche, una mappa della partecipazione degli utenti finali alle politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 10, parla di “modello alternativo per la promozione e l’uso di energia da fonti rinnovabili”.

¹¹ M. Bolognesi, A. Magnaghi, *Verso le comunità energetiche*, in *Scienze del territorio*, 2020, p. 148.

¹² AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Orange book*, Milano, 2022, p. 4.

¹³ Si stima che entro il 2050 264 milioni di cittadini della UE si uniranno al mercato dell’energia come *prosumers*, v. AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell’energia*, 2020, p. 6, <https://doi.org/10.12910/DOC2020-012>.

¹⁴ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell’energia*, cit., p. 27: “la povertà energetica è in estrema sintesi l’eccessiva distrazione di risorse del proprio reddito per far fronte alle bollette energetiche e l’impossibilità di acquistare i servizi energetici essenziali”; AA.VV., *La comunità energetica*, cit., p. 13 ss.

¹⁵ La guerra è destinata ad allargare a macchia d’olio l’area della povertà energetica, come è stato riconosciuto dalla stessa UE, v. Proposta di Risoluzione, presentata a seguito di dichiarazioni del Consiglio e della Commissione, a norma dell’articolo 132, paragrafo 2, del regolamento sulle conseguenze sociali ed economiche per l’UE della guerra russa in Ucraina – rafforzare la capacità di agire dell’UE, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0280_IT.html. Un recentissimo studio della CGIA di Mestre (<http://www.cgiamestre.com/wp-content/uploads/2022/03/Italia-Poverta-energetica-26.03.2022-1.pdf>) stima che oramai la povertà energetica coinvolga oltre quattro milioni di famiglie, «a livello territoriale la situazione più critica si presenta nel Mezzogiorno, dove la frequenza della povertà energetica oscilla tra il 24 e il 36 per cento delle famiglie di quel territorio. In Campania, ad esempio, il range va da almeno 519 mila nuclei in difficoltà a quasi 779 mila, in Sicilia da poco più di 481 mila a 722 mila e in Calabria da poco oltre le 191 mila fino a quasi 287 mila unità. Altrettanto critica è la situazione in altre regioni del Centrosud che registrano una frequenza della povertà energetica medio alta: tra il 14 e il 24 per cento. In

affliggeva oltre due milioni di connazionali¹⁶. Povertà che non solo impedisce agli stessi di fruire di *utilities* essenziali (luce, riscaldamento, gas) ma ne limita la mobilità¹⁷ (e già il caro carburanti *azzoppa* i poveri!); povertà che, per inciso e a causa degli eventi innanzi ricordati, rischia di dilagare.

Le CER, dunque, sono state introdotte in Italia dal d.l. *milleproroghe* 30 dicembre 2019, n. 162 (convertito con la l. n. 28 febbraio 2020, n. 8).

Il nostro legislatore prevedeva con il d.l. n. 162/19 che i consumatori di energia elettrica potessero associarsi per realizzare comunità energetiche rinnovabili alle seguenti condizioni (art. 42 *bis*):

1. – gli azionisti o membri della CER devono essere persone fisiche, piccole e medie imprese, enti territoriali o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, e la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non può costituire l'attività commerciale e industriale principale;
2. – l'obiettivo principale della CER è di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera la comunità, piuttosto che profitti finanziari;
3. – la partecipazione alle CER deve essere aperta a tutti i consumatori i cui punti di prelievo siano ubicati su reti elettriche di bassa tensione sottese, alla data di creazione dell'associazione, alla medesima cabina di trasformazione media tensione/bassa tensione
4. – i soggetti partecipanti producono energia con impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza complessiva non superiore a 200 kW, entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 162/2019.

La normativa precisava, inoltre e conformemente a quanto previsto dalla direttiva in tema di tutele dei membri delle comunità, che i clienti finali della CER mantengono i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore, possono recedere in ogni

questa fascia notiamo la Puglia, con un numero di famiglie che oscillano tra le 223 mila e le 383 mila e la Sardegna, con una forchetta che varia da quasi 102 mila fino a poco più di 174 mila».

¹⁶ L'Osservatorio italiano sulla Povertà Energetica ha calcolato - https://oipeosservatorio.it/2021/12/23/poverta_energetica2020/ - che nel 2020 l'8 per cento delle famiglie italiane, vale a dire 2,1 milioni di famiglie, era in povertà energetica. Sul punto v. anche AA.VV., *La povertà energetica in Italia. Secondo rapporto dell'Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica (OIPE)*, 2020, http://oipeosservatorio.it/wp-content/uploads/2020/12/rapporto2020_v2.pdf.

¹⁷ D. Petrucco (a cura di), *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, in *qualenergia.it* 2021, p. 6, osserva che la “povertà energetica” non riguarda la sola possibilità di pagare le utenze “ma anche la possibilità di usufruire di mezzi di trasporto adeguati a svolgere attività lavorative e di socializzazione”.

momento dalla configurazione di autoconsumo (fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati), regolano i propri rapporti con la CER tramite un contratto di diritto privato che individui univocamente il soggetto delegato, responsabile del riparto dell'energia condivisa¹⁸.

Come si è correttamente rilevato è possibile distinguere tra due tipologie di CER: le “comunità di interessi, quelle che riuniscono soggetti accumulati da una finalità condivisa, come le pratiche per un uso più efficiente dell'energia o la produzione da autoconsumo” e “le comunità di luogo, ovvero le comunità i cui membri condividono, oltre alle già menzionate finalità, anche il fatto di operare in una determinata area locale”¹⁹.

3. L'attuazione della normativa.

La disciplina transitoria era attuata da parte di ARERA con la delibera 4 agosto 2020 318/2020/R/ee, e da parte del MISE con il d.m. 16 settembre 2020.

La delibera ARERA implementava «un modello regolatorio virtuale, flessibile e velocemente implementabile» consistente nel: *a)* continuare ad applicare la regolazione vigente, garantendo a tutti i soggetti interessati tutti i diritti attualmente garantiti; *b)* prevedere la richiesta a un soggetto terzo, quale il GSE, dell'accesso alla regolazione prevista per le comunità di energia rinnovabile; *c)* prevedere la restituzione, da parte del GSE, di importi o di componenti tariffarie spettanti in relazione all'energia oggetto di autoconsumo o consumo collettivo; *d)* prevedere l'erogazione, da parte del GSE, dell'incentivo definito dal Ministro dello Sviluppo Economico ai sensi dell'articolo 42-*bis*, comma 9, d.l. n. 162/19.

La delibera ARERA, inoltre, prevedeva per le comunità di energia rinnovabile, il diritto alla restituzione di alcune componenti tariffarie di rete (ammontanti a circa 8 €/MWh «rispetto all'energia prodotta dall'impianto detenuto dalla CER e consumato nel medesimo arco orario dai suoi membri»²⁰).

¹⁸ I clienti finali partecipanti possono, inoltre, demandare a tale soggetto la gestione delle partite di pagamento e di incasso verso i venditori e il Gestore dei servizi energetici (GSE) S.p.a.

¹⁹ G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 60.

²⁰ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Orange book*, cit., p. 4.

Il DM 16 settembre 2020 disciplinava la tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di comunità energetiche rinnovabili. Gli incentivi, di tipo “*feed-in premium*”²¹, erano determinati – per un periodo di 20 anni – in misura pari a: a) 100 €/MWh nel caso in cui l'impianto di produzione faccia parte di una configurazione di autoconsumo collettivo; b) 110 €/MWh nel caso in cui l'impianto faccia parte di una comunità energetica rinnovabile.

Nel 2020 erano, infine, pubblicate dal GSE le regole tecniche per l'accredito delle CER, prevedendo che le relative domande possono essere presentate direttamente sul portale del GSE²².

Da un punto di vista squisitamente tecnico le CER operano come una centrale elettrica virtuale (*Virtual Power Plant*) che non solo interagisce con la rete TERNA, ma ne contribuisce alla “stabilità, di volta in volta immettendo o prelevando energia in modo programmato”²³.

4. Gli effetti della sperimentazione.

Come si è visto la disciplina delle CER, dichiaratamente sperimentale e transitoria, aveva ad oggetto Comunità di *taglia* piccola in cui la potenza degli impianti condivisi non poteva eccedere i 200KWh, e la finalità principale di contrastare il dilagante fenomeno della *povertà energetica*. Nonostante gli incentivi riconosciuti alle CER l'effetto pratico è stato davvero minimo. In Italia, infatti, sono censite una ventina di CER²⁴, mentre la Germania ne ha quasi 2000. L'Italia è il fanalino di coda, superata finanche da Belgio, Polonia e

²¹ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia*. Orange book, cit.

²² *Comunità energetiche e autoconsumo collettivo online regole tecniche e portale per le richieste*, <https://www.gse.it/media/comunicati/comunita-energetiche-e-autoconsumo-collettivo-online-regole-tecniche-e-portale-per-le-richieste>. Per alcuni esempi – anche di scala regionale-esteri, v. AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, cit., p. 8.

²³ D. Petrucco (a cura di), *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, cit., pp. 6 e 12 ss., qualenergia.it. sotto il profilo della misurazione dell'energia “è necessario dotarsi di strumenti di misurazione (meters) e di gestione dei flussi di produzione e consumo (*demand response*). I *meters* rilevano in tempo reale i consumi di ciascun membro della comunità e li inviano a una piattaforma *software* che li elabora integrandoli con quelli degli altri utenti e con la produzione”. Insomma, le CER sono *smart grid*, in cui gli utenti sono dotati di *smart meters*

²⁴ Definibili “prototipali”, v. M. Delfanti, *Le Comunità Energetiche, una mappa della partecipazione degli utenti finali alle politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 10; in arg. V. anche C. Candelise e G. Ruggieri, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, n. 13/2020, p. 1888.

Spagna²⁵.

Le CER italiane sono per di più di taglia compresa tra i 20 e i 50 KWp²⁶, quindi molto piccole. Si tratta, infatti, di progetti sperimentali²⁷. La limitata potenza massima degli impianti impediva “il coinvolgimento di un grande numero di cittadini e soprattutto di imprese”²⁸, e correttamente i primi commentatori avvertivano che se l’obiettivo è di rendere le CER un effettivo strumento della transizione energetica è necessario aumentare la potenza degli impianti e il numero dei potenziali attori²⁹, intercettando adeguate capacità manageriali³⁰ e valorizzando il ruolo della pubblica amministrazione come membro fondatore e promotore delle CER sul proprio territorio di competenza.

Sul piano pratico era, poi, evidenziato che le fonti energetiche utilizzate erano limitate all’energia solare o idroelettrica, mentre erano trascurate le fonti più interessanti per le comunità energetiche a servizio dei distretti produttivi (eolico, biomasse, biogas, *clean gas* etc.)³¹

Sotto il profilo della forma giuridica prescelta emergeva: “una preferenza per le forme giuridiche solidaristiche dell’associazione o della cooperativa” nonché “una scarsa adesione di imprese e attività economiche”³².

5. Le recenti novelle normative.

Nel 2021 e nel 2022 il legislatore è intervenuto, come si è anticipato e in sede di recepimento pieno delle direttive UE³³, per rilanciare le CER.

I clienti finali hanno il diritto di organizzarsi in CER alle seguenti condizioni³⁴: a) l’obiettivo principale della CER sia quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali ai soci o membri o alle aree locali in cui opera e non quello di realizzare profitti finanziari; b) la comunità sia un soggetto di diritto autonomo e l’esercizio dei poteri di

²⁵ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Orange book*, cit., p. 15.

²⁶ Kilowatt di picco, vale a dire la potenza teorica massima producibile dall’impianto.

²⁷ AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Orange book*, cit., p. 15.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, cit., p. 16.

³¹ *Ibidem*, cit., p. 15.

³² G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 63.

³³ D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199.

³⁴ Art. 30, d.lgs. n. 199/2021.

controllo³⁵ faccia capo esclusivamente a persone fisiche, PMI³⁶, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali situate nel territorio dei Comuni in cui sono ubicati gli impianti di produzione condivisi; c) per quanto riguarda le imprese, la partecipazione alla CER non possa costituire l'attività commerciale e industriale principale; d) la partecipazione alle CER sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili.

Per quanto, invece, riguarda l'operatività delle CER è precisato³⁷ che: a) ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti (la cui taglia è incrementata a 1 Mwp³⁸, e la cui area è estesa a tutti coloro i quali siano connessi alla rete attraverso la medesima cabina primaria) che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della comunità; b) l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità, mentre l'energia in eccesso può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione; c) i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio; d) la CER può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri, può promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità³⁹.

³⁵ Il controllo cui fa riferimento la norma è a mio avviso gestorio, di diverso avviso G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 61, i quali ritengono che “potrebbe essere inteso come potere di controllo degli aderenti sul soggetto incaricato della gestione dell'ente rispetto al perseguimento dell'obiettivo principale della comunità, ovvero il benessere ambientale, economico e sociale”.

³⁶ Il riferimento è alla definizione di PMI di cui all'art. 2, Raccomandazione n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003, G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 60.

³⁷ Art. 30, d.lgs. n. 199/2021.

³⁸ Ai sensi dell'art. 8, d.lgs., n. 199/2021, i meccanismi di incentivazione dovranno essere aggiornati, sulla base dei seguenti criteri direttivi: (a) possono accedere all'incentivo gli impianti a fonti rinnovabili che hanno singolarmente una potenza non superiore a 1 MW e che entrano in esercizio in data successiva al 15 dicembre 2021; (b) l'incentivo è erogato solo in riferimento alla quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo connesse sotto la stessa cabina primaria; (c) l'incentivo è erogato in forma di tariffa incentivante attribuita alla sola quota di energia prodotta dall'impianto e condivisa all'interno della Comunità; (d) nei casi in cui la condivisione è effettuata sfruttando la rete pubblica di distribuzione, è previsto un unico conguaglio; (e) la domanda di accesso agli incentivi è presentata alla data di entrata in esercizio e non è richiesta la preventiva iscrizione a bandi o registri; (f) l'accesso all'incentivo è garantito fino al raggiungimento dei relativi contingenti di potenza.

³⁹ Si è correttamente rilevato che la norma che amplia il raggio di azione delle CER ad ulteriori fonti rinnovabili, attività e servizi “sembra attribuire alle comunità energetiche una funzione di corpo intermedio

La normativa attuativa conferma la tutela dei membri delle CER contro il rischio di pratiche discriminatorie garantendo ai medesimi: *a)* di mantenere i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore; *b)* di poter recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo (fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati); *c)* di regolare regolano i rapporti tramite un contratto di diritto privato che non solo preveda i suddetti diritti, ma anche individui univocamente il soggetto responsabile del riparto, cui i clienti finali partecipanti possono demandare la gestione delle partite di pagamento e di incasso verso i venditori e il GSE. Gli incentivi previsti per le CER⁴⁰ sono cumulabili con gli incentivi previsti per la transizione energetica⁴¹, inoltre il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), approvato il 13 luglio 2021, destina 2,2 miliardi delle risorse dedicate alla «Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica» per lo sviluppo delle comunità energetiche. Nelle more dell’emanazione della disciplina attuativa da parte del MISE⁴² e da parte di ARERA⁴³ il

in grado di coinvolgere cittadini, operatori del settore e pubbliche amministrazioni ben oltre l’ambito della produzione e della condivisione dell’energia prodotta, affermandosi come luogo di sintesi di interessi pubblici e privati in grado di svolgere un ruolo da protagonista ai fini del raggiungimento dei *target* prefissati dall’Unione europea», così G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 61.

⁴⁰ L’art. 14, d.lgs. n. 199/2021 ha cura di precisare che «in attuazione delle misure Missione 2, Componente 2, investimento 1.2 ‘Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l’auto-consumo’ sono definiti criteri e modalità per la concessione di finanziamento a tasso zero fino al 100 per cento dei costi ammissibili, per lo sviluppo della comunità energetiche, così come definite nell’articolo 31, nei piccoli comuni attraverso la realizzazione di impianti di produzione di FER, anche abbinati a sistemi di accumulo di energia. Con il medesimo decreto sono definite le condizioni di cumulabilità con gli incentivi tariffari di cui all’articolo 8».

⁴¹ Sul punto v. AA.VV., *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell’energia*, cit., p. 14 ss.; D. Petrucco (a cura di), *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 8.

⁴² Ai sensi dell’art. 8, d.lgs. n. 199/2021, il MISE deve provvedere, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ad aggiornare i meccanismi di incentivazione previsti dalla disciplina sperimentale e transitoria (la quale continua ad applicarsi fino all’adozione del nuovo decreto attuativo).

⁴³ Ai sensi dell’art. 31, d.lgs. n. 199/2021 entro 90 giorni dalla entrata in vigore dello stesso Arera avrebbe dovuto adottare i provvedimenti attuativi, provvedendo in particolare: *a)* nei casi in cui gli impianti di produzione e i punti di prelievo siano connessi alla porzione di rete di distribuzione sottesa alla stessa cabina primaria, ad individuare, anche in via forfettaria, il valore delle componenti tariffarie disciplinate in via regolata, nonché di quelle connesse al costo della materia prima energia, che non risultano tecnicamente applicabili all’energia condivisa, in quanto energia istantaneamente autoconsumata sulla stessa porzione di rete; *b)* prevedere modalità con le quali il rispetto del requisito di cui alla lettera *a)* sia verificato anche attraverso modalità veloci e semplificate, anche ai fini dell’accesso agli incentivi (a tal fine va previsto che i distributori rendano pubblici i perimetri delle cabine primarie, anche in via semplificata o forfettaria); *c)* ad individuare le modalità con le quali i clienti domestici possono richiedere alle rispettive società di vendita, in via opzionale, lo scorporo in bolletta della quota di energia condivisa; *d)* ad adottare le disposizioni necessarie affinché i clienti finali che partecipano a una comunità energetica rinnovabile mantengano i diritti e gli obblighi derivanti dalla loro qualificazione come clienti finali ovvero come clienti domestici e non possono essere sottoposti, per il semplice fatto della partecipazione a una comunità, a procedure o condizioni ingiustificate e discriminatorie; *e)* ad adottare le disposizioni necessarie affinché per le isole minori non

d.lgs. n. 199/2021 ha cura di precisare che continuerà ad applicarsi il d.m. 16 settembre 2020.

Sotto il profilo fiscale l'Agenzia delle entrate ha chiarito che la tariffa incentivante prevista in favore delle CER «in quanto configura un contributo a fondo perduto che trova la sua origine nel decreto del MISE, percepito dal soggetto referente del gruppo di autoconsumo collettivo o dalla comunità energetica in assenza di alcuna controprestazione resa al soggetto erogatore. [...] Non si ravvisa, nel caso di specie, alcun rapporto sinallagmatico tra le prestazioni poste in essere dal soggetto che eroga il contributo e quelle poste in essere dal soggetto che lo riceve che, infatti, non è tenuto a cedere alcun bene in contropartita», eppertanto è esente tanto dall'Iva, quanto è priva di rilevanza reddituale ai fini Ires. Lo stesso vale, ovviamente, anche per la restituzione delle componenti tariffarie. Per quanto riguarda l'energia venduta dalle CER, il corrispettivo percepito dagli enti non commerciali è «fiscalmente rilevante, configurando un reddito diverso di cui all'articolo 67, comma 1, lett. i), del citato TUIR».

La normativa statale è completata da quella regionale, sono infatti diverse le regioni (Puglia, Piemonte, Liguria, Lazio, Lombardia, Emilia-Romagna, Calabria ed Abruzzo) che hanno emanato leggi o comunque provvedimenti amministrativi volti a favorire la diffusione delle CER⁴⁴.

6. Le CER portuali (e della difesa).

La nuova normativa rende il modello appetibile anche da parte delle PMI, ma non per le

interconnesse non si applichi il limite della cabina primaria ai fini dell'accesso agli incentivi. ARERA con deliberazione 120/2022/R/eel del 22 marzo 2022 ha avviato i procedimenti per l'implementazione delle disposizioni previste dai decreti legislativi n. 199 del 2021 e n. 210 del 2021 in materia di autoconsumo, prevedendo, in particolare, che, entro il 30 settembre 2022, sia predisposto un nuovo testo integrato finalizzato alla valorizzazione dell'autoconsumo *esteso* (valorizzazione che rileva sia per gli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente, sia per le comunità di energia rinnovabile).

⁴⁴ È l'ora delle comunità energetiche, <https://www.infobuildenergia.it/comunita-energetiche-rinnovabili-regioni/>; Caro energia e PNRR spingono le comunità energetiche: a che punto sono le Regioni?, <https://fasi.eu/it/articoli/20-approfondimenti/24225-comunita-energetiche-regioni.html>; Il primo portale italiano dedicato alle Comunità energetiche è della Regione Calabria, <https://www.qualenergia.it/articoli/primo-portale-italiano-dedicato-comunita-energetiche-regione-calabria/>. La normativa regionale è raccolta dal GSE e reperibile online https://www.gse.it/normativa?ctl00_ctl53_g_605d8be4_c5b4_4fc9_99c5_96efa45c47f8_ctl00_rgDocumentiChangePage=1_50.

grandi imprese ovvero per le infrastrutture energivore. Per quanto riguarda quest'ultime con il decreto *aiuti* di aprile 2022⁴⁵ si assiste ad un cambio di paradigma, dove per le comunità energetiche funzionali alle esigenze del ministero della difesa ovvero dei porti la disciplina viene modificata in modo da consentire l'utilizzo delle CER per il soddisfacimento delle esigenze energivore⁴⁶ di queste amministrazioni. La finalità dichiarata è quella di contribuire alla crescita sostenibile del Paese, alla decarbonizzazione del sistema energetico e al perseguimento della resilienza energetica nazionale. Per i porti viene innanzitutto modificata la l. n. 84/1994 consentendo alle Adsp partecipare a CER, costituite eventualmente in forma societaria, sottoscrivendo anche partecipazioni di maggioranza⁴⁷. Tanto per le CER della difesa⁴⁸, quanto per quelle portuali viene rimosso il limite massimo in termini di MWh degli impianti energetici condivisi.

I porti sono tra le infrastrutture maggiormente energivore del mondo, e oggi sono chiamati ad un ruolo da protagonisti nella transizione energetica, favorendo il consumo da parte del *cluster* di energia *green* (tassello importante in questa strategia è l'alimentazione da terra delle navi, cosiddetto *cold ironing*). Gli sforzi delle Adsp presuppongono la disponibilità non solo di energia da rinnovabili, ma anche e soprattutto la competitività del costo della stessa rispetto ai carburanti fossili. Di qui l'intuizione del MIMS di introdurre le Comunità Energetiche Portuali a sostegno delle esigenze energetiche sia dell'intero *cluster* portuale

⁴⁵ D.l. 17 maggio 2022, n. 50.

⁴⁶ M. Caroli, *Le Comunità Energetiche: da fenomeno emergente a modello di transizione*, in M.L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulaniello (a cura di), *Community energy map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 14 il quale sostiene che le CER possono essere un istituto idoneo a "garantire un'offerta efficace ed efficiente a molte [...] tipologie di utenti a partire dai 'grandi utilizzatori' di elettricità".

⁴⁷ L'art. 6, comma 11, l.n. 84/1994, infatti, stabilisce che «Le Autorità di sistema portuale non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse. Con le modalità e le procedure di cui all'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, l'Autorità di sistema portuale può sempre disciplinare lo svolgimento di attività e servizi di interesse comune e utili per il più efficace compimento delle funzioni attribuite, in collaborazione con Regioni, enti locali e amministrazioni pubbliche. Essa può, inoltre, assumere partecipazioni, a carattere societario di minoranza, in iniziative finalizzate alla promozione di collegamenti logistici e intermodali, funzionali allo sviluppo del sistema portuale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214».

⁴⁸ Per le CER della difesa sussiste una ulteriore deroga al regime ordinario, e finanche alle previsioni delle direttive UE, consistente nella facoltà di accedere ai regimi di sostegno del medesimo decreto legislativo anche per la quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo non connesse sotto la stessa cabina primaria, previo pagamento degli oneri di rete riconosciuti per l'illuminazione pubblica. Secondo la relazione illustrativa, la motivazione della disposizione risiede nella portata nazionale ed organica dell'impegno del Ministero della difesa che si intende promuovere in materia, in considerazione delle sedi ramificate sul territorio, la cui riconducibilità ad un unico ente può consentire importanti economie ed efficienze di gestione. V. sul punto il dossier del servizio studi delle Camere *Disposizioni in materia di energia e imprese. D.L. 50/2022 – A.C. 3614. Parte I – Schede di lettura*.

(imprese portuali, compagnie portuali, agenzie, servizi tecnico nautici, armatori, Guardia Costiera etc. etc), sia del retroporto (e quindi valorizzabile in ambito Zes o Zfd⁴⁹). I porti, peraltro, stanno divenendo da *emporio* in cui si movimentano i carburanti, *hub* energetici (stoccaggio e/o produzione di GNL, biocarburanti, idrogeno, energia da economia circolare etc.) favoriti anche dalla diffusione di impianti rinnovabili collocati in mare (parchi eolici *offshore* e *near shore*, energia da moto ondoso, fotovoltaico galleggiante, FSRU). Non sorprendentemente, pertanto, i documenti di pianificazione energetica e portuale (DEASP) più recenti⁵⁰ valorizzano l'utilizzo delle CER⁵¹.

7. Le CER portuali (e della difesa).

La costituzione presuppone la preliminare definizione di aspetti energetici, finanziari e giuridici. Le CER, in generale, e quelle portuali non fanno certo eccezione, sono “modelli organizzativi ambiziosi”⁵², basati “su nuove metodologie gestionali, organizzative e produttive”⁵³.

Sotto il profilo della pianificazione energetica è necessaria la stima dell'adeguato dimensionamento degli *assets* energetici rispetto alle esigenze del *cluster* portuale e retroportuale (su tale profilo soccorre certamente quanto già rilevato nel Deasp), cercando di tenere in equilibrio produzione e consumo (anche per massimizzare la condivisione tanto dell'energia, quanto degli incentivi)⁵⁴.

Sulla base delle esigenze potrà poi essere costruito sia il perimetro dei soggetti da aggregare

⁴⁹ Zone franche doganali

⁵⁰ V. DEASP AdSP del Mar Tirreno Settentrionale e del Mare Tirreno Centro Meridionale.

⁵¹ La norma, peraltro, prescrive espressamente (art. 9, comma 2) le comunità energetiche rinnovabili portuali siano istituite in coerenza con il documento di pianificazione energetica e ambientale, di cui all'articolo 4-bis, l.n. 84/94, ai sensi del quale le Autorità di sistema portuale devono perseguire adeguati obiettivi, con particolare riferimento alla riduzione delle emissioni di CO₂, definendo nel documento gli indirizzi strategici per la implementazione di specifiche misure al fine di migliorare l'efficienza energetica e di promuovere l'uso delle energie rinnovabili in ambito portuale.

⁵² M. Caroli, *Le Comunità Energetiche: da fenomeno emergente a modello di transizione*, in M L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulaniello, *Community energy map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 13.

⁵³ M. Caroli, *Le Comunità Energetiche: da fenomeno emergente a modello di transizione*, cit., p. 14.

⁵⁴ AA.VV., *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, cit., pp. 10 – 11. Le CER sono costruite in un approccio *tailor made* intorno alle esigenze del *cluster* le cui esigenze intendono soddisfare, eppertanto va contrastato il pericolo – concreto – che “organizzazioni esterne alle dinamiche locali promuovano “modelli prefabbricati” poco adatti alle specificità del contesto ove si vorrebbe” realizzare la CER (in questi termini v. M. Caroli, *Le Comunità Energetiche: da fenomeno emergente a modello di transizione*, cit., p. 15).

(*prosumers* e *consumers* operanti in ambito portuale e retroportuale), sia il piano economico e finanziario⁵⁵, nel quale dovranno essere calcolati “i costi iniziali per la realizzazione degli impianti⁵⁶, quelli relativi alla loro manutenzione ordinaria e alla gestione tecnico-amministrativa della CER nel periodo considerato”⁵⁷, mentre sul piano dei ricavi andrà calcolato “il minor costo per la quota di energia autoconsumata”⁵⁸, gli incentivi, le restituzioni degli oneri di rete e il “corrispettivo per la cessione dell’energia alla rete”⁵⁹ e a terzi.

Non indifferente alla costruzione del PEF è anche la scelta della forma giuridica della CER (la normativa prevede, infatti, che costituiscano un soggetto giuridico autonomo)⁶⁰. L’ordinamento italiano lascia totale autonomia ai privati nella scelta della veste giuridica. Tuttavia, la delibera ARERA 318/2020/R/eel raccomandava, almeno nella prima fase, di prediligere la forma di enti del terzo settore (ETS) ovvero quella delle cooperative, consorzi, partenariati, organizzazioni non lucrative⁶¹.

Nella scelta della forma si devono, tuttavia, considerare quattro aspetti: *a)* l’idoneità della forma assunta alla raccolta dei capitali (di rischio e di credito) necessari per sostenere il PEF; *b)* il principio della *porta aperta* espressamente previsto dalla legge, che consente ai comuni cittadini di aderire alle CER (che sembrerebbe quindi non poter essere limitata alle sole imprese); *c)* le prescrizioni in materia di oggetto che deve essere principalmente quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità; *d)* la presenza tra i membri di pubbliche amministrazioni (a iniziare dalla AdSP).

La presenza di tutti e quattro questi requisiti rende difficilmente percorribile: *a)* la scelta di forme di cooperazione interaziendale quali consorzi, partenariati, associazioni di imprese; le CER infatti, come si è detto, non possono escludere dalla partecipazione alla Comunità i soggetti non imprenditoriali; *b)* la scelta della forma ETS, a ragione dalla esclusione dagli

⁵⁵ E quindi costruito il *blend* di capitali pubblici e privati a servizio dell’iniziativa. Sulle CER come strumento di partenariato pubblico privato v. M. L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulaniello (a cura di), *Community energy map, Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 18; E. Bomberg e N. McEwen, *Mobilizing community energy*, in *Energy policy*, 2012, 435 ss.

⁵⁶ Gli impianti possono essere autofinanziati ovvero “finanziati attraverso forme di partecipazione pubblica, coinvolgendo i membri della CER e la comunità locale o con campagne di crowdfunding più allargate, incamerando in questo modo anche il vantaggio finanziario”, AA.VV., *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 11.

⁵⁷ AA.VV., *Le amministrazioni locali e le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 11.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 60.

⁶¹ Sul punto v. anche G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 62 ss.

ETS degli «enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllo» da pubbliche amministrazioni (art. 4, comma 2, CTS e art. 4, comma 3, d.lgs. n. 112/2017), essendo assai probabile che le pubbliche amministrazioni partecipanti alla CER assumano partecipazioni di controllo.

Sembrerebbe, dunque, che la forma di elezione per le CER possa essere rappresentata dalle società cooperative⁶² ovvero da società come la “società *benefit*”⁶³ che permettono di coniugare lo scopo di lucro con il fine di assicurare alla collettività un beneficio comune.

In ogni caso la costituzione di tali società è soggetta al rispetto di quanto previsto dal TU Madia⁶⁴ per la costituzione o assunzione di partecipazioni da parte delle pubbliche amministrazioni in società. Sotto tale profilo si segnala che il TU Madia (art. 4) consente alle pubbliche amministrazioni di assumere partecipazioni in società che abbiano come oggetto quello di produrre un servizio di interesse generale (ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali al medesimo), realizzare e gestire un’opera pubblica ovvero autoprodurre beni o servizi strumentali. E certamente le attività svolte dalle CER rientrano in una o più delle predette finalità consentite dal legislatore.

La competenza sulla costituzione di una CER societaria risiede nel Presidente (art. 8), che vi provvederà con determina nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 5 e 7 del TU Madia.

8. La realizzazione degli impianti.

Gli impianti di produzione energetica a servizio della CER portuale possono essere di proprietà tanto pubblica che privata, e collocati anche al di fuori del bacino portuale/demanio marittimo. Per quanto riguarda gli impianti da realizzarsi sul demanio di competenza delle Adsp il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, all’art. 33, prevede che i progetti

⁶² G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 63: “volgendo lo sguardo ad altri ambiti come quello delle cooperative ex art. 2511 e ss. c.c., sorprende rilevare come la figura dei soci c.d. sovventori – inquadrabili come possessori di strumenti finanziari con diritti amministrativi ai sensi dell’art. 2526 c.c. – possa rappresentare uno strumento particolarmente adatto a un’adeguata raccolta di capitali privati (ma verosimilmente anche pubblici), ritagliando un ruolo specifico e ben normato a soggetti finanziatori che intendessero sostenere l’avvio delle comunità; o anche intervenire in una fase più avanzata di estensione delle loro attività che ricomprenda non soltanto la mera produzione fotovoltaica condivisa, ma anche gli ulteriori ambiti di cui all’art. 31, 2° comma lett. f’”.

⁶³ Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (commi 376-384), c.d. *Legge di stabilità* 2016, entrata in vigore dal 1° gennaio 2016. Sul punto anche G. Proietto e E. Rossi Scarpa Gregorj, op. ult. cit., p. 64.

⁶⁴ D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

destinati alla realizzazione di opere e impianti di elettrificazione dei porti siano da considerarsi di pubblica utilità e caratterizzati da indifferibilità ed urgenza. La costruzione e l'esercizio dei predetti impianti, fatti salvi i provvedimenti di competenza del Ministero dell'interno in materia di prevenzione incendi, è soggetta ad una autorizzazione unica, che costituisce anche titolo a costruire, rilasciata dalla regione competente nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

Abstract: Le Comunità energetiche rappresentano un soggetto nuovo – di derivazione unionale – per il mercato energetico italiano. Dopo una prima sperimentazione orientata al soddisfacimento delle esigenze di autoproduzione delle famiglie e delle piccole, se non piccolissime imprese, il legislatore italiano ha introdotto una disciplina di settore per le Comunità energetiche portuali, permettendo alle medesime di soddisfare le enormi esigenze energivore di tali infrastrutture e di fungere da volano della portualità e della retroportualità stimolando un modello sostenibile di porto (*green port*) e retroporto.

Abstract: Energy Communities represent a new entity – of EU derivation – for the Italian energy market. After an initial experimentation geared toward meeting the self-generation needs of households and small, if not very small, businesses, the Italian legislature introduced a sector discipline for Port Energy Communities, enabling them to meet the enormous energy needs of these infrastructures and to act as a driver of port and back-port operations by stimulating sustainable port (*green port*) growth.

Parole chiave: comunità energetiche – sostenibilità – autoproduzione energetica – portualità – porti.

Key words: energy communities – sustainability – self-producing energy – ports.

LO SCHEMA DI DECRETO DELEGATO DI RIORDINO DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA AI SENSI DELL'ART. 8 DELLA LEGGE DELEGA DEL 2 AGOSTO 2022: ILLEGITTIMITÀ DIFFUSE*.

AUDIZIONE 30 NOVEMBRE 2022 – I COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA.

16

di Alberto Lucarelli**

Sommario. 1. Premessa: piano dello studio. – 2. L'irragionevole, sproporzionato ed illegittimo ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata: dalla «previa intesa» al parere. – 3. L'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete e l'obbligo della motivazione per il mancato ricorso al mercato. – 4. Il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*. – 5. I limiti temporali agli affidamenti *in house*. – 6. Autonomia e discrezionalità del delegato: orientamenti della giurisprudenza costituzionale. – 7. Il vizio di eccesso di delega nell'orientamento della giurisprudenza costituzionale. – 8. Conclusioni in ordine alla discrezionalità del delegato ed ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo.

1. Premessa: piano dello studio.

Dalla lettura dello schema di decreto delegato, relativo all'art. 8 della legge delega sulla concorrenza del 2 agosto 2022, emergono sostanziali differenze e distonie rispetto alla legge delega. Ho ritenuto opportuno e necessario che tali difformità che, come si vedrà nel corso dello studio, assumono aspetti rilevanti e sostanziali, fossero evidenziate nell'*iter* di approvazione, segnatamente nell'audizioni presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica.

Le osservazioni sullo schema di decreto delegato ovviamente hanno uno specifico, immediato e naturale *punto di caduta* che coinvolge il rapporto tra legge delega e decreti delegati, così come voluto e declinato dal combinato disposto degli artt. 76 e 77 Cost. e dalle interpretazioni della Corte costituzionale. In sostanza, dall'esame del testo in oggetto,

* Testo scritto ampliato e revisionato.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

al di là di alcuni profili di probabile illegittimità costituzionale, inerenti alla legge delega, che pure si riversano nel decreto delegato (penso al ridimensionamento funzionale della Conferenza unificata) occorre verificare, anche in relazione ai più consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, quanto la discrezionalità del governo, nell'esercizio della delega, si possa ricondurre nel perimetro costituzionale, o viceversa, quanto sia al di fuori di esso, con la naturale conseguente illegittimità del decreto delegato. Si tratta dunque di un'analisi complessa che va svolta con la massima puntualità.

Il parere-studio procederà così: *a)* esame di possibili profili di illegittimità costituzionale inerenti alla legge delega, assorbiti dallo schema di decreto delegato; *b)* esame dello schema di decreto delegato, con l'obiettivo di evidenziare le criticità ed i dubbi di legittimità costituzionale, in ordine al rapporto tra legge delega e decreto delegato; *c)* ricostruzione delle interpretazioni più significative della Corte costituzionale in ordine alla discrezionalità del delegato; *d)* ricostruzione delle interpretazioni più significative della Corte costituzionale in ordine ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo; *e)* conclusioni.

2. L'irragionevole, sproporzionato ed illegittimo ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata: dalla «previa intesa» al parere.

L'art. 8, comma, 3, l. n. 118/2022, avente ad oggetto la delega al Governo in materia di servizi pubblici locali, prevede che i decreti legislativi di riordino della materia siano adottati «previa intesa» in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. n. 281/1997, con riguardo all'esercizio della delega relativamente ai criteri previsti dalle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *e)*, *l)*, *m)*, *n)*, *o)*, *q)*, *r)*, *s)*, *t)*, *v)* del comma 2.

Il medesimo comma 3 prevede, con riguardo all'esercizio della delega, relativamente ai criteri di cui alle lettere *f)* (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 UE e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza); *g)* (divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni; previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, di una motivazione qualificata da parte dell'ente locale per la scelta o la conferma

del modello di 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, nonché 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; *h*) (previsione di sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica, nonché della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia della gestione dei servizi pubblici locali); *i*) (previsione che l'obbligo di procedere alla razionalizzazione periodica prevista dall'art. 20 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016, 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); *p*) (coordinamento della disciplina dei servizi pubblici locali con la normativa in materia di contratti pubblici e in materia di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione); *u*) (rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 29, comma 2, del Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, l.n. 244/2007, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento *in house*, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e 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); previsione che la Conferenza medesima sia sentita, anche con la richiesta di un parere obbligatorio ma non vincolante).

Come si è detto, va evidenziato che la previsione opera una differenziazione tra le modalità di interpello della Conferenza unificata, della quale molto opache sembrano la ragionevolezza e la motivazione.

Infatti, con riguardo all'esercizio della delega, relativamente ad alcuni criteri è stata ritenuta necessaria la previa intesa, mentre riguardo all'esercizio della delega, relativamente agli altri citati criteri, la Conferenza viene soltanto «sentita». Il riflesso sostanziale è il ridimensionamento irragionevole e ingiustificato di Regioni ed enti locali, segnatamente nei criteri inerenti alle procedure di affidamento *in house*.

In merito, va evidenziato che il d.lgs. n. 281/1997, al capo 2, «Conferenza Stato-Regioni»,

art. 2, regolante i compiti della Conferenza, prevede al punto 1 che: «al fine di garantire la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, a tutti i processi decisionali di interesse regionale, interregionale ed infraregionale, la Conferenza Stato-Regioni: [...] nel rispetto delle competenze del Comitato Interministeriale per la programmazione economica promuove il coordinamento della programmazione statale e regionale ed il raccordo di quest'ultima con l'attività degli enti o soggetti, anche privati, che gestiscono funzioni o servizi di pubblico interesse, aventi rilevanza nell'ambito territoriale delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano».

Il medesimo articolo, al comma 3, prevede che: «La Conferenza Stato – Regioni è obbligatoriamente sentita in ordine agli schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza delle Regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano, che si pronunzia entro venti giorni *[decorso tale termine, i provvedimenti recanti attuazione di direttive comunitarie sono emanati anche in mancanza di detto parere]*. Resta fermo quanto previsto in ordine alle procedure di approvazione delle norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

La Conferenza è sentita su ogni oggetto di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene opportuno sottoporre al suo esame, anche su richiesta della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano». Infine, l'art. 3, avente ad oggetto le intese, prevede che le stesse siano raggiunte in tutti quei procedimenti in cui la legislazione vigente contempra un'intesa nella Conferenza Stato-Regioni.

Dunque, è evidente che nelle materie di cui alle lettere elencate nella seconda parte del comma 3 dell'art. 8 l'esercizio della delega non poteva essere effettuato «sentita la Conferenza medesima» essendo, invece, necessaria la previa intesa con la stessa. In particolare, quando si tratta della determinazione di criteri che hanno un alto impatto sul territorio, dal punto di vista istituzionale, ma anche socio-economico ed ambientale.

La previsione del mero parere della Conferenza unificata sembrerebbe, infatti, inidonea ad assicurare un adeguato contemperamento tra gli interessi delle autonomie locali, volti, secondo interpretazioni costituzionalmente orientate, a regolare, in via autonoma ed esclusiva la materia, e quelli statali, volti, per converso, a perseguire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma.

Va, peraltro, evidenziato che, in base al previsto meccanismo di esercizio della delega, relativamente alle enucleate materie, ai sensi e per gli effetti del comma 3 dell'art. 2, d.lgs. n. 281/1997, il Governo, può discostarsi dal parere obbligatoriamente espresso dalla Conferenza Stato-Regioni in ordine agli schemi di disegni di legge, in quanto il parere non è vincolante.

È evidente, dunque, che il previsto meccanismo, di cui all'art. 8 comma 3, l. n. 118/2022, viola gli artt. 114, 117, 2, 3 e 4 comma, 118 e 119 Cost. ed il principio di leale collaborazione, di cui agli artt. 5 e 120 Cost. Ovvero tutto quell'impianto di relazioni strutturali e funzionali che, per un miglior perseguimento degli interessi generali *lega* la dimensione stato-centrica con quella plurale delle Regioni e delle autonomie locali.

Il citato art. 8, al comma 2, nelle già individuate lettere, contiene una delega volta, non già alla mera semplificazione, ma alla radicale riorganizzazione della materia inerente ai servizi pubblici locali, intervenendo, incisivamente, su competenze regionali ed amministrative di indirizzo a livello locale.

Pertanto, l'oggetto della delega, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata avrebbe dovuto prevedere che l'esercizio della stessa si svolgesse tramite l'adozione dei relativi decreti legislativi delegati, adottati «previa intesa» con la Conferenza unificata, ovvero con una forma di raccordo con le Regioni sufficiente alla salvaguardia delle autonomie di queste ultime.

L'utilizzo dello strumento della «previa intesa», infatti, da un lato costituisce il fondamento della stessa validità dell'intervento riformatore del legislatore statale nella materia dei servizi pubblici locali e, dall'altro, impone, a quest'ultimo, il rispetto del principio di leale collaborazione, nell'unica forma adeguata a garantire il giusto bilanciamento tra la compressione delle competenze regionali e locali e l'intervento statale.

Sul punto, va considerato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, pubblicata in G.U. il 30 novembre 2016, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 81, 97, 117, 2, 3 e 4 comma, 118 e 119 Cost., nonché al principio di leale collaborazione, di cui agli artt. 5 e 120 Cost., della l.n. 124/2015, recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, ha evidenziato la centralità del ruolo della Conferenza unificata, ponendo l'accento su come, nel riordino di alcune materie, sia assolutamente necessaria la «previa intesa» con la Conferenza, atteso il ruolo riconosciuto a quest'ultima

dalla norma istitutiva della stessa (d.lgs. n. 281/1997), rispetto al mero «parere» obbligatorio ma non vincolante, inidoneo a garantire idonee forme di partecipazione all'esercizio della delega. Con l'obiettivo, da una parte di evitare una polverizzazione delle regole, dall'altra di valorizzare il ragionevole e giustificato ruolo di Regioni ed autonomie locali.

In particolare, secondo la Corte costituzionale, sentenza n. 251/2016: «Il parere come strumento di coinvolgimento delle autonomie regionali e locali non può non misurarsi con la giurisprudenza di questa Corte che, nel corso degli anni, ha sempre più valorizzato la leale collaborazione quale principio guida nell'evenienza, rivelatasi molto frequente, di uno stretto intreccio fra materie e competenze e ha ravvisato nell'intesa la soluzione che meglio incarna la collaborazione (Corte cost. nn. 21 e 1 del 2016). Quel principio è tanto più apprezzabile se si considera la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi» (sentenza n. 278 del 2010) e diviene dirimente nella considerazione di interessi sempre più complessi, di cui gli enti territoriali si fanno portatori.

Un'analoga esigenza di coinvolgere adeguatamente le Regioni e gli enti locali nella forma dell'intesa è stata riconosciuta anche nella diversa ipotesi della attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa allo Stato, in vista dell'urgenza di soddisfare esigenze unitarie, economicamente rilevanti, oltre che connesse all'esercizio della funzione amministrativa. In tal caso, l'esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale – e giustificare la deroga al riparto di competenze contenuto nel Titolo V – «solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà» (sentenza n. 303/2003; sentenza n. 7/2016).

Questa Corte ha individuato nel sistema delle Conferenze «il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale» (sentenza n. 401 del 2007) e «[u]na delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione» (sentenza n. 31/2006). In armonia con tali indicazioni, l'evoluzione impressa al sistema delle Conferenze finisce con il rivelare una fisiologica attitudine dello Stato alla consultazione delle Regioni e si coniuga con il

riconoscimento, ripetutamente operato da questa Corte, dell'intesa in sede di Conferenza unificata, quale strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie (*ex plurimis*, sentenze n. 88/2014, n. 297/2012 n. 163/2012), «qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo» (sentenza n. 1/2016).

Inserite in questo quadro evolutivo, le procedure di consultazione devono «prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione» (sentenza n. 1/2016; nello stesso senso, sentenza n. 121/2010). Non si prefigura una «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all'espressione di un parere il ruolo dell'altra» (sentenza n. 24/2007). La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale (*ex plurimis*, sentenze n. 121/2010, n. 24/2007, n. 339/2005), non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo (sentenze n. 7/2016, n.179/2012, n. 165/2011; in generale, con riferimento al «principio dell'accordo», sentenza n. 19/2015).

È pur vero che la Corte ha più volte affermato che il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo. Laddove, tuttavia, il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa. Quest'ultima si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost.

Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest'ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l'essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze.

Tra l'altro, è proprio lo schema di decreto delegato che richiama nel suo articolato il modello del parere, piuttosto che dell'intesa, in merito alla razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, riproducendo i profili di illegittimità contenuti, come si è visto, nella legge delega.

3. L'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete e l'obbligo della motivazione per il mancato ricorso al mercato.

All'art. 14, comma 2, lett. *d*), lo schema di decreto delegato sembrerebbe discostarsi e contraddire la legge delega, configurando in merito un vero e proprio *eccesso di delega*. In particolare, tale disposizione esclude il ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete, contemplando unicamente l'affidamento a soggetti di natura societaria, tema estraneo alla legge delega e mai entrato nella discussione nell'*iter* legislativo, che si è sviluppata su di essa.

Così la norma che sorprendentemente espunge l'azienda speciale dai soggetti gestori dei servizi a rete e le gestioni in economia: «Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione: *a*) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; *b*) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; *c*) affidamento a società *in house*, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17; *d*) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

L'esclusione per le aziende speciali di gestire in autoproduzione i servizi a rete non è presente nella legge delega, e tra l'altro pone seri dubbi di legittimità costituzionale in ordine al rispetto dell'art 43 Cost, che contempla un ruolo attivo per i soggetti di diritto pubblico nei settori economici e, in presenza di determinate condizioni, anche in regime di monopolio.

Si tratta, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, riportata nella seconda parte dello studio in maniera dettagliata, di un evidente eccesso di delega, oltre

che di una violazione degli artt. 5, 114, 117 Cost., in ordine al ruolo delle autonomie locali ed al loro potere di autodeterminazione gestionale, e dell'art. 43 Cost., in ordine alla espunzione di imprese pubbliche a livello locale.

Ulteriori profili di eccesso di delega si ravvisano rispetto ai vincoli procedurali posti agli enti locali per la gestione attraverso l'affidamento *in house*. Vincoli che durante il processo legislativo erano stati ritenuti ingiustificati e discriminatori rispetto alle altre modalità di gestione, e per questi motivi espunti nell'ultima versione della legge delega.

Infatti, l'art. 8, l delega n. 118/2022, alla lett. g) prevede «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, nonché 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».

Dunque, illegittimamente, lo schema del decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nell'esercitare la delega, così come conferita, da una parte, in contrasto con il legislatore delegante, sopprime l'azienda speciale, quale soggetto di diritto pubblico di rilevanza costituzionale, al quale affidare la gestione dei servizi in rete ed i modelli in autoproduzione; dall'altra ripropone una formulazione espunta nella legge delega¹, prevedendo, all'art. 17, comma 2, che: «Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del

¹ Il mancato ricorso al mercato, anche a seguito del parere presentato dal sottoscritto del 25 febbraio 2022 alla X Commissione del Senato della Repubblica Industria, commercio turismo, non appare nella formulazione dell'art. 8, lett. g), della legge delega. Esso era stato espunto durante i lavori parlamentari, modificando l'originario scritto art. 6, lett. f) del disegno di legge delega. Il legislatore delegante aveva ritenuto di accogliere le osservazioni che evidenziavano, come siffatta norma, si ponesse al di fuori del perimetro del diritto euro-unitario e dell'ordinamento giuridico interno, oltre che in contrasto con le dominanti interpretazioni giurisprudenziali.

mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30».

Dal raffronto tra il testo della legge delega ed il decreto delegato, in particolare nella soppressione dell'azienda speciale e nella forte compressione degli affidamenti *in house*, con la richiesta espressa di deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, emerge una sostanziale differenza tra legge delega e decreto delegato, che comporta una visione diversa, ovvero la *centralità del mercato* e la riproposizione del mito del mercato anche nell'ambito dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, in luogo della prevalenza della ricerca delle forme più idonee alla tutela dei diritti della collettività e più rispettose del principio autonomistico di cui agli artt. 5, 114 e 118 Cost.

In particolare, come è evidente, mentre la legge delega pone al centro delle scelte dell'ente locale, ai fini dell'erogazione di servizi pubblici locali, «la scelta o la conferma del modello di autoproduzione», il decreto delegato pone a carico dell'ente locale un obbligo di motivazione sulle ragioni del «mancato ricorso al mercato».

Occorre, altresì, rilevare che il decreto delegato (schema di decreto legislativo), nel sovvertire la *ratio* della l. delega n. 118/2022, apre il settore dei servizi pubblici locali a prospettive neo-liberiste, dando il massimo rilievo al mercato e all'affermazione della concorrenza che da regola, secondo il dettato euro-unitario, è declinata quale principio dominante.

Va, ancora, rilevato che la *ratio* sottesa al citato art. 17, comma 2, non appare neppure in linea con l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e con l'interpretazione della giurisprudenza nazionale ed euro-unitaria formatasi sullo stesso.

Il Codice dei Contratti Pubblici, infatti, nella parte IV – «partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento», al titolo II – *in house*, all'art. 192 («Regime speciale degli affidamenti in house»), al comma 2, prevede che: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato

in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento 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».

Pertanto, la norma, come risulta evidente, pone l'ente locale nelle condizioni di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e l'erogazione dei servizi, avvalendosi o delle proprie risorse, con l'affidamento *in house providing*, o in cooperazione con altre amministrazioni, ovvero tramite il conferimento ad operatori economici esterni nel rispetto dei principi eurounitari sulla concorrenza.

Dunque, nell'intento di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, pari trattamento ed accesso universale dell'utenza nei servizi pubblici essenziali, ai sensi della richiamata norma, la scelta dell'ente locale deve muovere dalla valutazione dell'affidamento *in house*, per poi rivolgersi ad altre forme in grado di garantire elevati livelli di qualità dei servizi.

Del resto, anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 100/2020, «[...] non ha avallato una interpretazione della norma che richieda un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione del servizio, richiedendo semplicemente che l'amministrazione abbia ben presente la possibilità del ricorso al mercato e, che, dia una motivazione ragionevole e plausibile delle ragioni che, nel caso concreto, l'hanno indotta a scegliere il modello *in house* rispetto alla esternalizzazione».

Pertanto, appare sufficiente al fine dell'adozione del modello *in house* che l'amministrazione indichi le ragioni, che potranno essere successivamente vagliate dal giudice amministrativo, della preferenza del modello scelto rispetto al ricorso al mercato, nonché dei benefici conseguibili dalla collettività attraverso tale modello. Deve comunque rilevarsi come la motivazione, in ordine ad un aspetto, possa risolversi anche nella motivazione dell'altro aspetto tutte le volte che i benefici per la collettività siano di per sé tali da giustificare il mancato ricorso al mercato. La motivazione ben può essere unitaria ogni qual volta le ragioni addotte, da un lato, giustificano il mancato ricorso al mercato e, dall'altro, integrino i richiesti benefici per la collettività.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, proprio in considerazione dell'interpretazione della norma di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, offerta dalla Corte costituzionale, ha chiarito come la corretta applicazione della citata disposizione non richieda affatto un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione, ma ritenga necessaria una motivazione sottesa ad evidenziare la correttezza dell'opzione internalizzante dell'affidamento della gestione del servizio pubblico tale da essere idonea a dare conto, in primo luogo, dei benefici per la collettività con la scelta del modello *in house* e, al contempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza, sez. III, n. 2102/2021, nell'esegesi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ha osservato come: «la motivazione 'unitaria' della scelta di ricorrere all'affidamento *in house* non stride con il carattere 'preferenziale' del canale concorrenziale di acquisizione del servizio (quale trova paradigmatica espressione nello svolgimento di una gara), posto in risalto dalla pronuncia citata, costituendo i 'benefici per la collettività' attesi dall'organizzazione *in house* dello stesso e le 'ragioni del mancato ricorso al mercato' le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi 'positivi' (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli 'negativi' (*sub specie* di indisponibilità di quei 'benefici' attraverso il ricorso al mercato)».

Invero, dal quadro normativo e dal formante giurisprudenziale emerge come *ex converso*, lo schema di decreto legislativo tenda ad imporre una complessiva motivazione «delle ragioni del mancato ricorso al mercato» violando non solo i limiti fissati dalla legge delega, ma anche i principi enucleati dalla giurisprudenza nazionale costituzionale e di merito, determinando una ulteriore ingiustificata ed immotivata marginalizzazione della possibilità di ricorrere al modello *in house*.

Dall'analisi dell'art. 17, comma 2, dello schema di decreto delegato, risulta, dunque, evidente come l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali sia, di fatto, consentito solo a seguito della dimostrazione, da parte dell'ente locale, dell'impossibilità del ricorso al regime concorrenziale del libero mercato ed in ogni caso senza poter ricorrere all'azienda speciale.

La previsione, oltre ad essere particolarmente gravosa e tale da sfavorire le modalità di gestione in autoproduzione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, non pare essere neppure in linea con i principi dell'ordinamento euro-unitario.

Va, infatti, evidenziato, come le disposizioni del Trattato riconoscano agli Stati membri la più ampia libertà di organizzare e finanziare i servizi di interesse economico generale, declinati in ambito nazionale servizi pubblici a rilevanza economica.

Come è noto, il Protocollo 26 al Trattato sul Funzionamento dell'UE, prevede che i «valori comuni» dell'Unione europea, di cui all'art. 14 TFUE, riferiti ai SIEG comprendono, in particolare, «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti». Il medesimo Protocollo 26 chiarisce come, in tema di servizi di interesse economico generale, occorra dare rilevanza al principio di sussidiarietà verticale laddove la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti possano discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse.

Appare evidente, inoltre, come lo schema di decreto delegato obliteri le finalità di cui all'art. 5 Cost., non prevedendo, nel riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la valorizzazione degli aspetti decisionali dell'ente locale, inteso come ente chiamato a garantire – attraverso la vicinanza – l'effettività e il godimento dei diritti in un senso di eguaglianza sostanziale dei cittadini.

La promozione delle autonomie locali, attuata nell'erogazione dei servizi, rappresentando il più ampio decentramento amministrativo, dovrebbe tendere alla tutela del cittadino garantendo l'effettività e l'eguaglianza sostanziale dello stesso nella fruizione dei servizi pubblici locali, con il ricorso «al mercato» ai fini dell'efficiente gestione del servizio, solo ove non sia efficace ed economica l'autoproduzione dello stesso.

Tale visione, in linea con la legge delega ma non altrettanto con lo schema di decreto legislativo, trova conferma, altresì, nella Carta Europea della Autonomia Locale (Strasburgo 15 ottobre 1985 e ratificata dallo Stato italiano con la l.n. 439/1989). Detta legge, all'art. 3, prevede che «per autonomia locale si intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali di regolamentare ed amministrare, nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici».

Appare, quindi, evidente che l'inciso «a favore delle popolazioni» stia ad indicare che la regolamentazione degli «affari pubblici» debba avvenire garantendo la centralità del cittadino, l'uguaglianza, in un senso solidaristico certamente lontano dalle logiche del

profitto e del mercato.

Non va infine sottaciuto lo stesso l'art. 106 TFUE laddove dispone chiaramente che «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».

4. Il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*.

L'art. 17, comma 3 dello schema di decreto delegato stabilisce 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 [...]». Anche in questo caso, sarebbe sostanzialmente contraddetto l'art.8 della legge delega, ripristinando la motivazione della scelta dell'*in-house* che torna ad essere *anticipata*, prevedendo altresì una sorta di *supervisione nazionale* sulla scelta dell'Ente locale. Tali previsioni erano contenute nelle prime formulazioni di cui alle lettere *f)* e *g)* dell'art. 6 della legge delega, successivamente espunte nella riformulazione dell'art.8 della legge delega definitiva. Per essere ancora più precisi, va rilevato che, nella stesura originaria dell'art. 6, la relazione dell'Ente locale andava mandata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e non all'Osservatorio dei servizi pubblici locali, ma il senso dell'operazione appare comunque tendenzialmente analogo. Si tratta anche per questa fattispecie di un irragionevole potere di natura statocentrica che comprime la discrezionalità delle amministrazioni locali.

L'anticipata sottoposizione delle determinazioni degli enti locali concernenti gli affidamenti *in house* all'AGCM era stata prevista nell'originaria stesura della legge al dichiarato fine di prevenire e contenere il contenzioso ed evitare la necessità di interventi correttivi.

I poteri conferiti, dall'originaria stesura dell'art. 6, all'AGCM, prevedevano, quindi, una sorta di *supervisione nazionale*, sulla scelta dell'ente, mediante la quale potevano essere esercitati dei correttivi, nell'esercizio delle competenze di cui all'art. 21-*bis*, l.n. 287/1990.

L'originario progetto di legge delega, tuttavia, non precisava quale potesse essere, nello specifico, l'esito della trasmissione all'AGCM della determinazione dell'ente locale in tema di affidamenti *in house*, soprattutto nel caso in cui l'Autorità ravvisasse incongruenze o vizi nella determinazione assunta dall'ente locale.

Tale norma veniva superata in sede di riformulazione e di conseguente previsione dell'art. 8 della legge delega definitiva, che aveva eliminato tali previsioni, non ritenendo più coerente, con i principi e criteri direttivi, affidare all'AGCM un ruolo così penetrante nelle scelte dell'ente locale.

Infatti, la lett. *f*) dell'art. 8, l.n. 118/2022, nel prevedere una razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei servizi pubblici, è stata poi attuata, tramite l'esercizio della delega, che ha previsto, al già citato art. 17 dello schema di decreto delegato, che la deliberazione di affidamento del servizio alla società *in house* fosse pubblicata sul sito dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, di cui all'art. 13, comma 25-*bis*, d.l. n. 145/2013, convertito con modificazioni dalla l.n. 9/2014.

Occorre rilevare, tuttavia, che tra i compiti affidati all'Autorità indipendente e quelli di competenza dell'Osservatorio dei servizi pubblici locali, vi è una differenza sostanziale che non consente di affidare all'Osservatorio alcuna attività idonea ad incidere o a modificare le scelte effettuate dall'ente locale in ordine agli affidamenti *in house* dei servizi pubblici locali.

Va, infatti, evidenziato che, ai sensi del decreto ministeriale del Ministero dello Sviluppo Economico dell'8 agosto 2014, all'Osservatorio, ai sensi dell'art. 2, sono affidate delle funzioni di collaborazione e coordinamento con le singole Amministrazioni e le Autorità Indipendenti, provvedendo, tra i vari compiti, ai sensi del citato art. 13, comma 25-*bis*, specificamente alle lettere: *c*) «alla costituzione di una banca dati delle principali variabili economiche, finanziarie e produttive relative ai Servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sia attraverso l'integrazione delle banche dati esistenti presso le pubbliche Amministrazioni, centrali e territoriali e altri organismi ed enti, sia attraverso eventuali rilevazioni aggiuntive»; *d*) all'elaborazione di «indici di efficienza, efficacia e economicità e programmi di confronto su base territoriale e settoriale anche articolati in gruppi omogenei (su base dimensionale, produttiva e organizzativa)»; *e*) all'elaborazione di «dati concernenti le modalità gestionali e di affidamento e l'organizzazione territoriale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica»; *h*) alla segnalazione «[...] esigenze e

criticità rilevate in sede di ricognizione e analisi delle informazioni giuridiche ed economiche prospettando eventuali proposte normative, amministrative e regolatorie».

5. I limiti temporali agli affidamenti *in house*.

L'art. 19 dello schema di decreto legislativo («Durata dell'affidamento e indennizzo»), al comma 1 prevede che: «Fatte salve le discipline di settore, la durata dell'affidamento è fissata dall'ente locale e dagli altri enti competenti in funzione della prestazione richiesta, in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti proposti dall'affidatario e comunque in misura non superiore al periodo necessario ad ammortizzare gli investimenti previsti in sede di affidamento e indicati nel contratto di servizio di cui all'articolo 24, in conformità alla disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici. Nel caso di affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso 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, comma 2, delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto asseverato nel piano economico-finanziario di cui all'articolo 17, comma 4».

Nella seconda parte del citato comma 1, lo schema di decreto prevede che, nel caso di affidamento a società *in house* di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso non possa essere superiore a cinque anni, a differenza degli affidamenti degli altri servizi pubblici locali.

Tale previsione appare assolutamente contraria ai principi ispiratori della legge delega di riordino ed opera una inspiegabile, irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento tra le ipotesi di affidamento *in house* dei servizi pubblici locali a rete e gli affidamenti *in house* per i servizi non a rete.

Infatti, la limitazione quinquennale, sia pure con la prevista deroga di una durata superiore dell'affidamento, al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto previsto nel piano economico finanziario dell'ente locale, non giustificerebbe il diverso trattamento temporale di durata del contratto.

Anche per questa fattispecie, dunque, ci troviamo in presenza di un evidente profilo di

illegittimità costituzionale dettato da un eccesso di delega che realizza una ingiustificata differenziazione e discriminazione nell'ambito degli affidamenti *in house*.

6. Autonomia e discrezionalità del delegato: orientamenti della giurisprudenza costituzionale.

Prima di trarre le conclusioni, sembra opportuno evidenziare gli orientamenti più rilevanti e significativi della Corte costituzionale, in ordine all'autonomia ed alla discrezionalità del delegato, al fine di verificare i possibili profili di illegittimità del decreto delegato in oggetto.

Si è potuto, infatti, dimostrare come un complesso di norme contenute nello schema di decreto delegato determini delle scelte del tutto discrezionali da parte del governo, rispetto a quanto previsto dal legislatore delegante, tali da cambiare lo spirito originario della legge delega che, seppur in un modello basato sulla regola della concorrenza e del mercato, preserva, un modello "pubblicistico" fondato sugli affidamenti *in house* a società pubbliche e sulla possibilità di gestioni dei servizi a rete, anche attraverso aziende speciali e modelli in economia.

In sostanza, un quadro che, seppur fortemente ridimensionato, mira a salvaguardare alcune delle conquiste derivanti dai risultati elettorali del 2011.

Pertanto, al fine di meglio comprendere l'illegittima asimmetria tra legge delegante e decreto delegato, tale da non giustificare la pur possibile autonomia e discrezionalità di quest'ultimo, sembra opportuna una rassegna dei più significativi orientamenti giurisprudenziali.

La sentenza n. 10/2018 dispone che al legislatore delegato spettino margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel quadro normativo di riferimento. Specialmente ove la delega riguardi interi settori di disciplina o complessi normativi organici, il legislatore delegato ben può introdurre disposizioni che costituiscano un coerente sviluppo e un completamento delle indicazioni fornite dal legislatore delegante, nel quadro della fisiologica attività che lega i due livelli normativi. L'art. 76 Cost. non riduce, infatti, la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle

previsioni stabilite dal legislatore delegante. Peraltro, l'ambito della discrezionalità del delegato muta a seconda della specificità dei criteri fissati nella legge delega; per quanta ampiezza debba riconoscersi al potere di completamento del delegato, il libero apprezzamento del medesimo non può uscire dai margini di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella su delega.

La sentenza n. 127/2017 dispone che il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi, deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano. La delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega.

Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la *ratio* della legge delega. L'eventuale esistenza di oggettive incertezze nella ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega, senza contrastare con i relativi indirizzi generali. Tale coerenza fra legge delega e decreto legislativo assume peculiare crucialità quando siano in questione scelte di politica criminale compiute dal Parlamento.

In tal caso, il controllo sul rispetto dell'art. 76 Cost., e quindi sulle modalità di esercizio, da parte del Governo, della funzione legislativa delegata, è anche strumento di garanzia del principio della riserva di legge sancito, in materia penale, dall'art. 25, comma 2, Cost., che attribuisce al Parlamento funzione centrale, tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare. Quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza e l'esercizio del potere delegato appare coerente con la delega anche quando persegua lo scopo di prevenire eventuali contrasti o incertezze di giurisprudenza.

La sentenza n. 278/2016 dispone che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata a una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo. Al legislatore delegato va riconosciuta una fisiologica attività normativa di completamento e

sviluppo delle scelte del delegante che deve, però, svolgersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, nel pieno rispetto della *ratio* di quest'ultima e in coerenza con il complessivo quadro normativo.

La sentenza n. 250/2016 dispone che al legislatore delegato spettano margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo. Sebbene l'art. 76 Cost. non riduca la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante e per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, il libero apprezzamento del medesimo non può mai assurgere a principio o a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella sulla delega. Nel caso di delega per il riordino normativo, al delegato spetta un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative, le quali devono attenersi strettamente ai principi e criteri direttivi enunciati dal delegante e, comunque, sono legittime soltanto se siano stabiliti principi e criteri volti a definire l'oggetto della delega e a circoscrivere detta discrezionalità.

Nella sentenza n. 59/2016 si afferma che il legislatore delegato ha margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne rispetti la *ratio* e che la sua attività si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo. Quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza.

Nella sentenza n. 146/2015, si afferma che l'art. 76 Cost. non riduce la funzione del legislatore delegato a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, poiché consente l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e completamento dei contenuti di indirizzo della delega, nel quadro della fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. Nella sentenza n. 98/2015 si afferma che i vincoli derivanti dall'art. 76 Cost., non impediscono al Governo l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo o un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata a una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal primo.

Ove così non fosse, al legislatore delegato verrebbe riservata una funzione di rango quasi regolamentare, priva di autonomia precettiva, in aperto contrasto con il carattere, pur

sempre primario, del provvedimento legislativo delegato. La delega legislativa non esclude qualsiasi discrezionalità del legislatore delegato, destinata a risultare più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge di delega; la valutazione dell'eccesso, o del difetto, nell'esercizio della delega va compiuta in rapporto alla *ratio* della delega medesima, onde stabilire se la norma delegata sia coerente o compatibile con quella delegante.

Nella sentenza n. 132/2014 la discrezionalità nell'esercizio della delega dipende anche dal grado di specificità dei principi e dei criteri fissati nella legge delega. Nella sentenza n. 50/2014 il sindacato di legittimità costituzionale sulla delega legislativa si esplica attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le disposizioni che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione, tenuto conto del contesto normativo in cui si collocano e si individuano le relative ragioni e finalità. Il secondo riguarda le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega. Agli effetti del sindacato, occorre, da un lato, considerare la *ratio* complessiva della delega, per individuare gli ineludibili punti di riferimento e i limiti indicati al legislatore delegato; dall'altro, tenere in conto la possibilità – intrinseca nello stesso strumento della delega, specie ove riguardi interi settori di disciplina o, comunque, organici complessi normativi – che il legislatore delegato introduca disposizioni che costituiscano un coerente sviluppo e un completamento delle indicazioni fornite dal legislatore delegante, nel rigoroso ambito dei confini stabiliti. Tale opera di completamento deve necessariamente mantenersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, senza potersi spingere ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. Il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in ambiti più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega. Inoltre, nei casi in cui il Parlamento ha delegato al Governo il compito di procedere al riassetto di determinati settori normativi, l'esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita, deve ritenersi circoscritto entro limiti rigorosi. In linea di principio, l'introduzione di soluzioni innovative rispetto al sistema legislativo previgente può

ritenersi ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato.

Nella sentenza n. 47/2014 la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, nel valutare se il Governo abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia con questa coerente. L'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata a una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo. Neppure il silenzio del legislatore delegante su uno specifico tema può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato, trattandosi in tal caso di verificare che le relative scelte non siano in contrasto con gli indirizzi generali della legge delega.

Nella sentenza n. 219/2013 si afferma che il legislatore delegato, nell'attività di sviluppo della delega che trascende la sua mera scansione linguistica, può emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo dei principi fissati dal delegante e, se del caso, anche un completamento delle scelte compiute con la delega, ma non può spingersi ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse. Il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo quando quest'ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell'ordinamento, da non poter essere assorbito in settori più ampi e generici e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega.

Nell'ordinanza n. 157/2013 in via di principio sono riconosciuti al legislatore delegato margini più o meno ampi di discrezionalità, sicché non gli è preclusa l'adozione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, come tali rientranti nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. Nella sentenza n. 119/2013 la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega. Pertanto, nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali (più o meno ampi) margini di discrezionalità, occorre considerare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata

sia con questa coerente.

Con l'ordinanza n. 73/2012 in via di principio sono riconosciuti al legislatore delegato margini più o meno ampi di discrezionalità, sicché non gli è preclusa l'adozione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, come tali rientranti nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi. La sentenza n. 426/2008 dispone che la delega legislativa non escluda ogni discrezionalità del legislatore delegato. Infatti, la determinazione dei principi e criteri direttivi non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, essendo escluso che le funzioni del legislatore delegato siano limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni contenute nella delega. Ai fini del giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, detti principi e criteri direttivi devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della delega.

La sentenza n. 219/2008 dispone che ove il legislatore delegato non possa realizzare il naturale rapporto di riempimento che lega la norma delegata a quella delegante si avrebbe uno snaturamento del diverso regime prefigurato dalla Costituzione. Se la delega è volta, tra l'altro, ad adeguare la disciplina interna alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, da queste ben possono essere tratti principi e criteri direttivi idonei a indirizzare, di volta in volta, la pur presente ma limitata discrezionalità del legislatore delegato.

La sentenza n. 340/2007 dispone che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto in cui si collocano e individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega. In considerazione della varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa, non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di principi e criteri direttivi: il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è tenuto a rispettare regole

metodologicamente rigorose. Nell'esercizio del potere di riempimento normativo che gli compete, il legislatore delegato non può però assumere il suo libero apprezzamento come principio o criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, quella su delega. La considerazione della finalità enunciata dal delegante costituisce un utile criterio d'interpretazione sia della legge di delegazione, sia delle disposizioni delegate, ma non può sostituirsi alla valutazione dei principi e criteri direttivi, così come positivamente determinati.

La sentenza n. 426/2006 afferma che i principi e criteri direttivi enunciati dalla legge di delegazione vanno ricostruiti tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che hanno ispirato il provvedimento. Peraltro, l'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante.

L'ordinanza n. 213/2005 afferma che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, tenendo conto delle finalità che, attraverso i principi e i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste e tenendo altresì conto che le norme delegate vanno interpretate nel significato compatibile con quei principi e criteri. La delega non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri direttivi fissati nella legge delega. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali, più o meno ampi, margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. L'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento degli indirizzi espressi dal delegante, essendo escluso che le funzioni del delegato siano limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni recanti la delega ed essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi della legge di delegazione e di quella delegata.

La sentenza n. 174/2005 dispone che l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante; infatti, le funzioni del legislatore delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo

consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata. Non può essere ravvisata una violazione della delega in scelte di merito rimesse alla discrezionalità del legislatore delegato. La sentenza n. 199/2003 dispone che il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, tenendo conto delle finalità che, attraverso i principi e i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste e tenendo altresì conto che le norme delegate vanno interpretate nel significato compatibile con quei principi e criteri. La delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto tali, più o meno ampi, margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. L'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte del legislatore delegante; infatti, le funzioni del delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata.

La sentenza n. 308/2002 dispone che la determinazione dei principi e criteri direttivi, a mente dell'art. 76 Cost., se vale a circoscrivere il campo della delega, si da evitare che venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno ispirata, non osta, invece, all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore. Le funzioni del delegato non sono limitate a una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata. A questa logica appartiene anche la delega conferita al Governo per il coordinamento di preesistenti disposizioni, quale potere volto alla riconduzione in un quadro di coerenza sistematica di norme legislative contenute in pregressi disparati atti. Non risulta così viziata da eccesso di delega

una norma che, in quanto espressione di un potere di coordinamento non solo formale delle precedenti disposizioni, rimanga pur sempre nei confini delle possibilità applicative desumibili dalla legge di delega.

Nella sentenza n. 163/2000, viene precisato che la delega legislativa non elimina ogni discrezionalità del legislatore delegato, i cui margini risultano più o meno ampi a seconda del grado di specificità dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante. Nel valutare di volta in volta se il Governo abbia ecceduto tali - più o meno ampi - margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente. La scelta diretta ad attuare un espresso criterio direttivo contenuto nella legge di delega non eccede i margini lasciati al legislatore delegato.

La sentenza n. 126/2000 prevede che in materia di delega legislativa, quanto più i principi e i criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati, tanto più ridotti risultano i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato e viceversa. Nel valutare se il Governo abbia ecceduto i più o meno ampi margini di scelta, occorre individuare la *ratio* della delega, cioè le ragioni e le finalità che, nel complesso dei criteri direttivi impartiti, hanno ispirato il legislatore delegante e verificare poi se la norma delegata sia ad esse rispondente. L'uso di espressioni letterali di vasto ambito e la *ratio* ispiratrice della delega possono giustificare un intervento del legislatore delegato notevolmente discrezionale.

Con la sentenza n. 237/2013 si afferma che disposizioni contenute nella legge delega concorrono a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti delegati. Il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del complessivo sistema normativo poiché soltanto l'identificazione della sua *ratio* consente di verificare se la norma delegata sia con essa coerente. Il legislatore delegato possiede margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne rispetti la *ratio* e si inserisca in modo coerente nel relativo quadro normativo: pertanto, rientra nei suoi poteri fare delle scelte fra i possibili modi di realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, scelte di cui occorre comunque verificare la ragionevolezza.

7. Il vizio di eccesso di delega nell'orientamento della giurisprudenza costituzionale.

Dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale, in ordine alla legittima autonomia e discrezionalità del legislatore delegato, rispetto a quanto determinato dal legislatore delegante, ovvero in merito a quanto l'azione del delegante possa estendersi senza perforare il perimetro costituzionale, si ritiene adesso opportuno passare in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale, in maniera puntuale, in merito all'eccesso di delega.

Con la sentenza n. 40/1989 si dispone che nell'esercizio della discrezionalità di concreta attuazione spettante al potere delegato, il Governo può esplicitare ciò che era già implicito nella legge di delegazione ma non travalicare l'oggetto definito della delega, inserendo un caso rispondente a tutt'altra *ratio* non considerata dal legislatore delegante. La sentenza n. 230/1991 dispone: «4. Nel silenzio del legislatore delegante su questo aspetto occorre [...] verificare - sempre ai fini dell'accertamento del vizio denunciato di eccesso di delega - se la soluzione adottata dal legislatore delegato [...] risulti o meno in contrasto con altri criteri, espliciti o impliciti, desumibili dagli indirizzi formulati nella legge di delegazione [...]».

Con la sentenza n. 15/1999 si dispone: «2.1. - Nell'esaminare il vizio di eccesso di delega e valutare se la norma emanata dal legislatore delegato ecceda i margini di discrezionalità che i principi ed i criteri direttivi imposti dal legislatore delegante consentono, occorre procedere ad una duplice operazione ermeneutica. Per un verso devono essere interpretate le norme che determinano i principi e criteri direttivi, tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano la delega (tra le molte, sentenza n. 531 del 1995). Per altro verso devono essere interpretate le disposizioni che sono state emanate dal Governo in attuazione della delega, tenendo presente che i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio interpretativo delle stesse: esse vanno lette, fin tanto che ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega (da ultimo, sentenza n. 418 del 1996). Nell'ambito dei confini stabiliti dalla delega, è da riconoscere al legislatore delegato un potere di scelta fra le alternative ad esso offerte (sentenze n. 456 e n. 198 del 1998; sentenze n. 335 e n. 141 del 1993; sentenza n. 4 del 1992)».

Con la sentenza n. 503 del 2000 si dispone che: «6. - [...] il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi interpretativi paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi, ove possibile, nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega (sentenza n. 425 del 2000; v. anche, *ex plurimis*, le sentenze nn. 292, 276, 163 e 126 del 2000; nn. 15 e 7 del 1999; n. 456 del 1998)».

Inoltre, la Corte precisa che nell'oggetto della delega non può essere inclusa una fattispecie oggetto di precedente e specifica delega esercitata in sostanziale contemporaneità rispetto alla presentazione del disegno di legge di delega di iniziativa governativa. Ciò non tanto in ossequio al canone interpretativo secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* – che non ha rango costituzionale né valore assoluto come criterio di risoluzione delle antinomie, né può applicarsi al caso della successione nel tempo di leggi di delegazione, quando la delega antecedente abbia ormai avuto piena e definitiva attuazione – bensì in quanto nell'abilitazione ad adottare provvedimenti di riordino per l'attuazione di una complessiva riforma non può essere compresa anche quella ad assumere provvedimenti di modifica di una normativa specifica e organica di recente approvazione. La sentenza n. 230/2010 dispone: «4.2. — Si deve osservare che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alla disposizione che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi (tra le più recenti, sentenze n. 98 del 2008; n. 340 e n. 170 del 2007). Relativamente al primo di essi, il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge-delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima (sentenze n. 341 del 2007; n. 426 e n. 285 del 2006). I principi posti dal legislatore delegante costituiscono, poi, non soltanto base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della

loro portata; e tali disposizioni devono essere lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi (sentenze n. 98 del 2008, n. 340 e n. 170 del 2007), i quali, a loro volta, vanno interpretati alla luce della *ratio* della legge delega (sentenze n. 413 del 2002, n. 307 del 2002; n. 290 del 2001)».

Infine con la sentenza n. 75/2012 si dispone: «6.3.— In merito ai rapporti fra legge delega e norma attuativa, la giurisprudenza di questa Corte ha affermato che il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa deve essere svolto attraverso «un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli concernenti, rispettivamente, la norma delegante (al fine di individuarne l'esatto contenuto, nel quadro dei principi e criteri direttivi e del contesto in cui questi si collocano, nonché delle ragioni e finalità della medesima) e la norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega» (tra le più recenti, sentenze n. 293/2010, n. 112/2008, n. 341/2007, n. 340/2007 e n. 170/2007). L'esame del vizio di eccesso di delega impone che l'interpretazione dei principi e dei criteri direttivi sia effettuata in riferimento alla *ratio* della legge delega, tenendo conto del contesto normativo in cui sono inseriti e delle finalità che ispirano complessivamente la delega ed in particolare i principi e i criteri direttivi specifici. In tale processo, in definitiva «i principi posti dal legislatore delegante costituiscono non solo la base e il limite delle norme delegate, ma strumenti per l'interpretazione della portata delle stesse» (sentenza n. 96 del 2001)».

8. Conclusioni in ordine alla discrezionalità del delegato ed ai rapporti tra legge delega e decreto legislativo.

Su entrambi i profili, ovvero: 1) autonomia e discrezionalità del delegato; 2) rapporti tra legge delega e decreto legislativo, come si è potuto evidenziare, la giurisprudenza si è ormai consolidata.

Con riferimento al punto 1) la Corte è ormai ferma nel sostenere che al legislatore delegato spettino autonomia e margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio*, l'impianto complessivo e che l'attività del delegato si inserisca, in modo coerente, nel quadro normativo di riferimento. L'eccesso di autonomia e discrezionalità, che dà poi luogo al conseguente eccesso di delega, si misura proprio sul

piano della coerenza rispetto all'impianto delegante, limitandone una ampiezza derogante, anche soltanto con l'aggiunta di disposizioni additive disarmoniche.

Anche con riferimento al punto 2) la stessa Corte continua ad affermare che, ai fini della valutazione del vizio di eccesso di delega, le norme della legge di delegazione, che determinano i principi e i criteri direttivi, devono essere interpretate tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità ispiratrici della delega.

Ebbene, da tale giurisprudenza, sembra emergere chiaramente una *subordinazione* della scelta governativa a quella parlamentare. In particolare, senza affatto negare una certa discrezionalità in capo all'organo esecutivo quanto all'attuazione della delega, la Corte evidenzia che, in ogni caso, essa è circoscritta entro i limiti dati dal rispetto dovuto alla *ratio* del provvedimento legislativo.

In particolare, sotto tale profilo, a me pare, tra le altre, interessante la sentenza n. 435/1990, laddove afferma che: «La delega può fondare la discrezionalità del legislatore delegato qualora il delegante abbia dettato direttive generiche o abbia omissso di provvedere ma non è sufficiente a legittimare l'alterazione di scelte specifiche positivamente compiute».

Il delegato, dunque, non può compiere scelte (come quelle a proposito dei cc.dd. servizi a rete) che contraddicono le scelte di fondo del legislatore delegato. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il legislatore delegato non ha titolo di espungere dalla gestione dei servizi pubblici locali a rete le aziende speciali e le gestioni in economia, né di creare un modello discriminatorio nei confronti degli affidamenti *in house*, in maniera del tutto irragionevole, tarando il sistema sul mercato e sulla regola della concorrenza. Il legislatore delegato attraverso la configurazione di tale modello non può violare i principi costituzionali che esprimono il principio autonomistico degli enti locali, incidendo sull'assetto complessivo del riparto delle funzioni amministrative tra centro e periferia.

In relazione alla fattispecie in oggetto: 1) l'irragionevole e sproporzionato ridimensionamento del ruolo e delle funzioni della Conferenza unificata, dettato già dalla legge delega, ma ripreso dallo schema di decreto delegato, che configura un profilo di illegittimità costituzionale derivato, ma non un eccesso di delega; 2) l'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete; 3) l'obbligo per cui la motivazione della scelta dell'affidamento *in house* deve dare «espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato»; 4) il ruolo *extra ordinem* dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali, in ordine alle deliberazioni di affidamento alle società *in house*,

ancorché meno invasivo e pervicace di quello originariamente previsto dall'Antitrust nella legge delega e poi espunto; 5) i limiti temporali e irragionevolmente discriminatori degli affidamenti *in house*, costituiscono, nel loro complesso, sulla base delle considerazioni suesposte e sulla succitata giurisprudenza della Corte costituzionale, un eccesso di delega, che altera, nella sostanza, la visione complessiva offerta dal legislatore delegante, che in ogni caso ha configurato un modello pubblicistico di gestione dei servizi pubblici locali a rete sia attraverso le società *in house* sia attraverso le aziende speciali e le gestioni in economia.

Emerge dalla lettura dello schema di decreto delegato una forte spinta verso la privatizzazione dei servizi pubblici locali, una scelta adottata dal Governo in assenza di puntuali prescrizioni da parte del legislatore, ponendosi così contro la *ratio* delle scelte positivizzate dal Parlamento nel testo della legge di delega, configurando, come si è visto, plurimi eccessi di delega.

Si chiede pertanto, alle autorità competenti, luce delle suddette considerazioni di modificare lo schema di decreto delegato in oggetto, rimuovendo, con puntuali emendamenti, le plurime illegittimità costituzionali, così come argomentate nel parere-studio.

PREFAZIONE A SERGIO STAMMATI, *IL COSTITUZIONALISMO NELL'ETA' DELL'INCERTEZZA. LA CRISI DELLE ISTITUZIONI COSTITUZIONALI ITALIANE IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA E GLOBALE*, A CURA DI A. LUCARELLI E S. CAFIERO, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2022*.

46

di Alberto Lucarelli**

La cultura giuridica è il complesso dei valori, dei principi, della tecnica, ma direi anche dell'etica che, in una dimensione umanistica, si stratificano e si ritrovano nel pensiero e nell'opera del Professore Sergio Stammati.

Mi accingo a scrivere queste poche righe di prefazione con una certa emozione che prova l'allievo verso il suo Maestro, che proverò a governare, ma i lettori so che mi sapranno perdonare se non sempre riuscirò nel mio intento.

È proprio la cultura giuridica che costituisce il filo rosso della sua ricerca, del presente libro di Stammati sull'Europa, che pubblichiamo postumo. Infatti, il Professore nel pieno del suo vigoroso sforzo intellettuale e della sua creatività, veniva colpito da una feroce ed ingiusta malattia, così rapida, tale da impedirGli di consegnare il manoscritto Egli stesso per la stampa.

Conoscendo il Suo metodo di lavoro, la Sua scrupolosità, la Sua costante coltivazione del dubbio, avendo avuto il privilegio per anni di formarmi sotto la Sua preziosa guida, sono certo che ci avrebbe lavorato ancora tanto, vittima talvolta del suo perfezionismo e del principio, tipico del rigore metodologico, secondo il quale più approfondiva e più riteneva di non sapere.

Ma questa era ovviamente anche la Sua forza, la Sua scelta metodologica dell'analisi e del confronto costante tra principi, norme, fatti; tra Costituzione formale e Costituzione

* Il presente contributo costituisce la prefazione al libro di S. Stammati, *Il costituzionalismo nell'età dell'incertezza. La crisi delle istituzioni costituzionali italiane in una prospettiva europea e globale*, a cura di A. Lucarelli e S. Cafiero, Editoriale Scientifica, 2022.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

materiale, tra diritto, politica ed economia, a mio avviso, ereditata in parte dal Suo Maestro il Professore Giuseppe Guarino, fondatore in Italia del diritto pubblico dell'economia.

Leggendo le pagine del voluminoso libro risulta evidente che Stammati appartiene forse all'ultima generazione del nostro Paese formatasi nella più profonda ed ampia cultura umanistica.

I suoi riferimenti più risalenti appartengono alla tradizione culturale, e quindi giuridica greco-giudaica-romana, ma con grande interesse e curiosità anche per il Medioevo e per tutto quello che tale periodo riuscì ad esprimere, a partire da un rapporto non statalista tra istituzioni e cittadino. E non è un caso che Stammati voglia chiudere il suo percorso scientifico con uno studio sull'Europa piuttosto che sull'Unione europea.

La Sua riflessione è tesa alla costruzione di un'Europa consapevole del proprio ruolo, innanzitutto legato alla storia ed ai percorsi culturali: di un'area geografica, fondata sulle grandi conquiste dello Stato di diritto. Stammati è consapevole dell'importanza del senso della tradizione, ma proprio per non restare imbrigliato in essa, sviluppa un complesso di riflessioni che hanno quale obiettivo unico quello di un'Europa non soltanto economica, ma soprattutto politica, sociale, culturale.

Stammati è un *“europeista critico”*, ma mai scettico, crede non soltanto fortemente nel processo d'integrazione europeo, ma ne vede la necessità, non soltanto per l'Europa ma per il mondo.

La bipolarità geo-politica che caratterizzava i rapporti internazionali dopo la seconda guerra mondiale necessita di un'Europa politica che sappia fare proprie, anche formalmente, le conquiste della civiltà del diritto, a partire da processi perequativi e di solidarietà. La Sua formazione cattolica, ma in ogni caso mai invadente rispetto alla costruzione del Suo pensiero giuridico, che definirei a tutto tondo laico, lo porta molto a ragionare sulla solidarietà sociale, sul principio di sussidiarietà, sempre declinato all'interno di forme di Stato basate sull'economia sociale di mercato e giammai a torsione neo-liberista.

La tensione verso un'Europa politica ed economica, in una dimensione sovranazionale e non intergovernativa, fa sì che questo libro, oltre ad essere di estrema attualità, sembri essere preveggenza. Teniamo presente che Stammati inizia a ragionare con sempre maggiore dedizione su questi temi in occasione dei seminari sull'Europa, organizzati dall'indimenticabile Sergio Panunzio alla Luiss, a partire dal 2001.

Dopo la Carta di Nizza è un momento di grande fede ed esaltazione europeista, la moneta unica dà slancio al progetto costituzionale, poi naufragato, ed i cui principi in parte saranno ripresi dal Trattato di Lisbona. Stammati ha chiari per la costituzione di un'Europa politica perlomeno tre punti: 1. metodo sovranazionale; 2. Europa politica con progressive cessioni di sovranità soprattutto in materia economico-finanziaria, in quanto strumentali ad una effettiva garanzia da parte delle istituzioni europee dei diritti enunziati; 3. principio solidaristico all'interno dell'Europa, in grado di riequilibrare le differenze e costituire la base per scelte unitarie.

Oggi, è sotto gli occhi di tutti che, o si perseguono questi obiettivi, oppure l'Europa è destinata a svolgere sul piano internazionale e geo-politico un ruolo ancillare. Ma soprattutto proprio in questi ultimi anni, a partire dalla pandemia, per arrivare alla sanguinosa guerra in corso, si avverte l'esigenza di abbandonare, anche all'interno dell'Europa, i nazionalismi, gli egoismi, il metodo intergovernativo, tendendo sempre più verso scelte omogenee fondate sul principio di solidarietà.

Il *Next generation EU*, per fronteggiare la pandemia, si è ispirato proprio ai suddetti principi ed i risultati positivi si sono ampiamente visti. Nei giorni nei quali mi accingevo a scrivere questa prefazione, è esplosa la crisi energetica, determinata dalle conseguenze dalla guerra, ma forse anche da erronee scelte del passato. Ancora una volta, per poter configurare un'Europa politica, occorrono scelte comuni, pur nella consapevolezza di *pesi* diversi tra i singoli Stati membri.

Stammati ha lavorato per questi obiettivi, per un'Europa fondata sulla tradizione della sua cultura giuridica, pur con pericolose regressioni: si pensi alle recenti riforme illiberali di Polonia ed Ungheria.

Il Suo sforzo culturale, ancor prima che giuridico, è teso alla costruzione di un'area geo-politica, in grado di svolgere un ruolo importante per il mantenimento della pace nel mondo.

Ringrazio infine la signora Carmela Mattioli Stammati che, con gentilezza e determinazione, ha voluto affidare a me la curatela della pubblicazione postuma del libro del professor Sergio Stammati, dopo la brillante giornata in Suo ricordo svoltasi a Napoli, nell'Aula Pessina della Federico II, nel dicembre del 2019, con le bellissime relazioni dei Colleghi e Maestri Angel Antonio Cervati, Sergio Lariccia e Paolo Ridola.

Da quel momento con il prezioso aiuto del dott. Simone Cafiero, giovane, scrupoloso ed appassionato studioso, che ha curato insieme a me la pubblicazione, ci siamo immersi nel mondo delle idee del Professore, riannodando i fili della Sua profonda riflessione.

E devo dire, concludendo, che rammarica molto che, in questa fase storica così drammatica, il Professore non possa intervenire nel dibattito; avremmo avuto bisogno del Suo contributo, come al solito critico e propositivo, caratterizzato sempre da una *forza calma*.

Ecco questo ci manca, a me tanto!

DOTTRINA, GIURISPRUDENZA ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO*.

di Vittorio Teotonico **

Sommario. 1. La propensione dei giuristi a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra *testi* (nomativi) e *contesti* (sociali). – 2. Una rapida rassegna di tesi riduttive in merito ai compiti di dottrina e giurisprudenza. – 3. Teoria, dottrina e interpretazione. La collaborazione tra cultura giuridica e potere politico quale costante della storia del diritto. L'accresciuto ruolo dei giuristi-costituzionalisti nello Stato contemporaneo: aspetti *fisiologici* e ipotesi *patologiche*. – 4. La legittimazione della magistratura. L'*intraprendenza pretoria* come passaggio talvolta obbligato per restituire unità e coerenza all'ordinamento e attenuarne il divario con la società. L'esigenza di nuovi raccordi inter-istituzionali. Il giudice costituzionale come organo *diversamente politico* (rispetto a quelli legislativi ed esecutivi). – 5. Alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

50

1. La propensione dei giuristi a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra *testi* (normativi) e *contesti* (sociali).

La scienza giuridica, secondo un'autorevole definizione, è quell'attività razionale svolta da dottrina e giurisprudenza e diretta a “costruire”, piuttosto che a individuare, il diritto sulla base tanto delle fonti normative quanto dei “contesti sociali” i quali forniscono alle prime gli elementi storicamente mutevoli, ma sempre indispensabili, per poter concretamente operare¹.

* *Sottoposto a referaggio*. Il lavoro rappresenta una versione rielaborata e corredata di note di una relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo *Role of Constitutional Courts in new democracies*, organizzato dalla Corte costituzionale albanese e svoltosi a Tirana il 20 e 21 ottobre 2022, alla cui data il lavoro stesso è aggiornato.

** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di Bari Aldo Moro.

¹ C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 23 ss. e p. 33 ss. *Funditus* sul concetto di scienza giuridica F. Modugno, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Rivista AIC*, dicembre 2014, il quale sostiene che dottrina, giurisprudenza e interpretazione rappresentano i tre aspetti distinti ma intimamente collegati della “scienza giuridica”, ossia della “Giurisprudenza (in senso lato, con la “g” maiuscola)” (p. 3). S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 101 ss., pur distinguendo tra scienza giuridica (orientata alla conoscenza) e tecnica giuridica (capace di tradurre in precetti pratici le formulazioni scientifiche), comunque reputava inseparabili le due fasi, essendovi tra di esse non solo “connessione, ma addirittura reciproca coordinazione funzionale e strutturale” p. 107 ss.). Analoga la posizione di A. Falzea, *Giuristi e legislatori (considerazioni metodologiche)* (1996), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 664, secondo cui conoscenza scientifica e applicazione pratica del diritto, se in linea di principio possono apparire concetti antitetici, “in concreto esse tendono a sfumare e i termini del confronto a sovrapporsi fino a identificarsi”. In senso ancor più esteso M. Jori e A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, p. 103, ed E.

La definizione sembra attagliarsi particolarmente all'attività del costituzionalista e del giudice costituzionale. Essi, invero, vengono reputati giuristi "di frontiera per eccellenza" atteso che operano in una branca del diritto che – in conseguenza del carattere perlopiù compromissorio e largamente indeterminato delle previsioni delle Carte fondamentali liberaldemocratiche – risulta più di altre sensibile sia all'evoluzione culturale, politica ed economica della società, sia al cambiamento di senso delle parole con cui esprime i propri concetti².

Siffatta vocazione costruttiva di studiosi e operatori del diritto emerge in modo più netto nelle fasi transitorie, nei periodi di crisi, quando i decisori politici dimostrano maggiore difficoltà nel *problem solving* e minore attenzione alle priorità costituzionali. In simili frangenti tendono ad aumentare i vuoti normativi da colmare, le antinomie da superare, i conflitti da appianare, i diritti da garantire. Di pari passo crescono anche il disinteresse per gli strumenti di partecipazione democratica e il divario tra comunità governata e apparato governante³.

Da qui si può meglio comprendere il ruolo centrale, anche in senso sociale, di dottrina e giurisprudenza che in realtà non si limitano mai, neppure in tempi, per così dire, di normalità, a fare solo l'esegesi o a dare mera applicazione alle regole giuridiche. Già oltre un secolo fa, Vittorio Emanuele Orlando scriveva che "il diritto scritto non riproduce che una parte, e non sempre la migliore", di ciò che è "giuridicamente sentito" dalla coscienza collettiva. Anche per questo – Egli proseguiva – diventa essenziale il lavoro del giurista quale interprete qualificato sia di quel diritto che di questa coscienza: come la stessa

Giannantonio, *Dottrina e giurisprudenza come «fonti del diritto»*, in *Giur. it.*, n. 10/1991, parte IV, c. 381, hanno sostenuto che rientrerebbe nel concetto di scienza giuridica l'insieme dei discorsi e delle interpretazioni di tutti quanti (professori, giudici, avvocati) si occupino professionalmente di diritto. Del resto, lo stesso A. dal cui pensiero siamo partiti considerava la giurisprudenza (casistica o pratica) "come la parte viva e lo scopo finale della scienza giuridica": C. Lavagna, *op. cit.*, p. 40 ss. Sia come sia, per esigenze di comodità discorsiva, nonché per l'esistenza stessa di tali strettissimi legami, in questa sede si preferirà utilizzare l'espressione *scienza giuridica* come *genus* comprensivo delle due *species* dottrina e giurisprudenza (viste ora in senso oggettivo, come forme di elaborazione/esplicazione scientifica del diritto, ora in senso soggettivo, come insiemi di figure professionali a ciò deputate).

² G. Silvestri, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 128 ss. Così già E. Spagna Musso, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale come struttura sociale* (1971), in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, p. 2767 ss., in part. p. 2782 ss.

³ Non è questa la sede per approfondire il tema. Qui basti accennare a due dati registrati in Italia l'anno appena trascorso: il primo riguarda la scarsa partecipazione popolare, fermatasi a poco più del 20%, che ha impedito di raggiungere il *quorum* di validità ai cinque *referendum*, denominati sulla giustizia, svoltisi nella scorsa primavera; il secondo è quello relativo alla soglia dei non votati, superiore al 36%, che ha reso il c.d. partito dell'astensionismo quello di gran lunga maggiore dopo le elezioni politiche di inizio autunno.

etimologia dimostra, interprete è “chi si interpone e concilia, non già chi si limita a tradurre una lingua in un’altra più comprensibile, ma serbando l’identico contenuto”⁴.

A *fortiori* oggi, a motivo, per un verso, di una Costituzione rigida e per valori, la cui difesa di per sé richiede ai giuristi prestazioni prima sconosciute⁵, e, per altro verso, di un quadro normativo lacunoso e al contempo caotico, che esige di essere continuamente ricomposto⁶, pare del tutto anacronistica l’immagine ottocentesca dello scienziato del diritto come *bouche de la loi*, come servile riproduttore o esecutore del comando dell’autorità costituita, senza alcuna possibilità di moderarne la forza e il rigore⁷. Gli interventi dottrinali e giurisprudenziali non possono più essere – se mai prima lo siano stati – di tipo *fonografico* o *riflettente*, ossia pedissequamente dichiarativi della *voluntas legislatoris*, apparendo non di rado espressione di un’attività propositiva, correttiva, trasformativa o addirittura sostitutiva nei confronti della medesima *voluntas*.

In buona sostanza, se la funzione principale del giurista resta quella di “interprete politicamente fedele” alle scelte prima costituenti e poi legislative (ma pur sempre professionalmente competente a ridefinirle a seconda delle diverse possibilità offerte dalla loro struttura più o meno aperta), nulla pare impedirgli di rendere il proprio contributo altresì quale “architetto delle istituzioni” (in quanto preparato a conferire

⁴ V.E. Orlando, *L’elogio dell’avvocatura e le riforme istituzionali* (1914), in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, p. 298 ss. L’attività mediatrice tra soggetti o realtà differenti insita nell’origine stessa della parola interpretazione (per via della preposizione *inter* che ne costituisce il prefisso e ne orienta il significato) viene spesso sottolineata anche nella letteratura contemporanea: v., ad es., A. De Nitto, «Principio di diritto» e «interpretazione di legge», in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, *Introduzione alla giurisprudenza, diritto privato, diritto pubblico*, Milano, 1993, p. 93; M. Dogliani (voce), *Interpretazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3185; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 170 ss.; F. Modugno, *op. cit.*, p. 9. La stessa idea di mediazione o di comunicazione tra mondi diversi – come metteva in luce H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983, p. 203 – evoca il sinonimo *ermeneutica* in quanto derivato da Hermes, il messaggero degli dei, il *trait d’union*, cioè, tra Olimpo e Terra.

⁵ M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, n. 3/1998, p. 371.

⁶ Diversi e stimolanti sono gli studi che inducono a guardare all’ordinamento non come un mero *dato* di cui prendere atto, bensì come un *problema* da risolvere: v., solo per ricordarne alcuni, quelli di E. Betti, *Teoria generale della interpretazione* (1955), vol. II, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990, p. 833 ss., spec. p. 836; G. Tarello, “Sistema giuridico”, “ordinamento giuridico”, in S. Castignone, R. Guastini e G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Prime lezioni*, ed. breve, Genova, 1982, p. 59 ss., spec. p. 61 e p. 88; E. Giannantonio, *op. cit.*, p. 375 ss., spec. 380; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, *passim*, spec. p. 48; C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell’età contemporanea*, Bologna, 2005, p. 19 ss.; M. Dogliani (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, *passim*.

⁷ Cfr., *ex multis*, A. D’Atena, *Divagazioni in tema d’interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, tomo II, Roma, 2010, p. 177.

un'articolazione normativa ad una visione politica) o persino quale risolutore, o almeno co-risolutore, delle condizioni di crisi⁸ (aggravate, quando non causate, da un Parlamento spesso troppo pigro e diviso al suo interno, avulso dallo stesso contesto sociale di riferimento o anche solo incapace di fornire un'idonea declinazione tecnica agli interessi rappresentati)⁹.

2. Una rapida rassegna di tesi riduttive in merito ai compiti di dottrina e giurisprudenza.

Tutt'altro che pacifica appare la premessa da cui abbiamo dato avvio alle nostre riflessioni. È qui possibile riportare, a mero titolo esemplificativo, solo alcune tra le tante voci più o meno dissonanti, anche molto accreditate, sul ruolo di dottrina e giurisprudenza e sui limiti del loro raggio di azione.

V'è innanzitutto da ricordare la metafora romaniana dell'interpretazione come “specchio” dell'ordinamento vigente: uno specchio che talvolta potrebbe pure proiettare immagini alterate a causa, però, piuttosto che della discutibilità della scelta legislativa (che anzi andrebbe sempre “considerata cristallizzata e immobilizzata perché duri”), dei difetti propri dell'intelletto umano dell'interprete (la cui attività comunque non dovrebbe mai concorrere con quella di chi pone il diritto e tantomeno sostituirsi ad essa)¹⁰.

Né si può dimenticare quella corrente di stampo neopositivistico che, pur includendo la scienza del diritto tra le scienze empiriche (atteso che la conoscenza delle proposizioni normative presuppone un riferimento alle fattispecie concrete da esse regolate), circoscrive il suo compito essenzialmente ad un'analisi critica del discorso legislativo

⁸ In questi termini U. Scarpelli, *Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1973, p.1680 ss. Invero, perlomeno quando la crisi mette in pericolo la salvaguardia di diritti o principi fondamentali, il problema diventa “troppo serio per lasciarlo solamente nelle mani dei politici di professione”: G. Pitruzzella, *Considerazioni sull'“idea” di Costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, n. 2/1993, p. 68.

⁹ V. L. Mezzetti, *Composizione e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, p. 193, a cui adde almeno P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2003, p. 45 ss., e R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, p. 650.

¹⁰ S. Romano, (voce) *Interpretazione evolutiva* (1945), in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata, Milano, 1953, p. 120 ss.

(volta allo scopo di purificarlo e completarlo mediante le rigorose regole sistematiche del linguaggio tecnico-giuridico)¹¹.

Giova inoltre accennare all'opinione di coloro che reputano il lavoro di teorici e pratici del diritto come squisitamente ricognitivo di significati normativi oggettivamente dati e preesistenti alle loro interpretazioni o decisioni, con ciò escludendo che essi possano creare, in qualche modo, nuove regole o anche solo ridefinire, attraverso scelte valutative, il senso e la portata di quelle vecchie¹².

Non molto diversa appare la posizione di quanti sottolineano come il giurista, ogni qual volta proponga nuove regole, dismetta le proprie vesti per indossarne altre¹³, dimodoché tutto quanto attenga al cambiamento rientrerebbe non già nella scienza giuridica, bensì “nell’arte della politica, nelle disquisizioni *de iure condendo*, nell’impegno civile o nella consulenza ai legislatori”¹⁴.

Sempre in quest’ottica, qualcuno paventa il rischio che l’interprete che si addentri in tali ulteriori campi di conoscenza o esperienza umana subisca una sorta di “contaminazione”, vale a dire ceda alla tentazione di far passare per leggi le sue personali opinioni oppure le direttive dei partiti in cui milita¹⁵.

Altri poi ritengono che, perlomeno negli ordinamenti di *civil law*, il *judicial activism* non solo talvolta metta a dura prova la tenuta di principi di legalità e della separazione dei poteri¹⁶, dando luogo a scelte discrezionali ideologicamente orientate che spetterebbero al

¹¹ Si rinvia a N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, p. 200 ss., spec. p. 231 ss., il quale ad una fase di “purificazione” del discorso legislativo (attività di interpretazione in senso stretto) faceva seguire una fase di suo “completamento” (attività di integrazione o estensione della legge) e infine una fase di “ordinamento” del linguaggio dello stesso giurista (attività sistematica o di costruzione di un determinato sistema giuridico).

¹² Su questi aspetti, benché limitatamente all’attività giudiziale, indugiava E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, p. 11 ss. e p. 45 ss.

¹³ Per G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2003, p. 860, il momento scientifico si consumerebbe con l’acquisizione delle specifiche conoscenze del giurista, mentre le sue proposte, per quanto siano basate su tali conoscenze e per quanto appaiano le migliori possibili, fanno “parte della politica, e non più della ricerca scientifica”. Affine il pensiero di V. Frosini, *La Costituzione italiana dalla prima alla seconda Repubblica (e dopo)*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 109-110/1995, p. 5, il quale ammoniva i teorici del diritto a non varcare i limiti della propria funzione per indirizzarsi verso percorsi non ancora tracciati, di spettanza invece dei politici di mestiere.

¹⁴ Così, seppur in tono non assertivo, ma problematico, P.G. Grasso, *Il concetto di riforma e i giuristi*, in *AA.VV., Scritti (su le fonti normative e altri temi di vario diritto) in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, p. 313 ss.

¹⁵ Il timore risale, in part., a G. Cassandro, *Il «fare» del giurista*, in *Dir. soc.*, n. 1/1973, p. 131.

¹⁶ V., ad es., L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, p. 13 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 251 ss.; A. Ruggeri, *In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)*, in *Consulta online*, n. 3/2022, p. 1013 ss.

legislatore¹⁷, ma non sia neppure in grado di dotare di una valenza generale le decisioni dei singoli giudici, con la conseguenza di creare una disomogeneità e una incertezza che non appaiono utili ai diretti interessati¹⁸.

Altri ancora, con più specifico riguardo ai giudici delle leggi, rimarcano come questi ultimi, tramite un uso accentuatamente costruttivistico dell'interpretazione costituzionale, possano indebitamente sottrarre spazio alla politica e alla legislazione, "saturandolo di diritto e giurisdizione"¹⁹, oppure notano come essi quanto più si ergano a interpreti dell'evoluzione della coscienza sociale tanto più portino argomenti a favore della teoria originalista, risolutamente avversa all'idea che "*the Constitution is what the Judges say it is*"²⁰.

Né manca chi, riferendosi ai giudici comuni, in particolare civili, sostiene che gli stessi oramai "si rivolgono alla Costituzione come ad una sorta di elenco sofisticato dal quale prelevare l'argomento di volta in volta ritenuto utile per legittimare una certa decisione"²¹.

Questi rilievi, come tanti altri di tenore riduttivo, sui compiti di giudici e dottori del diritto, pur presentando tutti indiscutibili elementi di verità, non risultano assolutamente insuperabili in virtù di una serie di ragioni che proveremo ad esporre qui di seguito.

3. Teoria, dottrina e interpretazione. La collaborazione tra cultura giuridica e potere politico quale costante della storia del diritto. L'accresciuto ruolo dei giuristi-costituzionalisti nello Stato contemporaneo: aspetti fisiologici e ipotesi patologiche.

Appare utile innanzitutto operare una distinzione – valevole non solo in ambito giuridico – tra teoria e dottrina, che pure nel linguaggio comune, e persino nel discorso

¹⁷ L'osservazione è comune, *ex multis*, a D. Grimm, voce *Diritto e politica*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, p. 118 ss.; A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 118; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.

¹⁸ Questa l'impostazione di P. Caretti, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, p. 191.

¹⁹ Si rimanda sul punto a G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 298.

²⁰ *Amplius* N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 1 ss., in part. p. 12 ss.

²¹ L. Nivarra, *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 4/2016, p. 1192.

specialistico, sovente risultano parole interscambiabili.

La teoria mostra una natura essenzialmente *accertativa e razionalizzante* nella misura in cui essa si mantiene nel solco di dati reali (da registrare, elaborare e ordinare) con l'intento di ricavare da essi, per astrazione, principi unitari sulla base dei quali dedurre determinati svolgimenti logici e/o formulare eventuali previsioni di fatto. La dottrina, diversamente, assume una connotazione *decisoria e precettiva* laddove avanza “proposte ideali o ideologiche” per integrare e modificare quegli stessi dati reali²², nonché per ridefinire, assieme ad alcune conseguenze, anche alcune premesse della propria riflessione²³. Si può dire che, mentre la prima si riduce ad un insieme di enunciati conoscitivi o informativi e di ragionamenti sillogistici basati su *ciò che è* o *ciò ne consegue*, la seconda indica “ciò che deve essere, mira a far fare, funge da prescrizione”, da “sollecitazione ad agire o ad intendere, ad operare o interpretare in un certo modo, anziché in un altro”²⁴ (sia pure in base a determinati presupposti che, nella dottrina giuridica, sono rappresentati dalle disposizioni normative).

Se è vero, allora, che la teoria fornisce l'apparato concettuale e persino il vocabolario necessari per assicurare una chiara identità e una “pronta intellegibilità” ad una determinata disciplina²⁵, non è meno vero che essa essenzialmente si accontenta di analizzare e collegare in una superiore unità sistematica i fenomeni naturali o sociali oppure le attività umane oggetto di quella disciplina. E, quand'anche s'arrischi ad anticipare eventuali futuri sviluppi degli stessi fenomeni e delle stesse attività, lo fa comunque secondo *condizioni controllate*, incapaci, cioè, di turbare quell'unità astrattamente ricavata.

Tocca invece alla dottrina proporre schemi di intervento e di incisione sulla realtà concreta prendendo in considerazione anche *condizioni disturbanti*, vale a dire situazioni impreviste, esigenze sopravvenute, interessi nuovi e, per quel che segnatamente riguarda la realtà del diritto, anche “le linee di tendenza assiologiche che si vanno formando nella

²² G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 178.

²³ Sulla caducità di molti dogmi giuridici si soffermava lo stesso V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (1925), in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, rist. inalterata, Milano, 1954, p. 27: “Gli indirizzi metodici e i mezzi tecnici che essi raccomandano non sono che impalcature, le quali servono senza dubbio, e sono anzi necessarie per la costruzione degli edifici scientifici, ma e l'utilità e la necessità dipendono sempre dallo stato della costruzione stessa, di guisa che, quando una determinata fase costruttiva è sorpassata, quell'impalcatura non serve più e viene quindi abbattuta per essere sostituita da un'altra cui è serbata, fra qualche tempo, la stessa sorte”.

²⁴ F. Modugno, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ E. Betti, *op. cit.*, p. 814 ss.

coscienza e nel vivere comune”²⁶. Così, la dottrina giuridica “prende sul serio il movimento e non la fissità”; si preoccupa non tanto di dire la verità, o di contemplare l’ordine esistente, quanto di esprimere una progettualità, di concepire equilibri migliori; e, dunque, lungi dal fermarsi a fotografare il “mondo dell’esperienza”, legato a quel che di fatto accade, si spinge ad immaginare un “mondo possibile”, da fondare su ulteriori (e non solo su differenti) criteri e regole unificanti²⁷. Ai cultori del diritto, allora, spetta principalmente contribuire “ad una prima riduzione del caos all’ordine” nel campo normativo, additando i percorsi ermeneutici da seguire. Essi, proprio per questo, possono rendere anche il “servizio” di mostrare agli organi legislativi “i mezzi idonei al conseguimento di dati fini (ed evitare quindi eccessi o difetti sempre pericolosi)” o persino “quello, ben più importante, di indicare i fini [stessi] verso i quali, sotto l’impulso delle sue leggi di svolgimento [...], tende un determinato aggruppamento sociale, evitando l’urto tra la struttura sociale e la forma giuridica”²⁸.

Del resto, a prescindere dall’idea che ciascuno possa avere su compiti e confini della cultura giuridica, la collaborazione tra di essa e il potere politico risulta una costante della storia del diritto, a partire perlomeno dai giureconsulti romani, veri e propri *iuris conditores*, sia al tempo della Repubblica che sotto l’Impero²⁹. Successivamente, dalla redazione degli Statuti comunali medievali, all’instaurazione e al consolidamento delle monarchie nazionali, ai processi costituenti e alle grandi codificazioni prima nello Stato liberale, poi in quello autoritario³⁰ e quindi in quello democratico-pluralistico, fino alle

²⁶ A. Falzea, *op. cit.*, p. 667.

²⁷ Invero, ad avviso di P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un’antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/1995, p. 1 ss., spec. p. 8 ss. e p. 30 ss., un mondo possibile significa non utopistico, né opposto e neppure eccessivamente distante da quello esistente proprio perché è pur sempre quest’ultimo ad offrire ai cultori del diritto la legittimazione sociale e insieme il materiale creativo di cui i medesimi hanno bisogno per operare (p. 34). Nella stessa ottica F. Rimoli, *Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo*, in G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, Roma, 2018, p. 120, avvicina il giurista d’oggi all’artista post-moderno il quale “sperimenta sì, ma non troppo, senza più rischiare il rifiuto sociale o il blocco creativo”.

²⁸ S. Pugliatti, *La crisi della scienza giuridica* (1948), in Id., *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 698. L’A. aggiungeva che la scienza giuridica, se esplica questa sua funzione “illuminante” in situazioni di pace, maggiore merito acquista in momenti di crisi, “quando la fatica è immane e i risultati incerti e modesti, e quando può persino sembrare che il giurista, che voglia dare suggerimenti al politico che deve preparare la legge, esca dai limiti che gli sono segnati”.

²⁹ Ricordava R. Von Jhering, *Il nostro compito* (1857), in Id., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Milano, 1989, p. 35, come a giureconsulti quali Ulpiano e Paolo si dovesse l’origine di numerosi principi giuridici non riconducibili a nessuna previsione di legge o brano del *corpus iuris*.

³⁰ Come evidenziato da R. Sacco, (voce) *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 216, negli ordinamenti dominati da un partito unico o da un potere di tipo personale, non

più recenti riforme legislative o costituzionali, il giurista è sempre stato un prezioso, quando non insostituibile, *consigliere del Principe*³¹. Basti ricordare, tra i tantissimi, Portalis per la Francia, Windscheid per la Germania, Rocco, Redenti, Calamandrei e Santoro Passarelli per l'Italia.

Si può ritenere che ciascuno di loro, scrivendo una legge piuttosto che un libro, abbia continuato lo “stesso gioco su un altro tavolo, con gli adattamenti dovuti alla diversità dei giocatori e della posta in gioco”³². E si può aggiungere, su di un piano più generale, che mentre l'effettivo progresso degli ordinamenti sembra essere andato di pari passo con l'evoluzione del pensiero sistematico dei giuristi³³, i livelli più bassi toccati dai legislatori (se non altro sotto l'aspetto del *drafting* normativo) possono collegarsi proprio ad un loro colloquio precario e scarsamente efficace con gli stessi giuristi³⁴. Insomma, l'analisi diacronica del fenomeno giuridico dimostra come la dottrina, da un lato, abbia perlopiù influito *ex ante* sui poteri politico-normativi, ispirandone o provocandone l'azione, e, dall'altro, abbia di continuo operato *ex post* sugli esiti di tale azione, fissando i metodi di accertamento del diritto e di interpretazione delle leggi, senza appagarsi di “scoprire il senso grammaticale o logico dei termini legali o l'intenzione del legislatore”³⁵.

diversamente dagli altri, si è di solito formata una classe di teorici del diritto ammirati e ascoltati da quel partito e da questo potere.

³¹ Sia pure *mutatis mutandis*, la conclusione può valere anche per i sistemi giuridici del medio ed estremo oriente. Invero, il diritto ebraico, musulmano, indu, cinese e giapponese, a tacer d'altri, si sono originariamente fondati bensì su rivelazioni divine e/o antiche consuetudini, ma vieppiù per come elaborate e tramandate dalla dottrina. E quest'ultima non pare avere perso il proprio potere di influenza neppure quando, a partire dal XVII secolo, in molti casi sono iniziati complessi processi di ibridazione, codificazione e modernizzazione anche mediante la ricezione di taluni modelli occidentali: A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, p. 296 ss.

³² P. Costa, *op. cit.*, p. 30.

³³ ... i quali, coltivando in modo socialmente responsabile la propria disciplina, finiscono per porre in un analogo “stato di responsabilità sociale non soltanto i giudici che applicano le leggi, ma primariamente gli stessi legislatori che sono gravati del compito di formularle”: A. Falzea, *op. cit.*, pp. 671 e 673. Non molto diversa appare la riflessione di A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, parte V, 1983, cc. 89 ss., che, basata sulla premessa che il prestigio culturale e il successo pratico dei teorici del diritto siano rimasti sostanzialmente invariati nel tempo, chiarisce che senza il loro apporto, ancora oggi, “non solo è impossibile giudicare, assistere, consigliare, ma non si può nemmeno legiferare, almeno se si intende procedere in modo organico e duraturo”.

³⁴ Cfr. A. Falzea, *op. cit.*, p. 674 ss. Per converso, è possibile sostenere, con S. Cassese, *Il mondo nuovo del dritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 96, che durante i periodi bui, come nel ventennio fascista italiano, il silenzio o la mancata collaborazione di molti giuristi diventa anche un modo per manifestare il dissenso, per non aderire al regime.

³⁵ A R. David e C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (1992), a cura di R. Sacco, Padova, 1994, p. 123, pertanto, pare inaccettabile – e comunque contraria alla tradizione romano-germanica – “l'opinione, dominante in Francia nel XIX secolo, che tutto il diritto si trovi nelle *norme giuridiche* emanate dalle pubbliche autorità costituite”. Questi studiosi giungono così a reputare la dottrina fonte del diritto “solo mediatamente” allorché agisca sul legislatore e fonte in senso pieno allorché eserciti “un compito che riguarda l'applicazione della legge”. Analogamente lo stesso R. Sacco, *loc. cit.* (laddove la

Non bisogna allora confondere la *fisiologia* con la *patologia*. Se ogni disposizione è di per sé ambigua, presentando un ventaglio di sensi letterali possibili³⁶, e se ogni intenzione (soggettiva) del legislatore è perlopiù destinata a sfumare nello spirito (oggettivo) della legge (c.d. *ratio* o *mens legis*), ossia in quel che quest'ultima può effettivamente stabilire nell'insieme del diritto e nel rispetto della Costituzione³⁷, appare del tutto consequenziale che il confronto tra documento normativo e il giurista non possa esaurirsi in una operazione di pura razionalità, in un mero “*vis à vis* intellettuale”³⁸. Per disconoscere la componente volitiva o decisoria insita nell'attribuzione di significato ad una qualunque fonte del diritto³⁹, servirebbe presupporre l'esistenza, oltre che di un interprete-automa, senza una propria capacità di giudizio, di un ordinamento, a tacer d'altro, rigorosamente definito in ogni sua partizione, “esente da lacune e contraddizioni, linguisticamente univoco e indipendente dal mutamento sociale”⁴⁰.

Un ordinamento del genere, però, sembra non solo non avere modelli storici di riferimento⁴¹, ma anche essere quanto di più lontano possa concepirsi dall'odierno Stato

dottrina viene definita fonte del diritto “indiretta” o “criptica” sia perché spesso si colloca “alle spalle della fonte diretta e visibile” sia perché non si limita mai solo “a interrogare il testo legale”), nonché N. Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrative del diritto*, in *Jus civile*, n. 4/2016, p. 302 ss. (il quale ritiene che, nonostante la legge pretenda “di essere l'unica a parlare”, la scienza giuridica ascolti e comunichi meglio con i consociati, assicurando un continuo collegamento tra testo normativo e contesto socio-culturale, creando la necessaria saldatura tra *ius positum* e morale comune e, in ultima analisi, apparendo, nella pienezza della sua dimensione teorico-pratica, “l'unica vera fonte del diritto”).

³⁶ G. Pugliese, (voce) *Diritto*, in *Enc. sc. soc.*, vol. III, Roma, 1993, p. 69. In maniera conforme G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 164, e Giannantonio, *op. cit.*, p. 380: l'uno parla delle disposizioni come di “un numero indefinito di potenzialità interpretative”; l'altro vede in esse solo “un astratto insieme di azioni, privo di una realtà concreta”. V. anche R. Nania e P. Saitta, voce *Interpretazione costituzionale*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 3214, per i quali schierarsi contro la “staticità precettiva” delle formule normative (in part. costituzionali) e a favore della “progressività” della loro interpretazione “consente di esplicitare contenuti già racchiusi e compresi [... in esse] come mere possibilità, anche là dove non le si potesse nemmeno immaginare in precedenti contesti storici”.

³⁷ V. G. Pugliese, *op. cit.*, p. 68 ss.

³⁸ M. Dogliani, (voce) *Interpretazione*, cit., p. 3180 ss.

³⁹ Rileva l'esistenza di tale componente in ogni operazione ermeneutica R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 105 ss., il quale contesta che possano esistere e un significato proprio delle parole e un testo normativo chiaro per tutti (o per sempre). Egli afferma che “le parole hanno solo il significato che viene loro attribuito da chi le usa e/o da chi le interpreta” (dimodoché lo stesso significato sarebbe mutevole e dipendente da una scelta discrezionale). Dubita, così, della validità della distinzione tra testi “chiari” e testi “oscuri” appunto perché chiarezza e oscurità non sarebbero qualità testuali intrinseche, bensì il frutto di decisioni interpretative che possono variare soggettivamente e rendere un medesimo testo allo stesso tempo chiaro per qualcuno e oscuro per qualcun altro (e – aggiungiamo noi – che possono anche variare cronologicamente trasformando domani in oscuro ciò che ad un medesimo interprete appare oggi chiaro e viceversa).

⁴⁰ D. Grimm, *op. cit.*, p. 117.

⁴¹ Ogni sistema giuspolitico è sempre “*a government of laws and of men*”, nel senso che, al di là di pompose dichiarazioni di principio o di illusori divieti espressi, nessuno Stato, neanche il più dispotico, è riuscito mai a comprimere del tutto la discrezionalità dell'amministrazione, della magistratura e, più

sociale o del benessere. A fondamento di quest'ultimo, per vero, c'è una Carta fondamentale fatta vieppiù di enunciazioni programmatiche, di principi e diritti vagamente formulati e di espressioni indeterminate e valutative che lasciano ampi spazi alla decisione, mai del tutto esauriente e sempre rivedibile, del legislatore e che costringono il giurista, sia teorico che pratico, a guardare oltre le risorse dell'interpretazione letterale e le tecniche originaliste⁴². La situazione viene da qualcuno icasticamente descritta quale “crisi della fattispecie” proprio per enfatizzare come l'argomentazione giuridica per valori, tipica dei sistemi dinamici e pluralistici contemporanei, renda sovente inadoperabili quegli “strumenti di precisione” e quelle “stampelle sussuntive e sillogistiche”, risalenti alle società oligarchiche e stabili del passato, con cui ci si illudeva di riuscire facilmente a disporre *in toto* per l'avvenire convertendo automaticamente i più vari fatti in rigorosa applicazione legislativa⁴³.

Oggi, quindi, ancor più di ieri, interpretare un documento normativo vuol dire “afferrarne il significato in rapporto alla [...] possibilità attuale di comprenderlo”⁴⁴. Tale possibilità, a sua volta, dipende, a parte che dalla *forma mentis* del giurista (origine, esperienza, impostazione metodologica, preferenze politiche e ideologiche e via dicendo)⁴⁵, anche e

estesamente, della comunità degli interpreti. La storia ha sempre bocciato i tentativi di creare ordinamenti basati sulla “troppo rigida e troppo completa predeterminazione normativa”: così M. Cappelletti, voce *Giustizia*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 356, sulla scia di K.C. Davies, *Discretionary justice. A preliminary inquiry*, Baton Rouge, 1969, p. 17 ss.

⁴² In tal senso G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 130 ss., il quale, dopo aver parlato dell'insufficienza del dato testuale per comprendere cosa sia, ad es., una “opinione politica”, “la pari dignità sociale” o “il rispetto della persona umana”, evidenzia la difficoltà di accertare in maniera univoca la volontà in un organo complesso e diviso (politicamente e culturalmente) come un'Assemblea costituente il cui *original intent*, peraltro, appare spesso proprio quello di usare formule linguistiche interpretabili secondo le circostanze del momento e i concetti etico-sociali a cui rimandano. Per L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 85, la dottrina – soprattutto in virtù dei valori e delle clausole generali (diritti e principi fondamentali e altri concetti indeterminati, quali la solidarietà, l'uguaglianza, l'utilità sociale, la correttezza, la buona fede, il buon costume etc.) contenuti in Costituzione o in fonti inferiori – viene fortemente sollecitata a trarre le proprie interpretazioni mediante rinvio all'esperienza sociale, ossia mediante un “confronto costante del sistema giuridico col suo ambiente rappresentato dalla società umana, dai bisogni e dalle valutazioni che in essa storicamente si esprimono”.

⁴³ N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2014, p. 36 ss., spec. 41 ss. Pare opportuno precisare – come fa P. Costa, *op. cit.*, pp. 24 ss. – che se si analizza non solo quello che dalla scienza del diritto otto-novecentesca “veniva detto [...] intorno all'interpretazione”, ma anche quello che da essa “veniva fatto con l'interpretazione”, ci si rende agevolmente conto dell'esistenza, pure a quel tempo, di “un tessuto argomentativo ben più complesso ed equivoco” di quello rigidamente positivista, legato al semplice rispecchiamento del dato normativo testuale o del ragionamento giuridico puramente sillogistico.

⁴⁴ G. Paresce, voce *Interpretazione. I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 180 s.

⁴⁵ E ciò di per sé – stando a G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, p. 367 ss., p. 425 ss. e p. 488 ss. – renderebbe inseparabile il profilo ricognitivo o assertivo della scienza giuridica da quello creativo o precettivo della stessa.

soprattutto da vari altri fattori assai meno soggettivi (tra cui età e natura delle disposizioni, completezza e precisione del loro contenuto, adeguatezza dei termini in esse utilizzate, concreta dinamica dei fenomeni che regolano)⁴⁶, fattori che comunque riportano l'interpretazione alla *temperie socio-culturale-linguistica* in cui è destinata a valere, rendendola così inscindibilmente connessa alle abitudini, alle istanze, alle aspettative dei destinatari finali, in definitiva alle loro possibilità di comprensione e di accettazione.

La dottrina, infatti, priva com'è di mandati politico-democratici e di poteri autoritativi, non dispone di altra forza al di fuori di quella che le “viene dalla capacità di persuadere”⁴⁷, sicché gli enunciati normativi con cui si cimenta le pongono incessantemente non solo “l'esigenza teoretica di essere intesi ma inoltre anche un'esigenza pratica di essere osservati”⁴⁸. E il giorno in cui essa non riuscisse più a soddisfare simultaneamente questa doppia esigenza, significherebbe che siffatti enunciati hanno subito un irrimediabile deterioramento, sono divenuti definitivamente inservibili. A quel punto “subentrano, secondo le possibilità dei vari diritti, la *fictio iuris* o la desuetudine, le decisioni della Corte costituzionale dove e quando sono possibili o l'abrogazione o la legge nuova regolatrice del rapporto che la vecchia, per le mutate condizioni, non è più in grado di regolare”⁴⁹.

Pare allora del tutto confacente al ruolo professionale e sociale del giurista effettuare operazioni ermeneutiche “di adattamento e di adeguamento, d'integrazione e di sviluppo complementari”, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che il diritto scritto “non resti lettera morta”⁵⁰. Né rinnega necessariamente tale ruolo il giurista che avanza proposte di riforma, che fa il consulente legale, che sollecita e corregge il legislatore o che addirittura partecipa direttamente alle sue decisioni accettando cariche politico-istituzionali o comunque esprimendosi al di là dei tradizionali ambiti e schemi accademici. Anzi, il *doctor iuris* impegnato su altri fronti, resistendo meglio alla tentazione dell'autoreferenzialità⁵¹, ha l'opportunità di saggiare in concreto la validità delle proprie

⁴⁶ Cfr. D. Grimm, *loc. ult. cit.*

⁴⁷ R. Sacco, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁸ E. Betti, *op. cit.*, p. 791.

⁴⁹ G. Paresce, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁰ E. Betti, *op. cit.*, p. 806.

⁵¹ S. Cassese, *op. cit.*, pp. 95 e 97, puntualizza che, nella misura in cui oggi i giuristi si aprono a mondi diversi e più ampi, magari anche entrando a far parte della classe dirigente o diventando “*opinion leader*”, evitano di “rimanere prigionieri del *nombrilisme*, e cioè della contemplazione di se stessi”.

elaborazioni astratte; di maturare una più profonda coscienza critica mediante la discussione aperta e il contatto diretto con gli (altri) artefici dei processi normativi; di promuovere e incanalare con maggiore incisività il mutamento sociale in forme e limiti giuridici e, per converso, di ricondurre con accresciuta responsabilità il sistema normativo all'interno dell'*idem sentire de re pubblica*. L'*engagement* del giurista della cattedra, dunque, di per sé non ne stravolge la figura, specie ove si tratti di un costituzionalista a proposito del quale si può dire – con Gianni Ferrara – che siano non solo del tutto fisiologici ma anche più immediati e continui tanto l'impegno a controllare, verificare, criticare il potere, quanto il contributo a trasformare “assetti, procedure, effetti”⁵².

L'abilità tecnica dell'esperto di diritto, però, non va usata come una sorta di *passepertout* buono ad aprire qualsiasi porta, come uno strumento valido a qualunque fine⁵³. La patologia, infatti, si manifesta proprio quando egli, magari per mero opportunismo, “per superficiale narcisismo o per altri fini personali”, trasformi la sua ordinaria attività costruttiva in creazione *ex nihilo*, in invenzione capricciosa, scardinando il dato letterale, senza alcun aggancio allo *ius in civitatem positum*⁵⁴, o generando corpi estranei al contesto normativo di riferimento, incapaci di fare sistema con principi e regole della materia trattata⁵⁵; oppure, viceversa, quando egli, per esasperato filologismo o per difetto di sensibilità storico-sociale, tragga una norma “talmente non funzionale da non poter

⁵² G. Ferrara, *Costituzione e Rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista*, in *Costituzionalismo.it*, 20 ottobre 2010.

⁵³ P. Costa, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 173. Né di contro potrebbe obiettarsi, sulla scorta di certe correnti scettiche e iperrealistiche (di matrice soprattutto americana, scandinava e italiana), che non sarebbe mai garantita la coincidenza tra il senso dato ad un messaggio normativo dal suo organo emittente e quello dato dal soggetto ricevente. Ebbene, la gamma di possibili significati di una determinata espressione, per quanto vasta, resta pur sempre limitata, oltre che dal punto di vista grammaticale e sintattico, dagli “usi linguistici” e dagli “*standard* di razionalità” propri dell’“ambiente culturale” (*id est*: contesto sociale) in cui opera l'interprete: così R. Guastini, *op. cit.*, p. 109 ss., il quale ritiene che le interpretazioni non argomentate in base a tali vincoli sono “scarsamente praticabili”, “soggette a critiche, probabilmente destinate all'insuccesso”. In argomento G. Pino, *op. cit.*, p. 132, opportunamente evidenzia che pure termini valutativi e indeterminati forniscono indicazioni agli interpreti perché non possono “letteralmente significare *qualsiasi cosa*”: “dato un certo testo, alcune possibili interpretazioni *sicuramente* non sono corrette”.

⁵⁵ Del resto, se per contesto deve intendersi quel che si trova oppure “opera dietro, davanti od oltre il testo” (P. Häberle, *La Costituzione «nel contesto»*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2002, p. 7), quel che, cioè, si può “rinvenire *aliunde*”, ne consegue che i contesti apportano il loro massimo contributo significativo nella c.d. interpretazione combinatoria/sistematica (basata, per l'appunto, sul “combinato disposto” di più previsioni rispetto a quella di partenza, ovvero comunque sull'uso di più norme per ricostruire un'unica fattispecie): C. Lavagna, *op. cit.*, p. 37. V. anche E. Betti, *op. cit.*, p. 791, secondo cui l'apprezzamento interpretativo, anziché fare affidamento sul talento soggettivo, dovrebbe dipendere “dalla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità”.

essere realizzata o talmente ingiusta da determinare prima o poi il venire meno dell'osservanza di essa"⁵⁶.

Forse peggiore, forse ancora più patologica sarebbe la conversione del giurista da collaboratore critico a servitore cieco del legislatore o di altri pubblici poteri, pronto ad assecondarli supinamente qualunque disegno o comando essi abbiano in mente di attuare o impartire⁵⁷. La sua "obbedienza pensante", se non deve degenerare in arbitrio, in travisamento del dato normativo⁵⁸, neppure può tramutarsi in sostanziale rassegnazione, in passiva accettazione del medesimo dato. Con un atteggiamento così remissivo egli finirebbe per confondersi con i soldati che, "reclutati e messi in fila dal regime", professano una "fede in un'idea formale del diritto, come sola forma della forza" (non meno snaturante e deleteria di un'opposta "fede in un'idea materiale di diritto", basata, invece, sull'"abbandono delle forme 'positive' di produzione del diritto")⁵⁹.

Sia come sia, in ciascuna delle ipotesi su considerate, il cultore del diritto in quanto tale non esisterebbe più perché darebbe fondo alla propria riserva di coscienza critica, perché metterebbe da parte la propria responsabilità socio-culturale, perché farebbe a meno della propria dignità scientifica, acquisendo, semmai, quelle rivenienti da altre forme di legittimazione, di natura politica, democratica, se non addirittura rivoluzionaria.

⁵⁶ E. Giannantonio, *op. cit.*, p. 381. Come già accennato in esordio di questo scritto, il giurista appare piuttosto un mediatore, "sia perché l'interpretazione presuppone un delicatissimo, e talvolta precario, rapporto dialogico fra gli organi dell'ordinamento, e fra questi e i cittadini, sia perché l'interpretazione, pur essendo sempre creativa, non si riduce ad un mero gioco della discrezionalità": C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 87 ss. e p. 523 ss.

⁵⁷ A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie contemporanee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 9 maggio 2013, p. 2 ss., prendendo spunto da quei brani evangelici che ricordano come l'uomo non possa essere servo contemporaneamente di due padroni, evidenzia che il giurista o serve la Costituzione, aderendo *in toto* al sistema di valori in essa delineato, o aderisce ad un diverso sistema di valori, propugnato dal "regime di turno", al cui servizio, più o meno ipocritamente, pone la propria competenza scientifico-professionale. Simile la posizione di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 185 ss., per il quale "l'*engagement*" del giurista impone "due lealtà" (sia ai superiori valori costituzionali che al sistema, ai precedenti, alle logiche e alle prassi politiche e istituzionali all'interno dell'organizzazione nella quale si trova ad operare) la cui "collusione va intensamente ricercata per essere virtuosa". Ma allorché – precisa sempre Azzariti – le due lealtà dovessero entrare in tensione o peggio in insanabile conflitto, rendendo impossibili l'armonia e persino il compromesso tra le rispettive ragioni, al giurista non è più dato alcun "orizzonte di senso" per il suo impegno politico-istituzionale: egli, nell'accettarlo o mantenerlo, "oltrepassa un guado" e così "si perde" e "si dannava".

⁵⁸ G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione* (2006), in Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 159 ss.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

4. La legittimazione della magistratura. L'*intraprendenza pretoria* come passaggio talvolta obbligato per restituire unità e coerenza all'ordinamento e attenuarne il divario con la società. L'esigenza di nuovi raccordi inter-istituzionali. Il giudice costituzionale come organo *diversamente politico* (rispetto a quelli legislativi ed esecutivi).

Il discorso non è molto diverso per il giurista pratico, per il magistrato. Neanche lui si legittima *dal basso*, con un'investitura popolare diretta. Si legittima *dall'alto*, per la sua capacità tecnica di *rendere giustizia*, di offrire un servizio essenziale a tutti i possibili fruitori i quali confidano nel fatto che la tutela di determinati diritti e la soddisfazione di determinati bisogni siano sottratti alle fluttuazioni occasionali della politica⁶⁰. In altre parole, esistono “valori meta-democratici” che rappresentano un limite dialettico al principio democratico, o della sovranità popolare, sicché giurisprudenza, in generale, e quella costituzionale, in particolare, non possono rappresentare la prosecuzione della contesa politico-parlamentare, ma, al limite, la “*longa manus*” nel tempo del potere costituente⁶¹.

Così, ciò che è *regola* per il legislatore diviene *eccezione* per il giudice. Mentre il primo, dovendo esprimere l'indirizzo della contingente maggioranza al potere, è portato a ricominciare daccapo, a riscrivere integralmente le leggi, il secondo, dovendo innanzitutto salvaguardare la continuità della Costituzione, tende a confermare i precedenti, oppure a modificarli gradualmente, per distinzioni e aggiustamenti

⁶⁰ In questi termini G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2022, p. 29, il quale stempera le differenze tra giustizia comune e costituzionale: “Se i giudici comuni hanno il dovere di “rendere giustizia”, individuando la norma applicabile al caso concreto, traendola dalle leggi in vigore, anche combinando tra loro frammenti di norme con tecniche di composizione sistematica alla luce dei principi costituzionali, la Corte costituzionale ha il medesimo dovere di “rendere giustizia” (costituzionale), fornendo al giudice *a quo*, su sua richiesta, ciò che a questo manca per dare una risposta adeguata (alla Costituzione) alle parti che attendono la sua decisione”. In senso almeno parzialmente difforme, v. A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, p. 59, secondo cui tecniche e linguaggio abitualmente usati dai giudici costituzionali risultano perlopiù sconosciuti o inutilizzati da quelli comuni.

⁶¹ Cfr. A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2017, p. 12 ss., i quali precisano che “le Corti sono indispensabili (allo stesso regime democratico) non “benché” siano carenti di legittimazione democratica, ma – al contrario – proprio “perché” ne sono prive”. A parere di L. Mezzetti, *loc. cit.*, la giustizia costituzionale gode comunque di una legittimazione democratica in quanto tale giustizia “è contemplata da una Costituzione democratica, venuta ad esistenza con un procedimento democratico”. L'A. aggiunge che gli organi di giustizia costituzionale sono i “commissari per il futuro” del potere costituente da cui hanno ricevuto mandato a “proteggere, adeguare e aggiornare le opzioni seguite in sede di adozione dell'atto fondativo dell'ordinamento”.

progressivi, giungendo molto raramente a veri e propri *revirement* che peraltro non giovano alla sua reputazione⁶².

Anche laddove, eccezionalmente, serva abbandonare questo più rassicurante atteggiamento di *self-restraint*, la magistratura costituzionale, ad ogni modo, *non parte mai da zero*, ma pur sempre da alcuni suoi precedenti, magari – come bene sottolinea Niccolò Zanon – quelli rimasti un po' nascosti, “sottotraccia”⁶³. Inoltre, in simili circostanze, essa fa massimo ricorso a quegli strumenti retorici ed espedienti tecnici normalmente utilizzati per rendersi comprensibile e convincente: opera lunghi *excursus* storici di istituti e discipline⁶⁴; dà conto del dibattito dottrinale⁶⁵, forense⁶⁶, politico e persino delle idee (sull'esito da dare al giudizio di legittimità pendente) di enti e associazioni di varia natura⁶⁷; richiama il diritto comparato, europeo e internazionale, nonché, di conseguenza, la giurisprudenza di altri giudici⁶⁸; effettua complessi bilanciamenti tra principi e interessi in (apparente o reale) conflitto⁶⁹; cura molto la pubblicità della propria attività, anche mediante relazioni annuali, conferenze e

⁶² G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, in www.associazionedeicostituzionalisti, 20 ottobre 2004, p. 7.

⁶³ N. Zanon, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴ L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, p. 589.

⁶⁵ Pertanto, se – come sostiene R. Guastini, *op. cit.*, p. 56 – le argomentazioni dei giuristi (accademici) fungono spesso da “direttive *de sententia ferenda*” (rivolte ai giudici per suggerire loro come interpretare una disposizione e/o decidere una controversia o una classe di controversie), significa – riprendendo A. Falzea, *op. cit.*, p. 673 ss. – che diventa “un’aggravante per i giudici la non corretta applicazione del diritto positivo quando la [...] dottrina] ne abbia offerto in concreto la possibilità” (e, viceversa, “un’attenuante se la non corretta applicazione è preceduta da una inadeguata coltivazione [dottrinale] degli istituti”). Con specifico riguardo ai rapporti tra dottrina e giurisprudenza costituzionale, in Italia, v. D. Tega, *Il ruolo della dottrina nell'istruzione della causa davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. III, Torino, 2016, p. 2387 ss.

⁶⁶ Per ciò stesso – sempre secondo A. Falzea, *op. cit.*, p. 664 ss. – quello che viene enfaticamente definito come diritto giurisprudenziale è in realtà anche “il frutto combinato del lavoro dei giuristi e dell’intera prassi giuridica”.

⁶⁷ Così N. Zanon, *op. cit.*, p. 2, il quale include, tra gli altri indici rilevatori di un mutamento della coscienza sociale, di cui i giudici costituzionali dovrebbero prendere atto, anche la formazione di tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise; la presentazione di vari progetti di legge presso le istituzioni rappresentative; l’esistenza di norme esterne all’ordinamento statale quantunque solo di *soft-law*; l’emanazione di numerose ordinanze di rinvio che indicano concordemente come definire la questione sollevata (p. 14 ss.).

⁶⁸ Sul tema, in part., G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione costituzionale*, Bologna, 2010, e A. Ruggeri, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 2/2022, p. 1 ss.

⁶⁹ V., *ex multis*, A. Morrone, (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, p. 185 ss., e, di recente, R. Bin, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, n. 18/2022, p. 257 ss.

comunicati stampa⁷⁰; dilata il più possibile regole processuali troppo stringenti, a partire da quelle sull'accesso al processo per finire a quelle sugli effetti temporali delle decisioni⁷¹; sprona, critica, ammonisce gli altri poteri dello Stato, talvolta mettendoli, per così dire, in mora prima di giungere all'*extrema ratio* di sostituirsi (comunque mai totalmente e definitivamente) ad essi. Emblematica in tal senso è la tecnica delle sentenze di *mera incompatibilità* (*Unvereinbarkeitserklärung*) che pronuncia il Tribunale costituzionale tedesco e a cui sembra sia di recente ispirata la Corte costituzionale italiana nel risolvere la delicatissima vicenda del suicidio assistito (indicata anche come caso Cappato)⁷².

Ma, al di là della particolarità di simili pronunce, v'è da riconoscere, in senso più ampio, come le Corti costituzionali (o supreme, quando preposte pure al controllo sulle leggi), massimamente in tema di libertà fondamentali, non si limitino più ad una difesa esclusivamente "reattiva", ma esercitino una funzione "proattiva" agendo alla stregua di "fattori di evoluzione progressiva del diritto"⁷³. Può pure sostenersi, allora, che la Costituzione in larga misura "vive" nel senso attribuitole del giudice chiamato a garantirla, purché si precisi poi che quest'ultimo, lungi dall'operare nel "vuoto pneumatico", è immerso nella "società aperta degli interpreti" e propenso al confronto dialettico con tutti loro e prevalentemente con studiosi accademici e magistrati comuni⁷⁴.

Non sembra che di contro si possa dire che sull'altare della giustizia costituzionale sia

⁷⁰ Afferma E. D'Orlando, *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e la metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali*, cit., p. 56, che le diverse forme di pubblicità, da tempo anche in formato elettronico, sull'operato del giudice delle leggi contribuiscono "a consolidare, in modi diversi, la sua legittimazione".

⁷¹ Quanto al primo aspetto di tale dilatazione si rinvia, per tutti, a S. Staiano, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, p. 1 ss.; per approfondimenti circa il secondo v. N. Fiano, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 1 ss., nonché la bibliografia ivi riportata.

⁷² Rilevano tale fonte d'ispirazione, tra gli altri, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it, 19 novembre 2018; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2017 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 662; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, p. 291.

⁷³ M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali*, in AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, p. 14 e p. 23.

⁷⁴ A. D'Arena, *op. cit.*, p. 184. Sul concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione" si rinvia a P. Häberle, voce *Potere costituente (teoria generale)*, trad. it. di F. Politi e S. Rossi, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 2000, p. 8 ss., nonché a E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

stato oramai sacrificato il principio della separazione dei poteri o quelli di legalità, della certezza del diritto e della sua uniforme applicazione. Del resto, esistono fenomeni ben più impattanti su tali principi: si pensi alla massiccia e confusa produzione di leggi-provvedimento da parte del Parlamento e, in senso opposto, di atti con forza di legge da parte del Governo; alla proliferazione di Autorità amministrative esercitanti funzioni, oltre che di vigilanza, anche regolatorie e paragiurisdizionali; allo sviluppo di una sorta di *common law* europea che attenua i tratti distintivi dei sistemi di *civil law*, sempre più soggetti anch'essi al dovere dello *stare decisis*; all'erosione della sovranità statale da parte sia di regioni maggiori (federalismo esterno) che di regioni minori (federalismo interno); alla tendenza delle imprese a seguire una propria *lex mercatoria* che travalica confini e leggi dei diversi ordinamenti.

Ebbene, in un simile scenario, definito talora “nichilista” talaltra “postmoderno”⁷⁵, in cui sembrano regnare la *frammentazione*, l'*incompletezza*, l'*occasionalismo* e il *relativismo*, l'asse portante dell'ordinamento – a meno di non voler rinunciare definitivamente alla ragione pratico-assiologica, per consegnarsi totalmente “alla ragione formale e procedurale”⁷⁶ – si sposta inevitabilmente “dal momento potestativo e autoritario del comando a quello ermeneutico e della concretizzazione”⁷⁷. Sono di conseguenza gli interpreti qualificati, in prevalenza Corti e Tribunali costituzionali, a doversi preoccupare di recuperare unità e coerenza al sistema normativo, nonché di irreggimentare il divenire storico in una dimensione giuridica che non è solo limite e garanzia, bensì anche “radicamento e legame, coesione comunitaria e contrasto alla frantumazione”⁷⁸. E ciò pare avvalorare ulteriormente quell'impressione da cui abbiamo presso le mosse e che abbiamo più volte ribadito, ossia che il procedimento interpretativo sfugge “ad una

⁷⁵ V., rispettivamente ed esemplificativamente, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, e G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno*, cit.

⁷⁶ V. Possenti, *Relativismo e nichilismo nell'ordine politico-giuridico*, in *Direito e Justiça*, n. especial 2008, reperibile anche su <https://revistas.ucp.pt>, p. 203 ss., spec. p. 216 ss., precisa che in questo modo ci si affiderebbe alla casualità, alla contingenza, all'instabilità, quindi all'arbitrio e alla forza, separando il problema della giustizia da quello del diritto e, per converso, confondendo tra “*ordo* come ordinamento razionale e *ordo* come ordine e comando”: infatti, i tanti atti normativi esistenti, purché formalmente imputabili ad “una volontà dotata di potere”, potrebbero “ospitare qualsiasi scelta”, “andare in mille direzioni ed essere aperti a tutte le soluzioni”.

⁷⁷ G. Zaccaria, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 3649 ss.

⁷⁸ Così F. Severa, *Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2021, p. 11, dopo aver premesso che la giurisprudenza ai nostri tempi è portata inevitabilmente ad enucleare dalle disposizioni scritte “norme sempre più svincolate dalla traccia originaria, ponendo le proprie decisioni-interpretazioni su un piano poetico e non meramente ermeneutico” (p. 5 ss.).

verifica in chiave di verità”, prestandosi invece “ad un giudizio di plausibilità argomentativa e di condivisione”⁷⁹.

Di certo non si può negare come, percorrendo questa strada, resti comunque piuttosto alto il prezzo da pagare in termini di incertezza e di imprevedibilità, ma si deve pure ammettere che, *rebus sic stantibus*, essa sia l'unica che, se non altro, “permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia”⁸⁰. Detto diversamente: al cospetto di una sorta di “fluidificazione” dell'originario disegno costituzionale, almeno nella sua parte organizzativa⁸¹, nonché della debolezza degli organi politico-rappresentativi, troppo spesso cedevoli rispetto al potere così di altre istituzioni pubbliche come di imprese, banche e mezzi di informazione⁸², diviene non solo tollerabile ma persino auspicabile un'*intraprendenza pretoria*, specie dei giudici delle leggi, volta, oltre che a restituire un minimo di ordine alla congerie di regole giuridiche da osservare, soprattutto – come scrive Aharon Barak – a riempire il fossato che la separa dalla società contemporanea e a proteggere la democrazia e il pluralismo che a quest'ultima naturalmente si accompagnano⁸³.

V'è da aggiungere, poi, che lo stesso principio di separazione dei poteri andrebbe letto sempre meno *in chiave statica*, come mera garanzia di indipendenza o divieto di interferenza, e sempre più *in chiave dinamica*, come esigenza di leale collaborazione o – se si preferisce comunque mantenere una certa distanza tra controllore e controllato – perlomeno come ricerca di nuove forme di equilibrio e comunicazione inter-istituzionali⁸⁴. Di certo, anche per assicurare maggiore seguito e omogeneità di

⁷⁹ N. Lipari, *op. cit.*, p. 300, nota 14.

⁸⁰ P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri del diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, p. 23.

⁸¹ In tal senso D. Tega, *La Corte costituzionale alla ricerca della legittimazione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, p. 82 ss., sulle orme di E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 69.

⁸² Del problema, oggi ai più ben noto, si occupava già oltre mezzo secolo fa N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione*, oggi, in AA.VV., *Studi sassaresi*, vol. III, *Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, p. 23 ds.

⁸³ A. Barak, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 2/2006, p. 231, come citato da L. Mezzetti, *op. cit.*, p. 192. *Contra* A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 156 ss.: all'Autrice sembra comunque preferibile affidare la decisione sui diritti “ad una maggioranza, probabilmente inetta e forse pure arrogante ma almeno elettiva e politicamente responsabile, [... piuttosto] che ad una minoranza, sia pure filosoficamente illuminata, ma non elettiva né politicamente responsabile”.

⁸⁴ In quest'ordine di idee, *ex aliis*, M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 1 ss.; M.E. Ruggiano, *La “leale collaborazione tra i poteri” ha ultimato la sua parabola. Brevi considerazioni a*

esecuzione alle decisioni riguardanti la legittimità delle leggi, sarebbe d'aiuto l'introduzione di qualche correttivo. Uno potrebbe essere stabilire incontri a cadenza fissa tra giudici costituzionali, Governo e Parlamento, seguendo il modello di quelli che avvengono ogni anno in maniera informale in Germania⁸⁵. Un altro potrebbe essere inserire il controllo di costituzionalità come fase, se non proprio necessaria, almeno eventuale del procedimento legislativo, sulla falsariga di quanto accade in Francia⁸⁶. E un terzo correttivo potrebbe essere ampliare il ruolo della magistratura costituzionale con una funzione anche di tipo consultivo da esercitare almeno per quelle ipotesi di riforma che toccano i rami più alti dell'ordinamento (tra cui quelle riguardanti l'organizzazione e il funzionamento della stessa magistratura), così come sperimentato, benché solo in via di prassi e con risultati non sempre soddisfacenti, in Austria⁸⁷.

Ad ogni buon conto, prescindendo dalle peculiarità di ciascun sistema nazionale, resta una diffusa esigenza che se non altro alcune decisioni più rilevanti vengano prese “in forma dialogica, ovvero sia attraverso un procedimento aperto e partecipato in cui i diversi organi costituzionali collaborano alla garanzia dei diritti e all'attuazione della Costituzione”⁸⁸.

Né ci sarebbe da nutrire eccessivo timore per la maggiore contiguità tra giustizia costituzionale e politica che così si favorirebbe. In fondo, lo stesso giudice delle leggi *fa politica*, sebbene nel senso più alto del termine: fa politica perché agisce a favore non di

marginale della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n. 14/2020, p. 132 ss. Paiono discostarsi da tale impostazione N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, p. 92 ds., e l'ulteriore dottrina che questi richiama.

⁸⁵ La proposta è stata avanzata, in qualità di Presidente della Corte costituzionale italiana, da M. Cartabia, *Relazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 18. Insiste molto sulla necessità di introdurre nuove sedi di raccordo tra legislazione e giurisdizione o perlomeno di utilizzare meglio quelle già esistenti (specificamente previste, in Italia, dai regolamenti di Camera e Senato), da ultimo, P. Bonini, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consulta online*, n. 3/2022, p. 993 ss.

⁸⁶ V. M. Dogliani, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. «Il pendolo della Corte». Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, p. 84 ds.

⁸⁷ ... dove, invero, ripetutamente, per il tramite del suo Presidente, il *Verfassungsgerichtshof* ha manifestato disappunto nei confronti del Parlamento che talora ha disatteso le indicazioni del primo e talaltra addirittura ommesso di consultarlo: E. D'Orlando, *op. cit.*, p. 57 ds.

⁸⁸ Così T. Groppi, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3/2010, p. 124, a commento delle soluzioni normative e giurisprudenziali, proprie di alcuni ordinamenti di *common law*, che comunque “lasciano ampio spazio di risposta al legislatore di fronte alle decisioni delle Corti”, delineando, di conseguenza, un “*weak systems of judicial review*” (p. 127).

una parte, ma di un'intera *polis*, che si riconosce nei valori e diritti costituzionali e pretende che, in modo o in un altro, essi siano realizzati⁸⁹. Il suo modo di fare politica, infatti, non è (o non dovrebbe essere) frutto “dell'agire strategico, del calcolo utilitaristico”, né, tantomeno, espressione di quel consenso limitato, contingente e variabile che sostiene formazioni di governo e maggioranze parlamentari e che si presume esistente fino alle elezioni successive: è legato, invece, al diverso consenso, di tipo trasversale, stabile e uniforme proprio dei “principi strutturali della società”⁹⁰ che, vieppiù consacrati in disposizioni costituzionali generiche e/o programmatiche, richiedono “un intervento attivo dello Stato”⁹¹ e, però, non sempre adeguatamente assicurato da quelle medesime formazioni e maggioranze⁹².

La conclusione, quantomeno nella specifica ottica qui considerata, non risulta molto diversa da quella che altrove abbiamo prospettato con riguardo al ruolo di garante della Costituzione svolto dal Presidente di una Repubblica parlamentare⁹³. Anch'egli, infatti, esprime una propria politicità che, appunto perché differente da quella connotante gli organi legislativi ed esecutivi, mentre gli impedisce di “essere parte”, gli consente – o meglio gli impone – di “prendere parte”⁹⁴, in veste di risolutore, a questioni, talvolta anche assai controverse, attinenti al corretto funzionamento dei meccanismi istituzionali, alla preservazione dell'unità nazionale e, in definitiva, alla salvaguardia dei capisaldi

⁸⁹ L'impostazione è condivisa da A. Torre, *L'intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in M. Calamo Specchia (a cura e con introduzione di), *Le Corti costituzionali*, cit., p. 395 e p. 398. V. R. Orrù, A. Ciammariconi, *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mundam-se os tempos, mundam-se as vontades»?*, ivi, p. 261, secondo cui l'organo di controllo sulle leggi, pur operando a stretto contatto con la politica, deve sempre evitare di finirne assorbito, di confondersi con essa. Sulla diversa accezione del termine politicità in riferimento alla giustizia costituzionale, rispetto all'attività parlamentare, si rinvia alle pagine, sempre attuali, di C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, rist. 2014, nonché ai più recenti contributi presenti in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit.

⁹⁰ O. Chessa, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2004, p. 851 ss., in part. p. 869 e p. 925.

⁹¹ M. Cappelletti, (voce) *Giustizia*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 381.

⁹² Sul punto L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 17, riconduce anche alla crisi del *welfare* il rafforzamento del ruolo della giurisdizione: “nella latitanza e nella impermeabilità della politica e nell'inefficienza della pubblica amministrazione, le domande di giustizia vengono infatti rivolte alla magistratura, sollecitata ad intervenire dalle violazioni dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere”.

⁹³ Il riferimento è al nostro scritto *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022, p. 60 ss., spec. p. 77 ss.

⁹⁴ Le icastiche espressioni tra virgolette sono tratte da M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 569.

dell'ordinamento giuridico⁹⁵.

5. Alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

Il vecchio *Rechtsstaat*, o Stato legale di diritto, era fondato sulla supremazia del Parlamento e sulla centralità della legge. Si trattava di un *ordinamento monoclasse* in cui la borghesia sommava al dominio socio-economico quello politico-istituzionale, occupando in modo pressoché esclusivo i seggi parlamentari e così manovrando a proprio piacimento la legislazione. All'epoca, benché con non poche forzature concettuali e pur sempre nell'interesse borghese all'immobilità dell'ordine sociale costituito, si pretendeva che “l'ufficio conoscitivo” dello studioso di diritto (e quello applicativo del giudice) cominciasse(ro) esattamente là dove finiva “l'ufficio produttivo” del legislatore⁹⁶.

Nell'odierno *Verfassungsstaat*, o Stato costituzionale di diritto, quella supremazia si è stemperata e suddivisa tra vari organi, anche di garanzia, e quella centralità è venuta meno a causa tanto della superiorità gerarchica di una Costituzione programmatica e progressiva quanto della proliferazione di fonti non legislative, comprese quelle di derivazione sovranazionale o comunque esterna. Siamo passati ad un *ordinamento pluriclasse* dove le istituzioni politiche sono accessibili e funzionali alla più vasta platea possibile di protagonisti e di interessi, nonché al loro confronto democratico, ma pur sempre all'interno di una solida cornice di principi condivisi sui quali “*non si vota*”⁹⁷. In questo modo, lo Stato costituzionale ha innanzitutto rivisitato il dogma giacobino secondo cui “la legge è espressione della volontà generale”, aggiungendovi “se non nel rispetto della Costituzione”⁹⁸. Ha inoltre posto a suo fondamento diversi principi di

⁹⁵ Il che – è appena il caso di accennarlo – non può certo portare ad una totale equiparazione del ruolo rispettivamente svolto dal giudice delle leggi e dal Capo di una Repubblica parlamentare. È sufficiente rilevare, oltre alla collegialità dell'organo di giustizia costituzionale (perlomeno dove quest'ultima si caratterizza come accentrata), la connotazione prettamente contenziosa della sua attività e i peculiari profili procedurali dei controlli (non solo sulla legge) che esercita, capaci, peraltro, di produrre effetti definitivi.

⁹⁶ A. Falzea, *op. cit.*, p. 665 ss.

⁹⁷ Lo rimarcano, *ex aliis*, G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, p. 3, e A. Ruggeri e A. Spadaro, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸ D. Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 63 ss. Come segnalato da A. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, tomo II, Milano, 2007, p. 677, sul punto si era già tempo addietro espresso il *Conseil constitutionnel* francese, con pronuncia del 23 agosto 1985, n. 85-197, par. 27 («la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans

trasformazione dei rapporti economico-sociali che lasciano sovente ai loro destinatari, legislatore *in primis*, la scelta del “criterio d’azione” da seguire a seconda del mutare delle circostanze⁹⁹. E ha di conseguenza reso l’“*arte del legiferare*” un’arte difficile che spinge “in una *pluralità di direzioni*, spesso diverse e contrastanti”¹⁰⁰, e che finisce per disseminare di antinomie il terreno ordinamentale, senza peraltro nemmeno riuscire a colmarne tutti i vuoti.

Proprio perché gli esiti dell’attività nomopoietica risultano sovente contraddittori e comunque (costituzionalmente) insoddisfacenti, la scienza giuridica non può più essere considerata “passiva e impolitica”¹⁰¹: innalzata da “*bouche de la loi*” a “*problem solver*”¹⁰², non si accontenta di prendere conoscenza del suo oggetto di studio e/o di lavoro che, infatti, necessita sempre più di essere manipolato, trasformato, innovato¹⁰³. Dottrina e giurisprudenza, pertanto, partecipano attivamente all’evoluzione del diritto esercitando in maniera crescente un ruolo di impulso, controllo, aggiornamento e integrazione tendenzialmente “non nemico, ma cooperativo di fronte al grande malato rappresentato dal Parlamento”¹⁰⁴.

Occorre precisare, a scanso di equivoci, che le considerazioni da ultime esposte, alla stessa stregua di ogni altra precedente, non sono affatto da intendersi come preventivo avallo di qualsivoglia ipotesi di *protagonismo* o *sconfinamento* di teorici e pratici del diritto¹⁰⁵ e neppure come preconcepita contrarietà o anche soltanto tendenziale sfiducia verso la prospettiva della “riacquisizione di centralità” da parte delle istituzioni politico-rappresentative, prospettiva che, anzi, resta il nostro maggiore auspicio¹⁰⁶. Resta però il

le respect de la Constitution»), rimarcando con grande incisività la necessaria prevalenza del principio della certezza della Costituzione su quello della certezza della legge.

⁹⁹ In quest’ottica D. Grimm, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁰ N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 74.

¹⁰¹ M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., p. 370. In verità, l’A. limita il riferimento solo alla giurisprudenza. Sennonché, per tutte le ragioni suesposte, tale riferimento ben può essere esteso alla dottrina giuridica, specie costituzionalistica.

¹⁰² M. Taruffo, (voce) *Giurisprudenza*, in *Enc. sc. soc.*, vol. IV, Roma, 1994, p. 356.

¹⁰³ “Insomma, i giuristi si comportano un po’ come uno storico che interpolasse documenti apocrifi nel suo proprio archivio”: R. Guastini, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁴ D. Tega, *op. ult. cit.*, p. 82 ss.

¹⁰⁵ D’altronde, così come abbiamo preso in considerazione l’ipotesi, patologica, che la dottrina esorbiti dai propri compiti, alla stessa stregua non possiamo escludere *a priori* l’eventualità, altrettanto deprecabile, per quanto remota, che anche la giurisprudenza, inclusa quella costituzionale, “oltrepassi i limiti giuridici ad essa attribuiti ed eserciti in proprio, col pretesto di applicare la Costituzione, una attività politica effettiva” (del tipo, cioè, di quella spettante agli organi propriamente legislativi): D. Grimm, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁶ Lo stesso auspicio viene dichiarato da M. Ruotolo, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 889, il quale trova semplicistico reputare che “l’attuale, vero o presunto, attivismo giudiziario possa avere come necessaria conseguenza

fatto che, perdurando l'incapacità del legislatore di fare il proprio mestiere, l'attivismo di giudici e dottori del diritto, all'occorrenza spinto sino alla supplenza, diviene una vera e propria necessità da dover soddisfare piuttosto che solamente una mera opportunità da poter sfruttare.

Un *caveat* con cui potremmo chiudere la nostra riflessione è, dunque, proprio quello di fare sempre molta attenzione a non invertire il rapporto di causa-effetto tra i soggetti in discorso: non dovrebbe essere mai la forza della scienza giuridica a indebolire il legislatore, ma la debolezza del legislatore a rafforzare la scienza giuridica¹⁰⁷.

Abstract: Come dimostra anche la storia del diritto, compito della scienza giuridica, nelle sue due componenti di dottrina e giurisprudenza, non è solo quello di fare l'esegesi della legge o darne applicazione. Invero, i giuristi, specie in ambito costituzionale, possiedono una naturale propensione a costruire, piuttosto che a individuare, il diritto e a mediare tra testi (normativi) e contesti (sociali). Questa propensione emerge ancor più nettamente oggi a motivo, per un verso, di una Costituzione rigida e per valori che richiede loro prestazioni prima sconosciute e, per altro verso, di un quadro ordinamentale lacunoso e al contempo caotico che, dovuto anche a fattori esterni, comunque esige di essere continuamente ricomposto. L'autorevolezza e la legittimazione di carattere tecnico-scientifico, anziché politico-democratico, di cui essi godono rappresentano non già un impedimento, bensì il presupposto stesso per esercitare sempre più un ruolo di controllo, di impulso, di integrazione e persino di supplenza rispetto ad altri poteri costituzionali, Parlamento *in primis*.

Abstract: As the history of law also shows, the task of legal science, in its two components of doctrine and jurisprudence, is not only to make exegesis of the law or to give its application. Indeed, jurists, especially in the constitutional field, possess a natural propensity to construct, rather than identify, law and to mediate between (normative) texts and (social) contexts. This propensity emerges even more sharply today owing, on the

l'incremento della "passività" del legislatore (come se questo, quasi meccanicamente, fosse destinato a non prendere decisioni o comunque a rinunciare a prendere decisioni razionali, perché sa che sarà poi il giudice costituzionale a farlo!)"

¹⁰⁷ Per spunti in tal senso si rinvia a M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 368; P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, p. 259; G. D'Amico, *Articolo 134*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa e G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, Bologna, 2018, p. 435.

one hand, to a rigid, value-based constitution that demands of them previously unknown performances and, on the other hand, to a patchy yet chaotic legal framework that, due in part to external factors, nonetheless demands to be continually reassembled. Their authoritativeness and legitimacy of a technical-scientific, rather than political-democratic, nature represent not an impediment but the very prerequisite for exercising more and more a role of control, impetus, integration and even supplanting other constitutional powers, firstly Parliament.

Parole chiave: dottrina – giurisprudenza – interpretazione – Costituzione – legislatore.

Key words: doctrine – jurisprudence – interpretation – Constitution – lawmaker.

LA LEGGE GOLFO-MOSCA ALLA PROVA DELLA DIRETTIVA (UE) 2022/2381*.

di Ugo Patroni Griffi**

Sommario. 1. Efficienza e/o eguaglianza come presupposti dell'intervento del legislatore. – 2. La posizione dell'Unione Europea. – 3. L'evoluzione legislativa in taluni Stati. – 4. La legge Golfo-Mosca. – 5. La prospettiva efficientistica. – 6. Gli effetti della legge nel suo primo decennio di applicazione. – 6.1. *Segue.* – 7. La direttiva UE 2022/2381. – 7.1. Il fondamento della direttiva. La perequazione. – 7.2. Il fondamento della direttiva. L'efficienza. – 8. La meritocrazia. – 8.1. Gli assetti organizzativi. Le società pubbliche. 9. Le sanzioni. 10. La direttiva e il diritto italiano.

1. Efficienza e/o eguaglianza come presupposti dell'intervento del legislatore.

Il problema della rappresentanza di genere nella *governance* delle società di capitali può essere affrontato da più di una prospettiva. La più semplice, fra tutte, è quella che partendo dai dati statistici ritiene necessaria l'adozione di azioni affermative per promuovere la presenza femminile negli organi gestori societari, e ciò al dichiarato fine di attuare il principio di eguaglianza sostanziale¹ (artt. 3 e 51 Cost., art. 23 Carta diritti fondamentali UE, artt. 2 e 3 TUE e art. 153 TFUE)².

Alla fine del primo decennio del nuovo secolo il quadro statistico era assolutamente sconcertante. La percentuale di donne negli organi di gestione delle società di capitali era infinitesimale. E ciò che era più grave è che tali percentuali fossero piuttosto uniformi in tutti i paesi ad economia avanzata. Così tra le prime 200 società del mondo l'87,9 dei posti in consiglio di amministrazione era appannaggio degli uomini, e nel periodo 2006 – 2009 la percentuale di donne era aumentata solo di un esiziale 1%, passando – a livello mondiale – dall'11,2 al 12,2%.

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Ordinario di Diritto commerciale – Università di Bari Aldo Moro.

¹ M. Bianco, A. Ciavarella e R. Signoretti, *Women on boards in Italy*, Roma, 2011, p. 9; M. Bianco e A. Ciavarella, *Women on corporate boards in Italy*, Roma, 2013, p. 6.

² S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, Torino, 2019, p. 92 ss.

I dati erano sconcertanti anche nei paesi con una alta percentuale di donne occupate. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'esame delle prime 500 società mostrava una presenza di donne nei *boards* del 15,2%, ma solo del 3% tra i presidenti degli stessi. In Europa si riusciva anche a fare di peggio, ad una percentuale eguale di presidenti donne (3 %) corrispondeva una ridotta presenza nell'organo amministrativo (12%), almeno per quanto riguarda le società quotate. Dati ovviamente medi, che vedevano opporsi il Nord e il Sud. Con il Nord Europa che registrava le maggiori percentuali di presenza femminile nei consigli di amministrazione (Svezia e Finlandia 23%, Norvegia addirittura il 41%³) e il Sud Europa in cui la percentuale di donne nella cosiddetta stanza dei bottoni era sotto il 10 % (7% in Italia e solo il 2% a Malta).

2. La posizione dell'Unione Europea.

L'esistenza di un problema nella presenza delle donne nella gestione delle società era, agli inizi del secondo decennio del nuovo secolo, riconosciuta dall'Unione Europea⁴. Che adottava un Piano strategico quinquennale (21 settembre 2010) per raggiungere la parità di genere, e il 1° marzo 2011 la Commissione pubblicava un documento di lavoro avente ad oggetto *The gender balance in business leadership*, in cui – a livello unionale – per la prima volta appariva la seconda prospettiva, basata non su ragioni perequative bensì efficientistiche: «the 'business case' for gender equality is another important issue. It is widely argued that women's advancement in the world of work brings benefits for businesses, while the under-utilisation of women's skills is a loss for the economy, particularly in the light of anticipated skill shortages».

Seguivano di lì a qualche mese il libro verde *Il quadro dell'Unione Europea in materia di governo societario* (5 aprile 2011) e una risoluzione del Parlamento europeo *Resolution on women and business leadership* (6 luglio 2011).

L'anno successivo era addirittura redatta una proposta di direttiva (14 novembre 2012) che

³ Il che non sorprende, visto che la Norvegia è stato il primo paese europeo a adottare una normativa sulla rappresentanza di genere.

⁴ In argomento S. Ben Hamida, *Donne nei consigli di amministrazione: l'agenda setting europeo*, Tesi di laurea, 2013, <https://tesi.luiss.it/11032/>.

stabiliva l'obiettivo, entro il 2020⁵, del 40% di persone del sesso sottorappresentato tra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa⁶. La proposta registrava però l'opposizione di molti stati membri, tra cui il Regno Unito, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania e Malta⁷.

L'opposizione politica ad una normativa che promuovesse l'ingresso delle donne nei consigli di amministrazione era però in distonia con gli umori dei cittadini UE. Una ricerca dell'Eurobarometro⁸, infatti, e in qualche misura sorprendentemente, mostrava – dopo aver intervistato oltre 25 mila cittadini dei 27 Paesi europei – che 9 intervistati su 10 ritenevano che la società funzioni meglio quando viene rispettata la parità di genere e che, a parità di competenze, le donne debbano essere rappresentate nella stessa misura degli uomini ai vertici delle aziende; e tre quarti degli europei si dichiarava favorevole a una normativa sull'equilibrio di genere nei consigli delle società di capitali.

3. L'evoluzione legislativa in taluni Stati.

Nel primo decennio del terzo millennio erano, tuttavia, assai pochi gli stati ad aver adottato una normativa in materia di società quotate⁹. Tra questi si ricordano la Norvegia (legge del 2006, *section 6.11s* sulle società quotate)¹⁰, la Spagna (*Ley de Igualdad* n. 3/2007, che si

⁵ L'obiettivo di raggiungere almeno il 40% di esponenti del sesso sotto-rappresentato per gli incarichi non esecutivi avrebbe dovuto essere raggiunto entro il 2020, ma le imprese pubbliche, sulle quali gli Stati membri esercitano un'influenza dominante, avrebbero avuto a disposizione due anni in meno, fino al 2018.

⁶ La proposta obbligava le imprese in cui i generi non fossero rappresentati almeno nella misura del 40% nei consigli di amministrazione (limitatamente agli amministratori non esecutivi) a raggiungere tale percentuale «sulla base di un'analisi comparativa delle qualifiche di ciascun candidato, applicando criteri chiari, univoci e formulati in modo neutro dal punto di vista del genere», dando – a parità di qualifiche – priorità al sesso sotto-rappresentato. La proposta avrebbe dovuto applicarsi a circa 5000 società quotate nell'Unione europea, mentre non si sarebbe applicata alle piccole e medie imprese (società con un organico inferiore a 250 dipendenti e un fatturato mondiale non superiore a 50 milioni di euro) né alle società non quotate.

⁷ Ricorda S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 94 che le principali obiezioni ad una normativa sulle quote di genere possono essere così riassunte: “inefficienza relativa all'allocazione dei talenti; presenza di trend evolutivi in atto nelle società che non rendono necessaria tale misura; possibili esternalità negative per le donne; reazioni negative da parte del mercato”.

⁸ *Special Eurobarometer 376: Women in decision-making positions*, 2012, https://data.europa.eu/data/datasets/s1016_76_1_ebs376?locale=en.

⁹ *La presenza femminile in campo politico ed economico nelle legislazioni di alcuni paesi europei*, Dossier Camera dei deputati, 2013, <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/App13048.htm>.

¹⁰ In Norvegia «la Legge sull'eguaglianza di genere, del 9 giugno 1978, n. 45 (*Lov om likestilling mellom kjønnene*. – *Likestillingsloven* – *likestl*), modificata nel 2005, dispone all'art. 21 che la rappresentanza femminile nelle commissioni di enti pubblici, nei comitati aziendali, nei consigli di amministrazione di

rivolgeva alle società con più di 250 dipendenti)¹¹, la Francia (legge del 2011)¹², il Belgio¹³, l'Islanda¹⁴ e la Malesia. Tutte queste normative si davano un obiettivo minimo di rappresentanza tra il 33% e il 40% di donne nei consigli di amministrazione. Singolarmente solo la legge francese prevedeva espressamente delle sanzioni per l'inadempimento,

società, e negli organismi analoghi sia assicurata secondo specifici criteri proporzionali, tali da riservare alle donne una quota di seggi determinata dalla stessa legge in rapporto alla composizione totale del collegio.

Dal 2006 le medesime norme sono contenute nella legge sulle società quotate in borsa e sulle società controllate dallo Stato, del 13 giugno 1997, n. 45 (Lov om allmennaksjeselskaper – allmennaksjeloven), modificata nel 2003, che prevede lo scioglimento della società in caso di inosservanza degli obblighi suddetti.

Infine, anche la l. sulle cooperative, del 29 giugno 2007, n. 81 (Lov om samvirkeforetak – Samvirkelova) prevede, all'art. 69, le medesime disposizioni delle due leggi prima citate in relazione alla rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione» (Dossier Camera dei deputati, cit.). In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., 95 ss.

¹¹ In Spagna la «Legge organica per la parità effettiva tra gli uomini e le donne, del 22 marzo 2007, n. 3 contiene una disposizione specifica (art. 75) sulla partecipazione delle donne nei consigli di amministrazione, al fine di includere nella loro composizione una presenza femminile idonea a “raggiungere una presenza equilibrata di donne e uomini in un periodo di otto anni a partire dall'entrata in vigore” della legge medesima. Il Governo spagnolo, inoltre, ha introdotto nel 2007 un principio di *best practice* nel codice sulla *corporate governance* per promuovere le rappresentanze femminili negli organi di gestione delle società quotate, con l'obiettivo per il 2015 di arrivare a una presenza femminile del 40% nei consigli di amministrazione (ad oggi, tuttavia, le donne nei consigli delle società quotate spagnole risultano essere l'11% del totale)» (Dossier Camera dei deputati, cit.). In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., 102 ss.

¹² In Francia, ricorda il Dossier della Camera dei deputati (cit.), «alcune disposizioni sulle quote di rappresentanza femminile negli organi direttivi delle società pubbliche e private erano state inserite dal legislatore nel 2006 nella Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (Loi n. 2006-340). In particolare, il Titolo III della legge (artt. 21-26) aveva l'obiettivo di agevolare l'accesso delle donne alle istanze deliberative nell'impresa e alle giurisdizioni professionali; tale parte della legge venne però allora dichiarata incostituzionale dal Consiglio costituzionale il 16 marzo 2006 (decisione n. 2006-533 DC) e la legge venne promulgata il 23 marzo 2006, senza le disposizioni del Titolo III. La revisione costituzionale del 2008, già richiamata, e l'enunciazione del principio secondo il quale ‘la legge favorisce l'uguale accesso alle donne e agli uomini ai mandati elettorali e funzioni elettive, così come alle responsabilità professionali e sociali’, hanno nuovamente reso possibile l'intervento legislativo in questo ambito. La legge del gennaio 2011 (Loi n. 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle) promuove l'eguaglianza professionale tra uomini e donne nelle imprese ed impone il criterio della ‘rappresentanza equilibrata tra uomini e donne’ nella formazione degli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in Borsa, delle imprese del settore pubblico e degli enti pubblici a carattere industriale e commerciale soggetti al diritto privato.

La proporzione degli amministratori di ciascun sesso non può essere inferiore al 40%, obiettivo da raggiungere nell'arco di 6 anni, con il raggiungimento minimo del 20% entro 3 anni dalla promulgazione della legge. Negli organi di amministrazione con un massimo di 8 membri, lo scarto tra i rappresentanti dei due sessi non può essere superiore a 2. In base al testo del legislativo del 2011 il mancato rispetto delle quote così fissate comporta la nullità delle nomine del consiglio di amministrazione, e implica l'obbligo di convocare una nuova assemblea generale per regolarizzare la composizione del consiglio medesimo».

Inoltre, per quanto riguarda i membri degli organi di amministrazione o controllo scelti da una lista di candidati, quest'ultima deve essere composta da candidati uomini e donne alternati in egual numero. Sull'esperienza francese v. M. Arena, *Dai “soliti noti” alla “gender diversity”: come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società (I parte) – il modello francese: un approccio gradualistico verso la parità di genere*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2245 ss.; In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., 105 ss.

¹³ In arg. S. De Masi, op. ult. cit., p. 108 ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 104 ss.

dichiarando nulle le nomine in violazione della legge; in Norvegia, tuttavia, pur non essendo espressamente previste delle sanzioni, il registro delle imprese poteva rifiutare l'iscrizione alle società inadempienti e l'autorità giudiziaria poteva disporre lo scioglimento delle società che non si conformassero, mentre in Belgio la sanzione era rappresentata dalla perdita dei benefici economici.

In altri stati (quali ad esempio la Svezia, la Finlandia, la Germania¹⁵, il Regno Unito, Danimarca, Polonia, Paesi Bassi¹⁶, e – fuori dall'Europa – Australia e Stati Uniti¹⁷) le autorità di regolazione dei mercati esercitavano una pressione sulle società quotate al fine di incrementare la diversificazione dei generi negli organi gestori, di norma richiedendo alle società che non si uniformassero di spiegare le ragioni di tale scelta *comply or explain*). Per quanto, invece, riguarda le società a partecipazione pubblica erano, invece, davvero pochissimi gli stati ad essersi dotati di una normativa sulla rappresentanza di genere (Francia, Finlandia, Spagna, Austria¹⁸ e Belgio).

4. La legge Golfo-Mosca.

In questo contesto veniva emanata la l.n. 120/2011, cosiddetta Golfo-Mosco dal nome delle relatrici, che introduceva nel nostro Paese l'obbligo dei consigli di amministrazione *differenziati*, vale a dire composti obbligatoriamente da uomini e donne, per le società

¹⁵ *Ibidem*, p. 109 ss.

¹⁶ *Ibidem*, p. 112 ss.

¹⁷ Ricorda M. Arcari, *Composizione del consiglio di amministrazione e performance Aziendale: un'analisi sulle medie imprese*, tesi di laurea, http://tesi.cab.unipd.it/56485/1/ARCARI_MATILDE.pdf, che in Svezia (2009) era inviata una lettera aperta alle società quotate con richiesta di spiegazioni; in Finlandia. (2003) il codice di corporate governance conteneva una esplicita raccomandazione relativa alla composizione del CdA (età e sesso da tenere presenti nella composizione del CdA al fine di guadagnare in efficienza); in Germania (2008) la raccomandazione n. 9 del codice prescriveva la diversità di genere e la Commissione per la Corporate Governance richiedeva alle società quotate di aumentare le donne nei CdA; negli Stati Uniti la SEC riteneva utile che al mercato venissero veicolate informazioni sulla composizione del CdA quanto alla rappresentanza di genere; nel Regno Unito il Codice di Corporate Governance (2010) raccomandava che la selezione degli amministratori ubbidisca a criteri di merito e tenga conto dell'efficienza connessa alla diversità di genere. Simili prassi erano vigenti in Australia, Danimarca, Olanda e Polonia. Per una analisi comparativa v. anche M. Marcucci e M. I. Vangelisti, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa*, Roma, 2013, in www.bancaditalia.it.

¹⁸ In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 95 ss.

quotate e per le società a controllo (anche congiunto¹⁹ o indiretto²⁰) pubblico²¹. La legge secondo la maggioranza della dottrina è da inquadrarsi tra le cosiddette azioni positive di genere volte ad attuare il principio di eguaglianza sostanziale²².

La legge Golfo – Mosca prevede che le società quotate e le società a controllo pubblico adeguino i propri statuti affinché il riparto degli amministratori e dei componenti del collegio sindacale da eleggere sia effettuato in base a un criterio che assicuri l'equilibrio tra i generi, attribuendo al genere meno rappresentato almeno un terzo degli amministratori eletti (artt. 1 e 3)²³.

La legge attribuisce alla Consob il controllo sulla osservanza della legge per quanto riguarda le società quotate, prevedendo che alle società inottemperanti, previa diffida, possa essere comminata una sanzione pecuniaria e, in caso di protratto inadempimento, i consiglieri o i sindaci eletti decadano dalla carica (art. 1)²⁴.

Per le società a controllo pubblico non sono previste, in caso di inottemperanza, sanzioni pecuniarie, e la legge rinvia per l'attuazione ad un successivo Regolamento ministeriale.

¹⁹ Su questo punto si veda il Parere Consiglio di Stato, Sezione I, 4 giugno 2014, n. 594 secondo cui «la circostanza che il controllo pubblico operi singolarmente o in modo congiunto è irrilevante».

²⁰ V. Assonime, Circolare 23 del 18 luglio 2013.

²¹ C. Garilli, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, cit., 885 ss., la quale osserva che “anche la scelta di confinare l'applicazione delle quote di genere alle sole società con azioni quotate nei mercati regolamentati ed a quelle sottoposte al controllo pubblico si giustifica in relazione all'esigenza di temperare i valori costituzionali sopra citati con la libertà di iniziativa economica privata – e di scelta dei membri degli organi di amministrazione e controllo, che della prima costituisce corollario –, imponendo una simile limitazione, peraltro solo in via temporanea, esclusivamente a quelle realtà societarie destinatarie di una disciplina maggiormente caratterizzata da norme imperative a tutela di interessi pubblici”.

²² B. Falcomer, G. Ticozzelli e P. Riva, *La Legge 120/2011, c.d. L. Golfo-Mosca, per le quote di genere*, in P. Riva (a cura), *Ruoli di Corporate Governance*, Milano, 2020, p. 250 ss.; F. Cuccu, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, in *Nuova Giur. civ.*, n. 5/2019, p. 115 ss.; S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 121 ss. In argomento v. anche A. Simonati, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 9; C. Garilli, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 885 ss. *Contra* U. Morera, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Riv. dir. comm.*, n. II/2014, pp. 155-157, per cui il riferimento al principio di pari opportunità è fuorviante e concettualmente errato, risiedendo le ragioni della disciplina nel perseguimento di un maggiore livello di efficienza delle società.

²³ Per i problemi connessi all'applicazione della legge v. M.L. Passador, *A quindici anni dall'introduzione del voto di lista: profili evolutivi e scenari futuri*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 1158 ss.; A. Catania, *L'emersione della distinzione di genere nella disciplina normativa dell'impresa*, *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 2018, p. 1030 ss.

²⁴ La sanzione amministrativa pecuniaria in caso di inadempimento alla (prima) diffida a adempiere al rispetto della legge per quanto riguarda la rappresentanza di genere nei CdA può essere determinata dalla Consob in una cifra da euro 100.000 a euro 1.000.000 e, in caso di inadempimento all'obbligo di «differenziare» il collegio sindacale, in una cifra da euro 20.000 a euro 200.000, in entrambi i casi secondo criteri e modalità stabiliti dalla Consob con proprio regolamento.

Il timore del legislatore era di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge per lesione del principio di eguaglianza (ove la cosiddetta *reverse discrimination* fosse indirizzata solo nei confronti degli uomini²⁵) e del principio di libertà di iniziativa economica²⁶, e per elidere tale evenienza da un lato avevano evitato di limitare le azioni affermative alle sole donne estendendo – così come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000 (cosiddetta Carta di Nizza)²⁷ – la normativa al genere meno rappresentato negli organi sociali, che avrebbe potuto essere (sebbene più raramente) quello maschile; dall’altro avevano temporalmente limitato²⁸ l’applicazione della legge ai tre rinnovi degli organi sociali successivi all’entrata in vigore della legge (prevedendo un principio di gradualità per il primo rinnovo, in cui la presenza del genere meno rappresentato poteva essere contenuta nel 20%), con il dichiarato intento di innescare una prassi virtuosa da parte delle società ricadenti nel perimetro applicativo della legge, una volta terminata la *sperimentale* compressione dell’autonomia privata nella composizione dei *boards*. Si trattava di cautele che, secondo alcuni dei primi lettori, avrebbero potuto favorire comportamenti formalmente adempienti, ma sostanzialmente elusivi da parte dei soci delle società quotate o a controllo pubblico; infatti, sarebbe bastato contrarre la durata dei mandati degli organi sociali ed effettuare tre rinnovi ravvicinati per

²⁵ C. Garilli, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, cit., p. 885 ss.; S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 125 ss.

²⁶ F. Cuccu, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, cit., p. 115 ss. il quale ricorda che «viene innanzitutto da chiedersi se la disciplina si ponga in contrasto con la libertà di iniziativa economica, e quindi se si debba ipotizzare una sua contrarietà al dettato costituzionale. Ipotesi che sembra debba essere presa in seria considerazione se solo si pensa che l’imposizione di quote comprime la possibilità di fare scelte basate esclusivamente sulle necessità imprenditoriali della società. Ancora, senza abbandonare la prospettiva costituzionalistica, osservato che la norma è chiaramente finalizzata a dare attuazione al principio di eguaglianza sostanziale proclamato dall’art. 3, comma 2, Cost., diventa ineludibile confrontarsi con il problema della individuazione dei limiti delle azioni positive con le quali si rimuovono “gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. In altri termini, “è necessario comprendere se le norme in analisi si pongono al di là di quella linea di legittimità costituzionale entro la quale l’introduzione di vantaggi specifici a favore di una particolare categoria svantaggiata è consentita, quando non imposta, dalla necessità di superare radicate discriminazioni”.

²⁷ Il cui art. 23, rubricato *Parità tra uomini e donne*, dopo aver dichiarato che «la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione» precisa che «il principio della parità non osta al mantenimento o all’adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato», sul punto F. Cuccu, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, cit., p. 115 ss.

²⁸ Sul Punto M. Rubino De Ritis, *L’introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 312-314.

poter tornare a nominare organi composti da un unico genere²⁹. Preoccupazioni tuttavia eccessive, non essendosi verificato nella prassi alcun caso simile³⁰.

La legge Golfo – Mosca è stata attuata per quanto riguarda le società quotate dall'art. 144-*undecies* del Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 (c.d. *Regolamento Emittenti*), e per le società a controllo pubblico dal D.P.R. n. 251 del 30 novembre 2012.

Il TU Madia (d.lgs. n. 175/2014) ha stabilizzato (art. 11, comma 4) per le società a controllo pubblico (e quindi anche per il periodo successivo al terzo mandato dall'entrata in vigore della legge Golfo – Mosca) la regola che garantisce al genere meno rappresentato un terzo delle cariche negli organi gestori e di controllo (percentuale poi di recente elevata ai due quinti dall'art. 6, l.n. 162/2021³¹), ed ha esteso il principio della rappresentanza di genere anche agli organi monocratici («le amministrazioni assicurano il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno»).

La legge di bilancio del 2020 (l.n. 160/2019, con efficacia dal 1° gennaio 2020) ha invece – modificando gli artt. a 147-*ter*, comma 1-*ter* e 148, comma 1-*bis*, TUF – elevato a due quinti la percentuale da riservare al genere meno rappresentato negli organi amministrativi e di controllo delle società quotate³² e ha prorogato l'obbligo per ulteriori sei mandati³³.

²⁹ C. Garilli, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, cit., p. 885 ss.; S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., pp. 131 e 133 che ricorda che dall'entrata in vigore della legge si sono verificati, per quanto riguarda le quotate, due soli casi di inosservanza, e per le società a controllo pubblico solo 12 casi.

³⁰ Anche perché un simile comportamento sarebbe presumibilmente in frode alla legge, eppertanto gli atti societari che vi dessero atto sarebbero inficiati da nullità, così C. Garilli, *Le azioni positive di genere nel diritto societario: le quote di genere nella composizione degli organi delle società per azioni*, cit., p. 885 ss. Diversamente M. Rubino De Ritis, *L'introduzione della c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, cit., p. 322 il quale non si pone il problema di comportamenti elusivi ma avverte che per via di eventi imprevedibili (ad esempio decadenza dell'intero consiglio in dipendenza dell'operatività di una clausola statutaria *simul stabunt, simul cadent*) che abbiano determinato la anticipata cessazione dell'organo gestorio rispetto alla scadenza naturale è possibile “l'esaurimento dei tre mandati in un periodo assai più breve di quello che il legislatore ha previsto per l'applicazione del criterio di riparto di quote. Di conseguenza, il periodo concreto di durata del riparto delle quote di genere può essere diverso per ogni società nonché differenziato per l'organo di amministrazione e per l'organo di controllo di ciascuna di esse”.

³¹ La norma estende alle società a controllo pubblico la disciplina in materia *board diversity* prevista per le società quotate dalla legge di bilancio 2020, su cui v. *infra* nel testo

³² La quota è arrotondabile per difetto in caso di organi composti da soli tre membri.

³³ F. Ghezzi, C. Mosca e P. Marchetti, *Struttura e governance delle società quotate in Italia: commenti a margine del Rapporto Consob e di alcune analisi empiriche*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 871 ss., i quali osservano che “anziché confidare, come era nelle intenzioni della legge Golfo-Mosca, in un mutato e consapevole contesto culturale, in grado di guidare le società nella scelta di una composizione bilanciata degli organi societari con riguardo (anche) agli aspetti di diversificazione di genere, la decisione del legislatore è stata di rinnovare l'obbligo degli emittenti di adeguarsi a criteri normativamente imposti, così dettando, anche per il futuro, precisi vincoli numerici nella composizione del *board* e del collegio sindacale; vincoli che, a loro

Alla novella la Consob ha dato attuazione con la Delibera n. 21359 del 13 maggio 2020, modificando l'art. 144 *undecies* del *Regolamento Emittenti*³⁴.

Inoltre, per quanto riguarda le società quotate, l'art. 123 TUF (come modificato dal d.lgs. n. 254/206 di attuazione della direttiva 2014/95/UE) prevede l'obbligo di indicare nella Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari una descrizione delle politiche in materia di diversità applicate in relazione alla composizione degli organi di amministrazione, gestione e controllo relativamente ad aspetti quali l'età, la composizione di genere e il percorso formativo e professionale, nonché di descrivere gli obiettivi, le modalità di attuazione e i risultati di tali politiche e, nel caso in cui nessuna politica sia applicata, di motivare in maniera chiara e articolata le ragioni di tale scelta (*comply or explain*)³⁵.

Anche il *Codice di Corporate Governance* (2020), con la raccomandazione n. 8, invita le società quotate a definire «i criteri di diversità per la composizione degli organi di amministrazione e di controllo e individua, anche tenuto conto dei propri assetti proprietari, lo strumento più idoneo per la loro attuazione».

Per quanto riguarda le banche la Banca d'Italia con una Comunicazione del 2014³⁶ ha stabilito il principio di una adeguata diversificazione degli organi con funzione di supervisione strategica e con funzioni di gestione, non solo in termini di genere, ma anche di età, competenze, e provenienza geografica. Nel 2020 la Banca d'Italia ha proposto, invece, di introdurre per legge il principio della rappresentanza di genere negli organi di gestione e di controllo³⁷.

Infine, gli enti di interesse pubblico (società quotate, banche, assicurazioni) devono pubblicare ogni anno una Dichiarazione di carattere non finanziario in cui devono essere

volta, si riflettono nelle scelte degli azionisti all'atto di presentazione delle liste di candidati per il rinnovo delle cariche sociali”.

³⁴ R. Pierantoni, *L'equilibrio tra generi negli organi sociali delle società quotate nelle modifiche al Regolamento Emittenti*, <https://www.dirittobancario.it/news/corporate-governance/equilibrio-tra-generi-negli-organi-sociali-delle-societa-quotate-nelle-modifiche-regolamento-emittenti>.

³⁵ P. Marchetti, F. Ghezzi, M. Ventrone, C. Mosca, M. Bianchi e M. Milic, *Aggiornamento sulla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 859 ss. i quali osservano che “non si tratta, a bene vedere, di un dovere per le società di provvedere nel senso di una maggiore parità di genere nella gestione del personale, bensì di un obbligo di *disclosure* della situazione in essere e delle politiche attuate che può limitarsi, come talvolta accade, anche all'esternazione dell'assenza dell'adozione di una policy ad hoc in relazione a questo aspetto”.

³⁶ Circolare 285/2014 in attuazione della direttiva 2013/36/UE.

³⁷ Sul punto AA.VV., *La partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane, Rapporto dell'Osservatorio interistituzionale sulla partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane*, 2021.

incluse “le azioni poste in essere per garantire la parità di genere”³⁸.

5. La prospettiva efficientistica.

Si è anticipato che il tema della rappresentanza di genere può essere affrontato da una prospettiva efficientistica. Questo aspetto era valorizzato dal Consiglio di Stato che – nel parere reso su richiesta del dipartimento pari opportunità della Presidenza del consiglio – rimarcava che, come intuito da parte della giurisprudenza amministrativa, l’istituto della rappresentanza di genere ha un fondamento economico. Infatti, come già rilevato dal Tar Lazio³⁹, non si può trascurare il profilo «della strumentalità della equilibrata rappresentanza dei generi, nella composizione di tali organismi, rispetto ai fini del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa», dunque – argomenta sul punto il Consiglio di Stato – «l’equilibrio di genere rappresenta [...] la soluzione di un problema economico, afferente alla migliore distribuzione delle risorse umane. È l’efficienza, più che l’equità, a suggerire un maggiore coinvolgimento del genere femminile nei processi di produzione dei beni, sia pubblici che privati [...] La ratio della garanzia dell’equilibrio di genere è quindi fondata sull’esigenza fondamentale dell’efficienza del sistema [...]. È, dunque, la tutela dell’interesse generale del massimo utile individuale e collettivo (e non dell’interesse pubblico) la ratio dell’azione positiva, nella consapevolezza che gli operatori macroeconomici – società private quotate e società pubbliche – operano in modo più efficiente quando, in difetto di meccanismi spontanei di selezione nell’insieme del genere umano, entrambe le sue componenti siano rappresentate». Avvertiva, tuttavia, il Consiglio di Stato che «il relativismo insito nell’equilibrio di genere» deve «confrontarsi con altri valori rilevanti quali quelli della libertà individuale e del primato del merito».

Il parere del Consiglio di Stato appare del tutto coerente con i limiti posti dalla giurisprudenza unionale alle azioni positive in materia di equilibrio di genere⁴⁰. Secondo la giurisprudenza unionale, infatti, «il criterio procedurale che porta a preferire il candidato

³⁸ Art 3, d.lgs. n. 254/2016, di attuazione della direttiva 2014/95/UE.

³⁹ Tar Lazio 25 luglio 2011, n. 6673, in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=18608>.

⁴⁰ F. Cuccu, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, cit., p. 115 ss. che richiama Corte Giust. Ue, 11 novembre 1997, causa C-409/95; Corte Giust. Ue, 6 giugno 2000, causa C-407/98; Corte Giust. Ue, 28 marzo 2000, causa C-158/97; in *Corte eur. dir. uomo*, 12 febbraio 2008.

del genere sottorappresentato è valido solo a condizione che il soggetto preferito abbia preparazione e competenze non inferiori a coloro che risultano esclusi. Seguendo tale criterio, quindi, la preferenza dovrebbe essere accordata all'appartenente al genere meno rappresentato che sia altrettanto qualificato di quello del genere più rappresentato»⁴¹.

Gli studi sulla efficienza della rappresentanza di genere sono innumerevoli. I risultati di tali studi devono essere assunti con una certa cautela, dacché le differenze culturali e il grado di emancipazione delle donne (e il loro apporto alla vita economica, politica e sociale) variano da paese a paese⁴². Tuttavia, è innegabile che la maggior parte degli studi in materia giudichi, sulla base dei dati empirici disponibili, che la presenza delle donne nei consigli di amministrazione sia in grado di incidere positivamente sui risultati economici e finanziari delle imprese societarie. Le ragioni sono molteplici. La più elementare e banale è che la differenza è un valore⁴³. Nel senso che i consigli di amministrazione sono più efficienti quando non solo in essi sono rappresentate diversificate e complementari competenze professionali, ma anche quando la differenza nell'approccio ai problemi dipenda da differenze di genere (o anche culturali, anagrafiche etc.): è il principio efficientistico della cosiddetta *Board diversity*⁴⁴.

La seconda ragione è che l'accesso delle donne alla *stanza dei bottoni* è stato ostacolato principalmente da pregiudizi o stereotipi⁴⁵, rimossi i quali le società hanno potuto accedere ad una platea di talenti più vasta, e pertanto la rottura del soffitto di cristallo ha consentito una migliore e più efficiente selezione meritocratica dei componenti il consiglio di amministrazione⁴⁶.

Oltre queste motivazioni gli studi in materia⁴⁷ hanno, senza nessuna pretesa di completezza, evidenziato che sussistono (almeno) otto ragioni chiave per attendersi una maggiore performance aziendale correlata ad una aumentata diversità di genere nei consigli di

⁴¹ F. Cuccu, *Il diritto diseguale delle quote di genere nelle società*, cit., p. 115 ss.

⁴² In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 51 ss.

⁴³ M. Bianco, A. Ciavarella e R. Signoretti, *Women on boards in Italy*, p. 7, "the diversity in corporate boards has been demonstrated in light of the agency theory and in the resource".

⁴⁴ In questo senso, mi sembra, anche U. Morera, *Gli amministratori. Sez II Quote di genere, Trattato delle Società*, diretto da V. Donativi, IV, Torino, 2022, p. 441 ss.; M. Rubino De Ritis, *L'introduzione della c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, cit., p. 314, nota n. 15.

⁴⁵ R. Adams e P. Funk, *Beyond the glass ceiling: Does gender matter?* 2011, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1945078>.

⁴⁶ Le statistiche elaborate dall'UNESCO dimostrano che, nel mondo, la maggioranza dei laureati è di sesso femminile.

⁴⁷ Credit Suisse, *Research Institute, Gender diversity and corporate performance*, 2012.

amministrazione: 1. – le società maggiormente inclusive sono considerate più moderne e progressiste, cosa che può essere apprezzata positivamente dal mercato⁴⁸; 2. – le donne contribuiscono ad una migliore comprensione delle esigenze del consumatore (d'altronde il 73% delle decisioni di spesa nelle famiglie è ancora oggi fatta dalle donne); 3. – la presenza femminile induce ad un più intenso confronto in seno al consiglio di amministrazione sugli argomenti all'ordine del giorno e sulle opzioni disponibili⁴⁹; 4. – le donne prestano maggiore attenzione all'etica, al *welfare* aziendale, alla sostenibilità sociale⁵⁰ e ambientale dell'impresa⁵¹; 5. – le donne mostrano maggiore avversione al rischio dell'impresa (il che, soprattutto in fase recessiva, contribuisce ad una migliore resilienza delle imprese stesse)⁵²; 6. – la diversificazione consente un migliore mix di

⁴⁸ Credit Suisse, cit., p. 17 la ragione risiederebbe nel fatto che la presenza di donne nei boards «may signal greater focus on corporate governance» e che «the company is already doing well». R. Adams, S. Gray, J. Nowland, *Does Gender Matter in the Boardrooms? Evidence from the Market Reaction to Mandatory New Director Announcement*, 2011, <https://ssrn.com/abstract=1953152> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1953152>.

⁴⁹ Le ragioni sono plurime. La più elementare è che «the majority group improves its own performance in response to minority involvement. Simply put, nobody wants to look bad in front of a stranger» (Credit Suisse, cit., 17), ma ci sono anche ragioni comportamentali, infatti la presenza di donne nel *board* incrementa la «collective group intelligence» dacché le donne sono tipicamente «more socially sensitive (identified as better at reading other people's thoughts) than men» Credit Suisse, cit., 17), tuttavia, i ricercatori avvertono che la maggiore diversità nella composizione del CdA potrebbe avere l'effetto di generare conflitti e tensioni nel processo decisionale. Sul punto AA.VV., *La partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane, Rapporto dell'Osservatorio interistituzionale sulla partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane*, 2021, p. 10, che enfatizza come «l'interazione di esponenti con profili differenti tra loro contribuisce ad assicurare pluralità di approcci e prospettive nell'analisi dei problemi e nell'assunzione delle decisioni nonché maggiore dibattito critico nel *board* contrastando il rischio di comportamenti di mero allineamento a posizioni prevalenti, interne o esterne alla banca (fenomeno noto come 'mentalità di gruppo' o *groupthink*)». In arg. V. anche R.B. Adams, Daniel Ferreira, *Women in the boardroom and their impact on governance and performance*, in *Journal of Financial Econ.* (200), pp. 291-309; S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 93.

⁵⁰ Credit Suisse, cit., p. 179; P. Profeta, *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, Cambridge, 2020, p. 109 ss. (edizione Kindle).

⁵¹ M.L. Montagnani e M.L. Passador, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 121 ss. le quali precisano che la *gender socialization theory* e le *ethical theories* spiegherebbero l'attenzione delle donne ai profili di sostenibilità ambientale: «(i) esse non solo vedono moralità ed etica in termini di responsabilità, finalizzata a migliorare lo stato delle cose, mentre gli uomini collegano questi due concetti unicamente a precisi diritti; ma (ii) sono anche proattive e il loro comportamento è orientato al lungo termine, più attento all'etica e socialmente responsabile, mentre gli uomini tendono a prediligere azioni 'eroiche', di maggior impatto ma a breve termine»; In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 45; U. Morera, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, cit., pp. 166-167.

⁵² Il che ridurrebbe del 20% il rischio di insolvenza v. Credit Suisse, cit., 19. Tuttavia, l'avversione al rischio potrebbe essere detrimentalmente nei periodi di rapida espansione economica e «equity bull market». Sul tema v. P. Profeta, *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, Cambridge, 2020, p. 86 ss. (edizione Kindle), la quale però conclude che gli studi in materia sono contraddittori.

qualità manageriali⁵³; 7. – la presenza di consigliere determina un aumento del livello di *disclosure* della società e quindi di trasparenza della stessa⁵⁴; 8. – la *board gender diversity* rende più efficace l'attività di *monitoring* e di *advising*⁵⁵. Alcune di queste ragioni sono legate alle differenze biologiche tra uomini e donne⁵⁶, che attribuiscono alle donne una più spiccata competenza di intelligenza emotiva, vale a dire la «capacità di riconoscere le emozioni proprie e degli altri e utilizzarle come leva in grado di comunicare efficacemente e di motivare gli individui che fanno parte dell'azienda»⁵⁷, rispetto agli uomini.

Per tutte queste ragioni le donne nel CdA contribuirebbero «positivamente all'andamento degli *stock prices*, al *CSR rating*, alla reputazione della società, al *reporting* volontario delle informazioni, all'informativa *ESG*, ai *financial returns*, al contenimento della diminuzione delle *performances* anche in periodi di crisi economica»⁵⁸.

Alcune di queste ragioni (ad esempio la pretesa aversione al rischio ovvero l'attenzione al *welfare* e alla sostenibilità sociale e ambientale) sono tuttavia messe in discussione da taluni recenti studi, che ritengono che questi comportamenti siano in parte frutto di condizionamenti ambientali (dalle donne ci si attende una maggiore *sensibilità*⁵⁹) ovvero di inesperienza (quanto alla avversione al rischio)⁶⁰. E pertanto l'aspettativa di simili

⁵³ Credit Suisse, cit., 18 ricorda che gli studi in materia hanno dimostrato che «for instance, women were found to be particularly good at defining responsibilities clearly as well as being strong on mentoring and coaching employees. Men were much better at taking individual decision and then corrective actions should things go awry».

⁵⁴ In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 45.

⁵⁵ U. Morera, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, cit., p. 164.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 155 ss.

⁵⁷ S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 54.

⁵⁸ M.L. Montagnani e M.L. Passador, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: tra corporate reporting, composizione e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 121 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁹ È la cosiddetta teoria del *gender role*, “gli individui sviluppano aspettative e considerazioni basate su ciò, che nella visione comune, è considerato più o meno appropriato per una donna [...] I pregiudizi consistono in valutazioni distorte legate a stereotipi e luoghi comuni. Quando gli individui hanno degli stereotipi legati a un soggetto, si aspettano che il soggetto abbia un comportamento in linea con lo stereotipo” (così. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., 57-58).

⁶⁰ C.C. Eckel e P.J. Grossman, *Men, Women and Risk Aversion: Experimental Evidence School of Economic, Political and Policy Sciences*, Handbook of Experimental Economics Results, Volume 1/2008, pp. 1061-1073, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1574072207001138>, i quali ricordano che, secondo alcuni studi, “women are shown to be significantly more risk-averse, with their risk aversion decreasing with competence, overconfidence, and knowledge: women's risk-aversion diminishes as their expertise increases. The interactions have just the opposite effect for men, with risk aversion increasing in expertise and confidence”. Dello stesso avviso H. Viera, *Does boardroom gender diversity affect firm risk?*, in *Journal of Corporate Finance*, Volume 36/2016, pp. 26-53 cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

comportamenti da parte dei consiglieri donna è essa stessa un pregiudizio⁶¹. I dati empirici dimostrerebbero, infatti, che le *manager* esperte effettuano le medesime scelte gestionali che avrebbe fatto un uomo⁶². È allora, ove questi studi fossero confermati, da attendersi che alcune caratteristiche di genere nella gestione delle società nel tempo, e quindi nel consolidamento della presenza di amministratrici competenti ed esperte, possano via via attenuarsi, se non scomparire del tutto.

6. Gli effetti della legge nel suo primo decennio di applicazione.

La legge Golfo – Mosca produceva da subito un cambiamento nella *corporate governance* delle società quotate e delle società pubbliche⁶³. A dieci anni dalla sua entrata in vigore la presenza delle donne negli organi amministrativi delle società quotate e a controllo pubblico è pari rispettivamente al 39 e al 25 per cento (nelle società pubbliche è maggiormente diffuso il modello di amministrazione monocratica, e ciò può giustificare la minore percentuale⁶⁴). Dati simili sono riscontrabili anche per quanto riguarda la rappresentanza di genere negli organi di controllo⁶⁵.

⁶¹ John C. Coffee, Jr., *The European Commission Considers “Short-Termism” (and “What Do You Mean by That?”)*, <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2020/11/16/the-european-commission-considers-short-termism-and-what-do-you-mean-by-that/>, il quale osserva che “its stereotypical assumption that females favor sustainability over profit”; In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., pp. 51 ss. e 57.

⁶² P. Profeta, *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, cit., p. 86.

⁶³ AA.VV., *La presenza delle donne nelle società controllate dalle Pubbliche Amministrazioni*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per le Pari Opportunità, 2013, che rilevava che, al primo rinnovo degli organi sociali, la presenza delle donne negli organi di controllo e di amministrazione delle società a controllo pubblico saliva subito al 23,8%. C. Garilli, *Le quote di genere nelle società a controllo pubblico*, in *RDS*, 2022, p. 415 ss.

⁶⁴ AA.VV., *La partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane, Rapporto dell'Osservatorio interistituzionale sulla partecipazione femminile negli organi di amministrazione e controllo delle società italiane*, 2021, p. 11 che nota come nelle società con consiglio di amministrazione la presenza femminile nei CdA sia pari al 27,4 dei componenti, mentre nel caso di organo gestorio monocratico la percentuale femminile scenda al 10,4. Sul punto anche F. Ghezzi, C. Mosca e P. Marchetti, *Struttura e governance delle società quotate in Italia: commenti a margine del Rapporto Consob e di alcune analisi empiriche*, cit.; C. Garilli, op. cit., la quale rileva come “le ultime rilevazioni statistiche dimostrano come, nonostante gli indiscutibili progressi, l'impatto complessivo della legge Golfo-Mosca in tale settore sia stato meno significativo, presumibilmente anche a causa di alcuni successivi innesti normativi poco coordinati ed efficienti”.

⁶⁵ Simili risultati sono registrati nei paesi che hanno introdotto un obbligo di rappresentanza di genere nelle società quotate o a controllo pubblico. La percentuale di donne nei CdA delle quotate è (dati 2018), ad esempio, del 45,7 % in Islanda, del 44,1% in Francia, del 41,0% in Norvegia, maggiori dati in S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 25 ss.

Più in particolare, il *Rapporto Consob 2020* rileva che «in applicazione della nuova legge, le 76 società che hanno rinnovato la composizione dell'organo amministrativo nel 2020 mostrano una presenza media di 4 donne, pari al 42,8% del board»⁶⁶ mentre risulta ancora «estremamente contenuta la frequenza con cui le donne ricoprono il ruolo di amministratore delegato (accade in 15 società, rappresentative di poco più del 2% del valore totale di mercato) e di presidente dell'organo amministrativo (26 emittenti pari al 18% della capitalizzazione complessiva, quasi la metà del dato per il 2019)»⁶⁷. Al contrario è aumentata la presenza di donne nominate dai soci di minoranza in applicazione del voto di lista, e le donne sono più frequentemente titolari di più di un incarico di amministrazione (*interlocker*)⁶⁸.

Inoltre, la disciplina sulla rappresentanza di genere ha migliorato la composizione dei CdA delle quotate; infatti, a partire dal 2012 «le caratteristiche dei consigli di amministrazione hanno sperimentato alcuni cambiamenti. In particolare, è aumentata in media la quota di membri con un diploma di laurea e studi di specializzazione post-universitari, si è lievemente ridotta l'età media ed è aumentata la diversificazione del *background* professionale dei consiglieri»⁶⁹. Insomma, la legge Golfo – Mosco ha avuto l'effetto di promuovere la *Board diversity* che è «ovviamente, un concetto distinto da quello di mera differenziazione di genere»⁷⁰, infatti il processo di selezione determinato dall'implementazione della legge «ha condotto ad un trend generale di innalzamento della qualità complessiva della composizione dei consigli di amministrazione e dei collegi sindacali in termini di età media, provenienza geografica, titoli di studio e differenziazione professionale»⁷¹.

L'incremento della rappresentanza femminile negli organi societari delle società quotate non ha peraltro avuto effetti negativi sulle *performance* economiche delle stesse, e anzi ha determinato una minore volatilità dei titoli⁷², al contrario di ciò che era accaduto in

⁶⁶ Consob, *Report on corporate governance of Italian Listed companies. Statistics and analyses 2020, 2021*, https://www.consob.it/web/consob-and-its-activities/abs-rcg/-/asset_publisher/K2uhgZAu021/content/2020-report-on-corporate-governance/718268.

⁶⁷ Consob, *Report on corporate governance of Italian Listed companies. Statistics and analyses 2020*, cit.

⁶⁸ Consob, *Report on corporate governance of Italian Listed companies. Statistics and analyses 2020*, cit.

⁶⁹ Consob, *Report on corporate governance of Italian Listed companies. Statistics and analyses 2020, 2021*, p. 27.

⁷⁰ P. Marchetti, F. Ghezzi, M. Ventoruzzo, C. Mosca, M. Bianchie e M. Milič, *Uno sguardo alla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. Soc.*, 2018, p. 254 ss.

⁷¹ *Ibidem*, p. 254 ss.

⁷² Presumibilmente collegata alla (percepita) minore rischiosità della società.

Norvegia nei primi anni di applicazione della legge⁷³. E ciò perché il mercato, come si è anticipato, e a differenza di quanto accaduto in Norvegia, ha attinto ai migliori talenti femminili disponibili (donne professioniste, con competenze e livelli di istruzione elevati⁷⁴) per completare gli organi societari nella misura prevista dalla legge⁷⁵. La circostanza è riconosciuta da Assonime, che registra come in presenza del vincolo esterno introdotto dalla legge Golfo – Mosca, le società quotate abbiano «di preferenza, nominato donne di maggiore esperienza o comunque di più consolidata reputazione»⁷⁶. Nulla è invece dato di sapere, sotto il profilo qualitativo, delle società a controllo pubblico. Infatti, la norma della TU Madia che prevedeva che un successivo d.P.R. avrebbe stabilito (indipendentemente dal genere) i requisiti di professionalità e onorabilità dei componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico non è stata mai attuata. Lasciando, deprecabilmente, alla politica la possibilità di sostituire il criterio del merito nella selezione degli amministratori/amministratrici delle società a partecipazione pubblica con quello, clientelare, della fedeltà.

6.1. Segue.

Le legge Golfo – Mosca, a dieci anni dalla sua promulgazione, ha avuto un effetto benefico sul mercato. Infatti, anche per quanto riguarda le società non obbligate ad introdurre le quote di genere nella composizione dei propri organi societari, si è assistito ad un rapido

⁷³ R. Adams e P. Funk, *Beyond the glass ceiling: Does gender matter?* cit., ricordano che “that there were only 9% female directors on boards at the time the Norwegian government passed the law requiring a 40% director gender quota. Once the law was enforced in 2008, there was a substantial shortfall in the supply of qualified female candidates with CEO or prior board experience. The shortfall was so large that the Norwegian government established a database of potential female candidates»; per tanto le donne nominate nei CdA erano all’inizio «younger and less experienced than both female and male directors in place before the law was enforced. Their results suggest that new female directors would probably not have been selected as directors absent the law». Sull’esperienza norvegese v. anche M.C. Rosso, *Dai “soliti noti” alla “gender diversity”: come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società (I parte) – un’isola felice per la parità di genere: il modello norvegese*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2245 ss.

⁷⁴ S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 143.

⁷⁵ G. Ferrari, V. Ferraro, P. Profeta e C. Pronzato, *Gender Quotas: Challenging the Boards, Performance, and the Stock Market*, in *IZA Discussion Paper* n. 10239/2016. La prassi italiana ha dunque sconfessato le preoccupazioni dei primi commentatori circa possibili comportamenti elusivi da parte degli *appointing bodies*; J. Dagnes, *Dai “soliti noti” alla “gender diversity”: come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società (II parte) – la rappresentanza di genere nei cda italiani: una prospettiva sociologica*, in *Giur. It.*, 2015, p. 2245 ss.

⁷⁶ Ciò, tuttavia, parimenti ricorda Assonime, ha causato un incremento sensibile delle situazioni di amministratori multi-carica, Assonime, cit., nt. 46, 22 e figura 11.

(seppur più contenuto rispetto alle società obbligate) aumento della percentuale di donne negli organi gestori e di controllo. Ciò è principalmente dovuto al cambiamento di cultura, promosso dalla legge, nei confronti della *Board diversity*⁷⁷. La *Board diversity* è infatti considerata un efficiente modello di *corporate governance*, e come tale è raccomandato da moltissimi, se non tutti, i *Codici di Corporate Governance*, dalle *Autorities*, e dai corpi intermedi.

Anche la recente scelta del legislatore di elevare la percentuale di donne negli organi delle quotate e delle società a controllo pubblico ubbidisce ad un convincente razionale economico; infatti, numerosi studi hanno dimostrato che l'efficienza degli organi gestori e di controllo aumenta quando la presenza femminile raggiunge una *massa critica* (vale a dire le donne siano due o più)⁷⁸.

Il valore della *diversità* nella gestione della società rileva, ad avviso di chi scrive, anche per quanto riguarda le *società chiuse*. Come si è ricordato, pressoché tutti gli studi in materia concordano nel confermare il positivo legame esistente tra diversità di genere e *performance* di una impresa, il che basilarmente si spiega dacché «in heterogenous contest, the perspectives are enlarged, discussions are more effective, innovation increases and the pool of talent is widened»⁷⁹.

Pertanto, la riconosciuta valenza efficientistica della diversità di genere impone, come prescritto dai *Codici di Corporate Governance*, che della stessa si tenga conto nella costruzione dell'*adeguato* assetto organizzativo, amministrativo e contabile di cui la società, coerentemente con la natura e le dimensioni dell'impresa, si deve obbligatoriamente dotare (art. 2086 c.c. come novellato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). La predisposizione di un *assetto* adeguato rientra nelle competenze esclusive del consiglio di amministrazione, e l'inadeguatezza degli assetti è fonte di responsabilità per gli amministratori (specie nel caso in cui l'inadeguatezza egli assetti pregiudichi la rilevazione tempestiva delle crisi d'impresa e l'implementazione di strumenti idonei a farvi fronte).

È, dunque, condivisibile la tesi secondo cui la prescrizione relativa alla implementazione di assetti organizzativi adeguati alle dimensioni, oggetto e contesto in cui la società operi

⁷⁷ M. S. Richter, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 416 ss.

⁷⁸ In arg. S. De Masi, *La diversità di genere negli organi di governance delle imprese*, cit., p. 51.

⁷⁹ P. Profeta, *Gender Equality and Public Policy: Measuring Progress in Europe*, cit., p. 97 ss.

non si limiti a prevedere una (spesso formale) burocratizzazione dell'attività di impresa in ossequio a modelli più o meno standardizzati di organizzazione aziendale, ma scolpisca – per contro – nel nostro ordinamento un “paradigma generale di correttezza gestionale dell'impresa”⁸⁰.

D'altronde si è correttamente affermato che la stessa composizione del *board* è uno degli assetti amministrativi⁸¹ che gli amministratori sono chiamati a valutare, e a correggere – ove ritenuto inefficiente – utilizzando gli spazi di autonomia offerti dall'ordinamento ovvero sottoponendo all'assemblea, quando di competenza, le modifiche opportune; un principio in materia è espressamente previsto per le società quotate dal Codice di corporate governance⁸², e tale principio integrando una regola di corretta amministrazione dell'impresa, è senz'altro estendibile a tutte le imprese collettive. Quindi gli amministratori dovranno tenere conto del valore della *gender diversity* non solo nella predisposizione delle procedure per la selezione del personale (e soprattutto dei quadri e dei dirigenti dell'impresa), nella costruzione degli organigrammi aziendali, e nella definizione del sistema di controlli e di *advisorship* interno; ma anche nell'interlocuzione con la proprietà chiedendo o proponendo (è certamente legittima, e anzi frequente nelle società ad azionariato diffuso, la proposizione da parte del consiglio di amministrazione uscente di una lista di persone da candidare in sede di rinnovo degli organi) – eventualmente, ove occorra, modificando lo statuto della società – che i soci tengano conto, nel definire la *corporate governance* della società, del valore della *board diversity*.

7. La direttiva UE 2022/2381.

Il 23 novembre 2022 il Parlamento e il Consiglio dell'Unione Europea riescono, finalmente (e forse la *Brexit* ha giocato un ruolo positivo in tale contesto), ad approvare la direttiva *Riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori delle società*

⁸⁰ P. Montalenti, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 829 ss.; Id., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss. Nello stesso senso, vale a dire che l'obbligo non si esaurisca in una mera proceduralizzazione dell'attività di impresa, mi sembra, anche V. Di Cataldo e D. Arcidiacono, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 69 ss.

⁸¹ M.S. Richter, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 416 ss.

⁸² Codice di Corporate Governance, 2020, cit., art. 1, Principio III.

*quoted and relative measures*⁸³. Nei *considerando* viene rappresentato che le esortazioni alla promozione della partecipazione attiva delle donne agli organi decisionali delle società (6°, 8°, 9°, 10°, 11° e 12° *considerando*) non hanno ottenuto i risultati sperati⁸⁴ dacché «a dispetto delle azioni di incoraggiamento all'autoregolamentazione intraprese a livello dell'unione, le donne continuano ad essere largamente sottorappresentate nei più alti organi decisionali delle società in tutta l'Unione. Le statistiche mostrano che la proporzione di donne partecipanti al più alto livello rimane molto bassa» (1° *considerando*), a tal fine la Direttiva richiama gli esiti del rapporto 2021 dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE)⁸⁵ secondo cui, in tale anno, «le donne rappresentavano in media il 30,6% dei membri dei consigli delle più grandi società quotate e solo l'8,5 % dei presidenti». La situazione peraltro è molto disomogenea a livello europeo, dacché a fronte di un bradipico incremento della rappresentanza femminile negli organi gestori delle quotate negli stati membri che non hanno adottato una legislazione in materia, si registrano progressi significativi negli «Stati membri che hanno introdotto misure vincolanti» (19° *considerando*).

L'obiettivo dichiarato della direttiva è il raggiungimento di «una rappresentanza più equilibrata di donne e uomini fra gli amministratori delle società quotate, stabilendo misure

⁸³ Direttiva (UE) 2022/2381 in GU L 315 del 7 dicembre 2022

⁸⁴ Raccomandazione 84/635/CEE del Consiglio del 13 dicembre 1984, sulla promozione di azioni positive a favore delle donne (GU L 331 del 19 dicembre 1984); Raccomandazione 96/694/Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, riguardante la partecipazione delle donne e degli uomini al processo decisionale (GU L 319 del 10 dicembre 1996); Comunicazioni della Commissione del 3 marzo 2010 intitolata *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* (COM(2010) 2020); 5 marzo 2010 dal titolo *Maggiore impegno verso la parità tra donne e uomini – carta per le donne* (COM(2010)0078), del 21 settembre 2010 intitolata *Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015* (COM (2010) 491), del 5 marzo 2020 dal titolo *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025* (COM/2020/152); Patto europeo per la parità di genere (2011-2020) del 7 marzo 2011 (C 155/10); Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2011 sulle donne e la direzione delle imprese (2010/2115(INI))

⁸⁵ EIGE, *Gender Equality Index 2021 Report*, <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2021-report>. Il rapporto precisa che «in economic decision-making, women continue to be substantially under-represented in corporate board rooms – accounting for 30 % of boardroom members in 2021. In large companies, less than 1 in 10 board presidents or chief executive officers (CEOs) are women» e mentre dà conto dei progressi fatti in sette stati membri a ragione dei provvedimenti normative adottati (Belgio, Germania, Irlanda, Francia, Italia, Austria e Portogallo) rimarca che nei rimanenti stati, in assenza di azioni positive volte a promuovere l'equilibrio di genere, «it will take more than 125 years to reach gender parity». Nel frattempo, è stato pubblicato il rapporto 2022 (*Gender Equality Index 2022 Report*, <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2022-covid-19-pandemic-and-care>) ove viene rilevato un modesto incremento della rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione delle società quotate: «the proportion of women on the boards of the EU's largest listed companies reached an all-time high of 32 % in April 2022. Change has mostly occurred in Member States with binding legislation, although much remains to be done, as women only account for 8 % of all chief executive officers and board chairs in the EU».

efficaci dirette ad accelerare i progressi verso la parità di genere pur lasciando alle società quotate il tempo sufficiente per prendere le necessarie disposizioni a tal fine» (art. 1). Per l'effetto la direttiva mira a conseguire entro il 30 giugno 2026 (art. 5) l'obiettivo che il genere sottorappresentato occupi almeno il 40% dei posti di amministratore non esecutivo, e comunque almeno il 33% delle posizioni gestorie complessive (tra incarichi esecutivi e non in seno all'organo gestorio). Si tratta di obiettivi minimi, dacché gli stati membri ben potrebbero prefissarsi a livello nazionali risultati maggiormente sfidanti sotto il profilo dell'eguaglianza di genere (art. 9).

7.1. Il fondamento della direttiva. La perequazione.

La direttiva senz'altro muove, almeno, parzialmente da una finalità perequativa: l'uguaglianza tra uomini e donne è un valore fondante dell'Unione (artt. 2 e 3 TFU), riconosciuto anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸⁶ (1°, 2° e 3° *considerando*). L'articolo 157, par. 3 e 4, TFUE conferisce, pertanto, al Parlamento e al Consiglio di adottare un'azione positiva volta ad assicurare «l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego» (3° *considerando*).

7.2. Il fondamento della direttiva. L'efficienza.

L'obiettivo perequativo è tuttavia recessivo rispetto all'obiettivo, cui i *considerando* dedicano ampio spazio, efficientistico. L'aumento percentuale della percentuale di donne negli organi gestori delle società è vitale per promuovere «la crescita economica, la prosperità e la competitività», giacché «utilizzando tutti i talenti, le conoscenze e le idee disponibili si arricchirebbe la diversità delle risorse umane e si migliorerebbero le

⁸⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2016/c 202/02). L'art. 23 della Carta, rubricato «Parità tra donne e uomini», come noto, stabilisce che «la parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato» e l'art. 15, rubricato «Libertà professionale e diritto di lavorare» tutela la libertà professionale e il diritto di lavorare dei cittadini europei (come ricorda il 51° *considerando*).

prospettive commerciali» (9° *considerando*). La direttiva ricorda, a tale riguardo, che «il rafforzamento della partecipazione delle donne ai processi decisionali in ambito economico, in particolare nei consigli» ha «ripercussioni positive sull'occupazione femminile nelle società interessate e sull'economia in generale. In seguito alla crisi COVID-19, la parità di genere e una leadership inclusiva sono più che mai importanti, in linea con la necessità di sfruttare appieno il bacino di talenti disponibile, sia di donne che di uomini. La ricerca ha dimostrato che l'inclusione e la diversità consentono la ripresa e la resilienza. Esse sono di importanza vitale per assicurare la competitività dell'economia dell'Unione, favorire l'innovazione e integrare maggiori e migliori competenze professionali nei consigli» (10° *considerando*). Infatti, «l'Unione dispone di un grande numero di donne altamente qualificate, che cresce sempre di più, come dimostra il fatto che il 60 % delle persone laureate è di sesso femminile. Il raggiungimento dell'equilibrio di genere nei consigli è fondamentale per un uso efficiente dei talenti esistenti e rappresenta un fattore fondamentale per affrontare le sfide demografiche ed economiche dell'Unione. Pertanto, la sottorappresentanza delle donne nei consigli rappresenta un'occasione mancata per le economie degli Stati membri in generale e per il loro sviluppo e la loro crescita. Utilizzare pienamente i talenti femminili permetterebbe inoltre di trarre maggiori benefici dall'istruzione, sia per gli individui che per il settore pubblico. È largamente riconosciuto che la presenza di donne nei consigli migliora il governo societario, in quanto i risultati di squadra e la qualità del processo decisionale sono rafforzati da una mentalità più diversificata e più collettiva, che assorbe una gamma più ampia di prospettive. Numerosi studi hanno dimostrato che la diversità porta a un modello aziendale più proattivo, a decisioni più equilibrate e a migliori standard professionali nei consigli di amministrazione che rispecchiano meglio le realtà sociali e le esigenze dei consumatori, oltre a incoraggiare l'innovazione. Numerosi studi hanno inoltre mostrato che esiste una relazione positiva fra la diversità di genere a livello di alta dirigenza e i risultati finanziari e la redditività di un'impresa, il che determina una considerevole crescita sostenibile a lungo termine. Il raggiungimento dell'equilibrio di genere nei consigli è pertanto di vitale importanza per garantire la competitività dell'Unione in un'economia globalizzata e offrirebbe un vantaggio comparativo rispetto ai paesi terzi» (16° *considerando*).

La riduzione del *gap* di genere è, dunque, da coniugarsi strettamente con il profilo meritocratico/efficientistico. Le azioni positive, infatti, devono scontare la compatibilità

con il principio di non discriminazione, sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸⁷, e a tale riguardo la Corte di giustizia⁸⁸ «ha accettato che, in certi casi, possa essere accordata una preferenza al sesso sottorappresentato nella selezione per un impiego o una promozione, purché il candidato del sesso sottorappresentato abbia qualifiche pari a quelle del concorrente dell'altro sesso in termini di idoneità, competenza e rendimento professionale, e purché questa preferenza non sia automatica e incondizionata ma possa non venire accordata se specifici motivi inerenti alla persona del candidato dell'altro sesso fanno propendere a suo favore, e purché la domanda di ciascun candidato sia sottoposta a una valutazione obiettiva che prenda in considerazione tutti i criteri relativi ai singoli candidati» (38° *considerando*).

8. La meritocrazia.

L'elemento legittimante le azioni positive per la riduzione del divario di genere è correttamente individuato dal legislatore europeo nella selezione meritocratica degli amministratori delle società quotate. Gli Stati membri⁸⁹, dunque, devono garantire che le società quotate nei cui consigli un sesso sia rappresentato al di sotto della soglia minima stabilita «adeguino la procedura di selezione dei candidati alla nomina o all'elezione per le posizioni di amministratore» sulla «base di una valutazione comparativa delle qualifiche di ciascun candidato» stabilendo, prima del processo di selezione, «criteri chiari, formulati in modo neutro e univoci in modo non discriminatorio» (art. 6, par. 1). I criteri così stabiliti devono essere applicati «durante l'intera procedura di selezione, comprese la preparazione degli avvisi di posto vacante, la fase di preselezione, la fase di preparazione di un elenco ristretto di candidati e la costituzione di rose di candidati» (art. 6, par. 1). La stessa direttiva

⁸⁷ L'art. 21 («Non discriminazione») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata [...] sul sesso».

⁸⁸ Corte di giustizia del 17 ottobre 1995, *Kalanke/FreieHansestadt Bremen*, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322; sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997, *Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533, sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000, *Badeck e a.*, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2000, *Abrahamsson e Anderson*, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367.

⁸⁹ La legislazione nazionale deve prevedere, dunque, che le società «selezionino i candidati più qualificati per la nomina o l'elezione a tali posizioni sulla base di una valutazione comparativa delle qualifiche dei candidati, applicando criteri chiari, formulati in modo neutro e univoci, stabiliti prima del processo di selezione, al fine di migliorare l'equilibrio di genere nei consigli» (39° *considerando*).

ha cura di indicare, seppur a titolo esemplificativo, i criteri di selezione che le società quotate potrebbero applicare: esperienza professionale nelle mansioni di gestione o di sorveglianza, esperienza internazionale, esperienza multidisciplinare, leadership, competenze di comunicazione e capacità di lavoro in rete, conoscenza di specifici settori rilevanti come la finanza, la vigilanza finanziaria o la gestione delle risorse umane (39° *considerando*).

I criteri adottati per la valutazione comparativa, in ogni caso, devono essere indicati preventivamente, e comunicati ai candidati che ne facciano richiesta alla società (43° *considerando* e art. 6, par. 3). Le società hanno inoltre il dovere, su richiesta dei candidati (*complain or explain*) di indicare le «le considerazioni specifiche» che hanno portato eccezionalmente a scegliere un candidato del sesso non sottorappresentato⁹⁰ (art. 6, par. 3). Difatti il rispetto della differenza di genere potrebbe, seppur eccezionalmente, cedere il passo ad ulteriori esigenze efficientistiche, per esempio legate alla promozione di ulteriori politiche in materia di diversità non legate al sesso degli amministratori⁹¹.

⁹⁰ La direttiva è consapevole che l'obbligo di fornire tali informazioni «potrebbe comportare una limitazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto alla protezione dei dati personali, riconosciuti rispettivamente dagli articoli 7 e 8 della Carta» e tuttavia ritiene che tali limitazioni siano necessarie e, in conformità del principio di proporzionalità, rispondano «effettivamente a riconosciute finalità di interesse generale. Sono quindi in linea con le condizioni che le regolamentano, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, nonché con la giurisprudenza in materia della Corte di giustizia e dovrebbero essere applicate in conformità del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio» (43° *considerando*). In caso di inadempimento da parte delle società all'obbligo di giustificare la propria scelta, i candidati che ritengono di essere stati ingiustificatamente discriminati possono adire l'autorità giudiziaria, e in tale sede la società quotata dovrebbe essere tenuta a dimostrare la correttezza della propria scelta (44° *considerando* e art. 6, par. 4).

⁹¹ Vi possono essere casi eccezionali, precisa la direttiva, «in cui una valutazione obiettiva della situazione specifica di un candidato ugualmente qualificato dell'altro sesso prevalga sulla preferenza che dovrebbe essere altrimenti accordata al candidato del sesso sottorappresentato. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, quando per la selezione degli amministratori si applicano, a livello nazionale o di società, politiche più ampie in materia di diversità. Il prevalere dell'applicazione dell'azione positiva dovrebbe tuttavia rimanere eccezionale, basarsi su una valutazione caso per caso ed essere debitamente giustificato da criteri oggettivi che, in ogni caso, non dovrebbero discriminare il sesso sottorappresentato» (40° *considerando*). L'art. 6, par. 2, recita al riguardo che «gli Stati membri provvedono affinché, nella scelta tra candidati ugualmente qualificati in termini di idoneità, competenza e rendimento professionale, sia data priorità al candidato del sesso sottorappresentato, a meno che, in casi eccezionali, motivi di maggiore rilevanza giuridica, quali il perseguimento di altre politiche in materia di diversità, invocati nell'ambito di una valutazione obiettiva che tenga conto della situazione specifica di un candidato dell'altro sesso e che sia basata su criteri non discriminatori, non facciano propendere per il candidato dell'altro sesso».

8.1. Le sanzioni.

L'introduzione di una valutazione meritocratica degli amministratori ha, evidentemente, ricadute sulla organizzazione della società. Che non solo dovrà preventivamente, come si è detto, determinare i criteri selettivi per le nomine prevedendo, a parità di merito, la preferenza per il candidato appartenente al genere sottorappresentato, ma dovrà dotarsi di un assetto organizzativo che consenta appunto di effettuare una siffatta valutazione comparativa. A tale riguardo la direttiva – riconoscendo che i metodi di selezione dei candidati per la nomina o l'elezione a posizioni di amministratore differiscono da uno Stato membro all'altro e da una società quotata all'altra – si limita a richiamare la possibilità che le regole di *corporate governance*, di derivazione normativa o statutaria, prevedano un comitato di nomina o una società di ricerca del personale dirigente proceda a una preselezione di candidati da presentare all'assemblea degli azionisti, eventualmente stilando un elenco ristretto (42° *considerando*).

Le «imprese pubbliche» hanno obblighi più stringenti delle altre⁹². Ci si attende, infatti, che tali società fungano da modello per il settore privato (36° *considerando*), dacché per tali società gli Stati membri hanno a disposizione strumenti per produrre più rapidamente i cambiamenti necessari. L'auspicio del legislatore unionale non si limita alle sole quotate, ma si estende a tutte le società a controllo pubblico (vedi in tal senso il 50° *considerando*).

9. Gli assetti organizzativi. Le società pubbliche.

Il rispetto della direttiva deve essere assicurato attraverso l'implementazione di un adeguato apparato sanzionatorio, da notificarsi alla Commissione entro il 28 dicembre 2024. Le sanzioni devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» e dovrebbero

⁹² Gli Stati membri esercitano un'influenza dominante sulle imprese pubbliche ai sensi dell'art. 2, lett. b), della direttiva 2006/111/CE della Commissione che sono quotate in un mercato regolamentato (Direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, GU L 318 del 17.11.2006, pag. 17).

essere garantite in sede di recepimento della direttiva «procedure amministrative o giudiziarie adeguate» (48° *considerando*, art. 8, par. 1). Le sanzioni «potrebbero comprendere ammende o la possibilità per un organo giurisdizionale di annullare una decisione riguardante la selezione degli amministratori o di dichiararla nulla» (48° *considerando*, art. 8, par. 1). Quando il processo di selezione dei candidati per la nomina o l'elezione a una posizione di amministratore assume la forma di un voto degli azionisti o dei dipendenti, gli Stati membri devono richiedere «alle società quotate di garantire che i votanti ricevano tutte le informazioni necessarie relativamente alle misure previste dalla presente direttiva, comprese le sanzioni cui la società quotata è soggetta in caso di mancato rispetto dei propri obblighi» (art. 6, par. 5).

10. La direttiva e il diritto italiano.

Come si è visto l'Italia rientra tra gli Stati membri virtuosi. Vale a dire tra quegli Stati che hanno introdotto misure efficienti per la promozione della differenza di genere negli organi gestori delle quotate e delle società a controllo pubblico. Tuttavia, la direttiva, presumibilmente, dovrebbe indurre il nostro legislatore a completare la normativa interna, introducendo un processo meritocratico di selezione degli amministratori. Criterio oggi totalmente assente per le quotate, e solo embrionalmente previsto per le società (non quotate) a controllo pubblico (art. 11, comma. 1, TU *Madia*) il cui regolamento attuativo, però e come anticipato, non è mai stato promulgato. La direttiva, dunque, specie nelle «imprese pubbliche» potrebbe favorire una rivoluzione copernicana in cui la differenza di genere, ancorata a criteri meritocratici, potrebbe aprire le porte dei *boards* a donne (e a uomini) di talento, sinora esclusi da un sistema che troppo spesso ha utilizzato il potere fiduciario e lo *spoil system* per premiare la fedeltà politica anziché la professionalità. A tutto beneficio dell'economia del nostro Paese.

Abstract: Il problema della rappresentanza di genere nella *governance* delle società di capitali può essere affrontato da più di una prospettiva. La più semplice, fra tutte, è quella che partendo dai dati statistici ritiene necessaria l'adozione di azioni affermative per promuovere la presenza femminile negli organi gestori societari, e ciò al dichiarato fine di

attuare il principio di eguaglianza sostanziale. L'altra prospettiva è quella efficientistica, i consigli di amministrazione in cui sono presenti entrambi i sessi sembrano funzionare meglio, assumere scelte più razionali, e per l'effetto promuovere la crescita della società e la sua stessa resilienza rispetto ad eventuali crisi del mercato. Il legislatore italiano ha disciplinato la materia circa dieci anni fa e – per effetto di tale normativa – la rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione delle società quotate e delle società a controllo pubblico è cresciuta sensibilmente. L'articolo si propone di redigere un bilancio dell'esperienza italiana e di tracciare le possibili evoluzioni alla luce della direttiva (UE) 2022/2381.

Abstract: The problem of gender representation in corporate governance can be approached from more than one perspective. The simplest, of all, is the one that starting from statistical data considers it necessary to take affirmative action to promote the presence of women in corporate management bodies, and this is for the stated purpose of implementing the principle of substantive equality. The other perspective is the efficiency-based. The Italian legislature regulated the matter about a decade ago, and-as a result of that legislation female representation on the boards of listed companies and publicly controlled companies has grown significantly. The article aims to review the Italian experience and outline possible developments in light of Directive (EU) 2022/2381.

Parole chiave: rappresentanza di genere – consigli di amministrazione differenziati – crescita – merito – eguaglianza – efficienza – società pubbliche – società quotate.

Key words: gender representation – differentiated boards – growth – merit – equality – efficiency – public companies – listed companies.

THE USE OF CRYPTOTYPE IN THE COMPARISON BY SUPRANATIONAL COURTS: BRIEF REMARKS FROM THE ECJ'S JUDGEMENT ON THE EARLY RETIREMENT AGE FOR POLISH SUPREME JUDGES*.

di Ignazio Spadaro**

Sommario. 1. Introduction. – 2. Content of the judgement. – 3. *Continuing*. References to *ASJP* and *Fuchs and Köhler*. – 4. The political and ideological framework as cryptotype in ECJ's case-law. – 5. The importance of the political context in some judgements recently delivered by the European Court of Human Rights. – 6. Harshness in the reconstruction of the political-ideological framework of the laws. The statutory original intent. – 7. *Continuing*. Political and electoral statements, regulatory framework, living law. – 8. The risk of distortion and lateness of the jurisdictional protection. – 9. A matter of roles.

1. Introduction.

In June 2019 The Grand Chamber of the Court of Justice upheld the European Union censures on the new laws on the retirement of the judges of the Polish Supreme Court (*Sąd Najwyższy*), passed in 2017, and in force for just nine months, from April to December 2018. The judgement¹, delivered at the end of an accelerated procedure and preceded by a preliminary suspension order, marked a turning point in the fight against the well-known democratic backsliding occurring in some Member States². In fact, in 2012, for a Hungarian

* A draft of this paper was presented in the Joint Young Comparatists Conference AIDC/SIRD, titled “Comparative Law in the Practice of European Supranational Courts”, held at the University of Luxembourg on 16-17 June 2022.

** Research fellow in Comparative Public Law – University of Catania.

¹ ECJ, 24 June 2019, case C-619/18, *Independence of the Supreme Court*, on which see now P. Bárd and A. Sledzinska-Simon, *On the principle of irremovability of judges beyond age discrimination: Commission v. Poland*, in *Common Market Law Review*, no. 6/2020, p. 1560 ff.; for a comprehensive perspective, C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, no. 24/2021, p. VIII ff.

² On this topic, amid an already quite substantial literature, see T. Drinoczi and A. Bien-Kacala, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, no. 8/2019, p. 1141 ff.; D. Čepo, *Structural weaknesses and the role of the dominant political party: democratic backsliding in Croatia since EU accession*, in *Southeast European and Black Sea Studies*, no. 1/2020, p. 142 ff.; D. Rohac, *Transitions, populism, and democratic decline: evidence from Hungary and the Czech Republic*, in *European*

law with very similar contents, first the European Commission and then the European Court of Justice had opted to remain low on the level of the conflict, by only pointing out a violation of the principle of non-discrimination on the basis of age³. In the present case, on the other hand, the Court clearly stated that the examined provisions undermined the independence of the judiciary and, therefore, the stability of the rule of law in the Polish legal system. The subsequent decisions adhered to this line, complementing the increasing political and financial pressures exerted by the EU Institutions⁴.

This escalation has determined a deterioration of the relations between the European Union and Poland⁵. The breaking point was reached in October 2021 when the Constitutional Tribunal of Warsaw, on an appeal by the Prime Minister, ruled that several provisions of the Treaty on European Union were unconstitutional, and, implicitly, also declared the unenforceability of all the judgements of the Court of Justice that had censored the recent reforms of the judicial system⁶. Only a few months earlier, the same Tribunal had denied the efficacy of ECJ's order requiring the suspension of the new rules on the disciplinary liability of judiciary⁷. In the second decision, however, the Tribunal was even more resolute, as it articulated the need to save the Polish sovereignty and democracy from the «new stage» to which European jurisprudence, by allowing the Union to act «outside the scope of the competences conferred upon them [...] in the Treaties», would force the

Politics & Society, 2021, p. 2 ff., who also highlights the greater resilience demonstrated by Czech constitutionalism instead.

³ ECJ, 6 November 2012, case C-286/12, on which one can see at least T. Gyulavari and N. Hos, *Retirement of Hungarian Judges, Age Discrimination and Judicial Independence: A Tale of Two Courts*, in *Industrial Law Journal*, no. 3/2013, p. 292 ff.

⁴ For an overview of the so-called “EU rule of law toolbox” see A. von Bogdandy, *Principles of a systemic deficiencies doctrine: how to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, no. 3/2020, p. 720 ff., and, if wished, I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, no. 14/2021, p. 195 ff.

⁵ See C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit?*, cited above, p. x ff.

⁶ Case K 3/21, judged on 7 October 2021, then «deeply deplore[d]» by the European Parliament by the resolution P9_TA(2021)0439, § 1, of 21 October 2021. See W. Brzozowski, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni costituzionali*, no. 4/2021, p. 471 ff., and N. Maffei, *La sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 del Trybunał Konstytucyjny: l'infausto esito di due crisi dagli sviluppi ancora da definire?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, no. 1/2022, p. 162 ff.

⁷ Reference is made to ECJ, 8 April 2020, case C-791/19, *Régime disciplinaire des juges* (then decided by the Grand Chamber, against Poland, on 15 July 2021), and to the judgement delivered by the *Trybunał Konstytucyjny* on 14 July 2021, P 7/20, the latter commented by A. Circolo, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *www.aisdue.eu*, July 2021. For further reading on the entire case, please refer to *Clear and present danger: Poland, the rule of law & primacy* (editorial comment), in *Common Market Law Review*, no. 6/2021, p. 1635 ff., and L. Pech, *Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary 'Star Chamber'*, *ibid.*, no. 1/2021, p. 137 ff.

integration process (§ 1, let. a). Actually, the decision made an abrupt reversal of previous Polish jurisprudence, which was tendentially “eurofriendly”⁸, and then received open criticism, even from several former Polish constitutional judges⁹. Some commented on it critically and identified it as a kind of judicial “Polexit”¹⁰, although, at least for the time being, it remained without political follow-up.

The serious nature of the allegations just mentioned makes it appropriate to question their basis. More particularly, the 2019 ruling seems to offer extremely interesting insights, especially by analysing at the use of the comparative tool in it.

2. Content of the judgement.

As previously stated, the subject matter of the case is the infringement of European law for which, according to the Commission, Poland was responsible due to the provisions contained in the new *Supreme Court Act* (SCA). In fact, when the Judges retire to chambers, the contested rules have already been repealed, following a preliminary order by the Vice-President of the Court. However, this circumstance does not prevent the EU Judges from ruling, since – it is stated in the grounds, in accordance with the established case law on the subject – under Article 258 TFEU infringement proceedings must be assessed «on the basis of the position in which the Member State at issue found itself at the end of the period laid down in the reasoned opinion» notified by the Commission in the pre-litigation phase (§ 30).

The first of the censored provision is Article 37 SCA, according to which «[a] judge of the

⁸ Cf. on this topic K. Witowska - P. Chrzczonowicz, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *Poloniaeuropeae*, no. 3/2012, p. 5 ff., and M. Donnarumma, *La sentenza del Tribunale costituzionale polacco, il primato del diritto comunitario, il limite dei principi supremi*, in *Diritto Penale e Uomo*, December 2021, p. 4 ff.

⁹ See the manifesto published by twenty-seven former judges already on 11 October 2021, available in English at www.verfassungsblog.de (VerfBlog) together with the comment by S. Biernat and E. Łętowska, *Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal* (2021).

¹⁰ See, especially, H. Hofmann, *The Publication of the Polish Constitutional Court's Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in *VerfBlog*, 2021, *passim*. More prudent J. Jaraczewski, *CJEU and Polish Constitutional Tribunal in July 2021*, *ibid.*, p. 1 ff., and cf. the clear opposition expressed, on the basis of a more formalistic approach, by C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit?*, cited above, p. V, and by N. Maffei, *La sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 del Trybunał Konstytucyjny: l'infausto esito di due crisi dagli sviluppi ancora da definire?*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, no. 1/2022, p. 178 ff.

Supreme Court shall retire on the day of his 65th birthday» (paragraph 1), unless, upon personal request and the First President of the Court and the National Council of the Judiciary, the President of the Republic decides to extend the term of his or her office for a maximum of two three-year periods. The Council's opinion, subject to a silent-assent mechanism, must take into account the «interest of the system of justice» or an «important social interest», with particular regard – specified in paragraph 1b – for the «rational use of the staff» and for the «needs arising from the workload of individual chambers». In contrast, retirement was previously triggered upon reaching the age of seventy, and any extension, lasting two years, was ordered directly by the First President, upon presentation of a simple certificate of psychophysical fitness.

The second provision is Article 111 SCA, which provides (*rectius*, provided) for the retroactivity of the new discipline, although with some corrections. For judges in post who have already exceeded the new retirement threshold or who will reach it in the three months after the entry in force of the law, it grants them a three-month grace period, with the possibility to apply for an extension of their functions during the first 30 days. On the other hand, for judges who turn sixty-five years of age three to twelve months later, a full year's service is envisaged (subject, again, to any presidential order).

The Court examines both provisions under the light of the obligation, incumbent on the Member States under Article 19(1) TEU, to «provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law». In particular, it asserts that the corresponding individual right to dispose of such protection not only constitutes a general principle of the European legal system «result[ing] from the constitutional traditions common to the Member States» (Article 6(3) TEU), but is textually reflected in Articles 6 and 13 ECHR, and Art. 47 CFREU¹¹. It is also a direct expression of the «rule of law», which is a fundamental «value» of the European legal system (Article 2 TEU)¹² and is linked to «mutual trust» that must exist between all countries participating in the integration

¹¹ *Independence of the Supreme Court*, cited above, § 49. On this topic see at least M. Fichera and O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, no. 8/2019, p. 1102 ff., while on the concept of “Independent and Impartial Tribunal”, as involved in Polish case-laws, see deeply A. Ward, *Article 47*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart, 2021², p. 1339 ff.

¹² *Independence of the Supreme Court*, cited above, § 47. However, on the legal enforcement of these «values» see, problematically, L. Spieker, *Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, in *German Law Journal*, no. 8/2019, p. 1199 ff.

process¹³.

On the basis of all those considerations, the Grand Chamber rejects Poland's objection that, since the organisation of the national judicial systems does not fall within EU competence, the relevant institutions (including the Court of Justice) are not entitled to review the choices made by national lawmakers in that regard¹⁴. Indeed, the Court does not contest this observation directly, but points out that the Polish provisions affect the functioning of a body, the *Sąd Najwyższy*, which anyway «may be called upon to rule on questions concerning the application or interpretation of EU law», so that the Treaties implicitly require that its independence from political power be preserved, as a *condicio sine qua non* of its jurisdictional nature¹⁵.

Next, going into the substance of the issues, the Court states that the application of the new age limit also to judges already in post clashes with the principle of unremovability of judges¹⁶ and thus undermines the «imperviousness» from «all external intervention or pressure»¹⁷ that is the very purpose it must ensure. Such regulatory treatment would only be permissible if it was necessary and proportionate in relation to the achievement of a «legitimate objective»¹⁸. In contrast, the explanation put forward in the present case, that the Polish legislator simply wanted to «modernise» the roles of the judiciary and encourage youth employment, would not be credible. The drafting work, and in particular the memorandum attached to the bill at the time, insisted, in fact, on the urgency of «decommunizing» the Supreme Court¹⁹, by removing those older judges who, having served in pro-Soviet circles during the Cold War, would today undermine public confidence in the judiciary. According to the Grand Chamber, such a statement would generate the «impression» that the new law, although formally general and abstract in scope, is in reality driven by a persecutory intent against specific magistrates²⁰ on purely political grounds.

¹³ *Independence of the Supreme Court*, cited above, § 43.

¹⁴ *Ibid.*, § 38. Indeed, it is surprising Poland's failure to invoke the intangibility of the «constitutional identity» of the State Members, provided in art. 4(2) TEU, perhaps because it is now even overused in this type of debate: cf. J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, in *German Law Journal*, no. 4/2021, p. 534 ff.

¹⁵ *Independence of the Supreme Court*, cited above, §§ 56-58.

¹⁶ *Ibid.*, respectively § 78 and § 76.

¹⁷ *Ibid.*, §§ 74-75.

¹⁸ *Ibid.*, § 79.

¹⁹ See verbatim what the Venice Commission referred to in its opinion of 11 December 2017, no. 904/2017, CDL-AD(2017)031, § 33 (referred, in turn, by the Court of Justice at § 82).

²⁰ *Independence of the Supreme Court*, cited above, respectively § 85 e § 82.

The simultaneous attribution of the power of extension to a political body such as the Head of State in Poland would also move in this direction²¹. That power, in fact, would also be detrimental to the Supreme Court's autonomy, because of the high degree of discretion that characterises its exercise. Presidential measures cannot be challenged, nor are they subject to a duty to give reasons. As a consequence, the compulsory consultation of the National Council of the Judiciary, as it is constitutionally deputed to «safeguard the independence of courts and judges» (Article 186, § 1 Const.), would not be sufficient to exclude the risk of abuse. Not to mention that – the Judges observe – in practice the Council renders opinions stating «purely formal reasons» or, indeed, «no reasons at all»²², thus making it impossible to examine its adherence to legislative criteria.

3. Continuing. References to *ASJP* and *Fuchs and Köhler*.

The 2019 ruling mentions two precedents concerning other state legislation which had changed *in pejus* the regime applicable to certain categories of legal practitioners. This is about the case *Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)*, to the distinguishing of which two paragraphs are dedicated, and the case *Fuchs and Köhler*. Although the first reference is, apparently, not decisive in the economy of the grounds and the second is even lapidary, both provide useful elements to reconstruct the rationale operated by the Judges, well beyond – we can already anticipate – what has been expressly reasoned.

In *ASJP*²³, the Portuguese *Supremo Tribunal Administrativo* asked the Court to assess the compatibility with Article 19 TEU of a 2014 law which, in order to reduce the state budget deficit, and enable the receipt of certain European funding, had reduced the salaries of certain categories of public employees. The magistrates of the *Tribunal de Contas*, who were among the most penalised, had challenged the implementing measures of that reform, arguing that it

²¹ *Ibid.*, § 85.

²² *Ibid.*, § 117.

²³ Decided by the Grand Chamber in the judgment of 27 February 2018, case C-64/16. For commentary see L. Pech and S. Platon, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, no. 6/2018, p. 1829 ff.; S. Menzione, *Case Note: Anything New under the Sun?*, in *Review of European Administrative Law*, no. 2/2019, p. 220 ff.; M. Bonelli and M. Claes, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, no. 3/2018, p. 624 ff.; from a broader perspective, A. Torrez Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no. 1/2020, p. 106 ff.

undermined their economic serenity and then, exposing them to the risk of undue influence in the exercise of their duties. Pending this, the Portuguese Parliament had phased out the reductions, restoring ordinary salary levels as of 1st October 2016. The European Court of Justice did not see any infringement of the rule of law, both because the lowering of salaries had affected a generally broad group of people, and because it had remained limited in time and quantity²⁴.

Indeed, there is a basic similarity between the law just mentioned and the Polish one. In fact, both have retroactive effect, since they also affect magistrates already in service, and both place the latter in a precarious condition and dependent on a new exercise of political discretion. In fact, it is important to consider that the Portuguese law, while stating in its title that the *cuts* would only be temporary, did not actually provide for any time limit, so that a separate and additional regulatory intervention would have been necessary to terminate them – as indeed happened *after* the commencement of proceedings before the ECJ. On the other hand, the disputed amendments to the Law on the *Sąd Najwyższy* did have a chronologically limited validity: only eight months, compared to more than two years between the introduction and the final elimination of the above-mentioned Portuguese pay reduction. Nor is it worth objecting, in this regard, that in the Polish case, the temporary nature of the novelty was, so to speak, accidental – that is to say, resulting only by the need to comply with an order of the Court. In fact, however plausible that may be, EU judges themselves cannot affirm that with certainty; all the more so since their order had sought merely the suspension but not also the repeal of the provisions censured.

As for the greater burden of early retirement as compared to a mere salary reduction, which the 2019 ruling seems to hold to be decisive, it would, perhaps, have earned a broader grounding, demonstrating the continued adequacy of magistrates' residual income to the so-called cost of living. Besides, while in Portugal the new discipline applied immediately, in Poland it established a transition period, sufficient for those concerned to prepare to their new condition. And finally, as far as the different number of people penalised by each law is concerned, it cannot be truly asserted in general – nor does the Court – that lawmakers cannot reform individual judicial bodies.

A reference for a preliminary ruling was also at the origin of the second case, *Fuchs and Köhler*. It was about a law, the *Hessisches Beamtenengesetz* (still in force), by which the Hessian

²⁴ *ASJP*, cited above, respectively § 48 and § 50.

Parliament, in accordance with the Federal Law, put an end to the life tenure of certain offices, and set a retirement date for each category of workers. The applicants, both State prosecutors, had a threshold of sixty-five years, repeatedly extendable by the Land Minister of Justice basing on «the interest of the service» (art. 50(3) *HGB*). The stated aim of the new law is to increase youth employment.

Note that in that case the principle of independence of the judiciary had not been invoked as a parameter, but the ban on age discrimination, just like in the Hungarian case mentioned above²⁵. As such, this appears consistent with the European jurisprudence circumscribing the application of Article 19 TEU to judges only, and which a few years later would expressly deny German prosecutors the status of judicial bodies, on the grounds that they are subordinate to the executive²⁶. What is relevant here, however, is that on that occasion the Court considered that it was legitimate (not discriminatory) that decisions on the continued employment of civil servants to be taken discretionally by a political body and to be based on a criterion, the «exigencies of the service», which is very vague, as to frustrate any possible appeal. Here too, the parallelism with the Polish law appears clear.

The question then arises as to why, in 2019, the Court of Justice has found incompatible with the European law a regulatory scheme that, in its essence, had been found free of criticism, at least in two different occasions. Since, in the present case, the *ASJP* and *Fuchs and Köhler* cases were repeatedly referred to in both the Polish and Hungarian pleadings and in the Advocate General's Opinion, and, above all, since they are expressly mentioned in the ruling, it would be assumed that the Judges compared the laws which were subject of each case and found differences which were such to bring the proceeding to different outcome.

Nevertheless, the reasons for this divergence do not clearly emerge from the text. As demonstrated above, apart from specific aspects on which Poland even seemed to dictate the most guaranteeing discipline, the distinguishing made by the Court is not without objections. The impression one gets is that in comparing national laws the Court has taken into account a

²⁵ See *supra*, § 1, note 3.

²⁶ ECJ, 27 May 2019, § 84, cases C-508/18 and C-82/19 PPU, *OG and PI*, which inferred from this fact that German public prosecutors' offices were not jurisdictional authorities for the purpose of issuing European arrest warrants. See, however, the partial guarantees of independence these bodies also enjoyed according to A. Falcone, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *Eurojus*, no. 3/2021, p. 71; and more, Articles 160(2) and 296(2) of the Code of Criminal Procedure, which oblige prosecutors, respectively, to also seek exculpatory evidence and to be impartial, similarly to judges.

further element not fully explained in its wording – that is, the political and ideological framework.

4. The political and ideological framework as cryptotype in ECJ's case-law.

According to Rodolfo Sacco's systematisation, comparisons between legal systems cannot disregard formants that he calls "crypto-types", namely "implicit models" of discipline, "non-verbalised" rules that legal practitioners apply even in the absence of every express legal stipulation²⁷. Indeed, ECJ's 2019 judgement seems to adhere precisely to this approach, insofar as it gives decisive weight to the political-ideological context in which the contested provisions were drafted, and by which their application is likely to be conditioned. Two sections of the grounding show signs to this effect.

The first one, although not decisive per se, is where the Court argues a difference to exist between the Portuguese and the Polish law by stressing the different number of persons affected, which in the second case was much smaller than in the first. It goes without saying that, purely from a legal point of view, this circumstance is irrelevant, for the obvious consideration that the extent of the prejudice caused to each judge does not depend on the total number of potential addressees. In fact, for the Court, the fact that only few magistrates are affected in Polish case is relevant for a different reason, namely that it creates in society the impression that legislative intervention moves «against» members of a certain judicial body²⁸. But if this is true, then the focus of the argument shifts from the regulatory dimension to that of political intent.

The second interesting section is where the Court comes out, so to speak, in the open and admits that the early retirement of judges may in theory pursue legitimate employment turnover purposes, as Poland argued in the hearing and it had already stated in *Fuchs and Köhler*, but it is not that case, because of a persecutory intent inferable from certain statements made by the presenters of the bill²⁹.

²⁷ On this topic see now R. Sacco and P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Milan, Utet Giuridica, 2019⁷, p. 117 ff., and I. Biglino, *Formants and Institutions: Intellectual Meeting Points between Rodolfo Sacco and Douglass North*, in *Global Jurist*, no. 2/2011, p. 7 ff. (the latter also for references to other contributions by the Master and for comparisons with the foreign doctrinal overview).

²⁸ *Independence of the Supreme Court*, cited above, § 74.

²⁹ *Ibid.*, § 82.

Indeed, as to merit, EU Judges' conclusions are acceptable. It is well known that, in 2015, the political party *Law and Justice* (PiS) won an absolute majority of seats in the Polish Parliament thanks to a populist rhetoric based on class struggle, portraying itself as the only possible defender of ordinary people, victims of exploitation by the “élites”³⁰. PiS has never explicitly revealed which figures would be responsible for such harassment, but it is a fact that it has always regarded the category of jurists with open distrust. According to the theories of Prof. Stanisław Ehrlich, historical mentor of the current secretary Jarosław Kaczyński, jurists have introduced the very notion *rule of law*, as a source of limitation to political power, with the specific aim of hindering renewals and thus allowing the previous pro-Soviet ruling class to maintain its hegemony³¹. Not by chance, the first Government led by Law and Justice immediately engaged in a clash with the Constitutional Tribunal, precisely because of its function as anti-majoritarian and therefore, allegedly anti-democratic³². After replacing the relevant members with constitutional judges elected by members of the new majority (including the current President)³³, the focus shifted to the judiciary³⁴. In particular, heavy criticism was levelled towards the Supreme Court when it opposed the reform of the judiciary and the National Council of the Judiciary, to the point to disregard the deliberations of the latter in its new composition, deemed politicised.

That fuelled perplexities among legal scholars and the EU ruling bodies. In 2017, the European Commission asked the Council to formally declare the existence of an «obvious risk of a serious breach [...] of the values referred to in Article 2 [TEU]», thus starting the procedure that could lead to the suspension of Poland's treaty rights under Article 7(1) of the same Treaty³⁵.

³⁰ Cf. A. Sulikowski, *The Return of Forgotten Critique: Some Remarks on the Intellectual Sources of the Polish Populist Revolution*, in *Review of Central and East European Law*, no. 45 (2020), p. 381.

³¹ *Ibid.*, p. 384 ff.

³² See also *ibid.*, p. 394 ff. The “counter-majoritarian difficulty” was highlighted firstly by A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Bobbs-Merrill, 1962, p. 3 ff. On the relevant scholarly debate see O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milan, Franco Angeli, p. 103 ff.

³³ Cf. J. Atik and X. Groussot, *Constitutional attack of political feint? - Poland's resort to lawfare in Case K 3/21*, in *EU Law Live*, 2021, p. 3, who bluntly writes that “The Polish Constitutional Court is [now] an organ of the Polish government”.

³⁴ See the extensive reconstruction by F. Zoll and L. Wortham, *Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland*, in *Fordham International Law Journal*, no. 3/2019, p. 899 ff.; more succinctly, P. Bárd and A. Sledzinska-Simon, *On the principle of irremovability*, cited above, p. 1557 ff., and M. Hoffman, *[PiS]sig off the Courts: the PiS Party's Effect on Judicial Independence in Poland*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, no. 4/2018, p. 1154 ff.

³⁵ Communication COM(2017) 835 final of 20 December 2017. Even though it was at the time presented by President Barroso as a “nuclear option” (SPEECH/12/596 dated 12 September 2012, p. 10), the procedure then remained a dead letter, due to the difficulty encountered in achieving the unanimity required for the deliberations envisaged therein: cf. L. Spieker, *Breathing Life*, cited above, p. 1184-1185, who pragmatically notes that “Since

Well, the Court of Justice has been a privileged observer of such dynamics from the outset, and this may have induced it to develop a particular awareness in this regard. In the year preceding the 2019 judgment, it had been called upon to rule on these reforms as many as five times. First the Commission, within the framework of an infringement procedure³⁶, and then, also the Labour Law Chamber of the Polish Supreme Court³⁷ in three separate cases for preliminary rulings, had doubts about the compatibility with the European law of certain reforms concerning early retirement of ordinary judges and the establishment of a new Disciplinary Chamber of the Supreme Court itself. Besides, in March 2018, the Court of Justice had already received the strong concerns of the Irish High Court with regard to the execution of European arrest warrants issued by Polish judges, on the grounds, on one hand, of their now dubious independence from the political power and, on the other, of the fear that in the State of destination the arrested persons would see infringed the rights to a fair trial, as set out in Article 47 CFREU³⁸.

All these cases were dealt with in parallel and were ruled on within a few months from each other. Thus, it is at least safe to assume that in the 2019 Polish case the judges drew elements from them for an overall judgement on the upheavals taking place in the Country.

Similar troubles did not affect either Portugal or Germany, given their firm membership in the group of countries which political scientists qualify as “longstanding, stable, and prosperous democracies” (LSPDs)³⁹. This explains why the Grand Chamber finds that the Polish President cannot be empowered to extend public functions at his own discretion, while the Minister of Justice of a German Land may do so, and why a retroactive compression of the safeguards of independence of judges does not give rise to particular care in Lisbon, but at the same time may be a cause for concern for the rule of law if passed in Warsaw. After all, no reasonable observer could claim – and at the time it was in fact not claimed, not even by the plaintiffs – that the lowering of the salaries of Portuguese *conselheiros de contas* or the forced retirement of

Poland and Hungary are watching each other's backs, the Council finds itself in a deadlock”. On this subject see also N. Daminova, *Rule of Law vs. Poland and Hungary – an Inconsistent Approach?*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, no. 3/2019, p. 243 ff.

³⁶ Case C-192/18, decided by the Grand Chamber on 5 November 2019.

³⁷ Cases C-585/18, A.K., C-625/18, CP, and C-625/18, DO, then consolidated and decided by the Grand Chamber on 19 November 2019.

³⁸ Case C-216/18 PPU, LM, decided on 25 July 2018. For remarks, see S. Bartole, *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quaderni costituzionali*, no. 4/2018, p. 921 ff.

³⁹ This qualification is proposed by E. Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford, OUP, 2016, p. 70.

Hessian State prosecutors was intended to implement a “purge”, whereas that term has been used authoritatively, in 2018, to describe just the Polish case⁴⁰.

5. The importance of the political context in some judgements recently delivered by the European Court of Human Rights.

Indeed, the opportunity of reconstructing the rationale and effects of each provision in the light of the political and regulatory context has also been upheld by recent Court of Strasbourg’s rulings censoring, once more, the reform of the Polish judiciary.

The first one was delivered by the Grand Chamber in March 2022⁴¹. It found a violation of appellant’s right to a fair trial (Article 6 ECHR) where the law, in transferring the competence to elect the members of the National Council of the Judiciary by the judges themselves to the Lower House of Parliament (*Sejm*), terminated prematurely the office of those magistrates who had been elected under the previous regulations, without providing any judicial remedy against early removal. After showing the lack of conditions required to make such a provision compatible with the Convention⁴², the ECtHR makes a detailed reconstruction of the democratic backsliding process to which the new law allegedly belongs. According to the judges, precisely «the whole sequence of events in Poland [...] vividly demonstrates that successive judicial reforms were aimed at weakening judicial independence», and the judiciary «has been exposed to interference by the executive and legislative powers and thus substantially weakened», while «[t]he applicant’s case is one exemplification of this general trend» (§ 348).

Moreover, already the year before, the Court, called upon to rule on a new Polish law which had temporarily vested the Minister of Justice with the power to dismiss the heads of judicial offices at his own discretion, had not limited its reasoning to Article 6 ECHR, as invoked

⁴⁰ See the press statements made by the then President of the Supreme Court, Małgorzata Gersdorf (*Polonia, la presidente della Corte suprema si ribella: “Non mi dimetto, è una purga”*, in *Il Sole 24 ore* - digital edition, 3 July 2018), and cf., with reference to the similar Hungarian reforms, the allegation of a “disguised purge” raised in doctrine by S. Benvenuti, *La riforma del sistema giudiziario ungherese tra recrudescenze autoritarie e governance europea*, in *Nomos*, no. 3/2012, p. 13.

⁴¹ ECtHR (GC), 15 March 2022, application no. 43572/18, *Grzęda*.

⁴² I.e. not-impairment of «the very essence of the right», pursuit of a «legitimate aim», and «proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved» (see *ibid.*, § 343, and further case-law cited there).

by the appellant, but had taken into consideration the whole legal framework ruling judges' career, which was found to collect «*entre les mains du seul représentant du pouvoir exécutif*» the «*quasi-totalité des pouvoirs en la matière*», also by excluding judicial self-governing bodies⁴³.

Finally, in the *Žurek* affaire, ruled in June 2022⁴⁴, the Court observed that the release of the appellant from his office as spokesman of the National Council of the Judiciary and other provisions affecting him in the same period, despite being formally unbound, if regarded «in their entirety» they betray the appurtenance to a precise «strategy aimed at intimidating (or even silencing)» the magistrate in question, because of his critics to the justice reform promoted by the Government⁴⁵.

The question generally arises now as to what extent a court – namely, now, the Court of Justice – is well equipped to reconstruct the political-ideological legal formant, and then, whether this effort might have an impact on the “materially constitutional” guarantee function⁴⁶ which is assigned for it by the Treaties.

6. Harshness in the reconstruction of the political-ideological framework of the laws. The statutory original intent.

In order to answer the questions above, one has to start from which elements need to be taken into consideration to reconstruct such political *climate* of regulatory interventions. The first one, as shown by the ECJ, is the so-called statutory original intent.

Indeed, while the practice of accompanying explanatory memoranda to new bills asks signatories to reveal their objectives, it is even obvious that these declarations may, at times,

⁴³ ECtHR, 29 June 2021, application nos. 26691/18 and 27367/18, *Broda and Bojara*, § 147. More precisely, the transitional rule at issue had been introduced by an amendment of 12 July 2017 to the Pusp Act, in force since 12 August 2017, which had rewritten the general rules on appointments, as summarised in the same ruling at § 27.

⁴⁴ ECtHR, 16 June 2022, application no. 39650/18.

⁴⁵ *Ibid.*, respectively at § 211 and § 227. This results in the violation of Articles 6(1) and 10 ECHR, of the so called right of the judge and of the freedom of expression.

⁴⁶ See verbatim A. Ruggeri, *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Id.*, “*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*”, XXV, Turin, Giappichelli, 2022, p. 332 ff., e M. Carta, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, no. 1/2020, p. 13 ff., cf. already A. Ciancio, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione introduttiva*, in *Rivista AIC*, no. 3/2014, p. 14 ff.

diverge from the content of the provisions, as well as from the effects they will produce due to the interaction with the laws already in force. This may be caused by simple carelessness in the drafting of texts, as recently emerged in a sensational Quebec court case⁴⁷, but may also be motivated by the desire to conceal political negotiation strategies, conflicts of interest⁴⁸, and besides, conscious conflicts with the Constitution, the International Charters of Rights and, indeed, with the European legal system.

Even assuming that all members of a Parliament are always competent and truthful, it still remains the case that each document expresses the sole viewpoint of its author(s)⁴⁹. In fact, it is the bills that are voted on, not the annexes. Therefore, to let memoranda to be diriment for the grounds of a judgement would be inconsistent with the democratic principle itself, and would end up attributing to the legislature purposes, on which it has never formally deliberated⁵⁰.

Even statements by the leaders of the parliamentary groups may not be matched by an *idem sentire* of their members. Considerations of expediency linked to the so-called party (or group) discipline⁵¹, may, in fact, induce possible internal minorities not to express their opinions, especially when the provisions to be passed may pursue partially different, but still compatible objectives. For example, a bill to simplify the issuing of building permits, supported by the leadership of a certain party with the declared objective of speeding up the administrative process, could also be approved by parliamentarians who are sensitive to the economic effects of the new rules, although no trace of such different intention emerges in the relevant debate. Opposing parliamentary groups may, at times, converge with the ruling one on the approval of the same text only to lower the political conflict, or to avoid a government crisis in particularly delicate circumstances (an epidemic, a period of economic instability *etc.*)⁵².

⁴⁷ *Tribunal des professions*, 28 September 2021, 2021 QCTP 79, *Paquet c. Infirmières et infirmiers du Québec (Ordre des)*, commented by Ou. Younes, *Une incohérence entre l'intention du législateur et le texte de la loi dépouille le Tribunal des professions d'une partie importante de sa compétence d'appel à l'égard des décisions du conseil de discipline!*, in *BlogueduCRL.com*, November 2021, *passim*.

⁴⁸ See, also for further references, J. Jeanneney, *Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus*, in *Droit & Philosophie*, no. 9-1/2018, p. 102.

⁴⁹ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milan, Giuffrè, 2020²³, p. 11.

⁵⁰ In this regard J. Schacter, *The Confounding Common Law Originalism in Recent Supreme Court Statutory Interpretation: Implications for the Legislative History Debate and Beyond*, in *Stanford Law Review*, no. 1/1998, p. 8- 9.

⁵¹ On this topic see the recent A. Ciancio, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in *Dirittifondamentali.it*, no. 1/2021, p. 13 ff.

⁵² Cf. J. Schacter, *The Confounding Common Law Originalism*, cited above, p. 28.

This brings us back to the *vexata quaestio* of whether a unitary *will*, intended as a psychic drive, can actually be configured in entities other than natural persons, especially if they are Parliaments made up of a great number of individuals⁵³. Indeed, in many countries this is rendered even more burdensome by factors such as bicameralism, proxy voting, partially variable composition of the Assembly for each session, the possibility for each parliamentarian to freely choose which debates and votes to take part in or not, and finally, the intervention in the legislative process of further bodies (government, Head of State)⁵⁴.

To make it more complicated is that a certain rule can be introduced for one purpose but then kept in force for the achievement of different goals. Changes in the factual or regulatory context, as well as the emergence of new jurisprudential orientations, can distort the meaning and effects of a given provision. For example, a law expanding Government's powers, passed during a military aggression, will presumably be motivated by the intention to preserve the physical and patrimonial integrity of citizens, and even national independence. However, its non-repeal at the end of the hostilities could point to something else, such as the attempt to install an authoritarian government.

Indeed, the subject is still largely debated among jurists⁵⁵. However, the considerations made so far seem enough to assert, on the one hand, the unsuitability of preparatory documents to express the intention of the legislator, especially when they come from early stages of the legislative process, and precede the parliamentary debate. On the other hand, and consequently, the complexity involved in ascertaining that intention, at least in the literal sense that the Court of Justice seems to adopt in its recent cases. It is no coincidence that the numerous scholars

⁵³ J. Jeanneney, *Le recours à l'intention du législateur*, cited above, p. 100, firmly observes that "*les institutions n'ont pas de psyche*". Similarly, for K. Shepsle, *Congress is a "They," Not an "It"*, in *International Review of Law and Economics*, no. 2/1992, p. 239, "legislative intent is an oxymoron". In contrast, but based on very distant and, perhaps, not entirely persuasive reconstructions, Ch. List - Ph. Pettit, *Group Agency. The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*, Oxford, OUP, 2011, p. 33 ff., and V. Nourse, *Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History*, in *Boston College Law Review*, no. 5/2014, p. 1618.

⁵⁴ Cf. again J. Jeanneney, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁵ Scholars have always debated on the actual knowability and interpretative usefulness of statutory original intent, especially the American ones: cf., including for further referrals, M. Redish and T. Chung, *Democratic theory and the legislative process: mourning the death of originalism in statutory interpretation*, in *Tulane Law Review*, no. 4/1993-1994, p. 814 ff.; J. McGinnis and M. Rappaport, *Original methods originalism: a new theory of interpretation and the case against construction*, in *Northwestern University Law Review*, no. 2/2009, p. 758 ff.; P. Bianchi, *Le trappole dell'originalismo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Naples, Editoriale Scientifica, 2011, p. 284, note 2. As for Italy, see furtherly P. Bianchi, *op. ult. cit.*, pg 302, note 56. Finally, a reasoned synthesis of the main problems from the right-philosophical point of view is made by S. Bernatchez, *De la représentativité du pouvoir législatif à la recherche de l'intention du législateur: les fondaments et les limites de la démocratie représentative*, in *Cahiers de Droit*, no. 3/2007, p. 467 ff.

belonging to the so-called “neo-originalist” strand⁵⁶ argue the need to reinterpret the very concept of *intentio legislatoris*, by disengaging it from any actual psychological investigation, considered unfeasible, and focusing on the text. Under this light, the notion of “legislator” becomes just the hermeneutic “personification of a principle of rationality”⁵⁷. Otherwise, they say, it would end up enabling judge to do “cherry-picking”, i.e. to select, from among the conspicuous quantity of preliminary documents produced during each legislative procedure, those that are more functional to his or her own theses⁵⁸, or simply easier to retrieve⁵⁹.

The difficulties just outlined are confirmed by the practice in various countries. For example, in the United Kingdom, common law places a strict prohibition on judges looking to the original intent, with the sole exception, since 1992, of cases where the obscurity of the provisions is such as to make it absolutely indispensable⁶⁰. In Canada, the Supreme Court’s setting aside of such foreclosure six years later coincided with the need to meet expectations of justice in a particular case, under pressure from both the mass-media and public opinion⁶¹.

And again, it is at least interesting that many scholars see in US federal judges’ renewed tendency towards literal interpretation precisely the fruit, albeit belated, of Justice Antonin

⁵⁶ Per approfondimenti si rinvia a J. Farinacci-Fernos, ‘*New originalism*’ and statutory interpretation, in *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, no. 3/2020, p. 694 ff.

⁵⁷ See recently P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, cited above, p. 11, according to whom all that can be asked of the interpreter is “to assume” that he is “coherent”, “respectful of the Constitution” and international obligations, “efficient”, “rational”, “just” etc., as attributes of a legislator that is, to the evidence, only abstract and idealized. Cf. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Montreal, Thémis, 2009⁴, p. 7, as well as the notion “*intention conventionnelle*” elaborated by J. Jeanneney, *Le recours à l’intention du législateur*, cited above, p. 113. Similar ideas were already outlined in the well-known essay written by H. Hart and A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Cambridge, 1958 (unpublished, now on www.heinonline.org), p. 1410 ff.

⁵⁸ Authoritatively warning against this possibility, A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 35. Cf. already T. Aleinikoff, *Updating Statutory Interpretation*, in *Michigan Law Review*, no. 1/1988, p. 28, and further deferrals.

⁵⁹ See, again with reference to the interpretation problem, J. Jeanneney, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁰ Cf. *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1992] UKHL, on which see different opinions expressed by di T. Bates, *Parliamentary material and statutory construction: aspects of the practical application of Pepper v. Hart*, in *Statute Law Review*, no. 1/1993, p. 47 ff., and L. Lester of Herne Hill, *Pepper v. Hart Revisited*, *ibid.*, no. 1/1994, p. 10 ff. In comparative perspective, see also M. Healy, *Legislative Intent and Statutory Interpretation in England and the United States: An Assessment of the Impact of Pepper V Hart*, in *Stanford Journal of International Law*, no. 2/1999, p. 231 ff., and K. Krishnaprasad, *Pepper v. Hart: Its Continuing Implications in the United Kingdom and in India*, in *Statute Law Review*, no. 3/2011, p. 227 ff.

⁶¹ *Judgement Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, in which the accreditation of the legislator’s intention as a hermeneutic rule allowed the Supreme Court to grant numerous workers, who had suddenly become without income due to the bankruptcy of the chain of shops they worked for, access to the same allowance that the *Loi sur les normes d’emploi* reserved, textually, only for those who had lost their jobs due to «termination of employment»: see. S. Barker and E. Anderson, *Cendrillon au bal: L’intention du législateur dans les tribunaux canadiens*, in *Revue parlementaire canadienne*, no. 2/2015, p. 17 ff., and cf. the fluctuations noted in subsequent case law, S. Beaulac, *Précis d’interprétation législative: méthodologie générale*, *Charte canadienne et droit international*, Montreal, LexisNexis, 2008, p. 39.

Scalia's long-standing polemic against the consideration of statutory history in the grounds of judgments⁶².

Even the French *Conseil constitutionnel*, which is traditionally inclined to take the original intent into account, is rather "parsimonious"⁶³ when it comes to justify its decisions on the basis of the *travaux parlementaires*, despite the fact that the relevant *Service de documentation* regularly includes them in the case files and then, also in the *dossiers* attached to each decision.

7. Continuing. Political and electoral statements, regulatory framework, living law.

The foregoing considerations lead to a distrustful view of the possibility that the objectives pursued by a given legislative measure can be discerned by merely reading the relevant preparatory documents. The latter appear to provide, at most, mere "clues" which are insufficient, even more so for the reconstruction of the entire political formant, which is here envisaged.

Hence, further elements must be examined. These include, first of all, statements made in non-institutional contexts by members of the parliamentary majority, the Government or, in any case, the political parties that support them. Suffice to consider the printing of political and electoral propaganda leaflets, speaking at public events, giving interviews and, last but not least, disseminating messages on social platforms, which current politicians tend to use with increasing intensity⁶⁴. The informal tone and communicative disintermediation that are typical of these channels (partially excepting the press) greatly

⁶² See especially V. Nourse, *Textualism 3.0: statutory interpretation after Justice Scalia*, in *Alabama Law Review*, no. 3/2019, p. 668 ff., and S. Katz, *The Supreme Court embraces statutory originalism. Everything old is new again*, in *www.americanbar.org*, May 2019, p. 3, which focuses in particular on the cases *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*, 586 U.S. ____ (2019), and *New Prime Inc. v. Oliveira*, 586 U.S. ____ (2019). This approach has not, however, been matched by a clear-cut conservatism in the substance of the rulings: see *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020), which effectively ignored the original rationale of the *Civil Rights Act* (1964) when extended the ban on «sex based discrimination» therein provided for LGBT people at Title VII.

⁶³ See verbatim A. Rosa, *La référence aux travaux parlementaires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: un instrument de renforcement de la légitimité du juge et du législateur*, in *Revue française de droit constitutionnel*, no. 3/2014, p. 644 ff., to which reference may also be made for further details on that topic.

⁶⁴ On this topic, if wished, one may see I. Spadaro, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, no. 1/2020, p. 66 ff., and further references.

reduce the possibility of reticence and dissimulation. For example, back to the Polish case, it may be assumed that, even if PiS deputies had stated in their memorandum on the bill what they successively asserted before the ECJ (i.e. that the goal of the reform was merely to increase youth employment), once out of the chamber, they would have hardly abandoned the usual rhetoric of the “necessary forced de-communization”, which allowed the party to obtain (and still retain) a large part of its electoral support.

The regulatory context is another element to be considered. In general, the granting of discretionary powers to a certain body is not, as such, a symptom of an *attack* on the rule of law, provided it is accompanied by the establishment (or maintenance) of an adequate system of checks and balances. This explains the attention the Court of Justice paid to the previous political packaging of the National Council of the Judiciary⁶⁵ and its poor influence on the presidential decisions on supreme judges’ retirement. In addition to acts that are already in force, it is also necessary to look at those that are not, because they are subject to a standstill period or simply because they have not yet been adopted. The first ones, once their passing procedure was completed, may be retained as expressions of the political orientation of the majority, while the second ones can help to reconstruct the rationale of the rules object of the case.

At last, it is useful to look at how other provisions on the same subject are read and applied, both by judges and, above all, by the administrative bodies. This is not only for the obvious reason that every legal provision *lives* through the interpretation that citizens and, in particular, legal practitioners make of it; but also because the consolidation of interpretations that are un-literal or systematically favourable to the State, in cases where this appears to be anything but self-evident, can be indicative of undue pressure from those who exercise political powers. The same applies, of course, when such constraints are explicit, because they are officialised in circulars, directives, service orders, resolutions etc.

⁶⁵ To examine it in depth see M. Mastracci, *Judiciary Saga in Poland: An Affair Torn between European Standards and ECtHR Criteria*, in *Review of International and European Law*, no. 2/2020, p. 65 ff., and cf. more broadly the “strategies” outlined by D. Kosar and K. Sipulova, *How to Fight Court-Packing?*, in *Constitutional Studies*, no. 6/2020, p. 137 ff.

8. The risk of distortion and lateness of the jurisdictional protection.

Ultimately, the elements to be investigated in order to ascertain the political-ideological formant are multiple and each of them implies in turn the consultation of a large number of sources. Moreover, some have meta-juridical nature and one of these, the *intention of the lawmaker*, implies the judgement on the credibility of statements made by institutional or political representatives.

Then, there are at least three reasons for which guarantee bodies, such as the Court of Justice, should refrain from such an investigation. The first one concerns procedural matters and relates to the complexity of inserting such an extensive and in-depth evidential investigation into proceedings which usually do not involve such an investigation at all: see Article 63 of ECJ's *Rules of Procedure*, stating that, at the beginning of each proceedings, the panel decides «*whether* a measure of inquiry is necessary». Anyway, this would lead to a significant delay in the proceedings, pending which the alleged violations of the rule of law would even consolidate. In case of preliminary ruling procedures under Article 267 TFEU, such a delay would fall on the national proceedings in turn, so that the very principle of judicial effective protection under Article 19 TEU could be violated. The experience of the Strasbourg Court seems to confirm these fears. Judgments delivered in *Grzęda* and *Żurek*, recalled above, while they succeed in demonstrating the unfounded nature of the arguments put forward by Poland by means of an extensive and detailed reconstruction of the relevant political and ideological climate, they were published four years after the lodging of the complaint and five years after the occurrence of the infringements established therein.

On the other hand, the precautionary suspension of the contested rules should not be presumed as an option for ECJ, since the very implicit nature of the crypto-formant would hardly allow the Court to recognise it during summary examination on *fumus boni iuris* (Article 160 of the *Rules of Procedure*). Besides, even if such a suspension were granted, the order would in fact lose its character as an interim measure, because its effects could be prolonged for a long time, in parallel with the duration of the proceedings. It would end up to be perceived by the parties themselves as a sort of anticipation of the judgment, which

should be not.

Once more from a procedural point of view, one may notice that time needed for investigation could perhaps be shortened through by the acquisition of some documents, among which, in particular, relevant decisions of the Court of Strasbourg, reports of the Commission of Venice and reports of the European institutions on the rule of law⁶⁶. Nevertheless, apart from the fact that they are not always available, they could be challenged before the Court of Justice, both with regard to the criteria and manner of selection of the data collected there, and the subsequent interpretation by their authors. Further, it should be avoided that such readings end up circumventing *de facto* the restrictions placed on third party intervention by Article 40 of the Statute of the Court of Justice – and not, on the contrary, by the ECHR and the Rules of Procedure of the ECHR, which are indeed open to «any» intervention can contribute to «the proper administration of justice»⁶⁷.

Third, from a systematic point of view we have to look at the very role of the Court of Justice within the European institutional framework, as well as the relations between the Union and the individual Member States. In fact, the reconstruction of the direction pursued by a certain ruling majority could result in a covert politicisation of the hearings, the discussion of which would move away from the content of the contested national provisions. In other words, they would end up being monopolised by the ascertainment of facts and, since it would imply assessments of the degree of stability and democratic effectiveness of the Member State, it could expose the Judges to excessive media pressure. Judgments, in fact, could be instrumentalised for political propaganda purposes, as was already the case with PiS, in the wake of the two decisions in which the Court of Justice confirmed the continued executability of Polish European arrest warrants⁶⁸.

⁶⁶ The reference is, in particular, to the annual report published by the European Commission, starting in 2020, within the framework of the European Rule of Law Mechanism (most recently, quote COM(2021) 700 final of 20 July 2021), as well as the various documents published by the EU Agency for Fundamental Rights.

⁶⁷ Article 40 St. ECJ states that «Natural or legal persons shall not intervene in cases between Member States, between institutions of the Union or between Member States and institutions of the Union». On the contrary, the President of the ECtHR may «invite» (Article 36, § 2 ECHR) or «grant leave to» (ECtHR Rule 44, § 3) any person concerned to submit written comments or even take part in hearings. Indeed, this is a power that the Court, even in the cases referred to in the text, tends to make extensive use: see G. Battaglia, *L'intervento di "terzi" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo e la recente "apertura" del processo costituzionale: spunti di riflessione retrospettivi e prospettici* (draft version), p. 10 ff., 2021, in www.gruppodipisa.it.

⁶⁸ Cf. the emphasis lastly put by the Polish Ministry of Justice on the ECJ's judgement on the case *TR* (17 December 2020, C-416/20 PPU): *An important win for Poland in the Court of Justice of the EU*, official

On the other hand, the Polish case shows that ECJ's rulings using "strong words"⁶⁹ by expressing open distrust in the national legislators' good faith, can give rise to an escalation of the conflict between EU's Institutions and the Member States. National Governments are then induced to adopt sovereignist and anti-European rhetoric, up to open rebellion against EU law⁷⁰, sometimes even supported by national Courts⁷¹ – just think the aforementioned judgement where Polish Constitutional Tribunal declared some TFEU provisions to be unconstitutional, and, *mutatis mutandis*, the actions furtherly brought by the Polish Minister of Justice against some ECtHR's judgements too⁷².

What is important to notice the most is that, in ascertaining and declaring, albeit incidentally, the existence of a danger of violation of the rule of law in certain Member States, the Court would essentially exercise a prerogative that Article 7 TEU confers on the Council. It would also see its properly jurisdictional function diminished, since it would become an arbiter of conflicts for the settlement of which the Treaties provide for political forums (European Parliament, Council, European Council).

statement published on the Government's website both on that day and again, just after the judgement delivered by the Grand Chamber on 22 February 2022 (case C-562/21 PPU and C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie*).

⁶⁹ P. Bogdanowicz and M. Taborowski, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience*, in *European Constitutional Law Review*, no. 2/2020, p. 320.

⁷⁰ Consider, in addition to the failure to enforce the order on the suspension of the law on the early retirement of Supreme Judges, Polish Government's initial refusal to suspend certain mining activities on the border with the Czech Republic, ordered as a precautionary measure by the Vice-President of the Court in the case C-121/21, *Mine de Turów*, order of 20 September 2021.

⁷¹ See M. Lasek-Markey, *Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law*, in www.europeanlawblog.eu, 2021, p. 1: "The Polish government got all the answers it needed from a court it controls". This opinion has been shared by J. Jaraczewski, *Gazing into the Abyss*, cited above, who writes about a "politically controlled Court".

⁷² See *supra*, § 1, note 6. As for ECtHR, see the judgment delivered by the Polish Constitutional Court on 24 November 2021, no. K 6/21, which declared unconstitutional Article 6 ECHR in so far it had allowed ECtHR to criticize the new Polish Law on the Constitutional Court itself (7 May 2021, application no. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*), and cf. the pending case no. K 7/21, analogously started by Polish Ministry of Justice - Prosecutor General just after the adverse outcome of ECtHR's cases *Broda and Bojara* (cited above) and *Reczkowicz* (22 July 2021, application no. 43447/19). See A. Ploszka, *It Never Rains but it Pours. The Polish Constitutional Tribunal Declares the European Convention on Human Rights Unconstitutional*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, no. 2/2022, p. 6 ff., and E. Łętowska, *The Honest (though Embarrassing) Coming-out of the Polish Constitutional Tribunal*, in *VerfBlog*, 2021, *passim*.

9. A matter of roles.

Indeed, it is likely that in the 2019 case on supreme judges' early retirement, it was precisely the desire to avoid the numerous inconveniences outlined above that induced the Court of Justice not to dwell analytically on the meta-juridical elements, but rather to emphasise the regulatory context. In particular, it seems significant that the content of the parliamentary memorandum was referred to only *per relationem*, i.e. with reference to an opinion issued by the Venice Commission.

As observed, however, the results do not seem entirely satisfactory. In general, such self-restraint ends up overshadowing a significant part of the reasoning carried out by the judges, undermining not only its clarity and line of reasoning⁷³, but also, potentially, the coherence with precedents. This, in turn, can affect the uniformity and predictability of judgements⁷⁴ and then, its authority in citizens' eyes especially when they are delivered by the Grand Chamber and, therefore, not susceptible to review at a subsequent instance⁷⁵.

On the other hand, it should not be forgotten that in the European system, as well as at the national level, it is precisely the obligation to state reasons for court decisions that makes democratic control over the courts possible, albeit only in the form of a "widespread political responsibility"⁷⁶, thus compensating for the immunity that judges enjoy in law (Article 3 St. ECJ).

To conclude, the Court of Justice should abstain from including in its considerations the political and ideological framework. In fact, although it is one of the technically comparable elements for the purposes of a possible distinguishing criterion, and although in theory it is

⁷³ See, by contrast, P. Curzio, *Il giudice ed il precedente*, in *Questione Giustizia*, no. 4/2018, § 4, according to which they are "intrinsic" indicators of the "quality of the grounds" of any court decision.

⁷⁴ See the emphasis placed on this requirement by R. Rordorf, *Editoriale*, in *Questione Giustizia*, no. 4/2018, *passim*.

⁷⁵ In this regard, referring to the decisions of another single-instance judge such as the Italian Constitutional Court, A. Ciancio, *A proposito dell'ammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, II, Turin, Giappichelli, 2010, p. 741.

⁷⁶ On this specific topic, see the authoritative C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Rome, Tipografia Veneziana, 1984, p. 140 ff., and S. Rodotà, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 491 ff, where you can find also references to other contributions by the Master and comparative remarks with the foreign doctrinal overview.

susceptible to procedural ascertainment, in practice it poses questions that are difficult to overcome, both in terms of expediency (risks of excessive media pressure, political exploitation, and souring of inter-institutional relations) and in terms of respect for the rule of law, already at European level (think of what has just been observed on the function played by the Court, on one hand, and Parliament and the Councils, on the other). At the most, the Court remains free to issue *warnings* to national legislators, by taking into consideration the objective meaning of provisions already in force, like in the *Miasto Łowicz* case⁷⁷, or even by selecting the grounds for infringement of European law to deal with, as it did in the *ASJP* case⁷⁸.

For many years, European jurisprudence was responsible for promoting the integration process, consolidating its developments and anticipating, more than once, the action of the Governments themselves. Suffice it to think of the guarantee of fundamental rights, intimately connected to the rule of law, or of the *primauté* of (at the time) Community law⁷⁹. It is a race that now appears to have reached its extreme limit, whose overcoming would lead it into the terrain of politics and diplomatic relations, to the point of clashing – as the 2021 ruling of the Polish Constitutional Tribunal is a reminder – with the continued sovereignty of the Member States. Of course, it cannot be ruled out that in the future an amendment to the Treaties will give the Court more room to intervene; although, at the present juncture, this is an unlikely scenario. These conclusions, far from certifying a definitive failure of the European integration, point, rather, to the urgent need for political actors, including European ones, to assume their own responsibilities so that they do not leave the Court of Justice alone in its efforts to contrast the

⁷⁷ ECJ (GC), 26 March 2020, cases C-558/18 and C-563/18. Even though it declared inadmissible the requests for a preliminary ruling made by two Polish Regional Courts, dealing with the excessive use of disciplinary proceedings against judges, because they were not referred to concrete disputes (§ 53), ECJ took the opportunity to affirm that “«Provisions of national law which expose national judges to disciplinary proceedings as a result of the fact that they submitted a reference to the Court for a preliminary ruling cannot therefore be permitted» (§ 58). See S. Platon, *Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence on national courts: Miasto Łowicz*, in *Common Market Law Review*, no. 6/2020, p. 1844 ff.

⁷⁸ As already stressed, that case was decided in the light of the rule of law principle instead of non-discrimination: see Ch. Reyns, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *European Constitutional Law Review*, no. 1/2021, p. 33, highlighting precisely “the desire of the Court to find a foothold in the Polish discussion”, and analogously L. Pech and S. Platon, *Judicial independence*, cited above, p. 1828, and W. Brzozowski, *C’è del marcio in Polonia?*, cited above, p. 472.

⁷⁹ See for all G. Tesaurò, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’Uomo*, 1992, p. 427 ff.; more recently, A. Ciancio, *A margine dell’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it*, no. 21/2012, p. 2 ff., who highlights exactly that the protection of fundamental rights in the European legal system has a “pretoria” origin, and G. A. Ferro, *Riflessioni sul cammino “costituzionale” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *AmbienteDiritto.it*, 2014, §§ 3-4.

ongoing democratic backsliding phenomena – possibly by making more incisive use of already available non-judicial tools.

In this perspective, the substantial dismissal of the two Article 7 TEU cases against Hungary and Poland cannot but give rise to concerns, all the more so because continued Commission's hesitations to apply the democratic-financial conditionality mechanism set in 2020⁸⁰, even after its legitimacy has been confirmed by ECJ⁸¹ and relevant *Application Guidelines* have been published⁸². From this point of view, it is significant that in June 2022 the Council, on a proposal from the Commission, approved the Polish Recovery and Resilience Plan, despite a few days earlier the European Parliament had «regretted» that the measures provided there to guarantee the restoration of the rule of law in that Country were insufficient⁸³.

Abstract: Nella sentenza sulla causa *Commissione vs. Polonia* (C-619/18), del 24 giugno 2019, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha criticato la nuova Legge polacca sulla Corte suprema (poi abrogata), giudicando che la riduzione retroattiva dell'età pensionabile dei giudici e la prorogabilità discrezionale del relativo mandato, ivi previste, avrebbero potuto compromettere l'indipendenza dell'organo dal potere politico, in violazione dell'articolo 19, § 1 del TUE. In motivazione, i Giudici europei hanno richiamato le proprie sentenze *ASJP* (C-64/16) e *Fuchs and Köhler* (C-159/10, C-160/10), nel quadro di alcune considerazioni di carattere comparato.

Il saggio muove da una breve ricostruzione della pronuncia del 2019, per poi vagliare la condivisibilità del *distinguishing* da essa operato tra la legge polacca e le disposizioni

⁸⁰ Cf. the sharp criticisms expressed by the European Parliament on the current «inaction» and «lax approach», in the text of the resolution P9_TA(2022)0074, 10 March 2022 referring to the enforcement of Regulation (EU, Euratom) 2020/2092. Recently on this subject, C. Ciaralli, *Condizionalità finanziaria, rule of law e dimensione (sovra)nazionale del conflitto*, in *Federalismi.it*, no. 16/2022, p. 86 ff.

⁸¹ ECJ, 16 February 2022, C-156/21, *Hungary v European Parliament and Council*, and 16 February 2022, C-157/21, *Republic of Poland v European Parliament and Council*. Nevertheless, some scholars had been quite critical: see E. Castorina, *Stato di diritto e “condizionalità economica”: quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, p. 43 ff., and lastly R. Mavrouli, *The Dark Relationship Between the Rule of Law and Liberalism. The New ECJ Decision on the Conditionality Regulation*, in *European Papers*, no. 1/2022, p. 281 ff.

⁸² See Commission's communication C(2022) 1382 final of 2 March 2022 commented by G. Gioia, *Le Linee guida della Commissione europea sul meccanismo di condizionalità a protezione del bilancio UE: effettività della tutela dello Stato di diritto e valorizzazione dello spazio pubblico europeo*, in *www.diritticomparati.it*, March 2022, p. 5-6.

⁸³ See European Parliament resolution P9_TA(2022)0240, of 9 June 2022, § N(2), and cf. Council's decision passed on 17 June 2022, in accordance with Commission's communication COM(2022) 268 final of 1 June 2022. They have been commented by A. Grimaldi and G. Gioia, *Il senso dello Stato di diritto per l'Unione: l'approvazione del PNRR polacco nelle urgenze della Guerra*, in *www.diritticomparati.it*, June 2022, p. 1 ff.

esaminate, invece, nei due casi precedenti. Infine, esso evidenzia il ruolo implicitamente svolto dal contesto politico e ideologico quale effettivo termine di raffronto e ne indaga le possibili ricadute sulla funzione di garanzia affidata alla Corte.

Abstract: In the case *Commission v. Poland*, C-619/18, delivered on 24th June 2019, the ECJ criticized Polish new Supreme Court Act (then repealed), by alleging that retroactive lowering of retirement age of the judges, and single discretionary extensions granted by the President of the Republic, could have jeopardized the independence of that body from the political power, in violation of Article 19(1) TEU. In the grounding, the European Judges recalled the rulings on the cases *ASJP* (C-64/16) and *Fuchs and Köhler* (C-159/10, C-160/10), which they should have taken into account in terms of comparison.

The paper starts from a short reconstruction of the ruling, then it determines if the distinguishing that it does between the Polish law and the national provisions of the cases mentioned above is fully embraceable. Finally, it stresses the key-role played by the political and ideological framework, as implicit but *true* term in the comparison made by the Court, and shows the possible impact on the guarantee function played by the ECJ.

Parole chiave: Stato di diritto – comparazione – criptotipo – Corte di giustizia dell’Unione europea – Corte europea dei diritti dell’uomo.

Key words: Rule of law – comparison – cryptotype – Court of Justice of the European Union – European Court of Human Rights.

LA FUNZIONE SOCIALE DELLA RETRIBUZIONE. RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA DIRETTIVA COM(2020)682 IN TEMA DI SALARI MINIMI ADEGUATI NELL'UE*.

di Maria Chiara Girardi**

Sommario. 1. Premessa: Costituzione e salario minimo nelle interpretazioni costituzionalmente orientate. – 2. La funzione sociale della retribuzione. – 3. Il contenuto della direttiva europea relativa a salari minimi adeguati. – 4. Il dibattito sul salario minimo in Italia. – 5. Conclusioni. Il salario minimo tra Costituzione, legge e contrattazione collettiva.

1. Premessa: Costituzione e salario minimo nelle interpretazioni costituzionalmente orientate.

Il presente contributo analizza la complessa tematica dell'equa remunerazione dei lavoratori, muovendo, preliminarmente, dalla disamina delle norme costituzionali e delle più recenti intese europee raggiunte in tema di salari minimi adeguati.

In tal senso, occorre considerare che il 7 giugno 2022 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo¹ sulla Proposta di direttiva (COM(2020)682), relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. La proposta², presentata dalla Commissione europea il 28 ottobre 2020, mira a definire un modello regolatorio europeo con lo scopo di garantire, in un quadro di tutela dei diritti fondamentali, e soprattutto della dignità dei lavoratori, l'adeguatezza e l'equità dei salari minimi.

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente lavoro – qui in forma di anticipazione – è destinato agli Atti del VI Congresso italo-spagnolo di studi costituzionali (Granada, 5/7 ottobre 2022).

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Accordo raggiunto il 7 giugno 2022.

² Sulla proposta di direttiva sui salari minimi adeguati, cfr. in dottrina Z. Adams., *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, n. 2/2021; A. Bugada, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, n. 2/2021; M. Barbieri, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, n. 2/2021; A. Bellavista, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, n. 2/2021; M. Delfino, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, n. 2/2021; M. Barbera e F. Ravelli, *La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro*, in A. Aimo, A. Fenoglio e D. Izzi, (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Napoli, ESI, 2021, p. 63 ss.

La misura si colloca nel più ampio dibattito sulla definizione dei salari minimi a livello europeo³, che, com'è noto, ha trovato ragioni di rinnovato interesse alla luce delle conseguenze economico-sociali della pandemia da Covid-19.

Dell'attenzione europea al tema è dato conto, tra l'altro, dal discorso sullo stato dell'Unione europea del settembre 2020, in cui la presidente von der Leyen aveva dichiarato che “la verità è che per troppe persone il lavoro non è più remunerativo: il *dumping* salariale distrugge la dignità del lavoro, penalizza l'imprenditore che paga salari dignitosi e falsa la concorrenza leale nel mercato unico. [...] Tutti devono poter accedere a salari minimi, che sia attraverso contratti collettivi o salari minimi legali”⁴.

Tuttavia, posta la volontà politica, occorre calibrare la misura dei salari minimi adeguati nel perimetro dell'art. 153 TFUE, secondo cui l'eventuale fissazione di un salario minimo rientra nelle competenze dei singoli Stati membri. E la direttiva approvata sembrerebbe coerente con il sistema normativo sovranazionale e nazionale in materia. Infatti, scopo della stessa non è l'imposizione di un salario minimo europeo, comune a tutti gli Stati membri, bensì la definizione di criteri chiari ed univoci per la determinazione e l'aggiornamento di salari minimi, che favorisca una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei cittadini europei – mediante il miglioramento delle rispettive condizioni lavorative – e, in ispecie, dei valori di solidarietà europea⁵.

In particolare, la direttiva intende: garantire l'adequatezza dei salari minimi legali, ove esistenti; promuovere la contrattazione collettiva; e incrementare i controlli in tutti gli Stati membri. Sullo sfondo si pone la necessità di contribuire alla promozione di un'economia di mercato europea (art. 3 TUE)⁶, al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini (art. 151 TFUE), al rispetto dell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che sancisce il diritto a condizioni di lavoro eque, sicure e dignitose

³ Sul dibattito europeo in tema di salari minimi, cfr., *ex multis*, D. Belman e P. Wolfson, *What Does the Minimum Wage Do?*, USA, Kalamazoo, 2014, *passim*; D. Porcheddu, *Il dibattito sul salario minimo legale in prospettiva italiana ed europea*, in ADAPT Labour studies e-book, n. 87/2020; J.E. Stiglitz, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*, Milano, Il Saggiatore, 2020, *passim*.

⁴ Il testo integrale del discorso è rinvenibile al sito web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655.

⁵ A. Lo Faro, *La proposta europea per “salari minimi adeguati”*: work in progress, in '20 Maggio'. Biblioteca del Centro Studi di Diritto del lavoro europeo “Massimo D'Antona”, n. 1/2022, p. 17 ss.

⁶ Sulle politiche europee volte alla creazione di un'economia sociale di mercato, cfr. A. Lucarelli, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, in *Giur. cost.*, n. 6/2020, p. 2906 ss.

–, nonché al perseguimento di alcuni dei principi espressi nel Pilastro europeo dei diritti sociali⁷, approvato nel novembre 2017 (e, in specie, del principio n. 6 relativo alle retribuzioni minime adeguate) e all’attuazione di molteplici Convenzioni internazionali in tema di tutela dei lavoratori⁸.

Più in generale, la direttiva europea sui salari minimi, in un’ottica di sviluppo ed affermazione di principi e regole riconducibili al c.d. diritto pubblico europeo dell’economia⁹, rappresenta uno strumento essenziale per il raggiungimento degli obiettivi socio-economici dell’Unione, in quanto favorisce la riduzione della povertà lavorativa e delle disuguaglianze retributive – anche di genere – e, dunque, tutela la dignità dei lavoratori¹⁰. Infatti, la garanzia di un’equa retribuzione costituisce un elemento indispensabile alla tutela di condizioni di lavoro dignitose e le recenti tendenze della prassi si pongono in netto contrasto con lo spirito della Carta costituzionale. Basti pensare che già Mortati evidenziava come l’art. 36 della Costituzione italiana, “con il suo richiamo al minimo sufficiente per un’esistenza libera e dignitosa, si riannoda ai principi fondamentali che sanciscono il diritto inviolabile dell’uomo al pieno sviluppo della persona (artt. 1 e 3), sviluppo che, per il lavoratore dipende dalla misura del salario, costituendo questo l’unico mezzo per la soddisfazione delle sue esigenze umane”¹¹.

Ebbene, ad oggi, ventuno Stati membri hanno fissato la soglia dei salari minimi mediante atti legislativi, mentre in sei Stati membri (Italia, Danimarca, Austria, Cipro, Finlandia e Svezia) la garanzia di un salario minimo è rimessa alla contrattazione collettiva. Inoltre, benché negli ultimi anni taluni Stati abbiano adottato provvedimenti tesi all’incremento dei

⁷ Cfr. A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Cantaro (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell’Unione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 72 ss.

⁸ Le numerose Convenzioni stipulate a livello internazionale dall’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), Agenzia specializzata delle Nazioni Unite in materia di lavoro e politica sociale, sono rinvenibili online: <https://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/lang--it/index.htm>.

⁹ Sulla tematica del diritto pubblico europeo dell’economia, cfr. A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, Napoli, ESI, 2016, *passim*; E.C. Raffiotta, *Per un governo dell’economia nell’Unione europea*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2020, p. 395 ss.

¹⁰ Sul valore della dignità della persona, cfr. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, 14 maggio 2008; S. Lieto, *Dignità e “valore” tra etica, economia, diritto*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, n. 1/2013, p. 162 ss.; G.M. Flick, *Lavoro, dignità e Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 160 ss.; M. Cavino, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G.P. Dolso (a cura di), *Dignità, Uguaglianza e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 6 ss.; A. Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell’ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019.

¹¹ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, n. 1/1954, p. 46.

salari minimi, ciò non si è dimostrato sufficiente a contrastare le forti diseguaglianze tra condizioni salariali differenti¹². Anche gli importi dei salari minimi legali variano notevolmente da uno Stato all'altro (da 312 euro mensili in Bulgaria a 2.142 euro mensili in Lussemburgo).

La povertà salariale investe soprattutto le donne e i soggetti con uno scarso livello di istruzione, favorendo le diseguaglianze. Tale tendenza è incrementata dai processi di digitalizzazione¹³ e globalizzazione¹⁴, nonché dalla pandemia¹⁵, e crea un forte disallineamento con la Costituzione; le vicende più recenti mostrano una “collisione con la posizione data al lavoro dalla Costituzione, con i caratteri originari di essa e con la lunga e contrastata [...] attuazione dei principi da essa affermati”¹⁶.

Per tali ragioni, in ottica egualitaria e solidale, pur nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, la misura europea sembra opportuna al fine di migliorare i sistemi di previsione dei salari minimi e garantire parità di condizioni all'interno dell'Unione. La direttiva, nel rispetto della competenza dei singoli ordinamenti nazionali, si pone altresì l'obiettivo di ridurre le problematiche relative al *dumping* salariale e, sul piano interno, può dare un contributo significativo alla sfuggente ed opaca configurazione della forma di stato, che in quanto democratica e sociale non può che partire dal principio lavorista, di cui il tema dei salari minimi ne è una declinazione.

Occorre, però, al contempo, intervenire con una normativa nazionale, garantendo l'efficace affermazione, in chiave egualitaria, del lavoro, cartina di tornasole di tutti i diritti sociali e valore fondante della partecipazione¹⁷. In materia, infatti, ancora oggi, si riscontra una

¹² Sul tema, cfr. E. Menegatti, *Il giusto prezzo alla professionalità*, in *Federalismi.it.*, n. 17/2022, p. 160 ss.; M. Marinelli, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *ADL*, n. 86/2010; M. Roccella, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion pratica*, n. 35/2010, p. 419 ss.

¹³ Sul rapporto tra lavoro e digitalizzazione, cfr. U. Romagnoli, *Il diritto al lavoro nell'età della globalizzazione*, in *Lavoro e diritto*, n. 4/2003, p. 569; A. Occhino, *Lavoro, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, n. 34/2022, p. 231 ss.; T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 9/2022, p. 190 ss.

¹⁴ Cfr. A. Poggi, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Modena, Mucchi, 2020, pp. 13-14.

¹⁵ Sulla pandemia come moltiplicatore delle diseguaglianze nel mercato del lavoro, cfr. S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, in *Federalismi.it.*, n. 4/2022, p. 940 ss.; A. Maresca, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *Federalismi.it*, n. 8/2020, p. IV ss.; I. De Cesare, *Pandemia e parità di genere. L'impatto del Covid-19 nel mondo del lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 3/2023, p. 93 ss.

¹⁶ S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro*, cit., p. 945.

¹⁷ Sul tema, cfr., *ex multis*, G.F. Mancini, Sub art. 4, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, Il Foro Italiano-Zanichelli, 1975, p. 208 ss.; A. Accornero, *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 729 ss.; R. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003; A. Martini, *Il lavoro tra diritto e libertà individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 173 ss.; B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna,

notevole distanza tra il modello di Costituzione formale e la Costituzione materiale¹⁸. È infatti nel lavoro che si realizza la sintesi “tra il principio personalista (che implica la pretesa all’esercizio di un’attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)”¹⁹. E, non a caso, “il senso generale delle norme costituzionali sul lavoro si rinviene nel raccordo di esse con l’art. 3, comma 2, della Costituzione, in un progetto di emancipazione, di sviluppo della personalità, di acquisizione della dignità, da parte di coloro per i quali sono maggiori gli ostacoli ‘di fatto’ posti innanzi a tale obiettivo”²⁰. Naturalmente, è necessario che lo Stato si adoperi in tal senso, predisponendo gli strumenti idonei a dare concreta attuazione a quei valori.

2. La funzione sociale della retribuzione.

Com’è noto, l’art. 36 della Costituzione italiana²¹ riconosce il diritto del lavoratore a una «retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa». Dal dibattito in Assemblea costituente emerge come sia stata volontariamente e specificamente esclusa una riserva di legge in materia di salario minimo. La determinazione delle retribuzioni minime in Italia è, infatti, demandata ai contratti collettivi nazionali di categoria, in cui il ruolo centrale è svolto dai sindacati²².

Il Mulino, 2015, *passim*.; A. Apostoli, *L’ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020.

¹⁸ Sulla nozione di Costituzione materiale, cfr. C. Mortati, *La Costituzione materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998.

¹⁹ C. Mortati, *Articolo 1. Commentario della Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1975, p. 12.

²⁰ S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, cit., p. 945.

²¹ Sull’art. 36 della Costituzione, cfr., *ex multis*, L. Zoppoli, *L’art. 36 della Costituzione e l’obbligazione retributiva*, in B. Caruso, C. Zoli e L. Zoppoli, (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Napoli, Jovene, 1995, p. 91; C. Colapietro, *Sub art. 36 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 739; C. Tripodina, *Sub art. 36 Cost.*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 351; L. Nogler, *Sub art. 36 Cost.* in M. Grandi e G. Pera (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, Cedam, 2009, p. 41 ss.

²² Sul ruolo dei sindacati, cfr. *ex pluribus*, C. Mortati, *Sindacati e partiti politici*, in *L’organizzazione professionale in Italia*, Atti della XXIV Settimana sociale dei cattolici italiani, Roma, 1952, p. 213 ss.; G. Pera, *Libertà sindacale* (voce), in *Enc. dir.*, 1974, p. 494 ss.; M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, Utet, 2004, *passim*; L. Di Majo, *Diritto al lavoro e ruolo dei sindacati in Italia*, in *Forum di Quad. cost.*, 28 agosto 2018, spec. p. 5 ss. G. Centamore, *Sindacato, contrattazione e lavoro non standard*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2022, p. 216 ss.

D'altra parte, dalla "preliminare dichiarazione dei valori direttivi dell'azione dello Stato nella sfera dei rapporti sociali" e dalla "successiva specificazione delle varie direzioni da percorrere e delle varie misure da adottare per poter dare concreta attuazione a quei valori"²³, emerge l'idea dei Costituenti di uno Stato che intervenisse per promuovere condizioni adeguate affinché ai cittadini fosse garantito il diritto al lavoro e dunque la partecipazione alla società²⁴, anche mediante lo sviluppo di politiche a favore della produttività del lavoro e dello sviluppo tecnologico dello stesso.

Una adeguata riflessione sui salari minimi non può, dunque, prescindere dalla concreta attuazione dell'art. 36 Cost. Tale norma (da leggere in combinato disposto con l'art. 39 Cost.)²⁵ contiene al suo interno sia il principio di proporzionalità, che di sufficienza. Il primo è legato alla funzione corrispettiva della retribuzione, mentre il secondo esprime la funzione sociale della stessa e, dunque, contiene in sé (*rectius* dovrebbe contenere) l'espressione più rilevante della nostra forma di stato²⁶. La norma è il "frutto della convergenza tra le istanze di parte socialista e comunista, e le istanze dei democristiani progressisti, i quali si fanno in quella sede portatori della lettura più incisiva ed 'interventista' della dottrina sociale cattolica"²⁷.

La disposizione in discorso si rivela come l'espressione della sintesi tra le due prospettive culturali e politiche "che più di ogni altra, intorno alla metà del secolo scorso, attribuiscono un ruolo rilevante allo Stato e alla coalizione sindacale, nella determinazione e incremento degli *standard* di trattamento dei lavoratori"²⁸. Infatti, nel postulare il superamento della tradizionale neutralità dello Stato rispetto al tema del lavoro, lo scopo principale della norma è quello di impegnare le istituzioni verso politiche di promozione di adeguate condizioni di lavoro.

Non a caso, alla Costituente, Dossetti sottolinea come sino a quel momento si fosse "vissuti in una società in cui le esigenze fondamentali di vita sono state sempre considerate in senso restrittivo, onde è possibile che vaste masse di lavoratori fossero insufficientemente

²³ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, n. 1/1954, p. 11.

²⁴ Cfr. A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, p. 193 ss.

²⁵ Cfr. G. Giugni, *Commento all'art. 39 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1970, p. 259 ss.

²⁶ Sul tema, cfr. S. Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, in *RGL*, II, 1951, pp. 174 ss.

²⁷ P. Ichino, *La nozione di "giusta retribuzione" nell'art. 36 della Costituzione*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 890.

²⁸ *Ibidem*.

compensate”, mentre “risponde alla struttura economico-sociale del nostro sistema orientare l’economia verso retribuzioni del lavoro che non siano soltanto rispondenti alle esigenze di vita, quali possono essere quelle di vitto, della casa, del vestiario, ma anche alle esigenze dell’esistenza libera e perciò degna dell’uomo”²⁹.

Tuttavia, occorre dar conto che la formulazione dell’art. 36 Cost., negli intendimenti del Costituente, sembrerebbe di tipo programmatico e, dunque, non imporrebbe in via di principio un intervento del legislatore; ciononostante, il diritto al lavoro, quale diritto sociale, richiede “un ruolo attivo dei pubblici poteri, impegnandoli in un programma d’azione, in forza del quale, conformemente all’art. 3, c. 2, Cost., sia perseguita l’eguaglianza sostanziale a vantaggio di coloro che svolgono un’attività sottoprotetta. Quando questo principio venga negato, e il corrispondente obbligo disatteso, la coesione sociale, compromessa potenzialmente e in fatto, va assicurata con misure di sostegno a coloro che, a causa dell’assenza o delle insufficienti garanzie nella condizione di lavoro, si trovino ad essere lesi nel loro diritto a una «esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.)”³⁰. In assenza di tali interventi³¹, l’evidente distorsione del modello produrrebbe un disallineamento sempre maggiore tra Costituzione formale, materiale e vivente³². Di segno diverso è, peraltro, l’interpretazione di una parte della dottrina³³, nonché della giurisprudenza costituzionale³⁴, secondo cui l’art. 36 Cost. avrebbe un valore precettivo. In ogni caso, soprattutto negli ultimi decenni, il progressivo aumento dei fenomeni di cc.dd.

²⁹ Assemblea costituente, *Resoconto della seduta dell’8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 8.

³⁰ S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro*, cit., p. 947-948.

³¹ L’assenza di interventi normativi tesi a dare effettività all’art. 36 della Costituzione comporterebbe altresì la mancata attuazione di numerose norme internazionali di matrice pattizia, tra cui, in particolare, le Convenzioni dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Sul punto, si veda il *Rapporto mondiale sui salari 2022-2023* dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) rinvenibile online: https://www.ilo.org/rome/risorse-informative/articles/WCMS_862955/lang--it/index.htm#:~:text=Negli%20Stati%20arabi%2C%20le%20tendenze,2%20per%20cento%20nel%202022. Sul tema, in dottrina, V. Brino, *Il percorso evolutivo dell’Organizzazione internazionale del lavoro tra universalismo e selettività delle tutele*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2021.

³² Sul rapporto tra Costituzione formale, materiale e vivente, cfr., *ex multis*, C. Pinelli, *Costituzione formale-Costituzione materiale*, in *Dizionario di Storia. Treccani online*, 2010; M. Luciani, *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014; G. Brunelli e G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione inattuata alla Costituzione inattuale? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*, Materiali dell’incontro di studio, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, Milano, Giuffrè, 2013, spec. p. 23 ss.

³³ Cfr. S. Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, in *RGL*, II, 1951, p. 174 ss.; G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, n. 4/2011, p. 635 ss.

³⁴ Cfr. *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 30 del 1960, 32 del 1986, 164 del 1994, 15 del 1995, 62 del 1999, 126 del 2000.

dumping salariale e *shopping* contrattuale, nonché la corrispondente erosione dei salari, dovuti, in particolare, alla diffusione del lavoro digitale, hanno evidenziato la scarsa tenuta dei contratti collettivi nazionali, risultati inadatti a garantire l'adeguatezza della retribuzione e, di conseguenza, la tutela della dignità dei lavoratori. Si è così sviluppato un ampio dibattito circa la necessità di adeguarsi agli *standards* europei, intervenendo normativamente con la fissazione di un compenso orario minimo (non a caso, nelle ultime due Legislature, sono già stati presentati diversi disegni di legge³⁵ volti ad introdurre un salario minimo orario).

Di conseguenza, la direttiva sui salari minimi risulterebbe coerente, ma anche necessaria e urgente, ai fini dell'attuazione dell'art. 36 Cost e, più in generale, della nostra forma di stato sociale³⁶. D'altra parte, anche nella Relazione resa dal governo Conte II nel 2020, ai sensi dell'art. 6, comma 5, della legge n. 234/2012³⁷, viene chiarito che la direttiva non impone agli Stati membri l'introduzione di una legge di tutela del salario minimo, né l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, ma si limita a colmare le diseguaglianze dei salari minimi, in termini di adeguatezza e copertura, laddove gli interventi nazionali non siano apparsi sufficienti a garantire gli obiettivi prefissati.

Infatti, i tentativi sinora espliciti a livello interno, volti alla riduzione della disoccupazione (si v. i più recenti, d.lgs. n. 81/2015, d.lgs. n. 23/2015, l. n. 96/2018, l. n. 128/2019), in assenza di adeguate politiche sociali e strumenti perequativi, hanno determinato un incremento della precarietà del lavoro³⁸, a scapito della qualità dello stesso, acuendo le diseguaglianze e il disallineamento dai principi costituzionali. Invero, spesso, “a una crescita complessiva della forza economica del comparto corrisponde un aggravamento delle condizioni di lavoro, a riprova del fatto che le diseguaglianze vanno corrette, come impone la Costituzione, e non sono per nulla fattore di una certa crescita del benessere per tutti, anche per chi è in basso, all'incrementarsi della ricchezza di chi è in alto”³⁹.

La direttiva europea sui salari minimi potrebbe costituire, invece, uno mezzo utile al fine

³⁵ Si vv. i d.d.l. Catalfo ed altri (S.658), Laus ed altri (S.310), Nannicini ed altri (S.1132), Laforgia (S.1259), il d.d.l. di iniziativa del CNEL (S.1232).

³⁶ Cfr. C. Ponterio, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2019, p. 26.

³⁷ Cfr. Camera dei deputati, *Proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati nell'UE*, Dossier n. 43, 27 novembre 2020, 5 ss.

³⁸ Sul punto, si v. la recente intervista della deputata Chiara Gribaudo nel quotidiano *Il manifesto*, consultabile online: <https://ilmanifesto.it/gribaudo-no-allestensione-dei-contratti-a-tempo-sul-lavoro-la-priorita-e-il-salario-minimo>.

³⁹ S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro. Disallineamenti dalla Costituzione*, cit., p. 949.

di garantire una vita dignitosa ai lavoratori, nel rispetto dei principi di solidarietà ed eguaglianza espressi nella Carta di Nizza (artt. da 20 a 38) e, soprattutto, nella nostra Costituzione⁴⁰. In ossequio a tali principi, l'introduzione di un quadro regolatorio volto a garantire l'adeguatezza dei salari minimi e ad incrementare il numero di lavoratori che hanno accesso a tale tutela rappresenta uno strumento imprescindibile per la valorizzazione della funzione sociale della retribuzione e per l'affermazione dei valori repubblicani, contribuendo alla riespansione del diritto pubblico europeo dell'economia⁴¹.

3. Il contenuto della direttiva europea relativa a salari minimi adeguati.

La direttiva europea relativa a salari minimi adeguati - su cui, come anticipato, le istituzioni sovranazionali avevano raggiunto un accordo lo scorso 7 giugno - è stata approvata in via definitiva dall'Adunanza plenaria del Parlamento europeo il 14 settembre 2022, con 505 voti favorevoli, 92 contrari e 44 astenuti. Ora, dopo il via libera del Consiglio, la direttiva dovrà essere recepita, entro due anni, dagli Stati membri⁴².

La direttiva si applica a tutti «i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro»⁴³. Scopo della stessa è migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, favorendo una convergenza verso l'alto dei salari minimi, e, contestualmente, promuovendo il progresso economico-sociale della Unione europea.

La misura proposta trova la propria *ratio* nell'art. 153, par. 1, lett. b), TFUE, che stabilisce che l'Unione europea favorisce e supporta l'azione degli Stati membri nel settore lavorativo, pur nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Gli obiettivi della direttiva risultano inoltre coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare con l'art. 31, par. 1, secondo cui «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», nonché con il disposto di cui all'art. 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, secondo cui i lavoratori hanno diritto a una retribuzione

⁴⁰ Sul tema, cfr. A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*. Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Consulta online, 7 luglio 2020.

⁴¹ Cfr. Id., *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*. Dir. Pubb. eur. Rass. online, n. 1/2019, p. 12 ss.

⁴² Il termine ultimo per il recepimento della direttiva da parte degli Stati membri è il 15 novembre 2024.

⁴³ Art. 2, direttiva COM(2020)682.

equa che garantisca loro una vita dignitosa⁴⁴. Contestualmente, essa recepisce l'art. 8 del Pilastro europeo⁴⁵, secondo cui i lavoratori hanno diritto ad essere consultati sulle tematiche di loro interesse.

La normativa muove dalla considerazione che negli ultimi decenni si è assistito ad un forte indebolimento della contrattazione collettiva, dinnanzi alla polarizzazione del mercato del lavoro⁴⁶. In quest'ottica, essa mira a promuovere una ripresa economica sostenibile ed inclusiva⁴⁷, tenendo conto dell'andamento della produttività del lavoro e della sua correlazione con il tema salariale. Migliori condizioni di vita e di lavoro, anche attraverso salari minimi adeguati, apporterebbero vantaggi sia ai lavoratori, che alle imprese. Analogamente, l'adeguatezza dei salari minimi contribuirebbe a migliorare l'equità del mercato del lavoro nell'Unione europea⁴⁸.

Nello specifico, le finalità enunciate nella parte introduttiva della direttiva europea mirano a ridurre le diseguaglianze e le disparità salariali, a contrastare i fenomeni di *dumping* salariale e lavoro povero, nonché a garantire un'adeguata trasparenza nel mercato. La direttiva promuove la contrattazione collettiva a livello settoriale e interprofessionale⁴⁹. A tal fine, vengono fissati i criteri ed i requisiti necessari a rendere adeguato il salario minimo, contribuendo ad esprimere un modello che si allontani dall'ideologia ordoliberal e contribuisca a costruire un "complesso di istituti, principi, regole a vocazione pubblicistica, che nello spazio giuridico europeo incidono direttamente e/o indirettamente, in maniera trasversale, sui diritti sociali ed economici (il c.d. spazio sociale europeo)"⁵⁰.

Nel capo II della direttiva sono indicate le disposizioni rivolte agli Stati che adottano il salario minimo legale. In particolare, vengono indicati i criteri utili a considerare *adeguato*

⁴⁴ Sul rapporto tra la direttiva europea sui salari minimi adeguati e l'art. 153 TFUE, cfr. G. Di Federico, *The minimum wage directive proposal and the external limits of art. 153 TFUE*, in *ILLE-J*, II, 13, 2020, p. 107 ss.

⁴⁵ Sul Pilastro europeo dei diritti sociali, cfr. A. Ciancio, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in *Federalismi.it*, n. 13/2016.

⁴⁶ Cfr. G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, cit., p. 635 ss.

⁴⁷ Considerando n. 8 della direttiva in esame.

⁴⁸ Cfr. M. Biasi, *Il contrasto al "lavoro povero" e i nodi tecnici del salario minimo legale*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1/2021, p. 3 ss.

⁴⁹ Sul tema, si v. A. Bellavista, *Massimo Roccella e il salario minimo legale*, in A. Aimo, A. Fenoglio e D. Izzi, (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Napoli, ESI, 2021, p. 573 ss.

⁵⁰ A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 12 ss.; nello stesso senso, Id., *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, *Democrazia e populismo*, Roma, Franco Angeli, n. 3/2003, p. 279 ss.

il salario minimo, facendo riferimento a quelli previsti a livello internazionale: gli Stati possono riferirsi al c.d. indice Kaitz, corrispondente al 60% del salario mediano lordo o, in alternativa, all'indice del Consiglio d'Europa, pari al 50% del salario medio lordo. Essi sono tenuti a provvedere alla realizzazione di piani per la fissazione e l'aggiornamento dei salari minimi secondo tali criteri. Gli aggiornamenti devono avvenire ogni due anni, massimo ogni quattro, per i Paesi che utilizzano meccanismi di indicizzazione automatica. Le parti sociali debbono costantemente essere coinvolte nelle procedure.

Gli Stati che adottano il salario minimo legale devono dunque verificare che la retribuzione garantisca una vita dignitosa ai lavoratori, tenendo conto del potere di acquisto, del costo della vita e della produttività nazionale a lungo termine.

Le disposizioni rivolte, invece, agli Stati che adottano il salario minimo nella contrattazione collettiva stabiliscono che quest'ultima deve rappresentare almeno l'80% dei lavoratori. I Paesi che non raggiungono tale soglia debbono presentare un piano d'azione che dimostri come intendano aumentare progressivamente la contrattazione collettiva. L'idea è che una elevata copertura della contrattazione collettiva garantisca l'adeguatezza dei salari minimi. Pertanto, la direttiva richiede agli Stati membri, nel rispetto delle tradizioni nazionali e in dialogo con le parti sociali, di porre in essere misure volte ad aumentare la copertura della contrattazione collettiva per la determinazione dei salari (art. 4, comma 1), lasciando loro un ampio margine di discrezionalità sul *quomodo*⁵¹.

Per promuovere l'accesso dei lavoratori al salario minimo, inoltre, la direttiva stabilisce dei sistemi di monitoraggio del fenomeno salariale (art. 10), nonché controlli sul campo. In particolare, sono previsti anche in tal caso meccanismi differenziati: i Paesi che adottano un salario minimo legale dovranno garantire la massima trasparenza sulla composizione della retribuzione e sulla relativa distribuzione della stessa, tenendo conto delle disparità del settore, per esempio, di genere o di età. Gli Stati che adottano la contrattazione collettiva nazionale, come l'Italia, dovranno, invece, garantire che le informazioni relative alla tutela del salario minimo siano trasparenti e accessibili al pubblico. È necessario comunicare alla Commissione europea ogni due anni i dati e le informazioni relativi "alle retribuzioni più basse previste dai contratti collettivi che coprono i lavoratori a basso salario e la percentuale

⁵¹ Sullo spazio di manovra lasciato agli Stati membri nell'attuazione della direttiva, cfr. E. Menegatti, *Verso uno strumento europeo sul salario minimo*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 142/2020, p. 4 ss.; G. Proia, *La proposta di direttiva sui salari minimi va avanti. Come e quanto inciderà sulle scelte nazionali?*, in *LDE*, n. 2/2022.

di lavoratori da esse coperte, nonché il livello dei salari versati ai lavoratori non coperti dai contratti collettivi e il suo rapporto con il livello dei salari versati ai lavoratori coperti dai contratti collettivi”⁵².

Tali strumenti di monitoraggio e controllo operano sia sul piano generale, che in ambiti più ristretti, e mirano a contrastare fenomeni come quello del lavoro sommerso, dei subappalti abusivi e del lavoro autonomo fittizio. Al fine di valutare l’efficacia delle misure, la Commissione darà conto ogni anno al Parlamento e al Consiglio europei degli sviluppi, dell’adeguatezza e della tutela garantita del salario minimo, sulla base delle informazioni ricevute dagli Stati membri. Questi processi verranno monitorati nel quadro del processo di coordinamento delle politiche economiche e dell’occupazione a livello dell’Unione europea (semestre europeo).

Ulteriori aspetti significativi della direttiva sono poi contenuti: nell’art. 7, il quale prevede l’obbligo di stabilire le procedure atte a coinvolgere le parti sociali; e nel diritto di ricorso dei lavoratori, dei loro rappresentanti o dei sindacati, in caso di violazione delle norme.

Ma la questione determinante per i Paesi che non hanno salari minimi legali riguarderà l’individuazione della contrattazione collettiva da valutare ai fini dell’analisi del raggiungimento della soglia dell’80%. È evidente, infatti, “che essendo lo scopo della direttiva quello di garantire salari adeguati, non potranno essere presi a riferimento Ccnl sottoscritti da organizzazioni sindacali e associazioni datoriali non rappresentative, che basano la propria capacità concorrenziale proprio su condizioni economiche e normative meno tutelanti. A tal fine appare indispensabile introdurre, nella disciplina interna di recepimento, uno specifico richiamo ai principi di rappresentatività”⁵³. Anche perché l’azione europea, più in generale, dovrebbe, contribuire a garantire parità di condizioni nel mercato del lavoro, colmando le differenze ingiustificate in termini di copertura e adeguatezza dei salari minimi⁵⁴.

⁵² G. Bonanomi, *Suggerimenti (non richiesti) per il recepimento della direttiva europea sui salari minimi adeguati*, in *Federalismi.it.*, n. 20/2022, p. 45.

⁵³ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴ Cfr. P. Tullini, *Minimi salariali adeguati ed equi: una riflessione a partire dalla proposta europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2022.

4. Il dibattito sul salario minimo in Italia.

In Italia, la tematica del salario minimo anima da tempo risalente il dibattito pubblico⁵⁵. Uno dei principali profili problematici venuti in rilievo in tali dibattiti riguarda la presenza di contratti collettivi sottoscritti da parti sociali poco rappresentative e la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., teso ad assicurare l'efficacia *erga omnes* di tali contratti⁵⁶. L'obiettivo condiviso è dunque quello di determinare un salario minimo valido per tutti i lavoratori di ogni settore.

Il tema della retribuzione minima rientra nel campo di applicazione dell'art. 36 Cost., che evoca i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione. La proporzionalità è “direttamente collegata al sinallagma contrattuale: non a un presunto valore oggettivo del lavoro, ma al valore che il lavoro ha nella valutazione delle parti contraenti”⁵⁷. La sufficienza, invece, rappresenta un criterio da rispettare oltre il mero dato economico, quale valore sociale, atto a «garantire un minimo vitale al lavoratore e alla sua famiglia»⁵⁸. Il nesso tra la proporzionalità e la sufficienza della retribuzione è di tipo complementare.

Del resto, la disposizione, frutto del compromesso in Assemblea costituente tra la matrice cattolica e quella progressista, esprime la necessità di andare oltre l'idea che “le esigenze fondamentali di vita” possano essere sempre “considerate in senso restrittivo, onde è possibile che vaste masse di lavoratori” siano “insufficientemente compensate”⁵⁹. L'attuale formulazione – risultato dell'emendamento presentato alla Costituente dagli Onn. Dossetti

⁵⁵ Nella XVII Legislatura sono stati presentati tre disegni legge relativi al salario minimo legale: il d.d.l. 658/2018, del Movimento 5 Stelle; i d.d.l. 310/2018 e 1135/2019 del Partito democratico. Sul dibattito dottrinale, cfr., *ex multis*, P. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *RIDL*, I, 2010, p. 719 ss.; G. Ricci, *La contribuzione costituzionalmente adeguata*, cit., p. 636 ss.; E. Menegatti, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*; J.E. Stiglitz, *Riscrivere l'economia europea*, cit., *passim*.

⁵⁶ Sul punto, cfr. *ex multis*, L. Di Majo, *Art. 39 Cost. e contratto collettivo*, in *Federalismi.it*, n. 24/2017, p. 2, il quale evidenzia come “la crisi del tradizionale sistema della rappresentanza dei lavoratori, il ridimensionamento dei meccanismi di protezione e la complessiva difficoltà di interpretare i diversi bisogni della società sono indicatori che suggeriscono la necessità di rinverdire il dibattito sull'art. 39 Cost., da troppo tempo lasciato nel cassetto dai giuslavoristi e soltanto sfiorato dai costituzionalisti. Rinnovare il sistema della rappresentanza sindacale, rielaborarne le politiche a seguito di un confronto più aperto assume anche il significato di sviluppo della qualità democratica: la necessità di ascoltare la società non è solo, come è ovvio, un'esigenza di buon funzionamento delle istituzioni, ma coinvolge direttamente anche i rappresentanti delle parti sociali, chiamati a mettere a punto strumenti in grado di sostenere un'adeguata protezione del diritto al lavoro”.

⁵⁷ M.V. Ballestrero, G. De Simone e M. Novella, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 396.

⁵⁸ Così Corte Cass., sentenza n. 6821/1995.

⁵⁹ On. Dossetti, *Resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 6.

e Togliatti, che non concepivano l'ipotesi che la giusta retribuzione fosse posta in relazione alle mere "necessità fondamentali dell'esistenza del singolo"⁶⁰ – presuppone che la retribuzione sia sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa ai cittadini e ai propri familiari⁶¹.

L'art. 36 Cost. va poi, naturalmente, letto in combinato disposto con altri principi costituzionali, tra cui, *in primis*, gli artt. 1, 3 comma 2, e 4 Cost., di cui costituisce un corollario. Ma la "via italiana al minimo salariale"⁶² muove precipuamente dal combinato disposto della contrattazione collettiva, di cui all'art. 39, comma 1, Cost., e della giurisprudenza relativa alla retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.)⁶³. In tale contesto, la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese⁶⁴ evidenziando il ruolo dirimente che svolge il dialogo tra le parti sociali, pur non esistendo una riserva a favore della contrattazione collettiva. La Consulta, infatti, «non ritiene fondata la tesi [...] secondo la quale l'ora richiamato art. 39 contiene una riserva, normativa o contrattuale, in favore dei sindacati, per il regolamento dei rapporti di lavoro»⁶⁵. Dunque, in linea di principio, l'introduzione di un salario minimo legale non costituirebbe violazione degli artt. 36 e 39 Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale⁶⁶ ha precisato che una legge sui salari minimi non può costituire un ostacolo al giudice chiamato a pronunciarsi sulla proporzionalità e sufficienza della retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. Il giudice, infatti, resterebbe legittimato a determinare il salario adeguato sulla base della situazione di fatto.

Al contempo, il salario minimo legale "non impedirebbe al giudice di riferirsi alla contrattazione collettiva per riscontrare la proporzionalità e l'equità dello stesso, ma rappresenterebbe comunque un parametro inderogabile di sufficienza remunerativa nel caso in cui la stessa contrattazione collettiva dovesse definire, pensiamo al fenomeno dei c.d. contratti pirata, trattamenti economici più bassi"⁶⁷.

⁶⁰ *Resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, p. 8.

⁶¹ Sul tema, C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 32 ss.; T. Groppi, "Fondata sul lavoro". *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2012, p. 665 ss.; M. Salvati, *Costituzione italiana: art. 4*, Roma, Carocci, 2017, p. 76 ss.

⁶² M. Magnani, *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, I, 2010, p. 777.

⁶³ Cfr. A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 15 ss.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze nn. 34/1984, 106/1962, 124/1991, 223/2012, 178/2015.

⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 120/1963.

⁶⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 156/1971.

⁶⁷ P. Stern, *Il salario minimo legale*, in *Diritto online, Istituto dell'Enciclopedia italiana*, 16 ottobre 2019.

D'altro canto, la mancata applicazione dell'art. 39 Cost. nel nostro ordinamento – impedendo l'efficacia *erga omnes* delle disposizioni contenute nei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative – determina: non soltanto la difficoltà di garantire dei salari minimi sufficienti, adeguati agli *standards* sociali, ma impedisce altresì di parametrare la retribuzione alla professionalità dei lavoratori. Infatti, “l'art. 36 della Costituzione, nato senza dubbio come norma programmatica, che avrebbe trovato concretezza soprattutto nel meccanismo di contrattazione con efficacia generale di cui all'inattuato art. 39, fu improvvisamente accettato, tra il 1950 e il 1953, come norma precettiva, atta a colmare quello che allora appariva come il vuoto legislativo derivante dall'attuazione dell'art. 39. Già in questo atteggiamento è dato intravedere, chiarissimamente, una scelta politica di deliberata supplenza del giudiziario all'inerzia del legislativo”⁶⁸.

In quest'ottica, la direttiva europea sui salari minimi adeguati vorrebbe contribuire a rafforzare il sistema lavoro, favorendo una contrattazione collettiva solida e funzionante, dunque fortemente rappresentativa, rendendo invece illegittimi gli interventi frammentati e decentrati. La direttiva costituirebbe, dunque, “uno stimolo al legislatore a fornire un sostegno giuridico al Ccnl *leader* di settore, onde scongiurare il *dumping* operato ai Ccnl concorrenti”⁶⁹. La valutazione della rappresentatività, tuttavia, implica necessariamente la definizione di criteri e parametri entro i quali analizzare la contrattazione collettiva. Per tale ragione sarebbe necessario, innanzitutto, stabilire criteri univoci e ampiamente condivisi e, al contempo, compiere un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia.

Analogamente, l'indagine sulla rappresentatività dei contratti collettivi presupporrebbe l'individuazione delle rispettive categorie da analizzare. Infatti, è possibile che la retribuzione prevista in un determinato settore sia giudicata inadeguata – in ambiti con caratteristiche differenti – rispetto ai principi costituzionali. Ciò in quanto molti contratti non recano automaticamente garanzie e benessere economico ai lavoratori; pertanto, in ispecie in taluni settori, l'introduzione di un salario minimo legale migliorerebbe notevolmente la condizione salariale.

⁶⁸ G. Giugni, *Prefazione*, in M.L. De Cristofaro, *La giusta retribuzione: l'articolo 36 comma 1 della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 10.

⁶⁹ V. Bavaro e G. Orlandini, *Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi*, in *RIDL*, n. 1/2021, p. 310.

Basti considerare che, attualmente, il salario minimo varia da categoria a categoria e alcuni lavoratori non sono tutelati da alcun contratto collettivo: “l’incidenza dell’*in-work poverty*, drammaticamente acuita dalla recente emergenza pandemica, è dovuta, almeno in parte, alle difficoltà incontrate dalla contrattazione collettiva, la cui crisi si deve peraltro non già dall’assenza, bensì dalla proliferazione di un’attività di negoziazione cui prendono non di rado parte soggetti di dubbia rappresentatività (da ambo i lati). Quest’ultima resta comunque difficilmente accertabile in assenza di criteri certi e obiettivi (i.e. di matrice legale), la quale si lega ovviamente alla perdurante inattuazione dell’art. 39 Cost.”⁷⁰. L’amara conseguenza di tale complesso contesto normativo è che l’Italia è l’unico Paese dei membri OCSE ad aver registrato una diminuzione dei salari medi lordi⁷¹.

Per tali ragioni, solo un intervento legislativo adeguato potrebbe mettere fine al proliferarsi della produzione giurisprudenziale al di fuori dei circuiti della rappresentanza e al disallineamento dai principi costituzionali in materia⁷². Infatti, “la tutela della funzione sociale della retribuzione, espressa dal principio di sufficienza, e l’adeguatezza dello scambio tra retribuzione e lavoro, avendo riguardo alla “qualità” di quest’ultimo, può giungere [solo] da una legislazione sui minimi”⁷³. Un intervento normativo sui salari minimi contribuirebbe a favorire il valore della *sufficienza* della retribuzione, tutelando altresì la qualità (*rectius* professionalità) del lavoro in chiave *proporzionale*.

5. Conclusioni. Il salario minimo tra Costituzione, legge e contrattazione collettiva.

L’analisi condotta consente di trarre alcune considerazioni conclusive, a partire dalla constatazione della complessità del tema del salario minimo e, conseguentemente, dei molteplici ambiti di impatto dello stesso. Il tema – come si è tentato di dar conto – non coinvolge soltanto profili di carattere economico, ma anche e, forse, soprattutto, di carattere

⁷⁰ M. Biasi, *Il contrasto al “lavoro povero”*, cit., p. 3.

⁷¹ Cfr. <https://www.oecdbetterlifeindex.org/it/topics/income-it/>.

⁷² Sulla produzione giurisprudenziale al di fuori dei circuiti della rappresentanza, cfr. *ex pluribus*, in tempi recenti, A. Lucarelli, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli e M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Atti del Convegno di Brescia 24 novembre 2017, n. 1/2018, p. 123 ss.; L. Longhi, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018; S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018.

⁷³ E. Menegatti, *Il giusto prezzo alla professionalità*, cit., p. 165.

sociale e politico, a cominciare dai profili della sostenibilità e della giustizia socio-economica della retribuzione, tutti profili fortemente connessi al tema del salario minimo adeguato. Questi riguardano, ad esempio, le problematiche del lavoro sommerso, del divario salariale, dell'evasione fiscale e dei contratti c.d. pirata.

Di conseguenza, il dibattito sul salario minimo – e in particolare sul salario minimo legale – rappresenta l'occasione per affrontare le più ampie criticità dell'attuale sistema lavoro⁷⁴. Tale dibattito, in Italia, incontra le perplessità delle organizzazioni sindacali, che temono di perdere la propria centralità nell'ordinamento.

Tuttavia, il deposito di recenti disegni di legge in materia⁷⁵ e l'analisi dei dati Eurostat⁷⁶ sull'aumento del fenomeno dei *working poors* evidenziano la gravità e l'ampiezza della problematica socio-economica e la conseguente improcrastinabilità di un intervento legislativo in materia⁷⁷.

D'altra parte, – come si è tentato di evidenziare nel lavoro – la giurisprudenza sulla retribuzione minima ha rappresentato una forma di “compensazione rispetto all'astensionismo del legislatore: astensionismo tradottosi nell'assenza sia di una legislazione sul salario minimo che di un procedimento legale attuativo dell'art. 39, seconda parte, Cost. idoneo ad assicurare alla contrattazione collettiva di categoria l'efficacia soggettiva *erga omnes*. In questo modo si è prodotto il notevole effetto di assicurare una tutela di matrice collettiva attraverso un tipico rimedio individuale, quale il ricorso giurisdizionale”⁷⁸.

Al contempo, le ragioni storiche che hanno impedito l'attuazione dell'ultima parte dell'art. 39 Cost. hanno di fatto ostacolato l'emanazione di una legge sui salari minimi⁷⁹.

L'approvazione della direttiva europea (COM(2020)682) può allora rappresentare l'occasione per tornare a riflettere sull'opportunità di introdurre un salario minimo legale

⁷⁴ Sul tema, ampiamente, M. Cavino e I. Massa Pinto (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, Il Mulino, 2013.

⁷⁵ V. *supra*, nota 53, p. 13.

⁷⁶ Cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics.

⁷⁷ Sulle fonti normative del diritto del lavoro, cfr. F. Modugno, *Le fonti normative nel diritto del lavoro*, in C. Balducci e M.L. Serrano (a cura di), *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, Atti del convegno svolto ad Otranto, 10-11 giugno 2011, Roma, CASPUR-CIBER Publishing, p. 103 ss.

⁷⁸ G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata*, cit., p. 642.

⁷⁹ Sull'inattuazione dell'art. 39 Cost. come ostacolo all'introduzione di salari minimi legali, cfr., tra gli altri, cfr. L. Imberti, *Art. 36 Costituzione: in assenza di interventi legislativi chi è l'autorità salariale?*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2019, p. 4 ss., nonché A. D'Aloia, *Commento all'art. 39 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 798.

in Italia e anche per interrogarsi sulle modalità con cui garantire maggiore rappresentatività alla contrattazione collettiva, nel segno del contrasto alla povertà lavorativa e alle retribuzioni insufficienti⁸⁰.

Va tuttavia considerato che – giacché le problematiche del sistema lavoro nel nostro ordinamento abbracciano tematiche sociali ben più ampie⁸¹ – è necessario sviluppare politiche pubbliche a tutela dei cittadini, volte a rilanciare il potere contrattuale dei lavoratori, promuovendo interventi di piena occupazione, tutelando i lavoratori contro il precariato e indicizzando i salari. Infatti, l'art. 1 Cost. esprime un preciso principio costituzionale, che correla le condizioni insite nel lavoro con la partecipazione democratica: il principio lavorista assume un ruolo centrale nella qualificazione della nostra forma di stato sociale⁸².

Tali ulteriori aspetti non sembrano emergere dalla direttiva europea, che si limita a fissare criteri a garanzia della dignità dei cittadini. Non va, però, trascurato che la normativa comunitaria, in virtù dell'art. 153 TFUE, non può incidere direttamente negli ordinamenti degli Stati membri e deve dunque necessariamente limitarsi a prevedere meccanismi di *soft law*.

Di conseguenza, spetta inevitabilmente agli Stati membri intervenire in ottica perequativa, con adeguate politiche pubbliche, costituzionalmente orientate, al fine di “correggere le derive che hanno condotto alla perdita delle garanzie e alla lesione della dignità della persona”⁸³. Anche perché “nonostante la chiarezza di tale vincolo costituzionale e la univocità delle determinazioni europee del medesimo segno, non v'è alcun automatismo da attendersi e nessuna garanzia predefinita sulla quale fare affidamento”⁸⁴.

⁸⁰ Sul tema, cfr. C. Pinelli, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, in Id. *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; L. Zoppoli, L. Basi giuridiche e rilevanza della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, in A. Aimò, A. Fenoglio e D. Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, cit., p. 367 ss.

⁸¹ Cfr. A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi “costituzionali” europei*, cit., p. 279 ss.

⁸² Sul tema, cfr. S. Staiano, *L'erosione del principio fondativo. Notazioni sul diritto al lavoro nella vicenda repubblicana*, in Osservatorio AIC, n. 2/2022, p. 85 ss.; M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in ADL, n. 3/2010, p. 628 ss.; Id., *Il lavoro nella Costituzione*, in B. Pezzini e M. Baronchelli (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, Il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni, Bergamo, ottobre-dicembre 2005, Bergamo, Istituto Bergamasco per la Storia della Resistenza e dell'Età Contemporanea, 2007, p. 139 ss.; G. Di Gaspare, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Amministrazione in cammino*, 3, 2008; M. Mazziotti, (voce) *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 339 ss.

⁸³ S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro*, cit., p. 952

⁸⁴ *Ibidem*.

D'altra parte, “gli atteggiamenti interpretativi contrastanti in materia di lavoro rappresenterebbero, in fondo, nient'altro che l'ennesimo sintomo delle critiche di merito che hanno accompagnato la disciplina costituzionale lungo tutto l'arco della storia repubblicana”, ma “le disposizioni costituzionali in materia di lavoro necessitano invece di un impegno costante e generale di tutta la Repubblica, e dunque richiedono strumenti di attuazione ampi generali, incisivi, e cioè leggi conseguenti, al fine di realizzare gli scopi che la Costituzione stessa indica. E la questione costituzionale più inquietante resta dunque: fino a che punto del piano inclinato potranno sopperire le garanzie costituzionali?”⁸⁵.

In questo senso, nella continua ricerca di un equilibrio tra il profilo economico-retributivo ed il profilo sociale della dignità umana, occorre interrogarsi sui possibili risvolti di un'eventuale legge sui salari minimi in Italia, volta a garantire livelli retributivi adeguati e sufficienti nell'intero territorio. Soluzione tutt'altro che semplice, in specie se si guarda alle forti diseguaglianze esistenti nel Paese, soprattutto tra Nord e Sud⁸⁶. Non a caso, i tentativi di ridurre le più evidenti distorsioni dal modello costituzionale mediante atti legislativi⁸⁷ hanno condotto nel tempo ad incrementare la precarietà del lavoro e non sono stati in grado di colmare le lacune essenziali della materia, in assenza di politiche sociali perequative adeguate⁸⁸.

Se ai cittadini venissero fornite adeguate tutele, nel rispetto della cornice costituzionale – ed *in primis*, dell'art. 3, comma 2, Cost. – allora una legge di fissazione sui salari minimi potrebbe rappresentare l'occasione di un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori, in ossequio alle finalità indicate nella direttiva europea.

Va tuttavia considerato che “oggi i salari minimi vengono definiti esclusivamente per il lavoro a tempo pieno, il che limita di molto la loro efficacia, vista la crescente diffusione del *part-time* o delle forme di lavoro atipico”⁸⁹. Forse, la direttiva avrebbe potuto prevedere ulteriori strumenti tesi a garantire la regolazione dei salari minimi anche nei settori più

⁸⁵ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da I. Massa Pinto, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in M. Cavino e I. Massa Pinto, *Costituzione e lavoro oggi*, cit., p. 52 e p. 65.

⁸⁶ Sulle diseguaglianze territoriali nel mercato del lavoro, cfr. L. Del Vecchio, *Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *ADL*, 2003, p. 317 ss.

⁸⁷ Si pensi alla legge n. 128/2019. In dottrina, cfr. R. Nania, *Riflessioni sulla “Costituzione economica” in Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto” e come “dovere”*, in E. Ghera e A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009, p. 61 ss.

⁸⁸ In questo senso, S. Staiano, *Pandemia e diritto al lavoro*, cit., p. 291 ss.

⁸⁹ J.E. Stiglitz, *Riscrivere l'economia europea*, cit., p. 291.

deboli e meno tutelati. Tale aspetto andrebbe tenuto in considerazione nella predisposizione della eventuale normativa interna.

Va, infine, dato conto che parte della dottrina economica⁹⁰ evidenzia il rischio che l'introduzione di salari minimi porti ad un aumento del costo del lavoro, che potrebbe incidere negativamente sull'occupazione. La problematica, da cui muovono tali indagini, è connessa all'indebolimento del potere contrattuale delle organizzazioni sindacali che comporterebbe, a sua volta, la riduzione della forza contrattuale dei lavoratori e la minore efficacia delle azioni sindacali, nonché la riduzione del numero degli iscritti ai sindacati e dunque, in definitiva, l'affievolimento della contrattazione collettiva⁹¹.

Tuttavia, di segno diverso è la posizione di un'altra parte della dottrina, economica e non solo⁹², secondo cui, anche osservando i casi alla luce della prassi, si riscontrerebbero risultati favorevoli dovuti all'introduzione di salari minimi legali, anche in termini di riduzione delle diseguaglianze. Un esempio significativo in tal senso si ricava dalla disamina delle vicende tedesche. In Germania, infatti, nel 2015, è stato introdotto un salario minimo legale, in conseguenza del quale sono fortemente diminuite le diseguaglianze, è aumentato il salario dei lavoratori meno retribuiti, senza che ciò abbia intaccato i livelli occupazionali, né tantomeno alterato la contrattazione collettiva⁹³.

Ad ogni modo, non v'è dubbio che la direttiva europea sui salari minimi rappresenti una proficua occasione per tornare a riflettere sulla necessità di migliorare le condizioni dei lavoratori e il loro poter contrattuale, in linea con gli obiettivi egualitari e solidali espressi nella nostra Costituzione⁹⁴. In quest'ottica, la normativa comunitaria potrebbe segnare un primo passo verso la diminuzione del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, in attuazione dei principi costituzionali.

È evidente, però, che gli esiti della misura nel nostro ordinamento dipenderanno dalle modalità di recepimento della stessa da parte del legislatore, in ragione della considerevole

⁹⁰ Ivi, p. 265 ss.

⁹¹ Cfr. A. de Crescenzo, *Solidarietà, dignità e lavoro: fondamenti per una giusta retribuzione tra dimensione statale e tutela europea a vent'anni dalla Carta di Nizza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, spec. pp. 249-250.

⁹² Cfr. A. Kuddo, D. Robalino e M. Weber, *Balancing Regulations to Promote Jobs - From Employment Contracts to Unemployment Benefits*, in *Working Paper 10156*, Washington, World Bank, 2015.

⁹³ Cfr. INAPP, *L'introduzione del salario minimo legale in Italia. Una stima dei costi e dei beneficiari*, Nota per il Presidente della XI Commissione (Lavoro pubblico e privato della Camera dei deputati, rinvenibile su www.inapp.org).

⁹⁴ Cfr. A. Apostoli, *Considerare il lavoro come diritto è ancora possibile?*, cit., p. 40; A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea fra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 12 ss.

discrezionalità lasciata agli Stati membri in ordine alla determinazione dei meccanismi tesi a garantire l'adeguatezza del salario minimo.

Abstract: Il contributo analizza la complessa tematica dell'equa remunerazione dei lavoratori a partire dalla direttiva europea COM(2020)682 in tema di salari minimi adeguati nell'Unione europea. L'approvazione della direttiva rappresenta l'occasione per tornare a riflettere sull'opportunità di introdurre un salario minimo legale in Italia e anche per interrogarsi sulle modalità con cui garantire maggiore rappresentatività alla contrattazione collettiva, nel segno del contrasto alla povertà lavorativa e alle retribuzioni insufficienti e in attuazione dei principi costituzionali.

Abstract: The paper analyses the complex issue of fair pay for workers, starting from the European directive COM(2020)682 on adequate minimum wages in the European Union. The approval of the directive is an opportunity to reflect again on the opportunity to introduce a legal minimum wage in Italy and also to question how to guarantee more representativity to collective bargaining, in the name of combating in-work poverty and insufficient wages and implementing constitutional principles.

Parole chiave: salario minimo – direttiva europea – funzione sociale – art. 36 Cost. – contratti collettivi.

Key words: minimum wage – European directive – social function – art. 36 Ita. Const. – collective agreements.

RECENTI SVILUPPI SULLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SOLLEVATA IN RELAZIONE A NORME DELLA CDFUE E DEL DIRITTO UE CON EFFETTO DIRETTO*.

di Giuseppe Monaco**

Sommario. 1. Doppia pregiudizialità: dalla svolta operata con la sent. n. 269/2017 alle prime precisazioni della portata dell'*obiter dictum* contenuto in quella pronuncia. – 2. Il parametro interposto: Carta di Nizza e altre norme del diritto UE *self-executing* inerenti ai medesimi diritti tutelati dalla Costituzione. – 3. Notazioni conclusive.

1. Doppia pregiudizialità: dalla svolta operata con la sent. n. 269/2017 alle prime precisazioni della portata dell'*obiter dictum* contenuto in quella pronuncia.

Nel dibattito sulla tutela multilivello dei diritti una delle questioni che presenta ancora oggi margini di incertezza e che, conseguentemente, costituisce oggetto di interesse per gli studiosi, è rappresentata dalla doppia pregiudizialità e, più in generale, dal rapporto che intercorre tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale in presenza di un possibile contrasto tra una norma del diritto interno e una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché del diritto dell'Unione, laddove si tratti di disposizioni che attengono ai medesimi diritti tutelati anche da parametri interni. Sono diversi gli aspetti rispetto ai quali si avverte l'opportunità di una maggiore chiarezza, a partire dalla facoltà o meno del giudice comune di procedere alla disapplicazione di una norma interna in conflitto con una disposizione della CDFUE dotata di efficacia diretta¹ – una disposizione, cioè, chiara, precisa e incondizionata² - eventualmente senza un previo

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza.

¹ Per una differenziazione delle norme della Carta tra *regole*, direttamente utilizzabili per la regolazione dei comportamenti e *principi*, che richiederebbero invece una previa attuazione da parte degli organi politici, cfr. A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 160-161.

² In generale, sull'efficacia diretta del diritto UE si veda già Corte Giust., sentenza 3 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend and Loos*, e sentenza 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il quadro è altresì complicato dallo stretto legame che può intercorrere tra norme della Carta di Nizza e norme del diritto derivato UE, a loro volta dotate di effetto diretto. In questo caso il conflitto di una legge con entrambe può portare ad esiti diversi, a seconda del parametro di riferimento che viene privilegiato dal giudice comune.

All'origine della questione vi è il Trattato di Lisbona e l'attribuzione alla Carta di Nizza, ai sensi del nuovo art. 6, par. 1, TUE, dello stesso valore giuridico dei trattati, pur con l'immediata precisazione che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» stessi. A distanza di pochi anni la Corte costituzionale non ha mancato di interrogarsi sui rischi che un tale riconoscimento poteva comportare, nel momento in cui i giudici comuni³ iniziavano ad utilizzare, anche in relazione al conflitto di una legge con norme della Carta, lo schema consolidatosi fin dalla sentenza *Granital*⁴. Così, nel 2017, ha cercato di porre un freno a questa possibilità, con una pronuncia all'apparenza piuttosto netta, che ha però sollevato molti dubbi e qualche timore di un irrigidimento dei rapporti con la Corte di Lussemburgo, proprio negli stessi anni in cui aveva paventato il ricorso ai *controlimiti*. Nella nota sentenza n. 269/2017 la Consulta ha assunto una posizione innovativa, partendo dalla considerazione che la Carta dei diritti riveste un carattere peculiare rispetto al diritto dell'Unione, per via del suo «contenuto di impronta tipicamente costituzionale», con conseguente intrecciarsi dei principi e diritti enunciati da questa, con quelli tutelati dalla Costituzione. In tali circostanze, afferma la Consulta, laddove sussistano dubbi di legittimità costituzionale di una legge, che potrebbe essere altresì in conflitto con la Carta di Nizza, il giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità, «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione». La Corte ha quindi lasciato aperta la possibilità di un rinvio pregiudiziale, senza particolari chiarimenti sul punto, ma in questa pronuncia ha mostrato di ritenere necessario il proprio coinvolgimento⁵, come si intuisce in altri passaggi, quando ha dichiarato che «le violazioni

³ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 54467, in relazione al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta.

⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 170/1984.

⁵ Nel senso che dalla pronuncia in questione non si ricavi un obbligo per il giudice di sollevare prioritariamente una questione di costituzionalità, cfr. A. Cardone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, p. 28. *Contra*: M. Massa, *La prima parola e l'ultima. Il posto*

dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)», lasciando prefigurare una contrazione del meccanismo dell'applicabilità diretta delle norme europee *self-executing*⁶. Nelle pronunce successive, soprattutto nel 2019, la Consulta è intervenuta nuovamente sul tema, cercando innanzi tutto di sfumare alcune affermazioni contenute nella sent. n. 269/2017 e ha così dichiarato in modo esplicito che il giudice può sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale a suo avviso necessaria⁷, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale. Inoltre, ha aggiunto la Consulta, resta fermo il potere del giudice, qualora ne ricorrano i presupposti, «di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»⁸. La facoltà del giudice di non applicare la disposizione dell'ordinamento interno in contrasto con la Carta, sembra trasformarsi in vero e proprio *dovere* in un inciso contenuto in una pronuncia di poco successiva, con cui, peraltro, è la stessa Consulta a rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia⁹. Il *dovere* di non applicare la disposizione in contrasto con la Carta di Nizza richiederebbe, però, una pronuncia di inammissibilità qualora il giudice, anziché procedere in tal senso, sollevi una questione di legittimità costituzionale. In realtà la Corte, anche nella giurisprudenza successiva, resta comunque ferma nel ritenere che non le possa essere precluso l'esame nel merito delle questioni sollevate con riferimento sia a parametri interni, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti¹⁰. E la diretta applicabilità di una disposizione della Carta «non può essere

della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 3/2019, p. 753, p. 737 ss.

⁶ Cfr. A. Ruggeri, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, p. 166.

⁷ Così la sentenza n. 20/2019. Cfr. O. Pollicino e G. Repetto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 436, che in proposito parlano non di una contraddizione, bensì di una ridefinizione dell'equilibrio tra i due sistemi di tutela.

⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 63/2019.

⁹ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 117/2019.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 198/2022, in cui la Corte ritiene ammissibile una questione che coinvolge, come detto, diritti tutelati tanto dalla Carta costituzionale quanto dalla Carta di Nizza, precisando: «e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Analogamente, cfr. Corte cost., sentenza n. 182/2021.

di ostacolo all'intervento di questa Corte, puntualmente sollecitato dal giudice a quo»¹¹. In sostanza i due rimedi – pronuncia di incostituzionalità con effetti *erga omnes* e disapplicazione nel caso specifico da parte del giudice comune della disposizione contraria ad una previsione della Carta con effetto diretto – non sono tra loro alternativi, ma complementari, «in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali»¹², in cui tanto il giudice comune, quanto la Corte costituzionale, ciascuno con gli strumenti di cui dispone e nell'ambito delle rispettive competenze, contribuiscono a dare attuazione al diritto dell'Unione europea.

Queste posizioni testimoniano lo sforzo di venire incontro, in modo più collaborativo, alla Corte di giustizia, la cui preoccupazione principale è quella di preservare il primato del diritto dell'Unione, anche in presenza di sistemi che prevedono una questione prioritaria di costituzionalità, laddove la norma interna sia in conflitto tanto con norme costituzionali quanto con norme del diritto UE. Per realizzare questo obiettivo, la Corte di Lussemburgo ritiene, infatti, necessario assicurare al giudice nazionale la piena libertà di rivolgersi ad essa ai sensi dell'art. 267 TFUE, in qualunque fase del giudizio, anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale. Al contempo, il giudice nazionale deve poter «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» e deve poter «disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell'Unione»¹³. In sostanza, la Corte di Lussemburgo non ha escluso in astratto la possibilità che il giudice nazionale si rivolga alla Corte costituzionale per una pronuncia che elimini con effetti *erga omnes* la norma interna incompatibile col diritto europeo, ma ha ritenuto di condizionare tale sistema alle tre riserve di cui sopra.

¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 149/2022. In questa circostanza la Corte precisa che rispetto alla disapplicazione per contrasto con l'art. 50 della CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è in grado di assicurare al diritto al *ne bis in idem* «una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità».

¹² Cfr. ancora la sentenza n. 149/2022.

¹³ Così Corte Giust., sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, §§ 52-53. Il riferimento era alla questione prioritaria di costituzionalità introdotta in Francia nel 2009. Sulla portata della pronuncia *Melki* cfr. R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4089 ss.; F. Donati, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 12/2020, p. 106 ss. Cfr. anche la sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, §§ 21 ss.

Pertanto, il meccanismo della questione prioritaria di costituzionalità è ammissibile soltanto nel caso in cui il legislatore nazionale disponga di un margine di discrezionalità per attuare la norma del diritto UE¹⁴, perché altrimenti, nell'ipotesi di una norma interna che si sia limitata a trasporre nell'ordinamento dello Stato membro una previsione del diritto dell'Unione, un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale potrebbe condurre ad un conflitto col diritto UE. In tali circostanze il giudice nazionale dovrebbe rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, al fine di verificare la validità della norma europea di diritto derivato, questione che riveste in questa prospettiva carattere preliminare¹⁵. Laddove non lo faccia il giudice investito della controversia, allora sarà lo stesso giudice costituzionale a doversi rivolgere alla Corte di giustizia ed è proprio quello che è avvenuto con l'ord. n. 117/2019. In presenza di una norma interna che costituisce diretta attuazione di una norma europea e che al contempo sembra porsi in contrasto con un principio fondamentale della Costituzione, la Consulta si rivolge in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo non solo per la corretta interpretazione delle norme del diritto europeo, ma perché si valuti la validità di tali norme rispetto ad alcune disposizioni della Carta di Nizza, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, lasciando intravedere, ancora una volta, la possibilità di ricorrere eventualmente al meccanismo dei *controlimiti*, per garantire al meglio un diritto fondamentale¹⁶.

Rinvio pregiudiziale e disapplicazione del diritto interno in contrasto con diritto UE direttamente efficace sono i due cardini cui la Corte di giustizia ritiene di non poter rinunciare, pena il venir meno del primato del diritto UE. La Consulta, d'altra parte, teme che la propria posizione di giudice dei diritti, nell'ambito di un sistema accentrato di costituzionalità, possa essere messa in discussione da un'eventuale scelta sistematica dei giudici comuni di applicare quelle norme della Carta di Nizza ritenute direttamente efficaci, anche in presenza di violazioni di norme costituzionali dirette a tutelare gli stessi principi

¹⁴ Cfr. già G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, p. 2961.

¹⁵ Così ancora la pronuncia *Melki*, cit., § 54-56, ma anche la sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13, A, §§ 42-44.

¹⁶ Il riferimento nel caso di specie è al principio *nemo tenetur se ipsum accusare* e quindi al diritto al silenzio dell'incolpato.

e diritti fondamentali¹⁷ e che possa essere aggirato il vincolo del giudice alla legge¹⁸. Da qui la ricerca di un difficile equilibrio, che passa, per un verso, attraverso la rivendicazione del proprio ruolo e la scelta di pronunciarsi nel merito ogni qualvolta il giudice abbia deciso di sollevare questione di costituzionalità, quanto meno laddove il parametro interposto sia costituito da norme della CDFUE, scoraggiando in qualche modo il giudice dal fare diretta applicazione della Carta¹⁹ e ponendosi essa stessa in rapporto diretto con la Corte di giustizia, mediante un eventuale rinvio pregiudiziale²⁰; equilibrio che passa, per altro verso, attraverso alcune dichiarazioni, sostenute forse senza troppa determinazione, dirette a tranquillizzare la Corte di giustizia: il giudice nazionale non è tenuto a sollevare in via prioritaria la questione di costituzionalità e, ricorrendone i presupposti, può anche procedere alla disapplicazione della norma interna. I presupposti attengono all'efficacia diretta della norma dell'Unione richiamata e in proposito si può evidenziare che, anche in relazione alla Carta di Nizza, non sono poche oramai le norme cui è stata riconosciuta tale efficacia dalla Corte di giustizia, dal principio di proporzionalità della sanzione di cui all'art. 49, par. 3²¹, a quello del *ne bis in idem* di cui all'art. 50²², o al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47²³, passando per il diritto del lavoratore alle ferie

¹⁷ Cfr. R. Romboli, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e di "diffusione"*, in Riv. Gruppo di Pisa, n. 2/2020, p. 8; G. Monaco, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta Sociale Europea*, in Riv. AIC, n. 3/2020, p. 148 ss.; F. Donati, *I principi del primato*, cit., pp. 111-112; G. Scaccia, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in Osservatorio cost., n. 6/2019, pp. 176-177, il quale a proposito della posizione della Consulta, ritiene che non si possa parlare di "antistorico sovranismo", ma che si tratti piuttosto di "doverosa protezione di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale".

¹⁸ Cfr. R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in Riv. AIC, n. 4/2018, p. 641.

¹⁹ Cfr. G. Scaccia, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in Forum Quad. cost., n. 2/2020, p. 322.

²⁰ Si vedano anche le ordd. 216 e 217/2021, in tema di mandato d'arresto europeo o l'ordinanza n. 182/2020 in tema di assegno di natalità e di maternità.

²¹ Cfr. Corte Giust., sentenza 8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE*. Il giudice deve disapplicare il diritto nazionale nella misura in cui impone l'irrogazione di sanzioni sproporzionate, riconducendo quelle previste dalla legge nel limite della proporzionalità. Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in Sistema penale, 26 aprile 2022, p. 16. In questa pronuncia la Corte riconosce altresì l'effetto diretto del criterio di proporzionalità delle sanzioni previsto dalla dir. 2014/67 UE, con *overruling* rispetto alla precedente sentenza 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistic*.

²² Cfr. Corte Giust., sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren*, ma anche, in modo più netto, sentenza 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, § 68; sentenza 24 ottobre 2018, C-234/17, *XC*, § 38.

²³ Cfr. Corte Giust., sentenza 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, §§ 78-79.

annuali retribuite, ai sensi dell'art. 31, par. 2²⁴, o per il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 21, par. 1 della Carta²⁵.

2. Il parametro interposto: Carta di Nizza e altre norme del diritto UE *self-executing* inerenti ai medesimi diritti tutelati dalla Costituzione.

Uno degli aspetti che merita sicuramente un approfondimento è rappresentato dal parametro interposto. La Corte ha infatti ritenuto di confermare l'orientamento emerso nella precedente sentenza n. 269/2017, anche quando ad integrazione del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., vengono evocate quali norme interposte non solo disposizioni della CDFUE, ma anche principi derivanti da una direttiva, che si mostrano in stretta connessione con le pertinenti disposizioni della Carta di Nizza, non solo nel senso che ne forniscono attuazione, ma addirittura nel senso inverso, ossia che hanno rappresentato un modello di riferimento per quelle norme della CDFUE. La Corte, dunque, ritiene ammissibile la questione di costituzionalità, anche nel caso in cui la disciplina legislativa censurata appaia in tensione con «diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato»²⁶. Il parametro viene, dunque, allargato per includere anche norme di una direttiva e di un regolamento dell'Unione. In realtà, in questa circostanza, il giudice remittente aveva argomentato sull'assenza di una disciplina europea *self-executing* applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, tenuto conto che era in gioco un bilanciamento tra diritti potenzialmente

²⁴ Cfr. Corte Giust., sentenza 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck*, §§ 74-81. In questa pronuncia, peraltro, la Corte di Lussemburgo riconosce all'art. 31, par. 2, della Carta effetto diretto orizzontale, in quanto il diritto in esso riconosciuto può essere fatto valere anche nei confronti di un datore di lavoro privato. Secondo la Corte, «il fatto che talune disposizioni di diritto primario si rivolgano, in primis, agli Stati membri non è idonea a escludere che esse possano applicarsi nei rapporti fra privati». Sulla necessità che la Carta di Nizza produca effetti diretti orizzontali, perché si abbia una possibilità di disapplicazione della legge di dubbia compatibilità con la Carta stessa, cfr. G. Sorrenti, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «l'essenziale è invisibile agli occhi»? (ancora sulla doppia pregiudizialità... passando per Saint Exupéry)*, in Consulta Online, n. 1/2021, p. 1 ss.

²⁵ Cfr. Corte Giust., sentenza 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, §§ 76-80. Anche al principio di non discriminazione la Corte di giustizia riconosce un effetto diretto orizzontale. In proposito ha affermato che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati».

²⁶ Cfr. la sentenza n. 20/2019. La Corte ribadisce di essere tenuta a pronunciarsi nel merito laddove il giudice comune abbia sollevato una questione richiamando come norme interposte «disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni». Così la sentenza n. 11/2020.

confliggenti e che la stessa Corte di giustizia, in vicenda analoga, aveva devoluto al giudice nazionale la valutazione sul corretto bilanciamento. La Corte avrebbe dovuto comunque verificare l'efficacia diretta di norme europee, diverse dalla Carta di Nizza, ma non si è mostrata particolarmente interessata a questa valutazione, incentrando le proprie argomentazioni sulla base di parametri nazionali, come integrati dai principi di derivazione europea.

Se nella sent. n. 269/2017 la problematica era limitata alla possibile sovrapposizione di tutele offerte dalla Costituzione e dalla CDFUE, in un secondo momento la Consulta ha esaminato nel merito anche questioni nelle quali il parametro era integrato da norme UE non incluse nella Carta di Nizza, ma «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE». Il rischio è quello di non avere più un criterio certo – il riferimento alle sole disposizioni della Carta di Nizza - cui agganciare la deroga al meccanismo previsto dalla sentenza *Granital*, con possibile compromissione del primato del diritto dell'Unione.

In realtà, il richiamo a norme UE *self-executing* costituisce più che altro un'integrazione del parametro interposto comunque rappresentato da disposizioni della CDFUE, la cui presenza rimane necessaria per giustificare una pronuncia nel merito della Corte costituzionale. A questa conclusione si può pervenire grazie all'esame di due pronunce quasi coeve della Consulta, concernenti peraltro un tema comune, ossia l'estensione di prestazioni sociali ai cittadini di Paesi terzi a parità di condizioni rispetto ai cittadini dello Stato membro dell'UE.

Nella sent. n. 54/2022 la Corte costituzionale affronta le questioni sollevate in relazione ad alcuni parametri interni – in particolare gli artt. 3 e 31 Cost. – nonché in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. come integrato da numerose norme della CDFUE. La Consulta aveva già proposto un rinvio pregiudiziale, chiedendo alla Corte di giustizia se l'assegno di natalità e quello di maternità rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 34 CDFUE – il quale riconosce il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali per la tutela della maternità, o in casi di malattia, infortuni sul lavoro, vecchiaia e, al paragrafo 2, afferma che «ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» – e se il diritto dell'Unione dovesse essere interpretato nel senso di ritenere con esso incompatibile una

normativa nazionale che richiedeva ai cittadini di Paesi terzi il requisito del permesso di soggiorno di lunga durata al fine del godimento delle due provvidenze. È interessante rilevare che l'art. 34 CDFUE viene letto, tanto dalla Corte costituzionale, quanto dalla Corte di giustizia, alla luce di norme di diritto derivato UE. In particolare, risulta determinante l'art. 12, par. 1, lett. e), dir. 2011/98/UE, che dispone il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori dei paesi terzi, titolari di permesso di soggiorno, rispetto ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano, per quanto concerne condizioni di lavoro, retribuzione, ma anche i settori della sicurezza sociale come definiti nel regolamento CE n. 883/2004 e in particolare nell'art. 3 del regolamento, che delimita il proprio ambito di applicazione *ratione materiae*. La Corte di giustizia rileva che l'art. 12 della direttiva richiamata, «dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'articolo 34, paragrafi 1 e 2, della Carta» e gli Stati membri, «quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta» devono agire nel rispetto di tale direttiva.²⁷ La Corte costituzionale, a sua volta, dopo avere confermato la propria legittimazione ad accertare se le disposizioni impugnate contrastino tanto coi principi costituzionali, quanto con quelli della Carta «nel loro vicendevole integrarsi», dichiara l'illegittimità della norma interna anche per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., «in relazione all'art. 34 CDFUE, così come concretizzato dal diritto europeo secondario»²⁸. In sostanza, il parametro interposto è costituito formalmente dall'art. 34 della Carta di Nizza e le norme del diritto derivato costituiscono in questa prospettiva lo strumento per dare concretezza alla previsione della Carta.

Diversa, invece, la conclusione cui giunge il Giudice delle leggi, quando viene proposta un'altra questione, concernente sempre il tema della parità di trattamento tra cittadino di uno Stato membro e cittadino di Paese terzo, in relazione al riconoscimento di una diversa prestazione sociale (assegno per il nucleo familiare). In tale circostanza il giudice remittente – Corte di cassazione - aveva già adito di propria iniziativa la Corte di giustizia

²⁷ Così Corte Giust., sentenza 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri*, §§ 46-47.

²⁸ Cfr. la sentenza n. 54/2022. Oltretutto, l'art. 12, dir. 2011/98/UE e il principio della parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale in esso enunciato non serve solo a concretizzare l'art. 34 della CDFUE, ma si raccorda anche coi principi di cui agli artt. 3 e 31 Cost. «e ne avvalorata e illumina il contenuto assiologico». Secondo la Consulta, il principio di uguaglianza e la tutela della maternità e dell'infanzia vengono inverteati anche grazie all'apporto del diritto dell'Unione europea, che offre un apporto significativo al «costante evolvere dei precetti costituzionali».

con rinvio pregiudiziale e la Corte di Lussemburgo aveva sostenuto che l'art. 12, dir. 2011/98/UE deve essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri di riconoscere ai cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico le prestazioni sociali – tra cui l'assegno per il nucleo familiare – alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro²⁹. A seguito di questa pronuncia di incompatibilità, la Corte di cassazione ha ritenuto comunque che la disciplina del diritto europeo non fosse sufficientemente compiuta da poter essere applicata in luogo di quella dichiarata incompatibile e ha sollevato pertanto questione di legittimità costituzionale, in relazione esclusivamente a norme del diritto derivato. La Consulta sottolinea subito che il giudice remittente non ha evocato la violazione della CDFUE e in particolare dell'art. 34 e che il parametro è costituito piuttosto da norme del diritto derivato dell'Unione. In questa pronuncia la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, perché ricorrevano le condizioni affinché il giudice procedesse direttamente alla disapplicazione della norma nazionale in conflitto con le norme del diritto derivato dotate di efficacia diretta. Richiama, a fondamento della decisione, la giurisprudenza della Corte di giustizia, fin dalla sentenza *Simmenthal*³⁰, ma anche le pronunce più recenti, quando la Corte di Lussemburgo ha ribadito che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale in contrasto col diritto UE comporta una violazione non solo del principio del primato del diritto dell'Unione, ma altresì dei principi di uguaglianza e di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall'art. 4, par. 2 e 3, TUE³¹.

La Consulta, in questa pronuncia, non si limita, dunque, a riaffermare in astratto la facoltà del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale e il potere/dovere dello stesso di disapplicare la norma interna contrastante con quella europea, quando ne ricorrono i presupposti, esaminando però il merito della questione di costituzionalità, laddove il giudice abbia comunque preferito rivolgersi ad essa. In questa

²⁹ Così Corte Giust., sentenza 25 novembre 2020, causa C-302/19, *INPS*. Analogamente Corte Giust., sentenza 25 novembre, causa C-303/19, *INPS*, sempre a seguito di un'ordinanza della Corte di cassazione, in relazione in questo caso ad una disposizione della dir. 2003/109/CE, pure ritenuta dalla Corte di Lussemburgo direttamente efficace.

³⁰ Cfr. Corte Giust., sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

³¹ Cfr. Corte Giust., sentenza 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS*, §§ 77-78. In questa pronuncia la Corte di Giustizia ha sottolineato come non possa essere precluso ai giudici comuni l'esame della conformità al diritto dell'Unione di una normativa nazionale che la Corte costituzionale di tale Stato membro abbia dichiarato conforme a una disposizione costituzionale nazionale. Il giudice dovrà discostarsi dalla pronuncia di una Corte costituzionale che si sia rifiutata di ottemperare ad una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, anche nell'ambito di una diversa controversia.

circostanza, la Consulta sceglie, piuttosto, la strada più rigorosa dell'inammissibilità, sicuramente più rispettosa del principio di leale cooperazione, nonché del primato del diritto UE, costantemente riaffermati dalla Corte di giustizia. Questa scelta, peraltro, è dettata essenzialmente dalla presenza o meno nell'ordinanza di rimessione di una norma della Carta di Nizza quale parametro interposto. Si tratta di un criterio formale, che consente alla Consulta di tenere ferme le conclusioni risalenti alla sentenza *Granital* e di attenersi alle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, quanto meno laddove il potenziale conflitto non includa una disposizione della CDFUE.

Il giudice comune, pertanto, qualora ritenga una norma interna in contrasto con una norma del diritto UE con efficacia diretta, diversa dalla CDFUE, dovrà procedere alla disapplicazione della stessa e ciò anche nel caso in cui vengono in gioco diritti tutelati anche da norme costituzionali. In realtà appare difficile che una norma del diritto derivato attinente a diritti fondamentali non costituisca attuazione o non sia comunque riconducibile ad una previsione della Carta di Nizza. Nella vicenda conclusasi con la sent. n. 67/2022 della Corte costituzionale il giudice avrebbe potuto richiamare, accanto alle direttive sui lavoratori stranieri e sul permesso unico di soggiorno (dir. 2011/98/UE e dir. 2003/109/CE), quanto meno l'art. 34 sul diritto alle prestazioni di sicurezza sociale – come era stato fatto in occasione della questione che aveva portato alla sent. n. 54/2022 – e forse anche l'art. 21 sul divieto di discriminazione. Nel momento, però, in cui opta per un parametro costituito soltanto da norme del diritto derivato, cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto effetto diretto, allora è tenuto a procedere alla disapplicazione della disposizione legislativa con essa incompatibile.

3. Notazioni conclusive.

Allo stato, non si può dire che sia ormai ben delineato il procedimento da seguire in presenza di un potenziale conflitto tra norme interne e norme europee, quando sono in gioco diritti fondamentali, la cui tutela è assicurata tanto dalla Costituzione quanto dal diritto UE con efficacia diretta.

La posizione assunta dalla Corte con la pronuncia n. 269/2017 si è fatta col tempo meno rigorosa. È chiaro che il giudice comune può rivolgersi direttamente in via pregiudiziale

alla Corte di giustizia laddove il conflitto investa una norma della Carta di Nizza, sebbene la Consulta mostri, comunque, di preferire un proprio coinvolgimento³², così da poter verificare il possibile contrasto con le norme della Costituzione ed eventualmente dichiarare l'illegittimità con effetti *erga omnes*. Qualora, poi, il conflitto si estenda a norme europee diverse dalla Carta di Nizza, allora il giudice potrebbe ugualmente sollevare questione di costituzionalità, a condizione che nell'ordinanza il parametro interposto sia costituito da almeno una previsione della CDFUE, rispetto alla quale le ulteriori norme del diritto UE richiamate si pongano come attuazione e concretizzazione. Laddove, invece, il giudice si limiti a prefigurare un conflitto tra una norma nazionale e una norma di diritto UE che abbia efficacia diretta, senza evocare una disposizione della Carta europea dei diritti fondamentali, allora dovrà esso stesso procedere alla disapplicazione della norma interna, senza sollevare questione di costituzionalità, pena l'inammissibilità della stessa.

Non è da escludere che la Consulta torni sul tema per precisare la propria posizione, ma al momento la portata innovativa della pronuncia n. 269/2017 e della successiva sentenza n. 20/2019 – per la parte in cui venivano estese al diritto derivato UE le conclusioni che la sent. n. 269/2017 riferiva al possibile conflitto di una norma interna con la Carta di Nizza – appare più sfumata. Il giudice comune rimane arbitro, come è stato rilevato³³, della sequenza degli adempimenti e, in generale, torna ad essere maggiormente coinvolto nella scelta del percorso che deve condurre alla realizzazione della migliore tutela dei diritti coinvolti. La Consulta, a sua volta, conserva sì una posizione centrale, sebbene, sia delimitata, per un verso, dalle scelte del giudice comune, che potrebbe evitarne il coinvolgimento anche soltanto circoscrivendo il parametro interposto a norme del diritto derivato UE attuative di norme della CDFUE e, per altro verso, dall'interpretazione della Carta di Nizza e del diritto UE che spetta comunque alla Corte di giustizia³⁴.

Abstract: Il presente lavoro si propone di esaminare i più recenti sviluppi della

³² Nel senso che, dalla prospettiva della Consulta, il proprio intervento costituisce “la via preferibile”, cfr. già F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 489.

³³ Cfr. G. Parodi, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2022, p. 145.

³⁴ Cfr. F. Donati, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, p. 10. L'Autore precisa che la Corte costituzionale, al pari degli altri giudici nazionali, può comunque fornire un contributo prezioso per l'interpretazione della CDFUE, tramite il rinvio pregiudiziale, grazie al quale può evidenziare i principi fondamentali del nostro ordinamento, così che la Corte di Lussemburgo possa tenerne conto.

giurisprudenza costituzionale in merito al rapporto tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di Giustizia, quando viene in rilievo un contrasto tra una disposizione di legge e una norma della CDFUE o del diritto derivato UE dotata di efficacia diretta, che attiene ai medesimi diritti tutelati anche da parametri interni.

Abstract: This work aims to examine the most recent developments in constitutional jurisprudence, regarding the relationship between the common judge, the Constitutional Court and the Court of Justice, when there is a contrast between a legal provision and a provision of the EU Charter of Fundamental Rights or of EU secondary law with direct effect, which pertains to the same rights protected also by internal parameters.

Parole chiave: Carta dei diritti fondamentali – primato del diritto UE – efficacia diretta – disapplicazione – pregiudizialità.

Key words: EU Charter of Fundamental Rights – primacy of UE law – direct effect – disapplication – prejudiciality.

IL CASO BAGNOLI TRA ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E DIMENSIONE SOVRANAZIONALE*.

di Teresa Esposito **

Sommario. 1. Premessa. – 2. Profili storico-giuridici dell’impianto siderurgico di Bagnoli: dal risorgimento economico di Napoli al Piano Marshall. – 3. Dal boom economico alla crisi della siderurgia. – 4. La bonifica. – 5. Il caso Bagnoli tra «tutela dell’ambiente» e «governo del territorio» nella sentenza della Corte costituzionale n. 126/2018. – 6. La disciplina attualmente in vigore. – 7. Osservazione conclusive. – 7.1. Bagnoli come caso di studio e riflessione sull’intervento pubblico in economia.

1. Premessa.

Oggetto del presente lavoro è lo studio della vicenda del centro siderurgico di Bagnoli.

L’acciaieria nasce come strumento di riscatto della città partenopea¹ successivamente all’inchiesta Saredo² e viene concepita “almeno in parte, come vaccino contro la locale mala società. Una fabbrica-medicina, una fabbrica-terapia” e “fu un grand’uomo, un grande meridionalista, ad architettare il disegno: Francesco Saverio Nitti”³.

La storia di Bagnoli non è solo una vicenda che si svolge in un arco temporale considerevole, ma coinvolge un numero altrettanto notevole di questioni, istanze, valori, diritti.

Per descriverla si farà ricorso, in questa sede, alle parole di Ermanno Rea che ne “La dismissione”, ne fornisce una lucida rappresentazione.

“Bagnoli [...] rappresentava mille cose insieme, ma prima di tutto [...] una salutare controcartolina della città [...] che trasformava in alacrità l’indolenza, in precisione l’approssimazione, in ordine il caos [...] introduceva in una città inquinata – la Napoli della

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in Diritti umani. Teoria, storia e prassi – Università degli Studi di Napoli, Federico II.

¹ Sul ruolo della storia nello studio del diritto costituzionale si rinvia ad A. Lucarelli, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022; O. Roselli, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di che cos’è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2022.

² “Il governo fu costretto a promuovere un’inchiesta su Napoli – l’inchiesta Saredo – che si può considerare in maniera legittima, anche se figurata, il primo atto costitutivo dell’ILVA, il primo passo che doveva poi condurre all’edificazione materiale dell’acciaieria.”, così E. Rea, *La dismissione*, Milano, 2002.

³ *Ivi*, p. 62.

guerra fredda, dell'abusivismo selvaggio, del contrabbando – valori inusuali: la solidarietà, l'orgoglio di chi si guadagna la vita esponendo ogni giorno il proprio torace alle temperature dell'altoforno; l'etica del lavoro, il senso della legalità”⁴.

Ma “a volte la storia sa essere capricciosa e imprevedibile. Di rado, ma capita” e l'ILVA che, tutto sommato, “non faceva morire di fame nessuno”⁵, viene investita dalla grave crisi della siderurgia degli anni ottanta.

L'acciaieria di Bagnoli finisce nel programma presentato dall'Italia alla Commissione della Comunità europea, volto alla privatizzazione del gruppo ILVA e con cui se ne dispone “lo smantellamento con vendita al di fuori dell'Europa”⁶.

Da qui si apre la fase, non ancora volta al termine, dei “tormenti di Bagnoli”, in cui quel luogo sarebbe stato “trasformato in un morto triangolo di periferia”, in un contesto in cui “tutta la vecchia ossatura industriale napoletana era in via di smantellamento” e in cui, “secondo i dati del censimento del 1991 il tasso di disoccupazione totale della popolazione di Bagnoli quell'anno era stato superiore al 42%”⁷.

La morte dell'ILVA non ha avuto contropartite: una riqualificazione mai realizzata; l'infiltrazione della camorra, con il racket che investe le stesse operazioni di smantellamento del centro e che si è servita della perdita di prospettiva delle persone del luogo e della mancanza di lavoro per ingrossare le sue fila⁸.

L'emergere di valori, quali la tutela del territorio e del paesaggio, la salubrità degli ambienti, ingenerano, poi, la convinzione secondo cui “fu un'autentica follia collocare la fabbrica in questo sito di vulcaniche bellezze e di acque benedette”⁹.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Decisione della Commissione CE del 12 aprile 1994 – relativa alla concessione da parte dell'Italia di aiuti di Stato alle imprese siderurgiche del settore pubblico (gruppo siderurgico ILVA – (94/259/CECA). “La trasformazione dello Stato sociale, il progressivo deterioramento e depauperamento delle risorse comuni, la *privatizzazione* dei beni pubblici (dismissione e gestione privatistica) e il conseguente indebolimento dei diritti fondamentali a essi riconducibili, rende necessaria una riflessione giuridica sui beni comuni o risorse comuni, da svolgere all'interno di un quadro politico-istituzionale, in grado di fissare principi e regole”, così A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, n. 3-4/2007, p. 87.

⁷ E. Rea, *La dismissione*, cit.

⁸ “Nel clan gli stipendi sono sicuri. Le cifre sono fornite dal pentito Esposito che parla di un fisso settimanale di 400.000 lire per i nuovi affiliati. I più anziani, invece, ricevono un milione. In totale fanno quattro milioni al mese. E tutto arriva dalle estorsioni, il totonero, il gioco d'azzardo”, *Ibidem*, p. 192.

⁹ *Ibidem*.

A partire dalla seconda metà degli anni sessanta, infatti, “lo scandalo delle polveri rosse e di tutte le altre forme aggressive di inquinamento mandò in mille pezzi il matrimonio fabbrica-quartiere”.

Basti pensare che da numerosi studi risulta che nell'ex area industriale di Bagnoli-Fuorigrotta si registra una maggiore incidenza di mesotelioma e tumore vescicale, sia rispetto all'area di Napoli che all'Italia. Si tratta di un incremento determinato, tra i diversi fattori di rischio, dall'esposizione all'amianto (per il mesotelioma) e ad inquinanti ambientali di origine industriale e non¹⁰.

La storia del quartiere flegreo è, dunque, una rappresentazione emblematica della complessità. Uno sviluppo secolare, ancora irrisolto che va dalla legge per il *Risorgimento economico della città di Napoli*, al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, passando per il Piano Marshall.

Bagnoli rappresenta, perciò, un banco di prova per lo studio del costituzionalismo, delle sfide vecchie e nuove che il diritto costituzionale, in quanto strumento, soprattutto, di limitazione del potere, ha affrontato e deve affrontare.

A partire da una ricostruzione storico-giuridica della vicenda si procederà, con metodo induttivo, alla sussunzione dei vari fatti nelle categorie costituzionalistiche di volta in volta coinvolte per osservarne affermazione, mutamenti e torsioni.

Per il tramite della storia di Bagnoli, si può osservare l'affermazione della forma di Stato democratico-sociale, la sua consacrazione nella Costituzione del 1948 ma anche il livello di sofferenza di questo paradigma con l'affermazione, a livello sovranazionale, di un'idea di economia di mercato imperniata sul *principio* della tutela della concorrenza¹¹ e del divieto di aiuti di Stato, difficilmente compatibili con un modello come quello italiano basato sull'intervento pubblico nell'economia.

Invero, il modello c.d. misto previsto dal nostro costituente e realizzato essenzialmente attraverso “una particolare commistione di intervento pubblico ed economia di mercato che ha avuto negli enti di gestione delle partecipazioni statali, e in special modo nell'IRI, il suo principale strumento”¹² subisce, intorno agli anni '90 del secolo scorso, una torsione.

¹⁰ IARC-International Agency for Research on Cancer-Conferenza di Lione 2013. Analisi dati di incidenza e prevalenza per principali sedi tumorali nella Municipalità 10 e Napoli, pubblicata il 26 novembre 2013 e realizzata dal Consorzio Nazionale delle Cooperative Mediche (CNCM).

¹¹ Sul tema della trasformazione della regola della concorrenza in principio, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, *passim*.

¹² F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 917.

“L’azionariato di Stato e, più in generale, l’idea stessa di un ampio intervento pubblico nell’economia passarono dall’essere considerati come i fattori decisivi per il miracolo italiano a simbolo di inefficienza e mal funzionamento del sistema di economia sociale di mercato”¹³.

Rispetto a questo assetto, la risposta dell’Unione alla recente emergenza sanitaria potrebbe rappresentare un cambio di passo, incentivando il prosieguo della riflessione intorno a un diritto pubblico europeo dell’economia.

Sembrerebbe, come osservato, che le nuove modalità di intervento predisposte dall’Unione per fronteggiare l’evento pandemico, siano riconducibili ai classici pilastri dello Stato sociale, essendo volti a sostenere la tutela dei diritti sociali e del *welfare*, creando “per la prima volta dalla nascita della costruzione comune europea, le condizioni per una saldatura tra la disciplina europea in materia economica e l’anima sociale della Costituzione economica italiana”¹⁴.

L’intervento pubblico è stato, infatti, imprescindibile nel fronteggiare la pandemia.

Ciò sembrerebbe suffragato, inoltre, dal modo in cui istituzioni sovranazionali e nazionali stanno affrontando le ripercussioni economiche della aggressione russa all’Ucraina.

La Commissione europea ha, infatti, disposto un’ulteriore sospensione della disciplina sul divieto degli aiuti di Stato e il nostro Paese, sulla base del *Quadro temporaneo predisposto dalla Commissione*, è intervenuto (proprio) sugli impianti di interesse strategico nazionale con un provvedimento (un decreto-legge) “finalizzato a salvaguardare determinati contesti industriali”, provvedendo “al rafforzamento patrimoniale della gestione dell’impianto siderurgico di Taranto”¹⁵.

2. Profili storico-giuridici dell’impianto siderurgico di Bagnoli: dal risorgimento economico di Napoli al Piano Marshall.

Tra il 1800 e il 1900, la cultura giuridica e costituzionale europea raggiunge uno dei momenti di maggiore splendore. Risalgono a questo periodo i due caratteri essenziali del diritto moderno: l’istituzionalità dell’amministrazione weberiana e il riconoscimento del sovrano di Hobbes¹⁶.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 14, del 28 dicembre 2022.

¹⁶ La prima si sostanzia in una serie di attributi da associare all’amministrazione affinché essa sia capace operare secondo prevedibilità e razionalità; il secondo, rappresenta la *conditio sine qua non* dell’affermazione dell’ordine

Al netto delle diversità che connotano i regimi politici europei di quei decenni, si riscontra un sostrato di cultura costituzionale comune “che può dirsi senz’altro [...] europea”¹⁷. In questo contesto, nonostante i “processi evolutivi della forma di Stato liberale [...] stavano conducendo, seppur tra mille complessità, alla sua democratizzazione”¹⁸, “la funzione del diritto pubblico [...] era sostanzialmente finalizzata a regolare l’organizzazione dello Stato e a tutelare le libertà individuali della borghesia, in particolare quelle riconducibili alla sicurezza, alle libertà economiche, all’esercizio e alla tutela del diritto di proprietà”¹⁹. Per ciò che concerne l’Italia, fino al 1861, essa è stata politicamente disunita e oggetto di scontro tra potenze straniere, nonché tra queste e gli Stati preunitari²⁰. Sin dall’inizio, l’economia italiana si è caratterizzata per un divario tra la zona settentrionale e quella meridionale²¹. Questo dislivello è stato ascritto alle scelte istituzionali post-unitarie – di omogeneizzazione normativa e amministrativa²² –, nonché, soprattutto, al culto della spontaneità del mercato²³. Si fa strada la consapevolezza che, per realizzare una unificazione sostanziale, sia necessario predisporre misure che incidano sul mercato esistente, che rendano convenienti investimenti che, in caso contrario, non avrebbero luogo. Si ritiene che il dislivello tra le zone del Paese non possa essere riferito esclusivamente al mancato accumulo di capitale e alla inconsistenza dei salari, ma che debba essere, principalmente, ricondotto alla carenza delle condizioni tecnologiche e infrastrutturali di sviluppo. In quest’ottica si giustificano i provvedimenti con cui lo Stato, a partire dalla prima

politico, cfr. M. Fioravanti, (voce) *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1990, vol. XLIII; Id., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993.

¹⁷ Id., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, p. 255 e ss. che si riferisce espressamente al secondo Reich tedesco, alla Terza Repubblica francese e ad un parlamentarismo mutato per l’emersione della figura del Premier, in Inghilterra. Essa coincide con la cultura dello Stato liberale di diritto, forma di stato dominante in Europa tra la fine dell’Ottocento e il Novecento, e che precede l’esperienza delle Costituzioni democratiche

¹⁸ A. Lucarelli, *La dimensione giuspubblicista di Presutti tra democrazia della rappresentanza e democrazia governante: il caso del regolamento indipendente*, in *Nomos*, n. 1/2022, p. 2.

¹⁹ Id., *La democrazia dei beni comuni*, Lecce, 2013, p. 3.

²⁰ F. Barbagallo, *Nazione, Stato e Costituzione in Italia dall’unità alla Repubblica*, in *Studi storici, Rivista trimestrale della Fondazione Antonio Gramsci*, n. 1/2011, p. 6, sostiene che, in relazione si possa parlare sia di “carattere multinazionale” della storia italiana antecedente al processo di unificazione, sia di “dimensione fortemente regionale della storia politico-sociale del Paese”.

²¹ P. Saraceno, *La mancata unificazione economica italiana a cento anni dall’unificazione politica*, in *L’economia italiana dal 1861 al 1961*, Milano, 1961, p. 692 ss. Sul tema cfr. S. Staiano, *La frattura Nord-Sud. L’asimmetria territoriale come questione democratica*, in *Il Politico*, n. 2/2019, pp. 268-307.

²² I governi sabaudi, infatti, avevano esteso alle province annesse al Piemonte il sistema amministrativo-burocratico piemontese. Il regime di tassazione imposto alle popolazioni dei luoghi annessi, l’abolizione degli usi e delle terre comuni, la coscrizione obbligatoria e l’occupazione militare determinarono la diffusione di un generale sentimento di malcontento nel territorio del sud Italia da cui insorsero fenomeni quali il brigantaggio, la mafia e l’emigrazione al nord Italia o all’estero. Cfr. R.P. di Magliano, *Il Mezzogiorno d’Italia: discontinuità per uno sviluppo responsabile*, in www.ces.uc.pt.

²³ Sul tema cfr., tra gli altri, N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

metà del 1900, interviene nei processi economici con misure volte a ridurre il *gap* tra Nord e Mezzogiorno²⁴. In tale – sia pur brevemente esposto – contesto politico-istituzionale nasce il centro siderurgico di Bagnoli. Più precisamente, l'impianto viene realizzato nel 1910 grazie agli importanti incentivi introdotti dalla l. n. 351/1904 recante *Provvedimenti per il risorgimento economico della città di Napoli*, che deve a Francesco Saverio Nitti i principali contributi per la sua elaborazione. Essa introduce misure di carattere economico e tributario volte a incentivare lo sviluppo industriale di Napoli, come la riduzione o finanche l'abolizione dei «dazi concernenti materie prime delle arti e delle industrie» (art. 1)²⁵. All'art. 6, comma 1, della suddetta legge, si dichiarano di pubblica utilità le opere necessarie «alla costruzione di stabilimenti industriali per la cui esecuzione (ivi comprese le attività volte ad espropriare), si autorizza “la Cassa dei depositi e prestiti a concedere al Comune di Napoli (con l'interesse del 3.50 per cento) una serie di mutui fino alla concorrenza di L. 5,000,000 ed estinguibili nel termine di 50 anni». Ai fini della determinazione dell'indennità eventualmente dovuta in caso di espropriazione²⁶, il suindicato art. 6 richiama l'art. 13 l. n. 2892/1885 con cui si era già intervenuti per *risanare* la città di Napoli. Quest'ultima disposizione è molto importante in quanto stabilisce che l'importo da corrisondersi a titolo di indennità di esproprio non debba essere calcolato in virtù del (solo) valore di mercato, con ciò implicando una sostanziale riduzione dello stesso rispetto a quanto si era previsto con la precedente l. n. 2359/1865²⁷.

La disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità – in quanto punto di incontro più drammatico tra l'autorità dello Stato e l'autonomia privata²⁸ – può essere uno strumento utile all'analisi del ruolo dello Stato nel governo dei processi economici, nonché alla ricostruzione

²⁴ S. Lieto, *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, p. 20. Si assiste, invero, all'emanazione di una serie di leggi speciali, tra cui: la l. n. 140/1904 con cui si adottano provvedimenti a favore della Regione Basilicata; la l. n. 383/1906 per la Calabria; nonché la l. n. 445/1908 recante disposizioni relative ad entrambe le Regioni. Sotto il profilo amministrativo, tuttavia, la legislazione speciale prevede il ricorso ad organi di diretta emanazione statale mostrando una chiara scelta accentratrice. Ne costituisce un esempio l'attribuzione, nella legge per la Basilicata, dei poteri attuativi al c.d. *Commissario civile*, ossia un Prefetto dotato di peculiari compiti e poteri. In generale, anche l'istituzione del Commissariato e di altri organi speciali per il Mezzogiorno, in quanto emanazione del potere centrale, sembrerebbero esprimere questa scelta. Cionondimeno, al riguardo, la l. n. 351/1904, che in questa sede ci occupa, potrebbe rappresentare un'eccezione, nella misura in cui essa prevede l'istituzione di un Ente municipale per l'energia elettrica (il Volturno).

²⁵ Ciò consentiva di ricevere forniture di materie prime a prezzo agevolato e di godere di forti barriere doganali tali da proteggere dalla concorrenza delle imprese siderurgiche straniere.

²⁶ Sull'espropriazione per pubblica utilità cfr. U. Nicolini, (voce) *Espropriazione per pubblica utilità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 802 ss.; cfr., altresì, D. Sorace, (voce) *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Noviss. Dig. it., App. III*, Torino, 1982, p. 526 ss.

²⁷ Cfr. art. 39, l. n. 2359/1865 «Ne' casi di occupazione totale, la indennità dovuta all'espropriato consisterà nel giusto prezzo che a giudizio de' periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra-vendita».

²⁸ U. Nicolini, (voce) *Espropriazione per pubblica utilità (storia)*, cit., p. 802.

dello stesso percorso evolutivo della forma di Stato italiana²⁹. Ed invero, mentre nella forma di Stato liberale il diritto di proprietà è un «*droit inviolable et sacré*»³⁰ la cui ablazione è circondata da garanzie massime, nello Stato sociale, le emergenti istanze di benessere collettivo incidono sul diritto in questione e sui criteri di determinazione dell'indennità dovuta all'espropriando. Lo Statuto albertino, all'art. 29, riflette pienamente la forma di stato liberale allorquando asserisce che «Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili». È, dunque, illegittimo ogni atto limitativo-estintivo del diritto posto in essere dall'autorità in assenza di una precisa base legale³¹. L'attributo dell'invulnerabilità, tuttavia, non è tale da escludere in radice la possibilità per lo Stato di procedere all'espropriazione della proprietà privata: ove lo richieda l'interesse pubblico anche il diritto reale *par excellence* può essere sacrificato dietro corresponsione di una indennità. Al riguardo, la legge del 1865 – recante la *Disciplina delle espropriazioni forzate per causa di pubblica utilità* – esprime una tutela particolarmente rigorosa della proprietà privata: l'interesse pubblico da soddisfare attraverso il provvedimento ablatorio è solo quello di vincere le resistenze del privato, mentre non sono contemplate esigenze di contenimento della spesa pubblica. Per tale ragione, l'art. 39 della legge *de qua* stabilisce che «la indennità dovuta all'espropriato consisterà nel giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita», facendo sostanzialmente coincidere l'indennizzo con il valore venale del bene. Questa disposizione consente di ribadire il carattere pieno, assoluto ed illimitato del diritto di proprietà in quanto il bene viene valutato “nella sua realtà ontologica per le caratteristiche che gli sono proprie”³². L'indennità di esproprio, dunque, viene intesa “quale reintegrazione patrimoniale del bene, coincidente con il prezzo di mercato del bene espropriato”³³. La successiva legge del 1885 viene emanata per realizzare un intervento urbanistico volto a risanare la città di Napoli dalle conseguenze della grave epidemia di colera che ne aveva colpito il territorio. Ciò conduce all'introduzione di un nuovo criterio di determinazione dell'indennizzo consistente nella «media del valore venale dei fitti coacervati dell'ultimo decennio» (art. 13, comma 3, l. n.

²⁹“Sin dall'unificazione del Regno, l'espropriazione ha sempre significativamente riflesso i caratteri (dell'ordinamento italiano), nell'evoluzione dello stato liberale così come nell'affermazione dello stato sociale e nelle vicende della sua attuazione, nonché in quelle, più recenti, dell'integrazione sovranazionale europea”, L. Azzena, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 2021, p. XIII.

³⁰ Art. 17, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793.

³¹ M. S. Giannini, *Basì costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 444 ss.

³² M. A. Ciocia, *L'indennizzo di esproprio e la ponderazione degli interessi nel dialogo delle Corti*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino, Studi*, n. 9/2020, p. 3.

³³ F. Lucarelli, *La proprietà pianificata*, in P. Perlingieri (a cura di), *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2010, p. 363.

2892/1885). Come sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 15/1976, il sistema delineato dalla l. n. 2892/1885 sul risanamento della città di Napoli (in deroga parziale ai criteri latamente discrezionali di cui all'art. 39, l. n. 2359/1865) «è stato altresì ispirato, in una certa misura, all'opportunità di tenere presenti alcune esigenze della pubblica finanza in materia». Ed invero esso «ha trovato successivamente applicazione in numerose altre disposizioni legislative riguardanti opere dirette a conseguire finalità di pubblico interesse (opere ferroviarie, stradali, di edilizia popolare)». Ciò consente, secondo quanto asserito dalla Consulta, di trarre agevolmente una «conseguenza positiva di ordine generale circa la indubbia razionalità del sistema di determinazione degli indennizzi in esame, che, per gli esposti motivi, risponde ad esigenze apprezzabili dal punto di vista logico ed economico, e si armonizza con le prospettive di crescente impegno dell'intervento pubblico in materia»³⁴. Per sfruttare, dunque, i benefici introdotti dalla legge speciale del 1904, il primo febbraio 1905 nasce, nel capoluogo ligure, la società ILVA – dal nome latino dell'isola d'Elba – che darà vita allo stabilimento a ciclo integrale di Bagnoli, operativo dal 1910 e con circa 1200 operai. Durante il primo conflitto mondiale L'ILVA è tra le prime industrie private a essere dichiarata *ausiliaria* rientrando tra quelle che, pur non producendo materiali necessari per il rifornimento dell'esercito, potevano essere a ciò adibite³⁵. Da questa dichiarazione l'impianto ricava vantaggi notevoli – come la stabilità delle maestranze, la concessione di esoneri e manodopera o l'intervento arbitrale dei Comitati regionali nelle vertenze economiche³⁶ – di cui costituisce riprova l'incremento del numero di addetti, che raddoppia rispetto a quello iniziale. Il quadro giuridico riportato – sia pur nei limiti di ciò che afferisce alla vicenda oggetto di studio – consente di riscontrare che, in tale momento storico, lo Stato interviene nell'economia predisponendo misure volte a incentivare l'insediamento industriale nel Mezzogiorno, nell'ottica di ridurre il divario esistente con il Nord, rivolgendosi alla medesima industria privata – sia pur con i suindicati vantaggi per la stessa – anche per affrontare il momento bellico. Cionondimeno, le sorti dello stabilimento di Bagnoli sono segnate dalla crisi che l'industria siderurgica subisce nel periodo successivo al

³⁴ Corte cost., sent. n. 15/1976. Sottolinea, invece, l'intenzione di tutelare i proprietari espropriandi L. Azzena, *L'espropriazione*, cit., p. 8 richiamando, altresì, Corte cost., sent. n. 348/2007.

³⁵ In particolare, l'art. 13 del d.lgt. n. 1277/1915 conferiva al Ministero della Guerra, di concerto con il Ministero della marina e quello del tesoro, il potere di dichiarare l'ausiliarietà che, in relazione all'ILVA – Alti Forni di Bagnoli – è contenuta nel r. d.l. n. 2/1915.

³⁶ A.G. Ricci e F.M. Scardaccione (a cura di), *Ministero per le armi e munizioni, Decreti di ausiliarietà, Inventario*, in *Pubblicazioni degli Archivi di Stato, Strumenti CXV, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici*, 1991, p. 10 ss.

conflitto mondiale e nel 1921 – anno in cui la Banca commerciale italiana (Comit)³⁷, in quanto primo creditore della società ILVA, ne acquisisce la proprietà – il centro viene chiuso per poi essere riaperto solo nel 1924 per volere del Governo fascista. La presenza pubblica nell'economia si fa ancora più evidente nel primo dopoguerra allorquando, con la costituzione dell'IRI³⁸, la Banca commerciale italiana e tutte le imprese ad essa riconducibili, passano sotto il controllo pubblico. L'incremento delle lavorazioni belliche spinge l'Istituto per la Ricostruzione Italiana ad indirizzarsi verso la meccanica pesante ed, in particolare, verso la siderurgia a ciclo integrale³⁹ che, per il tramite dell'ente, sarà gestita completamente dallo Stato e, con essa, anche l'altoforno di Bagnoli⁴⁰. Coerentemente alle direttive del piano regolatore del 1936 (*id est* corporativismo, concentrazione delle iniziative industriali, autarchia, sfruttamento dei territori d'oltremare e preparazione al conflitto), l'IRI viene autorizzato ad assumere nuove partecipazioni per coadiuvare o sostituire l'iniziativa privata nel perseguimento di taluni specifici obiettivi tra cui «la risoluzione dei problemi imposti dalla difesa del paese». L'industria bellica, per il suo preminente interesse pubblico, è da porsi, dunque, sotto il diretto controllo dello Stato⁴¹. Nel 1937 proprio al fine di assumere partecipazioni nelle società operanti nell'industria siderurgica e di coordinare e assistere quelle già sotto il controllo

³⁷ La Banca Commerciale Italiana ha interessi e partecipazioni in varie grandi imprese nascenti: ILVA, Terni, Navigazione generale, Montecatini, società elettriche e società tessili. Cfr. F. Barca, S. Trento, *La parabola delle partecipazioni statali*, in F. Barca (a cura di), *Storia del capitalismo italiano*, Donzelli, 2010, p. 187.

³⁸ L'IRI viene istituito con r. d.l. n. 5/1933, convertito in l. n. 512/1933, a norma del quale esso è un ente emergenziale di diritto pubblico, istituito allo scopo di «completare l'organizzazione creditizia [...] in rapporto alla riorganizzazione tecnica, economica e finanziaria delle attività industriali del paese». Esso si articola in due organismi autonomi: la sezione smobilizzi, volta alla gestione delle più rilevanti partecipazioni industriali riconducibili ai portafogli azionari delle *banche miste*; e la sezione finanziamenti destinata a sovvenzionare le imprese cui non era stato dato fino ad allora sostegno attraverso l'indebitamento bancario a medio termine. La natura emergenziale e transitoria dell'ente fa sì che non siano posti limiti, né controlli pubblici alle attività dello stesso. Al riguardo è stato evidenziato che i mancati smobilizzi non sono dipesi (solo) dalla scarsità delle risorse del mercato finanziario, ma anche dalla volontà dello Stato di non trasferire ai privati settori economici ritenuti rispondenti a interessi di natura generale, come le banche di interesse nazionale e i servizi pubblici. Nel 1937, viene soppressa la sezione finanziamenti (le cui competenze passano all'IMI) e l'IRI viene trasformato in un ente a struttura permanente di gestione delle partecipazioni industriali. Il suo compito, ai sensi dell'art. 1 del r.d.l. n. 905/1937 – recante nuove norme organizzative dello stesso – diviene quello di provvedere «con criteri unitari, all'efficiente gestione delle partecipazioni di sua pertinenza secondo le direttive della politica economica del regime espresse dalle competenti corporazioni».

³⁹ Il *Rapporto del prof. Saraceno*, in Ministero dell'industria (a cura del), *L'Iri*, Torino, 1956, vol. III, p. 189.

⁴⁰ Di particolare interesse è la circostanza per cui il Ministro Jung e il presidente dell'IRI (Alberto Beneduce) conferiscono il mandato di riorganizzare l'intera siderurgia italiana a Oscar Sinigaglia (1877-1956). È Presidente dell'ILVA dal 1932 al 1935. Nel dopoguerra, con l'appoggio del Governo De Gasperi, Sinigaglia ripropone il suo piano siderurgico in qualità di presidente della Finsider.

⁴¹ P. Grifone, *Il capitale finanziario in Italia*, Torino, 1971, pp. 127-128. Va, tuttavia, sottolineato che nonostante l'ente fosse volto al perseguimento di tali finalità, esso non costituì un organo del sistema corporativo non avendo lo stesso assunto un ruolo, in chiave ideologica, durante il regime, così P. Armani e F.A. Roversi Monaco, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1977, p. 19.

pubblico, nasce la Società finanziaria siderurgica del gruppo IRI, denominata Finsider. Come è noto, il sistema delle partecipazioni statali consta di “un insieme di società per azioni di cui lo Stato ha in qualche modo acquisito il pacchetto di maggioranza”⁴². Esse rappresentano la forma più dinamica di intervento diretto dello Stato nell’economia, avendo risposto per circa mezzo secolo - a struttura formale invariata - ai radicali mutamenti di indirizzo. Ancorché l’origine della vicenda delle pp.ss. sia convenzionalmente collocata nel 1933 – anno di istituzione dell’IRI –, esse si registrano anche nel periodo antecedente e con finalità diverse dalla necessità di rispondere al cedimento del settore bancario italiano nell’ambito degli investimenti industriali a medio e lungo termine. Invero, proprio attraverso le prime forme di partecipazione statale vengono conseguiti obiettivi di natura politico-sociale. È questo il caso dell’acquisto della maggioranza delle azioni della Südbahn, una società di gestione della rete ferroviaria che congiungeva Trieste, Vienna, Budapest e Praga. L’obiettivo era quello di “sottrarre la gestione delle linee che attraversavano i territori di confine alla preponderanza dell’Austria, dell’Ungheria e della Jugoslavia”⁴³. Un’operazione indice di un’autonoma e precisa volontà dello Stato di evitare che, in imprese strategicamente importanti per lo sviluppo o la difesa del Paese, si costituissero posizioni dominanti della finanza straniera⁴⁴. Se durante la Seconda guerra mondiale si registra un incremento significativo della produzione siderurgica di Bagnoli: tra il 1934 e il 1940, infatti, la produzione di ghisa passa da 110.000 a 317.000 tonnellate, mentre quella dell’acciaio da 138.000 a 177.000 e il numero degli occupati raggiunge le 4.000 unità⁴⁵ – la fine del conflitto inaugura un nuovo momento di crisi. Nella ritirata del 1943, i tedeschi producono danni ingenti all’impianto e il numero degli operai diminuisce fino a raggiungere la soglia dei 500 addetti. In termini generali, i danni della guerra provocano, specie nel settore siderurgico e meccanico, problemi gravi di ricostruzione e riconversione produttiva. La siderurgia italiana finisce per assumere un ruolo centrale nei piani di ricostruzione del Vecchio Continente e, con essa, anche il centro del quartiere flegreo che, infatti, è oggetto delle trattative della Finsider con gli esperti della Banca Internazionale per la ricostruzione e lo

⁴² M. Leccisotti, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Le partecipazioni statali: obiettivi e realizzazioni*, Milano, 1980, p. 11.

⁴³ S. Cassese, *Aspetti della storia delle istituzioni*, AA.VV., *Lo sviluppo economico in Italia*, Milano, 1969, vol. II, p. 190.

⁴⁴ Al riguardo, si discorre in dottrina di c.d. *formula IRI* per descrivere “un intervento pubblico nell’economia che trova giustificazione nel particolare interesse del paese verso alcune iniziative o alcuni settori della produzione che costituiscono un sostegno per l’attività produttiva dei privati e per lo sviluppo economico del paese, da cui il privato rifugge o che si ritiene opportuno riservare allo Stato”, così M. Leccisotti, *Introduzione*, cit.

⁴⁵ <http://www.imprese.san.beniculturali.it/web/imprese/percorsi/scheda-dossier>.

sviluppo (BIRS) e con le autorità preposte all'autorizzazione dei fondi dell'*European Recovery Program*. Più precisamente, lo stabilimento di Bagnoli, unitamente a quelli di Piombino e Cornigliano, fa parte del Piano Finsider (c.d. Piano Sinigaglia⁴⁶). In una prima fase, il piano di ricostruzione della siderurgia italiana viene sottoposto alla Banca Internazionale per la ricostruzione e lo Sviluppo⁴⁷ che, il 27 agosto 1947, riceve la prima istanza ufficiale di prestito da parte del governo italiano. Si tratta di un invito “*to visit Italy and to make such observations and studies of Italy's industries and other parts of its economy as the Bank deems appropriate in connection with this application*”⁴⁸ e si riferisce ad una “*interim line of credit*” di 250 milioni di dollari, destinata ad essere seguita da richieste successive. Non potendosi in questa sede ripercorrere in maniera esaustiva tutti gli interessanti snodi della trattativa, si evidenzia solo che gli esperti BIRS⁴⁹ ritengono i piani del settore siderurgico problematici (ancora) in corso di definizione e fortemente condizionati dall'esecuzione e dal completamento di quelli concernenti lo sviluppo del settore elettrico. Il Governo italiano chiede al management della BIRS un contributo volto alla realizzazione di tre progetti facenti capo alla Finsider e relativi agli impianti di Piombino (Toscana), Bagnoli (Campania) e Cornigliano (Liguria), nonché un ulteriore progetto per la modernizzazione dell'impianto Fiat (in Piemonte). Al riguardo, Rembert elabora un rapporto tecnico in cui li valuta eccessivamente ambiziosi, nonché del tutto sbagliati per la parte relativa a Cornigliano e raccomanda una riduzione dell'importo chiesto a

⁴⁶ Emblematico del ruolo che, per Oscar Sinigaglia, la siderurgia avesse nella ricostruzione del Paese sono le sue affermazioni durante l'Interrogatorio del 5 marzo 1946 in cui egli afferma di non difendere “la siderurgia per se stessa; essa impiega da 60 a 80.000 operai e non è quindi un'industria d'importanza capitale per un Paese che ha 45 milioni di abitanti [...] Io difendo la siderurgia, perché la ritengo base essenziale, indispensabile per l'industria meccanica e perché considero che quest'ultima rappresenti uno dei più alti ed importanti interessi italiani [...] perché è la sola grande industria che possa portare un cambiamento veramente radicale nell'incremento della produzione e della situazione valutaria [...] Ed io sono assolutamente convinto che tale sviluppo dell'industria meccanica è decisamente impossibile se essa non è affiancata da una sana, potente industria siderurgica perfettamente e modernamente attrezzata ed organizzata”, *Ministero della Costituente. Sottocommissione industria. Interrogatorio Sinigaglia*, 5 marzo 1946, p. 6.

⁴⁷ Come è noto, l'istituzione della Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo è oggetto degli Accordi deliberati dalla Conferenza monetaria e finanziaria che si tenne presso la città di *Bretton Woods* (*New Hampshire*, USA) – c.d. accordi di *Bretton Woods* – dal 1° al 24 luglio 1944 e a cui parteciparono delegazioni di tutti i paesi alleati contro il Patto tripartito, compresa l'URSS.

⁴⁸ Parallelamente allo studio degli aspetti tecnici dei progetti presentati, gli economisti della Banca procedono all'analisi dettagliata del quadro macroeconomico del paese per stimare l'ammontare di debito estero aggiuntivo che l'Italia era in grado di sostenere. Invero agli economisti *Economics Department* – che nel 1948 sostituisce il precedente *Research Department* – viene chiesto di elaborare una stima della *creditworthiness* dell'Italia in base agli aspetti non solo economici, ma altresì politici del Paese. Cfr. Lettera dell'ambasciatore Tarchiani al Presidente McCloy, August 27 1947, *WB Archives, Italy - Equipment for Development Project – Negotiations*.

⁴⁹ Essi furono individuati nelle figure di F. Dorsey Stephens e H.W. Robinson del *Loan department* e E. Wayne Rembert del *Research department* incaricati di individuare i settori in cui c'era maggiore necessità ed urgenza di intervenire con progetti di ricostruzione e sviluppo.

prestito di circa la metà. Per l'ingegnere gli stabilimenti a ciclo integrale devono essere solo quelli di Bagnoli e Piombino⁵⁰ essendo gli stessi in grado di coprire l'intero fabbisogno di semiprodotti nelle fasi di domanda debole, mentre, nelle fasi di domanda crescente ci si dovrebbe aprire alle importazioni, così agevolando la crescita delle aziende private. Nel caso di specie la Finsider avrebbe dovuto appaltare ai privati (Fiat, Magona, Falck, Breda) la parte più remunerativa della produzione (come lamierini e rivestiti). Si tratta di indicazioni antesignane del modello di partenariato pubblico – privato che ha rappresentato la spina dorsale dello sviluppo economico e della crescita sociale in Italia dopo la Seconda guerra mondiale⁵¹. Le affermazioni degli esperti BIRS, in realtà, sottendono una valutazione negativa delle capacità manageriali della Finsider, ritenuta eccessivamente dipendente dal Governo e con scarsa attenzione per i costi. La dirigenza della Banca avrebbe, infatti, voluto imporre una progressiva privatizzazione della società finanziaria del gruppo IRI la cui natura pubblica non è considerata garanzia di solvibilità e di cui si evidenzia il forte indebitamento⁵². Nel 1948 la Finsider dà avvio a interlocuzioni anche con l'*European cooperation administration* (Eca), l'ente incaricato di gestire gli aiuti dell'*European Recovery Program*⁵³, su cui concentra le proprie speranze.

⁵⁰ Cfr. lettera di Robert L. Garner to Dr. Menichella, February 7, 1948, op. cit., ma anche *Memorandum for Staff Loan Committee, January 20, 1948, WB Archives, Italy - Equipment for Development Project – Negotiations 01*, così come *Office Memorandum from L.M. Svoboda to Mr. Orvis A. Schmidt, February 5, 1948, WB Archives, Italy ...cit.*

⁵¹ Ed inverso, le crisi finanziarie e le politiche di rigore che ne sono derivate, hanno indotto ad un mutamento del ruolo dello Stato nei processi economici. La scarsità delle risorse pubbliche e la necessità di rispettare stringenti vincoli di bilancio e di spesa, hanno determinato la necessità di ricorrere ai privati per la realizzazione di opere e servizi volti al soddisfacimento dei bisogni della comunità. Espressione di questa esigenza e dell'adeguamento dei modelli economici ai tempi e alle nuove congiunture economiche è il c.d. Partenariato pubblico-privato in cui il soggetto privato non è più mero destinatario di decisioni unilateralmente assunte dal soggetto pubblico, ma svolge un ruolo da protagonista nelle varie fasi di realizzazione delle opere e dei servizi pubblici. Sul partenariato pubblico – privato, cfr. M. P. Chiti, *Partenariato pubblico-privato*, in M. Clarich e G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; Id., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune, Il partenariato pubblico-privato (concessioni finanza di progetto società miste fondazioni)*, Napoli, 2009; Id., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; Id., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, *www.giustamm.it*, n. 10/2008; L. Draghetti, *Finanza di progetto come partnership tra pubblico e privato: aspetti di criticità e prospettive*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 9/2005, dove si richiama la Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita (Amsterdam, 17 giugno 1997).

⁵² In realtà, è stato evidenziato che Rembert utilizzi la questione della sostenibilità finanziaria di Cornigliano per nascondere la ragione effettiva del suo dissenso: con tre impianti a ciclo integrale a fronte di una modesta spesa aggiuntiva, la Finsider avrebbe assunto una posizione molto forte nei confronti dei privati. “Era evidente che lo scopo di Rembert era un altro: quello di mettere una vera e propria camicia di forza alla siderurgia di Stato”, così R. Ranieri, *Il Piano Marshall e la ricostruzione della siderurgia a ciclo integrale*, in *Studi Storici, Rivista trimestrale dell'Istituto Gramsci*, n. 1/1996, p. 164.

⁵³ Si tratta di una procedura complessa articolata su “tre livelli: quello romano, dove operava la missione italiana dell'ECA, sotto la direzione di David Zellerbach; quello parigino, dove l'ufficio di Harriman, incaricato di esaminare i programmi europei era affiancato dal comitato acciaio dell'OECE, e infine quello di Washington, che

Anche in tal caso, si rileva come nella missione romana dell'Eca, Charlie Moore abbia subito evidenziato il pericolo che la Finsider, appoggiata dal Governo, “acquisisse una posizione monopolistica inattaccabile, assorbendo da una parte tutta la domanda e, dall'altra esercitando un controllo sulle licenze di importazione sia di rottame che di semilavorati”⁵⁴. Anche in seno alla Assemblea costituente si assiste allo scontro tra chi chiede la riprivatizzazione delle aziende dell'IRI e chi, invece, è favorevole al mantenimento di un tale intervento dello Stato nell'economia, con l'auspicio, in alcuni casi, che le imprese a pp.ss. siano poi nazionalizzate. Gli sviluppi successivi dimostrano come l'impresa a partecipazione statale viene tendenzialmente stabilizzata. Al 1948 risale, infatti, il primo intervento di carattere sistematico per le pp.ss. Nel *Programma economico a lungo termine, 1948-49/1952-53* redatto dal Cir – Comitato Interministeriale per la Ricostruzione, istituito nel 1945 con d.lgt. n. 432, posto alle dipendenze del Ministero per la ricostruzione – rientra, tra i programmi settoriali, anche quello relativo allo sviluppo del settore siderurgico ritenuto, unitamente ad altri (quali quello telefonico, radiofonico ed elettrico), di «preminente interesse nazionale». Nonostante si tratti di un periodo storico in cui si affermano idee politico-economiche improntate al liberismo – in contrapposizione al regime fascista in cui lo Stato aveva assunto il ruolo di controllore della vita economica –, nella Costituzione del 1948 l'iniziativa economica non è “soltanto una libertà riconosciuta ai privati [...]. Keynes⁵⁵ aveva decretato [...] la *fine del laissez faire*, rotto i ponti con l'economia classica, ripudiato un postulato della filosofia liberale che Bentham aveva affermato e che Marx aveva combattuto, ossia l'idea che il *laissez faire* in economia fosse un diritto di natura, antecedente allo Stato e da questo inviolabile, un diritto innato dell'uomo”⁵⁶. In Italia era stato pronunciato il c.d. *divorzio del liberalismo dal liberismo* e “la possibilità di una convergenza tra liberalismo e dirigismo aveva già, ai tempi dell'Assemblea costituente, più di un suffragio nell'esperienza storica dell'Occidente, in quella del *New Deal* come in quella laburista”⁵⁷. Pertanto, il problema non stava nella scelta tra liberismo e dirigismo, ma si trattava

esprimeva il parere finale”. Veniva emessa una *procurement authorization* per tutti i macchinari da fatturare in dollari che erano contenuti nel progetto. Cfr. R. Ranieri, *Il Piano Marshall*, cit., p. 164.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Nelle costituzioni moderne, il *keynesismo* rappresenta la “teoria fondamentale capace di legittimare interventi di spesa e di fornire solide basi per lo sviluppo dello Stato sociale disegnato dalla Costituzione”, L. Cassetti, *Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale “a distanza” alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziarie*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, p. 129.

⁵⁶ F. Galgano, *Articolo 41 Cost.*, in G. Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1982, p. 13.

⁵⁷ Interventismo ed economia regolata potevano quindi ben essere definiti come lo *Zeitgeist* prevalente nei paesi sviluppati, così M. De Cecco, *Economia e Costituzione*, in *La Costituzione italiana (Atti del convegno organizzato dalla Fondazione Istituto Gramsci il 20 e 21 febbraio 1998)*, Roma, *Res cogitans*, 1998, p. 33 ss. In realtà, sono

di dare equilibrio e possibilità di sviluppo ad una economia già dominata da smisurati apparati pubblici e nella quale lo Stato aveva già un compito immane e ormai imprescindibile. Come osservato, nel dettato costituzionale non si rinviene alcun limite alle possibilità di intervento pubblico nell'economia quando questo intervento si svolga in condizione giuridicamente paritaria e di concorrenza rispetto all'iniziativa privata; il limite sussiste, invece, quando l'intervento pubblico valga ad escludere d'autorità i privati e, pertanto, nei casi di cui all'art. 43 Cost. da cui si "trae, dunque, conferma dell'esistenza di un generale limite qualitativo all'iniziativa economica pubblica"⁵⁸. Senza poter approfondire le dinamiche che condurranno all'approvazione del piano italiano, si evidenzia solo che la Finsider, non volendo rinunciare al progetto relativo allo stabilimento di Cornigliano, conferisce incarico a due compagnie americane, la *Arthur McKee* e la *Armco*, di effettuare uno studio sulla fattibilità dell'impianto⁵⁹, che viene confermata anche dalla *Herman Brassart* di New York (a cui era stata chiesta una perizia dalle autorità dell'ECA). Il Piano Finsider viene approvato nel novembre 1949. È molto simile a quello iniziale con la sola differenza che i programmi per Bagnoli e Piombino risultano ridimensionati, mentre si rinforza quello relativo a Cornigliano, su cui converge la maggior parte delle risorse. Per ciò che concerne il centro di Bagnoli, esso viene ultimato nel giugno 1952. È un impianto moderno la cui acciaieria Thomas impressiona gli osservatori belgi e francesi della CECA. Nel 1961, dalla fusione di diverse società Finsider, dell'ILVA e della Cornigliano S.p.A. (costituita nel 1949) nasce la Nuova Italsider, gruppo siderurgico con 30.000 dipendenti, con quattro altiforni a ciclo integrale (Bagnoli, Piombino, Cornigliano e Taranto, quest'ultimo in costruzione) e una molteplicità di impianti minori. Tra il 1962 e il 1964 la stessa Italsider colma lo specchio d'acqua antistante lo stabilimento compreso tra i due pontili realizzati per l'attracco delle navi di grosso tonnellaggio. Infine, a partire dal 1969, il settore

state mosse diverse e consistenti critiche in ordine alle politiche del governo italiano del dopoguerra per favorire la crescita economica. Secondo taluni, esso avrebbe preferito la stabilità alla crescita. Uno studio sull'Italia posto in essere dall'ECA nel 1949, redatto con la guida di Paul Hoffmann, criticava pesantemente la politica economica italiana, incentivando gli investimenti pubblici. Lo studio *de quo* ha fornito terreno fertile per la critica della manovra di stabilizzazione finanziaria di Einaudi e Menichella. In particolare, si accusava il primo di non aver creduto alla validità delle misure keynesiane per il caso italiano e di aver preferito misure improntate al pareggio di bilancio e al liberismo nel commercio estero, attribuendo allo stesso la responsabilità della caduta della domanda e dei prezzi, sia all'ingrosso che al dettaglio, nell'arco temporale compreso 47-48. Cfr. Id., *Note sugli sviluppi della struttura finanziaria nel dopoguerra*, in Id., *Saggi di politica monetaria*, Milano, 1968.

⁵⁸ F. Galgano, op. cit., p. 17.

⁵⁹ L'*Arthur McKee* è una società di Cleveland (Ohio), specializzata in progettazione di stabilimenti per l'industria siderurgica e petrolifera e si occupa di attività di consulenza relativa a diversi campi (dall'acquisto alla manutenzione degli impianti), mentre l'*Armco* invece è un media azienda siderurgica specializzata in prodotti piani. Pertanto, mentre la *McKee* si occupa della parte relativa agli impianti, l'*Armco* analizza la progettazione del lay-out dello stabilimento di Cornigliano.

siderurgico si avvia verso un periodo di crisi durante il quale il Comune di Napoli interviene con una serie di previsioni urbanistiche (nel 1971 con il nuovo P.R.G. e nel 1976 con una variante al P.R.G.)⁶⁰.

3. Dal boom economico alla crisi della siderurgia.

Come è noto, gli anni cinquanta e sessanta coincidono con il c.d. *miracolo economico* legato al sistema delle partecipazioni statali, ai meccanismi di sovvenzione per le imprese private, nonché alla diffusione della grande impresa di Stato nell'Italia meridionale (*inter alia*, Italsider a Taranto – tra il 1962 e il 1970 –, Alfasud a Pomigliano d'Arco – 1966-67 – e Fiat a Termini Imerese – 1970 –) con l'obiettivo di porre rimedio al problema del divario tra Nord e Sud⁶¹. In tale periodo si registra, altresì, un intenso dibattito intorno al terzo comma dell'art. 41 Cost. che conferisce alla legge il compito (o la facoltà) di determinare i programmi e i controlli opportuni ad indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali⁶². Dalla disposizione in questione emerge senz'altro “la consapevolezza dell'incapacità del mercato di autoregolarsi e di garantire l'*ottimo sociale*”⁶³ con conseguente attribuzione alla legge di programmazione del compito di correggerne i fallimenti. Essa è strumentale al perseguimento di un duplice risultato: l'attribuzione al Parlamento delle scelte strategiche in materia economica, sottraendole all'Esecutivo e garantendo continuità ed omogeneità all'indirizzo politico economico; la tutela, mediante la riserva *relativa* di legge, delle situazioni giuridiche soggettive. Infine, essa esprime la scelta di una “programmazione indicativa o per incentivo, contrapposta ad ogni forma di pianificazione totalitaria, di per sé incompatibile con il riconoscimento della libertà economica”⁶⁴. Invero, la legge determinativa dei programmi e dei

⁶⁰ Cfr. Tribunale amministrativo regionale della Campania, sent. n. 679/2015.

⁶¹ Così G. Berta, *I protagonisti della trasformazione economica*, in M. Dogliani e S. Scamuzzi (a cura di), *L'Italia dopo il 1961. La grande trasformazione*, Bologna, 2015, p. 381.

⁶² Trattandosi di un periodo storico particolarmente favorevole in termini economici, pianificare e programmare economicamente diveniva una priorità per il Governo ed i partiti della neo istituita coalizione di Centro-Sinistra.

⁶³ R. Niro, *art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 853.

⁶⁴ *Ibidem*. Questo ultimo elemento impone una ulteriore riflessione: la legge determinativa dei programmi e controlli opportuni perché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, ha ad oggetto non solo l'attività economica privata, che costituisce esercizio della libertà di iniziativa economica privata consacrata dall'articolo in commento, ma anche l'attività economica pubblica. Proprio tale indicazione, se da un lato esprime “la possibilità che l'attività economica sia svolta dai pubblici poteri in condizioni di parità e di concorrenza con i privati imprenditori – possibilità che ha aperto le porte allo Stato imprenditore e moltiplicato

controlli di cui all'art. 41, comma 3 Cost., non può ritenersi in alcun modo dotata della capacità di sopprimere queste libertà. In primo luogo, per l'unitarietà dell'art. 41 Cost. il cui significato normativo va ricavato dal combinato disposto da tutti e tre i commi che lo compongono; in secondo luogo, per coerenza con la scelta della costituente di adottare il termine *programmi* in luogo del sostantivo *piani*⁶⁵ e di associarlo al concetto di *controllo* per cristallizzare che si tratti di un regime in cui l'iniziativa economica privata, sia pur soggetta a limiti notevoli, resta una libertà. Ne deriva che la legge suindicata abbia una valenza puramente indicativa, persuasiva e non autoritativa, non potendo incidere sulla libertà del soggetto privato nella determinazione delle proprie scelte economiche. Tale assunto è stato ribadito in più occasioni dalla Consulta che ha sottolineato come i programmi e i controlli non possano sopprimere l'iniziativa privata, ma solo indirizzarla e condizionarla per il perseguimento di obiettivi di utilità sociale⁶⁶. Negli anni sessanta con la legge di programmazione si intende, soprattutto, superare la frammentarietà degli interventi che hanno caratterizzato la politica economica dei primi governi di centrosinistra: l'applicazione del metodo della programmazione avrebbe consentito di individuare i fini di politica economica da raggiungere unitamente ai mezzi e alle procedure programmatiche a ciò funzionali. Sulla scia di quel processo di *privatizzazione*⁶⁷ dell'attività economica pubblica che, secondo autorevole dottrina "precede di oltre un trentennio la

negli anni le forme di intervento pubblico nell'economia, portando alla proliferazione degli enti, dagli enti pubblici economici alle società a partecipazione statale, in un'ottica di governo dell'economia tesa, almeno negli intenti, a realizzare la direzione politica del processo economico ed il contestuale rispetto del mercato e delle sue leggi (dalla l. n. 136 del 1953, istitutiva dell'ENI; alla l. n. 1589/1956, istitutiva del Ministero delle Partecipazioni Statali, al d.P.R. n. 1670/1962 regolante l'organizzazione dell'ENEL) –, sollecita la precisazione che detta attività non costituisce e non può costituire esercizio di una libertà, ma piuttosto una funzione, assegnata dalla legge al soggetto pubblico e strutturalmente destinata a soddisfare esclusivamente la finalità sociale per la quale tale attività viene imputata al soggetto pubblico, in una prospettiva di garanzia di non pregiudizio dei privati". Non manca chi ritiene, invece, che "l'iniziativa economica privata non è solo una libertà riconosciuta ai privati cittadini: è, al tempo stesso, un modo di essere dell'iniziativa economica, assumibile così dai privati come dai pubblici operatori. L'attività economica svolta dai pubblici poteri in condizioni di parità e di concorrenza con i privati imprenditori è essa stessa iniziativa economica privata: è attività pubblica solo per la natura del soggetto agente; è però attività privata per le modalità del suo svolgimento: è espressione della capacità di diritto privato dell'ente pubblico, della sua capacità di fruire degli stessi diritti e delle stesse libertà del privato cittadino. L'espressa menzione dell'«attività economica pubblica» contenuta nel terzo comma dell'articolo in esame, ha una funzione non discriminante: vale, tutto all'opposto, a precisare che la natura pubblica del soggetto agente non implica sottrazione dell'attività svolta allo *statuto* costituzionale dell'attività economica, che il medesimo comma concepisce come *statuto unitario*, applicabile così alla privata come alla pubblica attività economica" così, F. Galgano, op. cit., p. 18.

⁶⁵ La parola *programmi* fu preferita, come affermò Ruini, per "dissipare un'atmosfera di dubbi e di equivoci", L. Gianniti, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in <https://www.astrid-online.it>.

⁶⁶ È questo il caso, ad esempio, dell'assunzione obbligatorie di determinate categorie di soggetti (orfani di guerra, invalidi), del divieto di licenziamento delle lavoratrici in prossimità del matrimonio, le disposizioni a tutela del riposo del lavoratore etc., cfr., tra le altre, Corte cost. sentt. nn. 279/1983; 27/1968; 94/1976.

⁶⁷ Per E. Freni, voce *Privatizzazioni*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4502, la privatizzazione consiste in "una vicenda comportante il passaggio dal regime di diritto pubblico a quello di diritto privato ed essa oltre che i soggetti può riguardare anche le attività anche i beni pubblici".

Costituzione repubblicana”⁶⁸, si delinea il modello del programma che trova una prima realizzazione nel d.P.R. n. 1670 del 1962 regolante l’organizzazione dell’ENEL. Al posto di un indirizzo frammentario da realizzare mediante direttive, si tende ad introdurre un indirizzo globale, un programma contrattato tra ente e organo governativo di programmazione⁶⁹.

Contrariamente alle indicazioni del dettato costituzionale, si recupera il riferimento ai piani, sebbene l’unica esperienza di legislazione di pianificazione sia quella di cui alla l. n. 685/1967

⁶⁸ F. Galgano, op. cit.

⁶⁹ Secondo l’Autore, il fenomeno inizia a delinearsi negli anni dieci, con la costituzione dei primi enti pubblici economici. Fino a quel momento l’intervento pubblico nell’economia aveva dilatato lo Stato-apparato, ma non ne aveva modificato la struttura. Si trattava ancora di apparati interni e non esterni all’amministrazione statale; di personale dirigente ancora burocratico e gerarchicamente subordinato all’esecutivo. La nascita di enti autonomi, separati dallo Stato – come l’Istituto nazionale delle assicurazioni (1912), la Banca nazionale del lavoro (1915) etc. – fa sì che “ai tradizionali, fra loro *divisi*, poteri dello Stato si aggiunge un ulteriore potere, a sua volta diviso dagli altri: lo Stato-imprenditore si separa dallo Stato-pubblica amministrazione, il potere economico dello Stato si dissocia dal suo potere amministrativo”. Lo Stato “interpone fra sé e il mercato una pluralità crescente di enti pubblici” affinché adempiano, per suo conto, specifici compiti di intervento nell’economia, ma non conferisce loro la potestà d’imperio che caratterizza, invece, l’autorità pubblica e di cui sono dotati gli enti pubblici tradizionali. Pertanto, gli atti posti in essere da tali enti nell’esercizio dell’attività economica pubblica, sono atti di diritto privato, regolati dal codice civile e dal codice del commercio. Negli anni venti, poi, si delinea un ulteriore fenomeno che accentua questa separazione, ovvero l’utilizzo della formula della S.p.A. A partecipazione statale, che si dilaterà con la costituzione dell’IMI prima e dell’IRI poi. Tale formula sottrae al diritto pubblico e sottopone a quello privato anche gli atti interni di organizzazione dell’ente regolati in ogni loro aspetto dalle norme del codice di commercio sulle società per azioni. La privatizzazione “presentava il grande vantaggio di permettere ai pubblici poteri di svolgere attività senza essere sottoposti alla pesante disciplina in materia di contratti e di contabilità propria dello Stato”, così S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Milano, 1983, p. 214. Elemento caratterizzante di tale, primo, modello di ente pubblico economico è la nomina governativa dei relativi dirigenti da parte del governo: secondo V. Bachelet, *L’attività di coordinamento dell’amministrazione pubblica dell’economia*, Milano, 1957, p. 152 “lo stesso indirizzo generale, più ancora che con le direttive, viene indicato con la nomina dell’indirizzatore, di chi cioè ha i poteri effettivi di stabilire, come amministratore, il modo di svolgimento dell’attività dell’ente”. Il modello non sortisce gli effetti sperati poiché gli enti seguono più le leggi del mercato che le direttive del potere politico. Il secondo modello è rappresentato emblematicamente dalla istituzione del Ministero delle Partecipazioni statali che, però, ha un campo d’azione circoscritto agli enti di gestione delle partecipazioni statali, oltre i quali lascia sopravvivere il vecchio modello. Si mira a costituire centri unitari di formazione delle direttive governative e si aggiunge che gli enti debbano agire secondo *criteri di economicità*, tendere al pareggio di bilancio, operare come elementi del mercato. La nomina, intesa quale atto di indirizzo governativo, spetta allo stesso organo del Governo cui è attribuito il potere di direttiva, ossia al Ministero delle partecipazioni statali come stabilito nella medesima legge dello stesso istitutiva n. 1589/1956. Viene, altresì, introdotto il potere di sciogliere l’amministrazione dell’ente per ripetuta inosservanza delle direttive e che troverà applicazione anche in tutte le successive leggi istitutive di nuovi enti. Cionondimeno, anche questo nuovo modello non sortisce gli effetti sperati. L’indirizzo governativo si rivela frammentario e si afferma la teoria della non vincolatività delle direttive governative sulle quali si tende a far prevalere i criteri di economicità cui gli enti devono attenersi per legge ed è per questo che si afferma un terzo paradigma, quello della programmazione. Ciascuno di questi modelli presenta elementi di per sé validi: l’autonomia della direzione degli enti dalla burocrazia statale, quale premessa per la loro funzione mediatrice tra potere politico e mercato; il rapporto tra potere di nomina e potere di direttiva, quale condizione per una coerente direzione politica degli enti; il rapporto tra programma economico e direzione manageriale degli enti, nella prospettiva di una utilizzazione degli enti entro un quadro di sviluppo programmato dell’economia nazionale. Cionondimeno tali “modelli formali sono degenerati in un unico modello reale: gli enti sono stati piegati agli interessi clientelari e di sottogoverno, di conservazione, di consolidamento, di lottizzazione del potere da parte della classe politica dirigente, alimentando le spinte corporative, costituendo nuovi ceti parassitari, provocando processi di devalorizzazione del capitale e di distruzione della ricchezza prodotta”, così F. Galgano, op. cit., p. 25.

di approvazione del Piano quinquennale 1966-1970 volta a definire «il quadro della politica economica, finanziaria e sociale del Governo e di tutti gli investimenti pubblici»⁷⁰.

Il tema della programmazione economica è particolarmente rilevante ai fini dello studio in questione. Invero, nell'elaborazione del programma economico generale degli anni 60, si coglie appieno la correlazione tra riforma urbanistica e programmazione economica nonché i rapporti tra regolazione dello sviluppo economico e «governo del territorio»⁷¹. Si avrà modo di osservare che, proprio quest'ultima materia – “la cui voce compare per la prima volta nella Costituzione italiana nel testo novellato dell'art. 117, tra le materie affidate alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni”⁷² – viene in rilievo in occasione della sentenza della Corte costituzionale n. 126/2018 laddove il Giudice delle leggi si è espresso sulla legittimità costituzionale dell'art. 33, d.l. n. 133/2014 concernente la bonifica e la rigenerazione urbana del SIN Bagnoli-Coroglio.

Come evidenziato, “un duro colpo alla grande impresa fu inferto dalla crisi degli anni Settanta in quanto l'inflazione fece letteralmente saltare gli equilibri finanziari di imprese e banche: le economie mondiali si andavano riposizionando ma l'occasione non fu colta e quindi si ebbe disavanzo nella produzione di aziende pubbliche (acciaio, chimica e cantieristica). Quando arriverà negli anni Novanta la stagione delle privatizzazioni in Europa, la grande impresa fondata sul binomio di impresa di Stato e programmazione pubblica era in realtà già decotta”⁷³.

⁷⁰ Ed invero, nella *Nota Problemi e prospettive dello sviluppo economico italiano presentata al Parlamento dal Ministro del Bilancio Ugo La Malfa*, 22 maggio 1962 (conosciuta come Nota aggiuntiva), si legge “[...] come gli svolgimenti del mercato, solo in parte corretti da interventi discontinui e non sempre coordinati da una politica economica, avessero condotto ad accentuare, anziché ridurre, il carattere dualistico che l'economia italiana presentava sotto l'aspetto settoriale del contrasto tra lo sviluppo dell'agricoltura e lo sviluppo degli altri settori, e sotto l'aspetto territoriale fra sviluppo delle regioni più industrializzate del Nord e sviluppo delle altre regioni e in particolare del Mezzogiorno”.

⁷¹ Secondo M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, il governo del territorio, dal punto di vista giuridico, consiste nella *governance* dell'insieme di decisioni e attività che incidono in modo significativo sull'assetto e sugli equilibri del territorio (id est, urbanistica, investimenti pubblici, iniziative di promozione dei sistemi locali, regionali o nazionali) affinché le trasformazioni siano volte ad uno sviluppo equilibrato. In ciò si coglie la connessione con la tematica dello sviluppo economico che, a sua volta consta dell'insieme di politiche pubbliche, iniziative economiche private nonché interventi regolatori volti a correggere i fallimenti del mercato, così S. Amoroso, *Sylos Labini, la programmazione economica e la riforma urbanistica (1962-1967)*, in *Moneta e Credito*, 2016, pp. 165-173.

⁷² A. Iacoviello, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 360.

⁷³ Così V. Negri Zamagni, *Dalla programmazione alle privatizzazioni*, in M. Dogliani e S. Scamuzzi (a cura di), *L'Italia dopo il 1961*, cit., pp. 374-375. Come afferma S. Alessandrini, *La siderurgia*, in *Istituto affari internazionali*, n. 7915/1979, p. 1, “Il settore siderurgico è oggi caduto in una crisi di crescita molto profonda che ha colpito prevalentemente i paesi industriali”. In particolare, la concorrenza delle miniere comunitarie viene sbaragliata dall'affermazione dei nuovi combustibili ricavati dal petrolio o dal gas naturale, che in quel frangente sostituirono il carbone sia nei processi industriali che negli usi domestici.

In tale prospettiva si inserisce la decisione del 23 dicembre 1988 con cui la Commissione delle Comunità europee si è espressa in materia di aiuti del governo italiano alla siderurgia pubblica. Essa sottolinea che, nel periodo compreso tra il 1980 e il 1985, l'Istituzione comunitaria ha autorizzato⁷⁴ notevoli aiuti di Stato a favore dell'impresa pubblica siderurgica italiana Finsider affinché ripristinasse l'efficienza economica, ponendo in essere un programma di ristrutturazione volto (tra l'altro) alla chiusura di taluni impianti. Nell'atto *de quo*, la Commissione imputa a una "struttura commerciale e industriale insufficientemente competitiva" e a una "gestione non sufficientemente rigorosa", la responsabilità per il mancato risanamento della situazione. In particolare, l'impresa pubblica aveva raggiunto un grado di indebitamento superiore al fatturato annuo e non era in grado di autofinanziarsi. A fronte di una "continua estensione del credito" alla Finsider da parte di istituti sottoposti a controllo pubblico, la Commissione ha avviato (il 7 maggio del 1988) una procedura di infrazione ex art. 88 del Trattato CECA. Il 10 maggio 1988, la Finsider – di cui il 99,8% delle azioni era detenuto dall'IRI – ha proceduto alla liquidazione volontaria e il 16 giugno 1988 il Governo italiano ha comunicato alla Commissione un piano di ristrutturazione della siderurgia italiana notificando, altresì, il piano di finanziamento volto alla sua realizzazione. Quest'ultimo prevedeva il trasferimento all'ILVA delle attività più redditizie della Finsider, tra cui la produzione degli impianti di Taranto, Piombino e Cornigliano, nonché la progressiva *dismissione*⁷⁵ delle attività siderurgiche di Bagnoli. In particolare, si prevedeva la chiusura della fase a monte entro il primo luglio 1989, mentre l'impianto di laminazione a caldo (che con un precedente aiuto concesso era stato portato ad una capacità massima di 1,2 milioni di t) sarebbe stato incorporato dall'ILVA e gestito «in funzione [...] delle tendenze del mercato e dell'aspetto economico generale dell'operazione». A giudizio della Commissione bisognava «garantire che tutte le chiusure previste» fossero «definitive ed irreversibili» senza ulteriori aggravii per il mercato siderurgico comunitario, attraverso la demolizione degli impianti o la loro cessione a Paesi terzi non europei; e che l'ILVA non ottenesse, da queste misure, un indebito vantaggio rispetto agli altri concorrenti. Nel 1994 con decisione del 12 aprile n. 259 la Commissione della Comunità Europea è nuovamente intervenuta sulla crisi dell'industria siderurgica comunitaria, che definisce «la più grave dalla prima metà degli anni ottanta»⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Decisioni nn. 257/80/CECA e 2320/81/CECA.

⁷⁵ Secondo la dicitura di E. Rea, *La dismissione*, cit.

⁷⁶ «Le difficoltà sono dovute al generale rallentamento dell'economia, che ha avuto notevoli ripercussioni sull'attività industriale in generale e sull'industria siderurgica in particolare, comportando un forte squilibrio tra

Nel periodo compreso tra il 1988 e il 1991, in applicazione delle decisioni 89/218/CECA, 90/89/CECA e 32/17/CECA, l'Istituzione ha autorizzato ingenti aiuti di Stato a favore dell'ILVA (impresa siderurgica italiana del settore pubblico) per la realizzazione di un programma di ristrutturazione finalizzato al ripristino dell'efficienza economico-finanziaria dell'impresa⁷⁷.

Nella medesima decisione la Commissione asserisce che, ciononostante, l'ILVA non ha raggiunto gli obiettivi prefissati ed ha continuato ad accumulare perdite con incremento notevole dei suoi debiti (circa 7.600 Mld di LIT e con un quoziente di indebitamento – *Debt/Equity ratio* – di 8,24). Anche in tal caso la Commissione, a fronte della persistente concessione di crediti all'ILVA, in quanto gruppo di imprese pubbliche fortemente squilibrato e del «progetto dell'IRI di assumere a proprio carico la maggior parte dell'indebitamento» del gruppo ILVA, ha esteso la procedura di infrazione precedentemente avviata ricomprendendovi anche tali interventi ritenendoli incompatibili con l'art. 4, lett. c) del trattato CECA e con le disposizioni della decisione n. 3855/91/CECA.

Per tale ragione l'Italia ha comunicato alla Commissione un nuovo programma di riassetto e privatizzazione del gruppo ILVA approvato dall'IRI i cui obiettivi principali erano rappresentati dalla privatizzazione del gruppo entro il 1994 – attraverso la cessione diretta sul mercato delle partecipazioni dell'ILVA e dell'IRI – e dalla vendita del 100% del capitale delle società interessate, nonché la chiusura completa degli impianti siderurgici di Bagnoli e la riduzione della capacità produttiva per alcuni prodotti di Taranto.

Si sarebbe dovuti procedere attraverso la scissione del nucleo centrale di attività dell'impresa in due nuove società, l'ILP (ILVA Laminati piani S.r.l.) e l'AST (Acciai speciali Terni S.r.l.), per le quali la redditività rispetto al capitale investito e rispetto ai fondi propri avrebbe consentito l'immediata privatizzazione.

Il resto del gruppo, denominato ILVA Residua, sarebbe stato posto in liquidazione, previa cessione ai privati di tutte le società e gruppi che possono essere venduti. Quest'ultima si accollerà temporaneamente tutto il personale destinato al licenziamento o al pensionamento

offerta e domanda, accompagnato da un crollo dei prezzi. Inoltre il mercato mondiale in generale è fiacco, quello comunitario risente della pressione delle importazioni e il contenzioso commerciale con gli Stati Uniti ha pregiudicato in notevole misura le esportazioni comunitarie verso tale mercato. Tutti questi fattori hanno concorso ad aggravare la situazione finanziaria di quasi tutte le imprese siderurgiche della Comunità», decisione 94/259/CECA.

⁷⁷ Ciò sarebbe dovuto avvenire attraverso la chiusura di diversi impianti nonché la soppressione del 38,7% dei posti di lavoro (circa 27.196) entro il 1988.

anticipato. Per la realizzazione di questo programma di privatizzazione e vendita sul mercato, l'ILVA avrebbe beneficiato non solo del conferimento di 650 Mrd di LIT fatto dall'IRI, ma anche di altri interventi pubblici. L'IRI, dunque, oltre ad assumere un debito pari a 2943 Mrd di LIT, avrebbe dovuto accollarsi le spese connesse al proseguimento delle attività dell'ILVA Residua fino al momento della sua liquidazione con un intervento pubblico complessivo di 4790 Mrd di LIT.

Per la Commissione il risanamento economico-finanziario della struttura dell'industria siderurgica italiana avrebbe contribuito al conseguimento degli obiettivi, tra gli altri, di cui agli artt. 2 e 3 CECA.

La riduzione di capacità della stessa viene intesa come “contropartita dell'aiuto approvato a titolo eccezionale”⁷⁸ e strumentale a limitare le conseguenze per la concorrenza. In quest'ottica è concepita la chiusura degli impianti di Bagnoli che ne avrebbe dovuto comportare “la rottamazione, ovvero lo smantellamento con vendita al di fuori dell'Europa”⁷⁹.

La decisione prevede un sistema di sorveglianza sull'attuazione del programma per cui l'Italia avrebbe dovuto inviare alla Commissione, due volte all'anno, rapporti particolareggiati sullo stato di realizzazione delle diverse misure sulla base dei quali la Commissione avrebbe dovuto elaborare relazioni semestrali da sottoporre al Consiglio.

La Commissione avrebbe altresì potuto far compiere gli accertamenti necessari presso le imprese beneficiarie (ex art. 47 del trattato CECA) per verificare l'esattezza delle informazioni suddette e in particolare l'osservanza delle condizioni previste nelle sue decisioni.

Inoltre, qualora la Commissione constati che non sono state rispettate le condizioni previste nelle sue decisioni a titolo dell'art. 95 del trattato, la Commissione può esigere la sospensione del pagamento degli aiuti e/o i rimborsi degli aiuti già versati. Qualora l'Italia non dovesse conformarsi agli obblighi che le sono importi da una tale decisione, si applicherebbe l'art. 88 del trattato.

Il caso del centro di Bagnoli e della stessa siderurgia può essere inquadrato all'interno di una più generale svolta nella *governance* economica europea sulla cui *ratio*, la dottrina si è molto interrogata. È stato osservato che può risultare utile, al riguardo, discorrere di anti-keynesismo⁸⁰,

⁷⁸ Decisione 94/259/CECA

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ “All'interno dell'etichetta generale dell'*antikeynesismo* sono state inquadrare le riflessioni sulle radici del neoliberalismo (in Europa e negli Stati Uniti) che ha connotato l'esperienza della *governance globale* a partire dagli anni settanta del XX secolo e che è stato formalizzato nell'agenda del *Washington Consensus* nel 1989”, così L. Cassetti, *Diritto costituzionale e teorie economiche*, cit., p. 129.

costituendo esso il denominatore comune di diverse teorie economiche statunitensi ed europee. Secondo parte della dottrina pubblicistica, le matrici del neoliberismo vanno rinvenute nel liberismo statunitense e nell'ordoliberalismo austro-tedesco la cui differenza principale sarebbe riconducibile al significato che ciascuna delle due scuole di pensiero attribuisce all'espressione *libero mercato*. La prima, sostenitrice della libera competizione, la seconda schierata a favore di un mercato concorrenziale che si svolga nell'ambito di un quadro generale fissato e regolato *ex lege*⁸¹ “un modello economico, il c.d. ordoliberalismo che, tuttavia, a differenza del *laissez faire* liberista, ritiene che la libera concorrenza non si attui liberamente e spontaneamente, ma piuttosto attraverso un ruolo attivo e dinamico dello Stato. Un ruolo che si applica in particolare attraverso l’emanazione di regole tese a costruire un quadro giuridico, tecnico, sociale, morale e culturale del mercato. In quest’ambito ordinamentale, la costruzione di un modello economico di Costituzione si regge sulla libera concorrenza che, nello stesso tempo, assurge a principio ispiratore delle politiche pubbliche e ad obiettivo da perseguire (principio-obiettivo)”⁸². Pertanto, mentre per i neoliberisti non c’è necessità di regolazione statale, per gli ordoliberalisti l’efficienza allocativa del mercato non deriva *sic et simpliciter* dal dispiegamento libero delle forze del mercato, ma è l’effetto di un *ordinamento giuridico* e dell’intervento dello Stato che pone le regole del suo funzionamento⁸³. Su impulso degli ordoliberalisti, la tutela della concorrenza sarà posta a fondamento della Comunità Economica Europea. Come evidenziato dalla dottrina “si potrebbe dire che in Europa si è assistito alla contrapposizione [...] tra modello neo-americano, orientato al mercato puro e modello renano geloso delle conquiste dello Stato sociale. Un modello renano tuttavia sempre più disposto a mettere sul mercato servizi pubblici e beni comuni e progressivamente disposto a trasformare il cittadino in utente, una logica tipica

⁸¹ In senso contrario, cfr. *Ibidem*, secondo cui non è corretto “schiacciare la complessità del pensiero ordoliberal sul liberismo americano con la sua fiducia assoluta e incondizionata nei confronti delle regole del mercato” (quest’ultimo sostanzialmente riconducibile alla scuola di *Public Choice* e al *Constitutional political economy* di cui il maggior esponente fu J.M. Buchanan. Al riguardo, l’Autrice procede a “pesare le varie anime che in quel movimento (Ordoliberalismo) si sono incontrate e confrontate” essendo, così, possibile ricostruire le differenze tra il neoliberismo in senso stretto della scuola austriaca (von Hayek) e l’ordoliberalismo tedesco. G. Di Gaspere, *Genesi, metodo e prassi del neoliberalismo*, in www.amministrazioneincammino.it, 20.08.2021, p. 4, ritiene che le teorie liberali americane siano confluite in quelle Ordoliberali attraverso l’elaborazione di Von Mises e Hayek sulla funzione del *calcolo economico* nella formazione dei prezzi che irrorà il neoliberalismo americano e gli consente di avallare la libera competizione nel mercato.

⁸² A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell’economia. Fondamenti giuridici*, in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, cit., p. XXI.

⁸³ “L’intento del giurista tedesco era perciò quello di rappresentare il sistema economico come una *Rechtsverfassung* della vita economica; un ordinamento in senso giuridico – costituzionale materiale, in cui la concorrenza appariva essere un istituto costituzionale (*Verfassungseinrichtung*)”, A. Zanini, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973)*, Bologna, 2022, pp. 160-162, cui si rinvia per una disamina dell’Ordoliberalismo.

del diritto privato e dell'affermazione dei diritti attraverso gli schemi propri dell'azione del risarcimento danni. Un modello, dunque, che presentato da *Neumann a Weimar*, è stato successivamente trasformato, influenzato e deformato ad esempio attraverso il contributo della Scuola degli ordoliberali [...] Nel modello di economia sociale di mercato la regola comunitaria della concorrenza [...] non avrebbe dovuto rappresentare un valore assoluto, ma un principio derogabile in presenza di fallimenti del mercato e di servizi che hanno l'obbligo di garantire i diritti fondamentali [...] un modello che avrebbe dovuto configurare uno Stato non soltanto regolatore, ma anche gestore [...] le regole della concorrenza e dell'economia di mercato avrebbero dovuto cedere dinanzi al principio dell'eguale soddisfacimento dei diritti sociali, quali diritti universali e fondamentali dell'uomo. In realtà tale modello che [...] trovava le sue radici nella visione keynesiana di *Welfare State*, venne travolto, a seguito della crisi petrolifera di fine anni settanta dalla rivoluzione Reagan-Tacheriana, generando l'attuale ideologia del riformismo, “una teorica non più sorretta da un disegno primario di giustizia sociale, ma al contrario volta principalmente alla ricostruzione di un sistema capitalistico il più possibile efficiente [...] con il ricorso ai principi di Maastricht si abbandona dunque anche il modello di economia sociale di mercato, per planare su un liberismo formalmente temperato”⁸⁴.

⁸⁴ A. Lucarelli, *Scritti*, cit., p. 134. Al riguardo a L. Di Nella, *La Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in AA.VV., *Diritto ed economia, Problemi ed orientamenti teorici*, Padova, 1999, pp. 183-185. In realtà, persistono le differenze tra le correnti di pensiero economico in Germania che si rifanno alla scuola di Friburgo (*Neue politische Oekonomie*) e il pensiero della scuola di Chicago giacché per i *Reaganomics* l'efficienza del sistema economico rappresenta l'obiettivo unico o primario da perseguire, mentre per gli Ordoliberali e i seguaci neoliberali la politica della concorrenza mira a raggiungere non solo l'efficienza, ma anche altri valori che talora possono essere in contrasto con la prima (ivi, 185). Dunque nell'approccio di Fikentscher (annoverabile appunto tra i seguaci che si rifanno agli insegnamenti ordoliberali, insieme ad autori come Steindorff, Hoppmann, Moeschel, Müller Graff) il *neo* sta a indicare la collocazione storica del filone di pensiero, ma la sostanza giuridica del pensiero resta appunto l'*Ordo*, cfr. L. Cassetti, op. cit., p. 142, nota 43. Ancora su questo tema, G. Di Gaspere, *Genesi, metodo e prassi del neoliberalismo*, cit., p. 8, asserisce che “l'AUE ha segnato il subentro alla originaria Comunità Europea ordoliberalista dell'Unione Europea neoliberalista. Lo possiamo constatare attraverso il raffronto tra la concezione ordoliberalista del *mercato interno* e quella neoliberalista del *mercato unico*. Il Trattato istitutivo di Roma del 1957 stabiliva l'immediata vigenza solo della libera circolazione delle merci e dei lavoratori a parità di condizioni giuridiche e di trattamento economico, condizionando invece l'avvio della libera circolazione dei capitali e della libera prestazione dei servizi finanziari al previo raggiungimento della *coesione economico-sociale* ed al *coordinamento delle politiche economiche e sociali* tra gli Stati membri. I padri fondatori Schuman, Adenauer, De Gasperi, cristiano democratici che parlavano tedesco, avevano ben presente il rischio di dinamiche incontrollate centrifughe dei capitali verso i paesi fiscalmente e finanziariamente più attrattivi. Rischio concretizzatosi appunto grazie all'AUE il quale, abrogando l'originaria condizionalità della coesione economica sociale e del coordinamento delle politiche di bilancio ha innescato la competizione finanziaria e fiscale, il drenaggio di capitali, la riduzione del gettito fiscale per alcuni stati a vantaggio di altri e conseguente incremento del debito pubblico, disallineamento dei bilanci statali, accentuando la forbice delle disuguaglianze economico e sociali all'interno dell'unione tra gli stati membri. La cosiddetta *rivoluzione copernicana* del 1987, dunque, ha aperto il *vaso di pandora* della libera circolazione dei capitali all'interno dell'Unione, sovvertendo la gerarchia e la tempistica tra le quattro libertà fondamentali previste nell'ordinamento giuridico ordoliberalista del *mercato interno*, imponendo la priorità della libera circolazione dei capitali, estesa quasi di soppiatto dallo stesso Atto

4. La bonifica.

183

Nel momento stesso in cui (la chiusura di) Bagnoli diviene strumento di risanamento economico-finanziario dell'industria siderurgica (pubblica) italiana, il quartiere diviene meglio noto per i tentativi (ancora *in fieri*) di risanamento ambientale.

Nel 1994, con delibera del 13 aprile – adottata in base all'art. 4, l. n. 80/1984 sul programma triennale di interventi 1994-1996⁸⁵ – il Comitato Interministeriale per la programmazione economica delibera che «l'ILVA S.p.A. provvede al progetto delle operazioni tecniche di bonifica dei siti industriali dismessi nella zona ad elevato rischio ambientale dell'area di crisi produttiva ed occupazionale di Bagnoli».

La previsione costituisce declinazione del c.d. *Polluter-Pays Principle*⁸⁶ (chi inquina paga), principio comunitario secondo cui chiunque cagioni, anche accidentalmente, il superamento (o il pericolo di superamento) dei limiti di accettabilità della contaminazione dei suoli delle acque superficiali e delle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti, deve procedere a proprie spese alla messa in sicurezza, alla bonifica e al ripristino delle aree inquinate e degli impianti da cui lo stato di inquinamento (anche solo potenziale) deriva. Con il decreto l. n. 486/1996 il legislatore italiano introduce *Disposizioni urgenti per il risanamento dei siti industriali delle aree di Bagnoli e di Sesto San Giovanni* con cui prevede che l'Istituto per la

anche extra UE, ha esposto il mercato unico ai nuovi turbolenti squilibri della *governance* finanziaria di Basilea e alle indotte condizionalità della *governamentalità* neoliberista”.

⁸⁵ Rubricata *Piani regionali di sviluppo* la disposizione prevede che «Per l'attuazione degli articoli 35 e 36 della legge 14 maggio 1981, n. 219, i Consigli regionali della Basilicata e della Campania, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, approvano e inviano al CIPE i rispettivi piani triennali di sviluppo. Il CIPE su proposta del Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno, delibera entro sessanta giorni dalla data di ricevimento», «I piani triennali di sviluppo devono prevedere programmi pluriennali di intervento che individuano: a) i progetti da realizzare; b) i soggetti pubblici e privati responsabili della loro realizzazione; c) le modalità sostitutive dei soggetti inadempienti». Il suddetto art. 35, l. n. 219/1981 prevede, altresì, che «Le Regioni Basilicata e Campania provvedono alla predisposizione di piani di assetto del territorio e di progetti di sviluppo con priorità per le aree disastrose, per l'area napoletana».

⁸⁶ Il *Polluter-Pays Principle*, trova la sua prima formulazione nella Raccomandazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) del 1972, secondo cui «*This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment. This Principle should be an objective of Member countries; however, there may be exceptions or special arrangements, particularly for the transitional periods, provided that they do not lead to significant distortions in international trade and investment.*».

ricostruzione industriale «direttamente o per il tramite di società partecipate e quando occorra di società specializzate, provvede al risanamento ambientale [...] sulla base del *Piano di recupero ambientale – Progetto delle operazioni tecniche di bonifica dei siti industriali dismessi nella zona ad elevato rischio ambientale dell'area di crisi produttiva ed occupazionale di Bagnoli* di cui alle delibere del Comitato interministeriale per la programmazione economica tra cui, quella del 13 aprile 1994 di cui sopra⁸⁷.

In attuazione della disposizione suindicata, l'IRI costituiva la società di scopo Bagnoli S.p.A. per la realizzazione delle opere di risanamento⁸⁸. Con la legge finanziaria 2001 (l. n. 388/2000) Bagnoli veniva ricompresa tra i siti ad alto rischio ambientale per i quali sussiste urgente necessità di interventi di bonifica e veniva istituito il sito di interesse nazionale di Bagnoli-Coroglio (perimetrato, prima, con decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare del 31 agosto 2001 e, poi, con decreto MATTM dell'8 agosto 2014).

In particolare, il comma 24, lett. *p-ter*) dell'art. 114, l. n. 388/2001, prescrive che «Napoli Bagnoli – Coroglio» sia compreso tra «aree industriali e siti ad alto rischio ambientali» perimetrati secondo i criteri stabiliti dal d.lgs. n. 22/1997.

Quest'ultimo, emanato in «attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», rappresenta il primo intervento normativo (interno) specificamente dedicato alla bonifica dei siti inquinati⁸⁹.

Sempre ai sensi dell'art. 114, l. n. 388/2000 il Comune di Napoli acquisiva la proprietà delle aree oggetto di intervento, subentrando alla società Bagnoli S.p.A. nelle relative attività di bonifica e, in attuazione della delibera del Consiglio comunale n. 40/2002, veniva costituita la

⁸⁷ È interessante notare che l'art. 1, comma 7, l. n. 486/1986 prevede che «In caso di acquisizione delle aree oggetto di risanamento ambientale di cui al comma 1 da parte di amministrazioni dello Stato o di enti territoriali, anche mediante procedura espropriativa, il valore dell'area agli effetti dell'indennizzo o del prezzo della cessione volontaria è decurtato dell'incremento di valore dell'area conseguente alle operazioni di bonifica e di risanamento effettuate».

⁸⁸ Come opportunamente evidenziato, il ricorso delle amministrazioni statali al modello delle S.p.A. non si riferisce solo all'esercizio servizi pubblici, avendo altresì investito settori quali la promozione dello sviluppo economico, la realizzazione di infrastrutture o di altre opere pubbliche, la gestione di attività materiali e di supporto alla amministrazione locale, nonché la realizzazione di interventi urbanistici. Proprio questi ultimi, come si avrà modo di osservare, sono soventi realizzati attraverso il paradigma delle c.d. società di trasformazione urbana, cfr. M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

⁸⁹ Il relativo articolo 17, inoltre, rubricato *Bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati*, al comma 2, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle operazioni di bonifica e ripristino della salubrità degli ambienti, menziona espressamente il suindicato principio, di matrice comunitaria, secondo cui «chi inquina, paga».

società di trasformazione urbana⁹⁰ a partecipazione pubblica Bagnolifutura S.p.A. con il compito di realizzare gli interventi di bonifica e trasferita la proprietà delle aree del SIN Bagnoli-Coroglio, già del Comune di Napoli. Il ricorso, da parte degli enti pubblici locali, al modello delle società per azioni, lungi dall'essere riferito alla sola erogazione dei servizi pubblici⁹¹ avendo, al contrario, investito diversi settori tra cui, la promozione dello sviluppo economico, la realizzazione di infrastrutture o di altre opere pubbliche, attività di supporto, a vario titolo, della amministrazione locale nonché, la realizzazione di interventi urbanistici

⁹⁰ Le società di trasformazione urbana (S.T.U.) sono state introdotte nel nostro ordinamento dalla l. n. 127/1997, poi trasfuso nel T.U. degli enti locali – d.lgs. n. 267/2000 – come strumento, per Comuni e Città metropolitane, per l'espletamento delle funzioni in materia di governo del territorio, come la realizzazione di interventi di trasformazione urbana o di valorizzazione e riqualificazione di aree degradate (Cfr. altresì sentenza del Consiglio di Stato n. 4348/2009 che ha statuito che le S.T.U. sono utilizzabili dagli enti locali non solo per interventi di riqualificazione di abitato preesistente ovvero di recupero di tessuto urbano degradato, ma anche per quelli consistenti nella progettazione e realizzazione di interi insediamenti urbani su aree inedificate, pure di notevoli dimensioni, nonché nell'attività di pianificazione, purché nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti). La disciplina di tale tipologia di società è contenuta nell'art. 120 T.U.E.L. e nell'art. 36 della legge della Regione Campania n. 16/2004. Esse devono avere la struttura giuridica delle società per azioni, possono essere partecipate anche da Province e Regioni e possono aprirsi all'apporto di capitali privati. In tale ultimo caso, ai sensi del primo comma dell'art. 120 T.U.E.L., gli azionisti devono essere selezionati a mezzo procedure di evidenza pubblica. Tra azionisti e società di trasformazione urbana deve essere stipulata una Convenzione contenente, a pena di nullità, obblighi e diritti delle parti affinché si persegua effettivamente lo scopo per il quale la società viene costituita. Le società di trasformazione urbana devono provvedere alla preventiva acquisizione degli immobili interessati dall'intervento, alla trasformazione e commercializzazione degli stessi. La acquisizione dei beni *de quibus* – consensuale o attraverso procedura espropriativa – devono essere precedute da delibera del Consiglio comunale che ha valore di dichiarazione di pubblica utilità. Come si è già osservato, la S.T.U. Bagnolifutura presenta capitale interamente pubblico, ma non è preclusa la possibilità che ad esso partecipino anche soggetti privati essendo tale eventualità ammessa e regolata dalla Convenzione stipulata con gli enti locali soci (art. 3 Convenzione del 2002, modificato nel 2012). Circa i diritti vantati da Bagnolifutura sulle aree oggetto di bonifica al momento della sua costituzione, per la parte che non era ancora nella disponibilità del Comune di Napoli la società stessa aveva il compito di acquisire le aree, mentre, per le aree già appartenenti agli enti locali, questi erano, secondo la previsione originaria dell'art. 2 della Convenzione, obbligati a garantirne la disponibilità alla società a titolo di concessione. Tuttavia, poco dopo il Comune di Napoli dispose diversamente, obbligandosi a conferire in proprietà le aree che nel frattempo aveva acquistato dalle società Cimimontubi S.p.A. e Mededil S.p.A. Insieme a tali aree, Bagnolifutura assunse la posizione debitoria per il pagamento del relativo prezzo nei confronti prima delle suddette società cedenti e successivamente di Fintecna S.p.A., che aveva rilevato i loro crediti: debito mai estinto e che è stato in parte causa del fallimento.

⁹¹ Secondo una definizione classica e risalente, per servizio pubblico si intende “un'attività imputabile, direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini”, aggiungendo che “il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell'istituto”, così A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, dir. da V.E. Orlando, IV, Milano, 1930, p. 613. Tale impostazione prediligeva, come angolo visuale di approccio al tema, quello soggettivo, cioè l'imputabilità del servizio ad un soggetto pubblico. Cionondimeno, mutando il punto di vista, si è osservato che alcune di queste attività, pur presentando caratteri di pubblica utilità, non erano riconducibili a soggetti di natura pubblica. Pertanto, parte della dottrina ha inteso privilegiare l'aspetto oggettivo, ovvero il tipo di attività svolta, e ha posto sullo sfondo le caratteristiche del soggetto che fornisce il servizio (Cfr. U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale cfr. *ex multis*, S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 362 ss., specie p. 370. Cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Dig. it.*, XVII, 1970, p. 217). Si evidenzia, altresì che una netta antitesi tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo non consenta di cogliere la complessità del fenomeno nella misura in cui occorre sempre tener conto dei nessi tra i due aspetti del fenomeno.

avvalendosi, in tale ultimo caso, dello specifico modello delle società di trasformazione urbana di cui all'art. 120 del T.U. degli enti locali⁹².

Si tratta di una società (con capitale interamente pubblico) partecipata dal Comune (90%) e dalla Provincia di Napoli (2,5%) e dalla Regione Campania (7,5%) avente per oggetto e scopo sociale la bonifica, la riqualificazione e la trasformazione urbana delle aree dei quartieri napoletani di Bagnoli e Fuorigrotta.

Le società pubbliche si caratterizzano, in primo luogo, per non essere suscettibili in una categoria unitaria che rende difficile l'elaborazione di una definizione omnicomprensiva e soddisfacente per ogni forma manifestatasi.

È stato osservato che l'unico elemento comune – diverso da quello associativo, a valenza meramente empirica e descrittiva – sia l'applicazione del diritto eurounitario e, *in primis*, della regola della concorrenza. Per ciò che specificamente concerne le società delle Regioni e degli enti locali, la dottrina ne segnala una diffusione un ricorso risalente ancorché si tratti di esperienze frutto di interventi normativi frammentari ed asistematici oltre che interpretati in senso restrittivo sia dalla giurisprudenza che dagli organi deputati alle funzioni di controllo⁹³.

La possibilità, per gli enti locali, di ricorrere a tali strumenti è stata giustificata con il riferimento alla generale capacità di diritto privato loro riconosciuta ex art. 11 c.c. Solo nel 1990, con la l. n. 142, art. 22, si sancisce espressamente che gli enti pubblici locali possano fare ricorso al modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali⁹⁴.

⁹² Sul tema cfr. M. Dugato, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 511 ss; P. Urbani, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, p. 623 ss; Bonetti, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, 2011, p. 176 ss.

⁹³ Cfr. A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in M. Cammelli e M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit.

⁹⁴ La legge *de qua* interviene sull'ordinamento delle autonomie locali introducendo modalità di gestione differenziate per i servizi pubblici locali fra quelli che hanno fini sociali e quelli di rilevanza economica. Essa è volta a definire nuovi strumenti di collaborazione tra pubblico e privato nell'economia. Mantiene inalterata la possibilità di gestione diretta dei servizi da parte degli enti locali, ma vi affianca due modelli di gestione che permettono: l'affidamento a terzi mediante contratto o concessione (collaborazione di tipo contrattuale) e la costituzione di società mista di diritto privato con partecipazione pubblica o soggetta al controllo pubblico (cooperazione istituzionale); più precisamente, l'art. 22 della medesima legge introduce, per la prima volta, la possibilità di affidare i servizi pubblici locali a società per azioni con prevalente partecipazione pubblica. È il primo ingresso, dalla legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici locali del 1903, dei privati nella gestione del servizio pubblico. Successivamente, con l. n. 482/1998, precisamente con il relativo art. 12, è stata introdotta la possibilità di ricorrere allo strumento della S.p.A. a partecipazione pubblica non maggioritaria.

Il 31 luglio del 2003 il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, approvava il piano di bonifica presentato dalla società Bagnolifutura.

Il 29 maggio 2014 il Tribunale di Napoli, su ricorso presentato dalla Fintecna S.p.A., ha dichiarato il fallimento della società di trasformazione urbana Bagnolifutura S.p.A., già posta in liquidazione a febbraio dello stesso anno, stante il forte indebitamento della medesima e l'impossibilità per il Comune di Napoli di ricapitalizzarla.

In primo luogo, il Tribunale napoletano ha ritenuto sussistente, in capo alla S.T.U. in causa, il requisito soggettivo di fallibilità di cui all'art. 1 della legge fallimentare⁹⁵ non essendo applicabile al caso di specie l'esonero dal fallimento previsto per gli enti pubblici ai sensi del comma 1 della medesima disposizione.

Il collegio partenopeo ha respinto anche l'argomentazione secondo cui, ad escludere l'assoggettabilità al fallimento, sarebbe stata la natura di servizio pubblico essenziale dell'attività svolta dalla S.T.U. Bagnolifutura. Per il Tribunale la natura pubblica rileva, ai fini dell'esclusione, solo se riferita all'elemento soggettivo (l'imprenditore) e non anche a quello oggettivo (l'attività).

Ciononostante, proprio la rilevanza pubblica dell'attività svolta dalla Bagnolifutura e l'assoggettamento dei beni di sua proprietà al vincolo di pubblica utilità, hanno reso particolarmente complessa la procedura fallimentare.

⁹⁵In particolare il Tribunale di Napoli ha ritenuto che, nel caso della società Bagnolifutura S.p.A., non siano sussistenti i presupposti individuati dalla giurisprudenza di legittimità affinché potesse parlarsi di società *in house*. In primo luogo, difetterebbe il requisito della integrale pubblicità del capitale sociale da intendersi non come dato empirico, ma come preclusione (statutaria) assoluta di accesso ai capitali privati. Nel caso di specie, non solo lo statuto della S.T.U. deputata alla bonifica del SIN Bagnoli non conteneva alcun divieto specifico di apertura ai privati, ma la convenzione stipulata tra la società e gli enti soci, prevedeva espressamente questa possibilità. Né, secondo i giudici napoletani, poteva ritenersi sussistente il requisito ulteriore del controllo analogo in quanto le modalità di controllo previste non integrano "quel potere di comando direttamente esercitato sulla gestione della società partecipata, ma un controllo indiretto ed esterno sull'operato degli organi della società che conservano una propria autonomia gestionale, della quale poi devono rendere conto al socio Comune di Napoli che detiene la maggioranza del capitale" (così Trib. di Napoli, sent. n. 186/2014). I giudici, in realtà, non hanno solo escluso che Bagnolifutura fosse riconducibile al modello delle società *in house*, ma hanno altresì statuito che neppure le società sussumibili in tale modello possano considerarsi non assoggettabili al fallimento. In particolare, il Tribunale di Napoli ha interpretato la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. SS.UU., sent. n. 26283/2013) secondo cui le società *in house* sono «articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni ed autonomi» non ai fini dell'esclusione dal fallimento, bensì ai soli fini dell'individuazione del giudice avente giurisdizione (nel caso di specie, la Corte dei conti). Più precisamente i giudici partenopei sostengono che «in mancanza di un chiarificatore intervento legislativo non può che mantenersi fermo il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria [...], dovendosi ritenere che la sentenza della Sezione Unite abbia valenza settoriale e cioè limitata al solo fine di qualificare un grado di dipendenza degli amministratori della società partecipata». Pertanto la sentenza in questione ribadisce il principio generale di assoggettabilità a fallimento delle società pubbliche.

Invero, a norma dell'art. 120, c. 3, T.U.E.L., la delibera comunale con cui sono individuati gli immobili oggetto delle «attività di bonifica, di progettazione e realizzazione delle opere previste dal piano urbanistico» equivale a dichiarazione di pubblica utilità degli stessi, anche per quelli non interessati da opere pubbliche.

Pertanto, sui beni di Bagnolifutura sussiste un vincolo di destinazione pubblicistico, rafforzato dallo stanziamento di fondi nazionali ed europei per il finanziamento dei lavori. Ciò implica che l'attivo patrimoniale della S.T.U., in quanto indisponibile, non sia liquidabile liberamente in sede fallimentare con evidenti problemi per lo svolgimento della procedura.

Allo stesso tempo, però, neanche il Comune può riorganizzare la prosecuzione dei lavori di recupero ambientale in quanto non ha la disponibilità dei luoghi.

Per superare questo impasse, interviene il legislatore con l'art. 33, d.l. n. 133/2014 convertito con modificazioni in l. n. 164/2014. Esso ha introdotto un nuovo ed articolato modulo organizzativo per il risanamento e il recupero dell'area di Bagnoli, affidando la gestione delle attività ad un «soggetto attuatore» di nomina governativa.

In particolare, si prevede il trasferimento a tale soggetto attuatore – che costituisce all'uopo una società per azioni – della proprietà delle aree e degli immobili di cui è attualmente titolare Bagnolifutura in stato di fallimento; inoltre, «alla procedura fallimentare della società Bagnolifutura S.p.A. è riconosciuto dalla società costituita dal Soggetto Attuatore un importo determinato sulla base del valore di mercato delle aree e degli immobili trasferiti [...] che potrà essere versato mediante azioni o altri strumenti finanziari emessi dalla società, il cui rimborso è legato all'incasso delle somme rinvenienti dagli atti di disposizione delle aree e degli immobili trasferiti» (art. 33, c. 12, d.l. n. 133/2014).

Al riguardo si è evidenziato che, in tal modo, la gestione delle aree coinvolte passa dall'autorità giudiziaria a quella amministrativa e che le modalità di erogazione di tale importo non sono particolarmente chiare in quanto il *rimborso* delle azioni e degli altri strumenti finanziari emessi, cui si riferisce il testo di legge, configurerebbe un 'ipotesi di *riscatto* previsto a favore dei portatori dei suindicati titoli⁹⁶.

“La vicenda mostra l'ambivalenza delle società pubbliche e come possa risultare difficile, talvolta, applicare loro la disciplina degli imprenditori privati, pur essendo, o dovendo

⁹⁶ L. Macchiarulo, *Il fallimento di una società pubblica di trasformazione urbana: il caso Bagnolifutura*; in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2015, p. 349.

considerarsi, tali. Il rigore della logica giuridica si scontra, infatti, con l'inadeguatezza di modelli operativi del diritto privato malamente adattati dal legislatore all'azione della P.A.”⁹⁷

5. Il caso Bagnoli tra «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio» nella sentenza della Corte costituzionale n. 126/2018.

Con la sentenza n. 126/2018, la Consulta si è espressa sulla legittimità costituzionale dell'art. 33, cc. 3, 9, 10, 12 e 13 d.l. n. 133/2014 recante *Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*), convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 2014, n. 164.

In seno al giudizio di appello proposto avverso due sentenze del TAR Campania⁹⁸, il Consiglio di Stato⁹⁹ ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale in ordine alle disposizioni suindicate.

In particolare, con la sentenza n. 1471/2016, il suddetto Tribunale amministrativo regionale ha respinto il ricorso del Comune di Napoli con cui l'ente chiedeva l'annullamento dei d.P.C.M. 3 settembre e 15 ottobre 2015 adottati in attuazione dell'art. 33, d.l. n. 133/2014. Per il giudice di prime cure la disposizione in oggetto ha disciplinato la bonifica ambientale e la rigenerazione urbana dell'area di rilevante interesse nazionale Bagnoli-Coroglio, predisponendo uno specifico programma alla cui formazione, approvazione ed attuazione sono preposti un Commissario straordinario del Governo e un «Soggetto attuatore».

I decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri impugnati hanno provveduto a dare attuazione alla norma di cui all'art. 33 del d.l. n. 133/2014 costituendo una *cabina di regia*, nominando il Commissario straordinario e specificando i compiti del Soggetto attuatore – già individuato *ex lege* in Invitalia S.p.A. (Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A.) – a cui è stata altresì trasferita la proprietà delle aree e degli immobili oggetto

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ In particolare, si tratta delle sentenze del Tribunale di Napoli, nn. 1471/2016 e 3754/2016.

⁹⁹ Con sentenza non definitiva del 23 maggio 2017 (reg. ord. n. 121 del 2017), nell'ambito del procedimento vertente tra il Comune di Napoli e la Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri.

di intervento di cui era precedentemente proprietaria la S.T.U. Bagnolifutura S.p.A., in fallimento¹⁰⁰.

L'organo di appello della giustizia amministrativa dubita della conformità dell'art. 33, commi 3, 9, 10 e 13, all'art. 117, comma 3¹⁰¹ e art. 118, comma 1 Cost. nella parte in cui «non è previsto che l'approvazione del programma di rigenerazione urbana, quanto al comprensorio Bagnoli-Coroglio, sia preceduta dall'intesa tra lo Stato e la Regione Campania e da una specifica valorizzazione del ruolo del Comune»¹⁰².

Per il Consiglio di Stato, nel caso di specie vi sarebbe un intreccio tra materia ambientale - di competenza esclusiva dello Stato, a cui va ricondotta la materia dei rifiuti (*ex multis*, vengono richiamate le sentenze n. 285/2013, n. 54/2012, n. 244 e n. 33/2011, n. 331 e n. 278 del 2010, n. 61 e n. 10 del 2009) – e quella del «governo del territorio». Il dubbio di legittimità costituzionale della disciplina prevista dall'art. 33, d.lgs. n. 133/2014 deriverebbe dalla mancata previsione della necessità di un'intesa tra Stato e Regione, nonché dall'assenza di un più adeguato coinvolgimento procedimentale del Comune nell'approvazione del programma di rigenerazione urbana.

Anche per la Corte costituzionale, la disciplina in oggetto presenta indubbiamente intrecci tra competenze, statali e regionali e, in particolare, tra le richiamate «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio».

Ne deriva, per il Giudice delle leggi, la necessità di verificare se sussiste una materia prevalente, oppure, laddove ciò non sia possibile, di verificare se sia stato rispettato il principio della leale

¹⁰⁰ «Con la seconda pronuncia, invece, è stato respinto il ricorso proposto dal Fallimento Bagnolifutura S.p.A. per l'annullamento del d.P.C.M. 15 ottobre 2015. In particolare, riguardo alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla ricorrente in relazione all'indennizzo, il TAR Campania ha ritenuto che la novella di cui all'art. 11-bis del d.l. n. 210 del 2015, come convertito, faceva sì che i futuri sub-procedimenti, ancora non avviati, avrebbero dovuto necessariamente conformarsi al nuovo contesto giuridico, venendo così meno l'attualità dell'interesse a ricorrere», Corte cost., sent. n. 126/2018.

¹⁰¹ Come asserito dalla Consulta nella pronuncia in oggetto, «va precisato che il giudice a quo, sebbene richiami, quale parametro costituzionale violato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», svolge le proprie argomentazioni in riferimento alla «tutela dell'ambiente». L'indicazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. appare un mero errore materiale».

¹⁰² La seconda questione concerne la legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 12 – in riferimento agli artt. 42, 101 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, e all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU – laddove, stabilisce che l'importo da riconoscere al Fallimento Bagnolifutura S.p.A., sia «versato alla curatela fallimentare mediante strumenti finanziari, di durata non superiore a quindici anni decorrenti dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, emessi su mercati regolamentati dal Soggetto Attuatore, anche al fine di soddisfare ulteriori fabbisogni per interventi necessari all'attuazione del programma di cui al comma 8», poiché il ristoro verrebbe ad essere erogato mediante non meglio precisati «strumenti finanziari», per loro natura aleatori, in pregiudizio dell'indefettibile requisito della serietà e certezza dell'indennizzo.

collaborazione “che deve permeare i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie” (tra le tante, sentenze n. 251, n. 21 e n. 1 del 2016, n. 44/2014, n. 334/2010, n. 50/2008 e n. 50/2005). Ad avviso della Consulta, il risanamento e la bonifica di un sito d’interesse nazionale, va ricondotto alla potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui all’art. 117, comma 2, lett. s), Cost.¹⁰³ spetta, pertanto, allo Stato la disciplina, anche in sede regolamentare, le procedure amministrative volte a prevenire, riparare e bonificare i siti contaminati (sentenza n. 247/2009). Cionondimeno, le attività ascrivibili alla tutela dell’ambiente possono coinvolgere anche funzioni che appartengono ad altre materie, rispetto alle quali può non sussistere la competenza esclusiva dello Stato, con conseguente limitazione delle competenze regionali (sent. n. 225/2009). La Corte fa notare come già l’ordinaria disciplina in tema di bonifica dei siti contaminati, ex artt. da 239 a 253, d.lgs. n. 152/2006, tenga conto della necessaria incidenza sulla materia del “governo del territorio”, di competenza concorrente, essendo gli interventi ivi previsti strettamente connessi alla destinazione urbanistica delle singole aree da bonificare. In particolare, per i siti di interesse nazionale, si stabilisce la competenza dell’amministrazione statale alla bonifica, qualora a ciò non provvedano il responsabile dell’inquinamento (o lo stesso non sia individuabile), il proprietario o altro soggetto interessato. Inoltre, in base a tale disciplina l’autorizzazione del progetto e dei relativi interventi costituisce esplicitamente variante urbanistica e comporta dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità (art. 252, comma 6).

«Dunque, per tutti gli aspetti concernenti la bonifica dell’area interessata, la compressione delle attribuzioni regionali in materia urbanistica è diretta conseguenza delle esigenze di tutela ambientale, di competenza esclusiva statale, senza che possa profilarsi una violazione delle disposizioni costituzionali sul riparto di competenze»¹⁰⁴.

Secondo la Corte, la disciplina censurata è altresì rispettosa dell’art. 118 Cost, in ordine ai contenuti del programma di risanamento che sono più ascrivibili al «governo del territorio» – che non alla tutela dell’ambiente –, quali ad esempio la localizzazione delle opere infrastrutturali, sebbene si tratti comunque di aspetti connessi strettamente al risanamento dell’area.

¹⁰³ Come affermato dalla medesima Corte costituzionale in diverse sentenze relative alla bonifica dei siti inquinati (sentt nn. 247/2009 e 214/2008) e in materia di rifiuti (*ex plurimis*, sentt. nn. 180, 149 e 58/2015, 269/2014, 285/2013, 54/2012, 244 e 33/2011, 331 e 278/2010, 61 e 10/2009).

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 126/2018.

Il legislatore statale, infatti, nell'allocare in capo allo Stato le varie funzioni, ha previsto varie forme di coinvolgimento della Regione e del Comune. Tali enti, infatti, partecipano alla cabina di regia; è imposto obbligo al Soggetto attuatore di acquisire ed esaminare le proposte del Comune ai fini della predisposizione del programma e le stesse, ove non accolte, devono essere necessariamente rivalutate nella Conferenza di servizi. In tale sede, a cui partecipano Comune e Regione, «le amministrazioni coinvolte devono raggiungere un accordo sul programma e solo nel caso in cui ciò non avvenga la decisione può essere rimessa ad una deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata però con la necessaria partecipazione alla relativa seduta del Presidente della Regione interessata. Il superamento del dissenso delle amministrazioni coinvolte, dunque, non può avvenire in via unilaterale da parte dello Stato, ma è frutto di una complessa attività istruttoria, articolata secondo numerosi meccanismi di raccordo, i quali, pur disegnando un procedimento diverso dall'intesa, assicurano una costante e adeguata cooperazione istituzionale»¹⁰⁵. Ne deriva, per la Corte costituzionale, che non sussista alcun vulnus delle competenze regionali, né violazione del principio di leale collaborazione in ordine all'allocazione delle funzioni amministrative¹⁰⁶.

Come si osserva, nella pronuncia – qui brevemente esaminata – è centrale il tema dell'interazione tra competenze statali e competenze regionali che, nel caso di specie, si declina nell'intreccio tra «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio».

Il «governo del territorio» – materia di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni – viene inserito al comma 3 dell'art. 117 Cost. con la riforma del Titolo V del 2001. Tale voce sostituisce quella di «urbanistica», cristallizzando il processo evolutivo che la stessa ha subito nel tempo¹⁰⁷. Già da tempo, l'urbanistica non era più riferita solo alla disciplina dell'uso del suolo, ma anche a quella delle trasformazioni territoriali (ad eccezione degli aspetti relativi alla tutela paesaggistica e ambientale, di competenza esclusiva statale)¹⁰⁸. Come asserito dalla Corte

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ È interessante evidenziare che per la Consulta ciò varrebbe a maggior ragione per le funzioni comunali in materia di programmazione urbanistica. Si tratta di funzioni che non presentano specifica copertura costituzionale ancorché i poteri dei Comuni non possano essere annullati e sia comunque necessario garantire agli stessi forme di partecipazione ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia (cfr. Corte cost., sentt. nn. 478/2002 e 378/2000). Tali forme di partecipazione sono state appunto predisposte dal legislatore statale, che ha individuato numerose sedi di coinvolgimento del Comune, a monte e a valle del programma di risanamento.

¹⁰⁷ Cfr. P. Urbani, (voce), *Urbanistica*, in *Enc. giur.*, XXXVII, Roma, 2008; G. D'Angelo, *Urbanistica e diritto*, Napoli, 1969; G. Morbidelli, (voce), *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990.

¹⁰⁸ Con l'art. 80, d.P.R. n. 616/1977 nella materia urbanistica si fa rientrare «la disciplina dell'uso del territorio, comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di

costituzionale nella sentenza n. 303/2003, l'urbanistica, pur non essendo più annoverata tra le materie di competenza concorrente di cui all'art. 117 c. 3, è da ritenersi parte integrante della voce «governo del territorio», costituendone nucleo fondamentale. Alla stessa stregua, è sussumibile nella voce «governo del territorio» anche la disciplina in materia di edilizia (Corte cost. sentenza n. 362/2003), nonché «tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività» e quindi «l'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio»¹⁰⁹. Si è posto, pertanto, il problema di definire la materia «governo del territorio» e di delimitarne l'oggetto per regolare le eventuali interferenze tra la stessa e le materie di competenza statale. Come osservato, al governo del territorio, può essere ricondotto l'insieme delle politiche settoriali che disciplinano l'uso del territorio, comprendente i seguenti ambiti materiali «urbanistica ed edilizia, che ne costituiscono il nucleo essenziale; edilizia sanitaria (per la parte non incidente sulla tutela della salute); edilizia residenziale pubblica (limitatamente alla programmazione degli insediamenti); lavori pubblici ed espropriazione per pubblica utilità (solamente per gli aspetti urbanistico-edilizi); programmi infrastrutturali e di grandi attrezzature di servizio alla popolazione e alle attività produttive (ivi compresa la localizzazione delle reti di impianti); risanamento e conservazione del suolo»¹¹⁰.

Cionondimeno, la Corte costituzionale ha precisato che, per l'individuazione del soggetto istituzionale competente a legiferare su un dato oggetto non si può far riferimento al solo «criterio dell'elemento materiale, consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio», ma occorre effettuare una valutazione dell'elemento funzionale «nel senso della

trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente», mentre il d.lgs. 80 del 1998, all'art. 34 estende l'ambito di operatività della predetta nozione fino a ricomprendere «tutti gli aspetti dell'uso del territorio».

¹⁰⁹Corte cost, sent. n. 307/2003; cfr., altresì, sentt. nn. 105/2017, 278 e 21/2010, 237/2009.

¹¹⁰ A. Iacoviello, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio*, cit., p. 364. L'Autore evidenzia, altresì, come «il tema dell'individuazione in concreto degli ambiti materiali riconducibili alla voce «governo del territorio», e della graduazione degli interessi pubblici ad essi riferiti, assume un ruolo di primo piano in vista della possibile applicazione della clausola di asimmetria di cui all'art. 116, c. 3, Cost. Nei negoziati, ai fini del riconoscimento di ulteriori spazi di autonomia alle Regioni, non tutti gli ambiti materiali compresi nelle materie di competenza concorrente sembrano prestarsi alle ragioni dell'asimmetria. Per ciascun ambito materiale, nell'ambito della discrezionalità propria del negoziato previsto dal legislatore costituzionale, oltre a prevedere come correttivo adeguate forme di coordinamento anche legislativo tra Stato e Regioni, si devono fare salvi i profili che richiedono per le particolari caratteristiche una *governance* condivisa da parte di Stato e Regioni. In tale contesto, l'individuazione in concreto degli ambiti materiali riconducibili alla voce «governo del territorio», e dei diversi interessi pubblici destinati ad intrecciarsi, costituisce il presupposto logico-giuridico non solo per circoscrivere i possibili spazi ulteriori di autonomia che potrebbero essere riconosciuti alle Regioni richiedenti, ma anche per individuare gli interessi pubblici di carattere nazionale la cui cura deve essere necessariamente statale, come ad esempio nei casi in cui ricorre l'esigenza di uniformità della disciplina di particolari ambiti materiali sul territorio nazionale (ad esempio in materia di titoli edilizi o di pianificazione urbanistica)».

individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al 'governo del territorio' e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati»¹¹¹. Ed invero, il «governo del territorio», lungi dall'essere una *materia* nel senso di settore o ambito disciplinare, essa costituisce un insieme di obiettivi da perseguire attraverso l'attività di programmazione e pianificazione¹¹². Ciò pone non pochi problemi circa il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni essendo la delimitazione della nozione *de qua* la risultante del bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nell'uso e nella trasformazione del territorio. Pronunciandosi in riferimento ai diversi casi di intreccio della materia in oggetto con le altre di competenza (esclusiva o concorrente) statale, la giurisprudenza costituzionale ha notevolmente dimensionato la nozione *de qua* che, potenzialmente, sembrerebbe riferibile a tutte le attività che comportano un impatto sul territorio.

Come anticipato, la vicenda del quartiere flegreo si connota per l'interazione tra il «governo del territorio» e la «tutela dell'ambiente» tra le quali, in realtà, sussiste una frequente interferenza. Non potendosi in questa sede ripercorrere l'evoluzione del concetto di ambiente (nonché di tutela dello stesso)¹¹³, ci si limita a sottolineare che, già prima della riforma del Titolo V, la

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 383/2005.

¹¹² T. Bonetti e A. Sau, *Regioni e politiche di governo del territorio*, in *Le Regioni*, n. 4/2014, p. 599. Al riguardo il Consiglio di Stato ha asserito che il nucleo essenziale della materia *de qua* resta quello della pianificazione (in specie urbanistica) funzionale a realizzare interessi pubblici molteplici che trovano fondamento in valori costituzionalmente garantiti (Cons. di Stato, Sez IV, n. 2221/2016).

¹¹³ Ci si limita a evidenziare che, secondo autorevole dottrina, il primo segnale di attenzione verso il tema, *lato sensu*, ambientale è rappresentato dalla istituzione, con l. n. 310/1964 della *Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio* (c.d. Commissione Franceschini). Nel 1967, la Commissione presentò una relazione che aveva il pregio di introdurre «una nuova sistematica di ordini concettuali, con l'introdurre la nozione di «bene culturale» per unificare le nozioni normative preesistenti di «cose di interesse storico, artistico, archeologico» ecc., e di «bellezze naturali panoramiche», ecc.». Va considerato che nella Commissione si contrapposero due tendenze: da un lato vi era chi sosteneva che il bene ambientale fosse una *species* del più ampio *genus* di bene culturale, dall'altro, invece c'era chi suggeriva una nozione *aperta* di bene ambientale. Più precisamente, nella nozione di «bene (culturale) ambientale», secondo la Dichiarazione XXXIX, andavano ricomprese «le zone delimitabili costituenti strutture insediative, urbane e non urbane, che presentando particolare pregio per i loro valori di civiltà, devono essere conservate al godimento della collettività»; mentre erano «specificamente considerati beni ambientali i beni che presentino singolarità geologica, flori-faunistica, ecologica, di cultura agraria, di infrastrutturazione del territorio, e quelle strutture insediative, anche minori o isolate, che siano integrate con l'ambiente naturale in modo da formare un'unità rappresentativa». Ancorché la scelta ricadde sulla tesi restrittiva, fu individuato nel piano urbanistico uno strumento che si ritenne congruo ad entrambe le nozioni proposte delegando sostanzialmente alla normativa urbanistica la soluzione del problema. Al riguardo, la l. n. 765/1967 rese obbligatorio l'intervento della soprintendenza nei procedimenti di formazione degli strumenti urbanistici anche nel caso in cui non fossero stati riferiti a zone in cui erano presenti beni ambientali culturali dichiarati. Si tratta di una normativa di grande importanza, in quanto ha consentito, da un lato di salvaguardare i beni culturali ambientali laddove già esistenti ma anche di individuarne di nuovi, nonché di conservare ambienti c.d. della fascia intermedia, cioè ambienti che non sono sussumibili nella fattispecie dei beni culturali, ma che meritavano altrettanta tutela, come i piccoli boschi, i costrutti rurali caratteristici, che sarebbero stati compromessi con l'espansione urbana. M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e*

Corte costituzionale abbia asserito che il “bene ambiente”¹¹⁴, ancorché presenti innegabili interferenze con materie di competenza regionale, integra un interesse pubblico di valore costituzionale *primario* ed *assoluto* a cui va garantita tutela elevata. All’indomani della nuova formulazione dell’art. 117 Cost., la Consulta definisce la tutela dell’ambiente come materia “trasversale”. Per la Corte (cfr. sentenza 407/2002, nonché sentenza n. 3/2017) «la tutela dell’ambiente non può identificarsi con una materia in senso stretto, dovendosi piuttosto intendere come un valore costituzionalmente protetto, integrante una materia trasversale» e «proprio la trasversalità della materia implica, peraltro, l’esistenza di competenze diverse che ben possono essere regionali». Ne consegue che, in relazione a queste, allo Stato sarebbe riservato «il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull’intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali».

Si è assistito a numerosi giudizi in cui la Consulta è stata chiamata ad esprimersi sul rapporto tra le due materie e sulle relative sfere di competenza. Al riguardo, si è osservato che le soluzioni al riguardo adottate dalla Corte coagulino intorno a due principali orientamenti: da un lato la Consulta considera la disciplina statale in materia ambientale prevalente sulla disciplina regionale avente ad oggetto materie di loro competenza, ad eccezione della «facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevate»¹¹⁵; dall’altro, la norma statale viene considerata del tutto inderogabile, non solo *in peius*, in quanto solo al legislatore statale competono valutazioni di equilibrio e bilanciamento tra interessi confliggenti (Corte cost., sentt. nt. 247/2009 e 307/2003). Per ciò che particolarmente rileva in questa sede, si può asserire che, in ordine alla disciplina dei procedimenti di VIA (valutazione di impatto ambientale) e VAS (valutazione ambientale strategica), di cui al d.lgs. n. 152/2006 (c.d. *Codice dell’ambiente*), la Corte ammette interventi regionali – rispettosi degli standard minimi – espressivi di competenze regionali, come nel caso di quelli sussumibili nel governo del territorio¹¹⁶. Ne deriva che le Regioni possano incrementare i livelli di tutela dell’ambiente rispetto a quelli previsti dalla disciplina statale prevedendo, ad esempio, un’ipotesi ulteriore di VAS, ma non escluderla

culturale, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1971, p. 1122 e ss. nonché M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, p. 24 e ss.

¹¹⁴ Si osserva che, con riferimento alla vicenda di Bagnoli, esso potrebbe essere inteso come fatto di mutua aggressione tra uomo e natura.

¹¹⁵ Corte cost., sentt. nn. 104/20008, 12/2009, 61/2009. A commento della prima di tali decisioni, v. F. Benelli, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell’ambiente e di materie trasversali*, in *Forum di Quaderni costituzionale Rassegna*, 2008.

¹¹⁶ Corte Cost., sentt. nn. 58/2013 e 93/2013.

laddove questa fosse prevista dalla normativa centrale. In ordine agli interventi di bonifica dei siti contaminati – di cui al predetto d.lgs. n. 152 /2006 – la Corte ha adottato il secondo dei menzionati orientamenti affermando che allo Stato «spetta anche con disposizioni di dettaglio e anche in sede regolamentare, disciplinare le procedure amministrative dirette alla prevenzione, riparazione e bonifica dei siti contaminati»¹¹⁷ e ha altresì affermato che le Regioni non potrebbero dettare nemmeno una disciplina più rigorosa in tema di tutela dell’ambiente, che avrebbe comunque l’effetto di alterare l’equilibrio fissato dalle norme statali tra le esigenze ambientali e gli altri «interessi costituzionalmente rilevanti contrapposti»¹¹⁸. “Né miglior fortuna ha avuto, in questo ambito, il tentativo delle Regioni di rivendicare un proprio maggiore spazio decisionale attraverso il principio di leale collaborazione, poiché la Corte, pur considerando opportuna la previsione di una qualche forma di partecipazione regionale, ha ritenuto che “qualora non vi sia dubbio che lo Stato stia utilizzando la sua competenza legislativa in materia di ambiente ed ecosistema, a quest’ultimo spetti la valutazione della idoneità del livello di coinvolgimento della Regione”¹¹⁹. La tutela dell’ambiente è stata, dunque, intesa quale “vero e proprio limite per le funzioni che le Regioni esercitano in materia di governo del territorio”¹²⁰.

6. Disciplina attualmente in vigore.

I Riferimenti a Bagnoli si rinvencono nel d.l. n. 152/2021 recante *Disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose* che, all’art. 41, disciplina il «Comprensorio Bagnoli-Coroglio».

Tale disposizione apporta modifiche all’art. 33, d.l. n. 133/2014 (c.d. *decreto Sblocca Italia*) riguardante la «Bonifica ambientale e la rigenerazione urbana di aree di rilevante interesse nazionale» e di quelle del «comprensorio Bagnoli-Coroglio».

¹¹⁷ Corte cost., sent. n. 247/2009.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ M. Mengozzi, *Il “Governo del territorio” e la sua intersezione strutturale con la “tutela dell’ambiente”: linee di continuità e di evoluzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2017, p. 15. Cfr. altresì sul tema, R. Bifulco, *Governo del territorio*, in Id. e A. Celotto (a cura di), *Le materie dell’art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, p. 327 ss.

¹²⁰ A. Iacoviello, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio*, cit., p. 367.

Al primo comma, la disposizione *de qua* chiarisce che le norme in essa contenute attengono alla tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. e ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lett. m) del medesimo articolo.

Ne deriva che la materia rientra tra quelle di competenza esclusiva dello Stato a cui spetta, in particolare, il compito di disciplinare il procedimento di bonifica, il trasferimento delle aree, la procedura di formazione, approvazione e attuazione del programma di riqualificazione ambientale e rigenerazione urbana.

L'attribuzione al livello centrale delle suindicate materie è funzionale a una “gestione unitaria degli interventi di bonifica ambientale e di rigenerazione urbana in tempi certi e brevi” e, per il perseguimento di tali obiettivi, le funzioni amministrative relative al procedimento sono attribuite allo Stato sia pur garantendo la partecipazione degli enti territoriali in ordine alle determinazioni in materia di governo del territorio.

Il comma 11 dichiara «di rilevante interesse nazionale»¹²¹ le aree comprese nel comprensorio Bagnoli-Coroglio in tal modo, sottoponendo le stesse alla disciplina contenuta nei commi precedenti dello stesso art. 33.

La norma prevede, altresì, che un Commissario straordinario del Governo e un soggetto Attuatore, siano preposti alla formazione, approvazione e attuazione dei programmi di risanamento ambientale e del documento di indirizzo strategico per la rigenerazione urbana.

Tali soggetti possono, nell'esercizio di tali funzioni, operare in deroga agli artt. 252 e 252-bis, d.lgs. n. 152/2006 (c.d. *Codice dell'Ambiente*) ancorché la deroga si possa riferire esclusivamente ai profili procedurali e non anche alle norme relative a criteri e modalità di svolgimento delle operazioni volte ad eliminare o ridurre lo stato di inquinamento. Si prevede, nel medesimo comma 4, che Commissario straordinario e Soggetto attuatore debbano agire in armonia con i principi e le norme comunitarie.

Già in sede di conversione con l. n. 164/2014 si aggiunge che per la scelta del contraente, per la progettazione e per la realizzazione del programma si debbano rispettare le regole di cui al d.lgs. n. 163/2006, ovvero, del *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, oggi abrogato dal d.lgs. n. 50/2016.

¹²¹ Secondo la formulazione del comma 3 dell'art. 33 d.l. n. 133/2014, «Le aree di rilevante interesse nazionale alle quali si applicano le disposizioni del presente articolo sono individuate con deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza Stato-Regioni».

Mentre la precedente formulazione del comma 5 dell'art. 33, d.l. *Sblocca Italia* prevedeva che il Commissario straordinario del Governo fosse nominato ai sensi dell'art. 11, l. n. 400/1988, sentito il Presidente della Regione interessata, con l'art. 41, d.l. n. 152/2021 è stato introdotto il comma 11-*bis* che individua nel Sindaco pro tempore di Napoli, a titolo gratuito e fino al 31 dicembre 2025, il Commissario straordinario. Cambia, altresì, la modalità di nomina dello stesso che viene equiparata a quella di designazione del Soggetto Attuatore: anziché essere disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, il Commissario sarà nominato con d.P.C.M. Si prevede, inoltre, la possibilità per il Commissario di avvalersi, in relazione a specifici interventi, anche di altri soggetti attuatori (rispetto ad *Invitalia*). Il soggetto attuatore è tenuto, in particolare, a redigere e trasmettere al Commissario, entro il 31 dicembre di ciascun anno, un cronoprogramma relativo alle attività svolte.

Per ciò che concerne i poteri sostitutivi del Commissario, si inserisce un comma 10 *bis* che consente al Commissario straordinario, di proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri iniziative volte all'esercizio dei poteri sostitutivi, qualora nelle fasi di istruttoria riferite all'elaborazione della proposta di programma, ovvero di attuazione dello stesso, emergano dissensi, dinieghi, opposizioni o altro atto equivalente provenienti da un organo di un ente territoriale interessato che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o in parte, il procedimento e non sia previsto un meccanismo di superamento del dissenso.

Al riguardo, si sancisce l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni contenute nell'articolo 12, d.l. n. 77/2021, con cui è stato disciplinato l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte dello Stato, in caso di inadempienza del soggetto attuatore in ordine ai progetti e agli interventi del PNRR, per evitare che sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del suddetto Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. L'art. 12, d.l. n. 77/2021 disciplina, infatti, la procedura di attivazione del potere sostitutivo nei confronti di Regioni, Province autonome di Trento e di Bolzano, Città metropolitane, Province e Comuni qualora, operando come soggetti attuatori, risultino inadempienti. Il comma 2 prevede la possibilità che, fermo restando l'esercizio dei poteri sostitutivi, il Ministro per gli Affari regionali promuova atti di impulso e coordinamento degli enti territoriali nelle sedi istituzionali deputate al confronto tra Stato centrale ed enti territoriali. Il comma 3, invece, disciplina l'esercizio del potere sostitutivo nel caso in cui il soggetto inadempiente non sia un ente territoriale. Al comma 4 si prevede che il Consiglio dei Ministri eserciti i poteri sostitutivi in tutti i casi in cui si

verifichino situazioni o eventi che ostacolino la realizzazione dei progetti del PNRR e che non risultino rapidamente superabili. Il comma 5 disciplina l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del soggetto cui sono stati conferiti, con particolare riguardo all'adozione degli atti mediante ordinanza motivata comunicata all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione di cui all'art. 5. Il comma 6, infine, stabilisce l'estraneità della Presidenza del Consiglio e delle amministrazioni centrali titolari di interventi del PNRR ad ogni rapporto contrattuale e obbligatorio discendente dall'adozione di atti, provvedimenti e comportamenti da parte dei soggetti nominati per l'esercizio dei poteri sostitutivi. Si prevede che di tutte le obbligazioni nei confronti dei terzi rispondano, con le risorse del piano o con risorse proprie, esclusivamente i soggetti attuatori sostituiti. Gli eventuali oneri derivanti dalla nomina di Commissari sono inoltre posti a carico dei soggetti attuatori inadempienti sostituiti.

7. Osservazioni conclusive.

La vicenda del centro siderurgico di Bagnoli è stata oggetto di numerose analisi.

Essa ha, nel corso del tempo, stimolato dibattiti in seno ad ambiti scientifici diversi e “ciascuno vede naturalmente Bagnoli dal suo punto di vista”¹²².

Sulle sorti dello stabilimento si sono confrontate, scontrate e succedute visioni diverse dell'economia, dell'industria, della pianificazione urbanistica, dei rapporti di lavoro, di quelli tra Stato ed enti periferici, nonché di quelli tra Nord e Sud del Paese.

Per il suo dipanarsi nel tempo e per il numero di beni giuridici coinvolti, il *caso Bagnoli* funge da osservatorio privilegiato di diversi temi di rilevanza costituzionale, della torsione che molti principi costituzionali hanno subito e del *vulnus* che una tale “persistente urgenza” ha arrecato e arreca al diritto dei cittadini di godere e fruire dei beni pubblici.

In primo luogo, la storia del quartiere flegreo consente di osservare l'evoluzione della nostra forma di stato da quella liberale a quella democratico-sociale.

I mutamenti della disciplina sull'indennità di espropriazione mettono in evidenza il passaggio da un'idea della proprietà privata quale diritto sacro, assoluto e inviolabile, a quella di un diritto progressivamente limitato al fine di tutelare gli interessi della collettività.

¹²² *Italsider Alti forni e acciaierie riunite Ilva e Cornigliano s.p.a.*, edito da Italsider, Genova, 1961.

Come riconosciuto dalla Consulta nella sentenza n. 15/1976, già con la l. n. 2892/1885, la proprietà privata viene limitata per il soddisfacimento di esigenze di natura pubblicistica mostrando, altresì, un impegno crescente dell'intervento dello Stato in materia economica.

La Costituzione del 1948 porta a compimento questo processo di delimitazione del diritto di proprietà privata prescrivendo che essa debba assolvere a una funzione sociale¹²³ la cui menzione rappresenta la novità più significativa dell'art. 42 Cost.¹²⁴. L'inserimento della clausola della funzione sociale, infatti, fa sì che vengano considerati, “accanto all'interesse specifico del proprietario privato, nuovi interessi di soggetti non proprietari coinvolti”¹²⁵ e che, “mentre precedentemente l'inerenza di interessi pubblici ad una situazione soggettiva privata, era il frutto di particolari interventi amministrativi o di specificazioni amministrative in ordine a determinati beni o categorie di beni, con [...] la funzione sociale, siamo in presenza di un mutamento qualitativo che, attiene al fondamento stesso dell'attribuzione al privato dei poteri proprietari”¹²⁶.

In secondo luogo, Bagnoli funge da caso di studio paradigmatico del ruolo assunto dallo Stato nei processi economici.

Il centro nasce, infatti, grazie agli incentivi introdotti dalla l. n. 351/1904 con cui il legislatore interviene nell'economia predisponendo condizioni che consentono e indirizzano

¹²³ Cfr. S. Rodotà, Art. 42, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987, p. 111 ss. per cui “la considerazione legislativa della funzione sociale fornisce un criterio ricostruttivo della situazione proprietaria non più riconducibile ai diversi schemi con cui in passato si era cercato di dar ragione delle varie forme in cui si esprimeva il fenomeno della compressione del potere proprietario per il soddisfacimento di interessi diversi da quelli del titolare [...] Storicamente, il ricorso alla funzione sociale, serve ad individuare una dimensione in cui la crescita della compressione dei poteri proprietari per effetto dell'intervento dello Stato si accompagna alla consapevolezza che ciò accade per la necessità di realizzare interessi in largo senso pubblici in forme diverse da quelle tradizionalmente adoperate. Concettualmente, revoca in dubbio uno dei cardini della dottrina privatistica, quel diritto soggettivo, modellato appunto sulla struttura della proprietà assoluta. Ideologicamente, apre la discussione intorno alla possibilità di realizzare davvero interessi sociali senza eliminare integralmente l'appartenenza privata dei beni”.

¹²⁴ Come evidenziato dalla dottrina, si tratta in realtà di elemento comune a molti dei diritti del Titolo III della Costituzione. L'art. 41 Cost. fa riferimento, ad esempio, al concetto di «utilità sociale», l'art. 43 a quello di «utilità generale», l'art. 44 parla di «equi rapporti sociali» e l'art. 45 menziona nuovamente la «funzione sociale». Secondo G.S. Coco, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965, p. 158, questi termini hanno il medesimo significato. Sui limiti alla proprietà privata cfr. altresì C. Esposito, *La Proprietà tra Costituzione e limiti di applicazione*, Bologna, 2005; S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; S. Mangiameli, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986; P. Rescigno, (voce) *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, A. Baldassarre, (voce) *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991; F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e costituzione*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, Milano, 1973.

¹²⁵ Tuttavia, M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., precisa che la considerazione dei molteplici interessi in gioco è possibile solamente attribuendo un contenuto concreto alla funzione sociale, ovvero considerandola in relazione ai vari tipi di proprietà e di beni economici, oggetto del medesimo diritto: per questo, sarebbe più corretto parlare di funzione sociale dei singoli beni e non del diritto di proprietà. Ma trattandosi di una clausola generale, si preferisce riferire la funzione sociale all'intero diritto di proprietà.

¹²⁶ S. Rodotà, op. cit.

l'investimento dei privati al sud nell'ottica di ridurre il divario economico con la parte settentrionale del Paese¹²⁷.

Le legge per il *Risorgimento della città di Napoli*, dunque, può ben essere considerata un provvedimento sintomatico dell'affermazione della forma di stato sociale, che connota i primi decenni del '900 e che sarà interrotta bruscamente dall'avvento del fascismo.

La vicenda del centro siderurgico di Bagnoli consente, inoltre, di analizzare il sistema delle partecipazioni statali la cui affermazione precede la costituzione dell'IRI (1933) anche se è a partire da tale momento, che esso assume il carattere di modalità diffusa di intervento pubblico nell'economia.

Attraverso lo strumento delle pp.ss. lo Stato pone sotto il suo diretto controllo tutta l'industria bellica (e, pertanto, la siderurgia), stante il suo preminente interesse pubblico.

L'IRI viene, infatti, autorizzato ad assumere nuove partecipazioni per coadiuvare o sostituire l'iniziativa privata nel perseguimento di taluni specifici obiettivi tra cui «la risoluzione dei problemi imposti dalla difesa del paese».

A partire dal caso *Bagnoli* è possibile analizzare anche il tema della presenza pubblica nell'industria siderurgica che assume rilevanza centrale nel secondo dopoguerra e nelle iniziative internazionali e sovranazionali volte alla ricostruzione del continente europeo.

Al riguardo si confrontano visioni eterogenee circa il ruolo che lo Stato dovrebbe assumere, di cui costituiscono rappresentazione emblematica alcuni interventi di Falck, Costa, Rossi e Sinigaglia, pubblicati su *Il Mondo*.

La critica dei privati – rappresentata dalle dichiarazioni di Falck e Costa – si rivolge non solo e non tanto al fatto che la Finsider abbia avuto un accesso privilegiato ai fondi di contropartita, ma al *quantum* del prestito concesso all'industria pubblica. Invero, con argomentazioni non dissimili da quelle di taluni tecnici della BIRS, essi temono che, in tal modo, l'industria pubblica possa espandersi nelle prime e nelle seconde lavorazioni, facendo concorrenza c.d. diretta a quella privata.

Paradigmatica, al riguardo, la metafora ciclistica richiamata da Costa, secondo cui “per comprendere lo stato d'animo del signor Falck bisogna immaginare due ciclisti in gara su una

¹²⁷ Sul tema cfr. S. Staiano, *La frattura nord-sud. L'asimmetria territoriale come questione democratica*, cit., pp. 268-307.

salita: il primo dopo essere riuscito a distaccare l'avversario si vede da questi superato a rimorchio di una potente macchina americana”¹²⁸.

Sinigaglia, in quanto sostenitore della grande siderurgia pubblica, invece, nega che il programma si sostanzi in una prevaricazione nei confronti delle aziende private e considera il fatto di operare come un industriale pubblico, un mero accidente. Sottolinea che, se le aziende private possono sicuramente essere ben gestite e accumulare profitti, esse non possono provvedere all'interesse nazionale per soddisfare il quale è necessario disporre impianti a ciclo integrale, in grado di competere sui mercati mondiali.

A partire da Bagnoli, dunque, è possibile (sempre) induttivamente risalire alla analisi delle matrici ideologiche che hanno influenzato il contesto internazionale successivo alla seconda guerra mondiale, nonché il processo di integrazione sovranazionale.

L'esame di queste teorie - oltre a essere estremamente interessante - è utile ai fini del presente studio in quanto consente di spiegare, almeno in parte, le ragioni di una certa disciplina comunitaria (ora unionale) e interna e, con essa, le sorti dello stabilimento di Bagnoli.

Si è posto in evidenza, infatti, come l'approccio ordoliberalista abbia ispirato la produzione normativa comunitaria funzionale alla liberalizzazione e alla privatizzazione¹²⁹ (sia formale che sostanziale) degli enti pubblici esercenti attività di impresa, tra cui l'IRI.

Ma l'elemento teorico in questione non è l'unico elemento giustificativo di tale processo.

Il comparto delle imprese controllate dallo Stato, infatti, registra livelli minimi di redditività nel decennio compreso tra gli anni 60 e 70. “Sono frequenti per queste imprese situazioni complessive di perdita: per il gruppo IRI in cinque esercizi [...] Sia *quest'ultimo*, sia i gruppi minori, applicano costantemente aliquote medie di ammortamento estremamente ridotte, cioè quasi intoro al 4 per cento, il che significa un recupero di ben venticinque anni”¹³⁰.

Salvo qualche eccezione, dunque, i risultati economico-finanziari delle imprese pubbliche italiane nel decennio 1963-1972 si rivelano deludenti e in costante peggioramento.

¹²⁸ R. Ranieri, *Il Piano Marshall e la ricostruzione della siderurgia a ciclo integrale*, cit., p. 164.

¹²⁹ Sul tema, cfr. F. Zammartino, *Le privatizzazioni in Italia tra Stato e mercato: quale bilancio?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021; P. Ranci, *Il declino delle partecipazioni statali*, in *Rivista Internazionale di Scienze sociali*, n. 3/1995, pp. 661-676;

¹³⁰ G. L. Alzona, *Grande industria: sviluppo e strutture di controllo, 1963-72*, in A. Graziani (a cura di), *Crisi e ristrutturazione nell'economia italiana, Diciotto interventi a cura di Augusto Graziani*, Torino, 1975, p. 278.

Proprio questa situazione – unitamente al menzionato *background* ordoliberal europeo – ha fatto sì che il centro siderurgico di Bagnoli divenisse oggetto delle menzionate decisioni della Commissione che ne hanno imposto la definitiva dismissione¹³¹.

Come è stato osservato, le imprese pubbliche non possono essere collocate sullo stesso piano di quelle private, sotto il profilo della massimizzazione del profitto in quanto “il perseguimento di obiettivi diversi (aumento dell’occupazione, sviluppo di aree arretrate, intervento in settori giudicati non convenienti o troppo rischiosi da parte dei privati, ecc.) è una logica conseguenza della particolare natura delle imprese pubbliche e ne costituisce appunto la principale ragion d’essere”¹³².

Queste asserzioni, però, non possono legittimare le imprese pubbliche a svincolarsi da qualsivoglia considerazione di redditività “in un sistema ad economia mista tutte le imprese, e quindi anche quelle pubbliche ‘dovrebbero’ rispettare livelli minimi di redditività, pena il loro ridimensionamento o, al limite, il loro allontanamento dal mercato [...] La circostanza che i risultati delle imprese pubbliche nel nostro paese di mantengano generalmente al di sotto anche di ogni ragionevole ‘Minimo’ di redditività, dimostra come in Italia il modello dell’economia mista sia ormai profondamente alterato in uno dei suoi connotati fondamentali”¹³³.

Al riguardo la dottrina più avveduta¹³⁴ ha teorizzato la distinzione tra Stato sociale imprenditore – che trova cittadinanza nella nostra Costituzione nei limiti e alle condizioni di cui all’art. 43 Cost. e che interviene in settori strategici nei quali l’iniziativa economica privata non avrebbe modo o ragione di soddisfare interessi di carattere generale che giustificano l’intervento pubblico - e uno Stato assistenziale, che non si limita ad intervenire nei settori strategici (come, ad esempio, nel caso dei servizi a rete), ma subentra al privato per sostituirlo anche laddove non sussistono le condizioni di cui all’art. 43 Cost.

¹³¹ Come osserva P. Ranci, *Il declino delle partecipazioni statali*, cit., p. 667, “La privatizzazione si pone come via d’uscita per due motivi. È un passaggio obbligato in termini di bilancio, quando un gruppo in difficoltà vede possibile reperire risorse con la vendita di partecipazioni sane, o eliminare fonti di perdita vendendo partecipazioni in dissesto. Ma è anche l’unico sbocco consentito quando lo Stato si trova nella necessità di ricapitalizzare un’impresa che è politicamente impossibile lasciar fallire sia perché offre un servizio pubblico ritenuto essenziale, sia perché rappresenta una realtà occupazionale di grande rilievo, sia perché riveste un ruolo simbolico (compagnia di bandiera). In questi casi si apre una difficile trattativa tra lo Stato nazionale e la Commissione europea, e l’esito di compromesso è di solito il seguente: la Commissione approva la ricapitalizzazione a condizione che sia l’ultima, cioè dietro un credibile impegno a privatizzare”.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ G.L. Alzona, *Grande industria*, cit., p. 282.

¹³⁴ A. Lucarelli, *Corso di diritto costituzionale a.a. 2022-2023*.

Per esigenze di economia di questo scritto si fa menzione solo di alcune delle altre questioni che, a partire al caso di Bagnoli, possono essere oggetto di più ampie riflessioni.

È questo il caso del complesso rapporto tra Stato ed enti territoriali e, conseguentemente, della complessa relazione che sussiste tra materie di competenza esclusiva statale e materie di competenza concorrente che, nel caso di specie, viene declinata nel rapporto tra tutela dell'ambiente e governo del territorio (cfr. Corte cost., sent. n. 126/2018).

Infine, si osserva come la maggior parte delle disposizioni che intervengono a disciplinare lo stabilimento del quartiere flegreo sia contenuta in decreti legge recanti *misure o disposizioni definite urgenti*.

L'urgenza sembrerebbe, dunque, costituire un presupposto degli interventi del legislatore al riguardo.

Non si può far a meno di notare che, con riferimento a Bagnoli, vi sarebbe una urgenza persistente, stabilizzata, essendo la categoria *de qua* richiamata dal 1986 ad oggi.

E, se “dire urgenza significa termine da rispettare nell'immediato”, se “un atto è urgente quando solo il suo compimento tempestivo e non differito nel tempo produce l'effetto voluto e quindi tale – in diritto pubblico – da soddisfare adeguatamente l'interesse in ordine al quale il potere di emanare l'atto è dalla legge preordinato”¹³⁵; se, come presupposto di adozione del decreto legge, l'urgenza richiede l'impossibilità di ricorrere allo strumento legislativo dovendosi procedere ad una modifica immediata dell'ordinamento oggettivo, allora non si comprende la scelta (ricorrente) di intervenire su Bagnoli – vicenda che si dipana evidentemente in un arco temporale secolare e i cui elementi di rischio (ambientale, territoriale, di tutela della salute ecc.) sono noti fin dalla sua chiusura - attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza.

(Anche) in relazione a tale vicenda, dunque, si pone il tema, ormai centrale, della marginalizzazione del Parlamento che “da luogo della decisione diventa luogo di mera ratifica di decisioni prese altrove”¹³⁶.

¹³⁵ L. Gianniti e P. S. Richter (voce), *Urgenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, 1992, p. 902.

¹³⁶ A. Lucarelli, *La Forma di governo parlamentare: mutazioni genetiche di un modello “nel nome” della governabilità. Contributo per un dibattito a partire da alcuni studi di Fulco Lanchester su forma di governo e sovranità popolare*, cit.

7.1. Bagnoli come caso di studio e riflessione sull'intervento pubblico in economia.

Bagnoli, come centro siderurgico, prima, e come sito di interesse nazionale, poi, si presenta come una vicenda oltremodo complessa. Lo scopo del presente scritto non vuole essere quello di fornire una risposta alle problematiche vecchie e nuove che vi orbitano intorno.

Nella presente analisi, infatti, sia pur senza alcuna pretesa di completezza, si è cercato, con metodo induttivo, di sussumere i fatti occorsi a Bagnoli nelle categorie giuridiche del diritto costituzionale, per osservarne l'evoluzione e le eventuali torsioni.

Al centro, vi è il tema dell'*an* e del *quomodo* dell'intervento pubblico nell'economia¹³⁷.

Si tratta di una questione non solo di grande interesse¹³⁸ ma di indiscutibile rilevanza ai fini della tenuta della stessa forma di Stato democratico-sociale di cui il principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 Cost. rappresenta, *medio tempore*, approdo e postulato.

¹³⁷ Sull'espressione *de qua*, osserva M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 19, che non sarebbe corretto parlare di intervento dello Stato nell'economia "quasi a voler suggerire che lo Stato è una cosa, l'economia un'altra, da tenere non solo separate, ma disgiunte. Questa concezione è falsa, perché lo Stato, e prima di esso gli ordinamenti generali che avevano caratteristiche giuridiche diverse dallo Stato, hanno sempre disciplinato fatti attinenti all'economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali. Non risponde alla realtà storica l'affermazione che l'intervento dello Stato nell'economia sarebbe una vicenda caratterizzante il nostro tempo; è vero invece che da quando si ha testimonianza della costituzione di ordinamenti generali, si constata che essi sempre si sono occupati di regolare la materia riguardante all'economia del loro tempo". In effetti, l'inamovibile linea di demarcazione posta tra sapere giuridico e sapere economico ha determinato un'analisi inevitabilmente parziale della realtà sociale, così F. Coccozza, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. Incidenza dei rapporti economici sull'organizzazione del potere politico e sul sistema delle fonti del diritto*, Vol.I, Torino, 1999, pp. 4-5; e ancora, M. Luciani, *Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi ad oggi*, in L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016, p. 57, secondo cui "il costituzionalismo non è solo un movimento culturale, ma anche e soprattutto politico e, in quanto tale, non può trascurare l'economia. È forse un caso che le prime pagine della *Politica* di Aristotele esordiscano proprio con l'analisi della crematistica dei principi economici?". Sul tema si rinvia a P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; Id., *Economia del diritto costituzionale*, in *Appendice al N.mo Dig. It.*, Torino, 1988, 370 ss.; Id., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1988, p. 370 ss.; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; G. Amato, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in F. Galgano (a cura di), *La Costituzione economica*, Padova, 1977, p. 209 ss.; Id., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1992, p. 6 ss.;

¹³⁸ "Sempre la vita economica si è svolta sotto l'influenza di principi orientatori derivanti dalla concezione del mondo in ciascuna epoca imperante" e che anche quando essa, "per dichiarazione dei dirigenti pubblici, avrebbe dovuto svolgersi in un regime di cosiddetta libertà, realmente si svolse secondo frammenti di piani [...] imposti da grandi industriali; da grandi banche, cioè da esponenti di quegli interessi riusciti a prevalere", *Assemblea Costituente, Atti della Commissione per la Costituzione, Relazione e proposte*, p. 119, in *legislature.camera.it*, pp. 119-120.

Ne costituisce conquista ed elemento di differenziazione rispetto alle forme che l'hanno preceduta¹³⁹, ma al contempo ne è presupposto indefettibile in quanto solo attraverso la garanzia dei diritti sociali, della c.d. libertà dal bisogno, delle c.d. condizioni materiali¹⁴⁰ è possibile partecipare effettivamente e consapevolmente alla vita della Repubblica¹⁴¹.

Solo in presenza di queste condizioni è possibile esercitare tutti gli altri diritti, a partire da quelli politici che, in caso contrario, si riducono alla mera liturgia delle elezioni¹⁴².

Di recente, fenomeni come la pandemia¹⁴³ e l'aggressione della Russia all'Ucraina, hanno dimostrato l'importanza dell'intervento pubblico nell'economia. Un intervento che in uno scenario globalizzato quale quello attuale non può limitarsi ai confini nazionali, ma deve essere traslato a livello sovranazionale¹⁴⁴.

Senza potersi in questa sede rendere adeguatamente conto delle misure adottate, ci si limita a segnalare come il Covid-19 abbia reso necessario, tra l'altro, sospendere l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato per consentire il sostentamento delle imprese in difficoltà, nonché delle regole fiscali di cui al Patto di stabilità e crescita. Si è assistito all'attivazione del Fondo europeo di solidarietà e, nel luglio del 2020, si è raggiunta l'intesa per l'approvazione del *Next Generation EU*, che finanzia la risposta dell'Unione alle conseguenze economiche negative

¹³⁹ Come sottolineato, si configura uno Stato sociale che, da un lato, riafferma gli istituti della proprietà privata e della libertà economica, senza farli assurgere a parametri assoluti tanto che essi non acquisiscono il carattere dell'inviolabilità, cfr. T. Martines, *Opere, Libertà e altri temi*, IV, Milano, 2000.

¹⁴⁰ "Esattamente all'opposto di quanto accade nella filosofia tedesca, che discende dal cielo sulla terra, qui si sale dalla terra al cielo. Cioè non si parte da ciò che gli uomini dicono, si immaginano, si rappresentano, né da ciò che si dice, si pensa, si immagina, si rappresenta che siano, per arrivare da qui agli uomini vivi; ma si parte dagli uomini realmente operanti e sulla base del processo reale della loro vita si spiega anche lo sviluppo dei riflessi e degli echi ideologici di questo processo di vita... Non è la coscienza che determina la vita, ma la vita che determina la coscienza", K. Marx e F. Engels, *L'ideologia tedesca*, Roma, 1972, p. 13.

¹⁴¹ "L'affermazione del modello di Stato sociale, dunque, per le condizioni in cui sorge, è il risultato positivo di una lotta politica per l'affermazione di un vero e proprio modo di vita. È una forma di Stato che si afferma grazie ai cambiamenti di politica economica portati dalla rivoluzione keynesiana la quale, ha ben inteso che la crisi del Ventinove era dipesa da uno sviluppo economico, fondato sul movente accumulativo; ed ha, all'uopo proposto, un *intervento diretto dello Stato nella produzione*, finalizzato a modi *alternativi* di utilizzazione delle risorse, su larga scala", F. Mancini, *Il pensiero politico all'età di Roosevelt*, Bologna, 1962, pp. 5-6. Cfr. anche F. Coccozza, op. cit., p. 34.

¹⁴² Sul tema dell'allontanamento dai circuiti della rappresentanza democratica e dell'invisibilità dei rappresentati, si faccia riferimento ad A. Lucarelli, *Populismi e Rappresentanza democratica*, Napoli, 2020.

¹⁴³ Definita da Mario Draghi come "una tragedia umana di potenziali proporzioni bibliche", M. Draghi, *We Face a War Against Coronavirus and Must Mobilize Accordingly*, Op-Ed, Financial Times, 26 marzo 2020.

¹⁴⁴ "E' allora alla luce di questa nuova situazione, che cambia continuamente sotto i nostri occhi, che dobbiamo rileggere i valori comuni europei, sgombrando subito il campo da due refrain tipici della peggiore retorica politica, quello secondo cui l'Europa è sempre e solo l'Europa dei mercanti e l'altro, urticante, della insuperabile assenza di un demos europeo, frutto della mancanza di una sfera pubblica, una *Oeffentlichkeit* europea", così B. Caravita, *I valori europei all'epoca del Coronavirus*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, p. 431.

derivanti dalla pandemia da Sars-CoV-2 e alla ripresa¹⁴⁵. Come è stato osservato “La nevralgica peculiarità del NGEU consiste nel permettere all’Unione, per il tramite della Commissione europea, di emettere titoli di debito per raccogliere sui mercati ingenti fondi da destinare a successivi finanziamenti assegnati agli stati, in proporzione al calo del loro prodotto interno lordo e sulla base di appositi piani nazionali, approvati e minuziosamente controllati in sede UE”¹⁴⁶.

Il recente e persistente conflitto che dallo scorso febbraio si tiene sul suolo ucraino, a sua volta, ha condotto all’attivazione dell’*European Peace Facility* (EPF) ovvero di uno “strumento europeo per la pace volto al finanziamento, da parte degli Stati membri, delle azioni dell’Unione nell’ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) per preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale”¹⁴⁷ che può fornire armi e assistenza tecnica al governo ucraino.

Anche in tal caso, si è proceduto alla sospensione della disciplina sul divieto di aiuti di stato. Più precisamente, lo scorso 23 marzo, la Commissione europea ha adottato il c.d. *Temporary Crisis Framework (TFC) to enable Member States to support the economy in the context of Russia's invasion of Ukraine*¹⁴⁸ e con la Comunicazione (2022/C 426/01), la Commissione ha specificato “quali sono i criteri utilizzati per la valutazione della compatibilità con il mercato interno delle misure di aiuto di Stato che gli Stati membri possono adottare per porre rimedio alle ripercussioni economiche dell’aggressione della Russia contro l’Ucraina”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Sul tema cfr. F. Fabbrini, *La nuova governance economica europea post-pandemia*, in *Il diritto dell’Unione Europea* (online), <http://www.dirittounioneuropea.eu>.

¹⁴⁶ “Il vantaggio del NGEU è evidente: si indebita l’Unione (seppure con garanzia, in ultima analisi, dagli Stati membri), senza gravare immediatamente sui bilanci degli Stati. Per quest’ultimi è un sollievo notevole, specie per quelli con il debito pubblico più alto e quindi, margini di indebitamento ridotti e onerosi. Così si evita l’assurdo effetto divergente che porta gli Stati con più debito e maggiore necessità di investimenti a non poter spendere in ottemperanza alle regole UE (ovvero per il costo eccessivo sui mercati), mentre possono farlo gli Stati con i conti pubblici più sani, incrementando il loro divario positivo sugli altri”, E. M. Milanesi, *Spunti con riguardo al dibattito per riformare le regole dell’unione economica e monetaria europea*, in *Federalismi.it*, n. 11/2022, p. IX. Sul dibattito sugli *eurobonds* in occasione delle crisi finanziaria, prima, ed economica, poi, del 2008, cfr. F. Donati, *Crisi dell’euro, governance economica e democrazia nell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, spec, pp. 7-8.

¹⁴⁷ Decisione PESC 2021/509 del Consiglio Europeo che istituisce lo strumento europeo per la pace (EPF – *European Peace Facility*), in <http://europa.foromez.it>.

¹⁴⁸ https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/ukraine_en.

¹⁴⁹ Proprio nell’ambito del Quadro di crisi temporaneo, la Commissione UE ha approvato anche le recenti modifiche apportate dall’Italia al proprio regime di garanzia volto a sostenere le imprese nel contesto bellico. Più precisamente l’Italia ha notificato alla Commissione un aumento del budget fino a 23 miliardi di euro; l’introduzione di una misura di aiuto di importo limitato fino a 7 milioni di euro a copertura dei premi di garanzia a determinate condizioni; una proroga del periodo in relazione al quale possono essere concessi gli aiuti, fino al 31 dicembre 2023; l’introduzione della possibilità, per le imprese energivore, di ottenere garanzie a copertura del fabbisogno di liquidità per un periodo di 12 mesi per le piccole e medie imprese (‘PMI’) o di 6 mesi per i grandi

Le ripercussioni economiche della pandemia e del conflitto russo-ucraino pongono di nuovo al centro il tema di “affidare alla gestione pubblica alcuni specifici e ben circoscritti gangli vitali dell’economia...così da superare la notte più buia”¹⁵⁰.

Come affermato dalla Commissione UE “Una risposta economica coordinata degli Stati membri e delle istituzioni dell’UE è fondamentale per attenuare le ripercussioni negative immediate nell’UE sul piano sociale ed economico, preservare le attività economiche e i posti di lavoro e agevolare gli adeguamenti strutturali necessari in risposta alla nuova situazione economica”¹⁵¹.

Tra gli assi strategici del *Next Generation EU*, unitamente a digitalizzazione e innovazione e transizione ecologica, figura la c.d. inclusione sociale che ha quale obiettivo dichiarato quello di superare le «diseguaglianze profonde» rese più evidenti dagli effetti della pandemia¹⁵².

beneficiari, a decorrere dalla concessione dell’agevolazione e con la possibilità di avvalersi di autocertificazioni; l’introduzione della possibilità di aumentare gli importi del prestito per far fronte all’esigenza di fornire garanzie finanziarie per l’attività di trading sui mercati dell’energia sulla base dell’autocertificazione dei beneficiari.

¹⁵⁰ Dossier *Il sole24Ore*. Si segnala che, lo scorso 28 dicembre, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto-legge recante *Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale* con cui si interviene per supportare taluni contesti industriali che, per l’aumento dei costi dell’energia, versano in uno stato di carenza di liquidità. Si prevede un rafforzamento della gestione dell’impianto siderurgico di Taranto e si autorizza “l’Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa S.p.A. (Invitalia) ad apportare fino a 1 miliardo di euro per garantirne l’operatività”. Il decreto mette a disposizione dello Stato taluni strumenti per intervenire in caso di inadeguatezza della gestione di queste. In particolare, è prevista l’ammissione immediata all’amministrazione straordinaria che, in ordine alle società con partecipazione statale non quotate in borsa e in caso di inerzia degli amministratori, può essere richiesta dal socio pubblico che detenga una minoranza qualificata delle quote azionari. Si introducono, inoltre, disposizioni in materia penale che consentano di bilanciare l’interesse all’approvvigionamento di beni e servizi essenziali nonché la tutela dell’occupazione, con l’interesse alla tutela della salute e della salubrità degli ambienti. Per il caso in cui sussistano i presupposti per applicare una sanzione interdittiva che potrebbe interrompere l’attività, si prevede che il giudice possa disporre la prosecuzione attraverso un commissario e che non si possa procedere all’irrogazione delle sanzioni *de quibus* laddove l’ente abbia adottato modelli organizzativi in linea con quelli indicati nei provvedimenti che concernono il riconoscimento dell’interesse strategico nazionale (volti a bilanciare tra esigenze di continuità dell’attività e tutela degli altri beni giuridici coinvolti); si prevede, altresì, che il giudice debba consentire l’utilizzo dei beni sequestrati indicando contestualmente le prescrizioni cui attenersi. Infine, si sancisce la non punibilità della condotta di soggetti che agiscano per dare esecuzione a provvedimenti che autorizzino la continuazione dell’attività di uno stabilimento dichiarato di interesse strategico nazionale. Cfr. <https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2022/12/29/impianti-interesse-strategico-nazionale-misure-urgenti-caro-energia>.

¹⁵¹ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC1109\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC1109(01)&from=EN).

¹⁵² “Il nuovo approccio dell’UE, infatti, è basato sulla transizione verde e digitale come possibile volano per l’economia e, quindi, come motore di sviluppo alimentato dall’intervento pubblico nell’ottica di una nuova logica di *governance* economica europea diversa rispetto al passato. Inoltre, questo nuovo intervento pubblico sovranazionale a livello europeo si basa anche sui classici pilastri dello Stato sociale poiché è finalizzato a sostenere e anzi rafforzare la tutela dei diritti sociali – salute, istruzione, lavoro e formazione – e quindi sposta, per la prima volta nella storia del processo di integrazione europea, la tutela del *welfare* e della coesione sociale sul piano sovranazionale non lasciando più soli gli Stati in questo campo. Questo intervento così caratterizzato e i suoi obiettivi possono quindi essere considerati come nuovi strumenti finalizzati al raggiungimento delle finalità individuate dalla Costituzione italiana che trovano la loro essenza nei richiamati principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale”, così F. Scuto, *L’intervento pubblico nell’economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, cit., p. 921.

È a livello unionale che devono essere affrontate le tematiche dello Stato sociale di cui l'Europa – le cui responsabilità storiche non si intende disconoscere – è terra natia.

In tale prospettiva, Bagnoli può rappresentare uno spunto, un punto di partenza per continuare a riflettere intorno alla necessità di un diritto pubblico europeo dell'economia, il cui sforzo consiste nell'individuazione di “una dimensione della Costituzione economica europea che abbia tra i suoi obiettivi quello di bilanciare o limitare il sistema fondato sulla *competition law* [...](del)la possibilità di arricchire tale modello con i principi fondativi dello Stato democratico segnatamente con i diritti sociali, a partire dalla Costituzione italiana – in particolare dall'art. 43 Cost., che prevede un rinnovato intervento pubblico dell'economia – dal rapporto tra libertà economiche individuali e diritti sociali, che sottende alla difficile e complessa relazione pubblico-privato”¹⁵³.

Bagnoli può dunque rappresentare un tassello per proseguire, sul lungo periodo, l'iter tracciato da quella parte della dottrina che da sempre riflette sulla “costruzione di un'Europa consapevole del proprio ruolo, innanzitutto legato alla storia ed ai percorsi culturali di un'area geografica fondata sulle grandi conquiste dello Stato di diritto”¹⁵⁴.

Abstract: Oggetto del presente lavoro è lo studio del centro siderurgico di Bagnoli.

A partire da una ricostruzione storico-giuridica della vicenda, si procederà con metodo induttivo alla sussunzione dei principali fatti nelle categorie costituzionalistiche di volta in volta coinvolte per osservarne affermazione, mutamenti e torsioni.

Per il tramite della storia di Bagnoli, si può osservare l'affermazione della forma di Stato democratico-sociale, la sua consacrazione nella Costituzione del 1948 ma anche il livello di sofferenza di questo paradigma con l'affermazione, a livello sovranazionale, di un'idea di economia di mercato imperniata sul “principio” della tutela della concorrenza e del divieto di aiuti di Stato, difficilmente compatibili con un modello come quello italiano basato sull'intervento pubblico nell'economia.

Cionondimeno, la risposta dell'Unione alla recente emergenza sanitaria nonché al recente e persistente conflitto in Ucraina, potrebbero esprimere un cambio di passo.

¹⁵³ A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, cit., p. XXVIII.

¹⁵⁴ A. Lucarelli, *Prefazione*, in S. Stamatì, *Il Costituzionalismo nell'età dell'incertezza. La crisi delle istituzioni costituzionali italiane in una prospettiva europea e globale*, a cura di A. Lucarelli e S. Cafiero, Napoli, 2022.

Al riguardo, Bagnoli può rappresentare un utile punto di partenza per continuare a riflettere sulla necessità di un diritto pubblico europeo dell'economia.

Abstract: The subject of this work is the study of the Bagnoli steel centre.

Starting from a historical-legal reconstruction of the event, we will proceed with an inductive method to subsume the main facts into the constitutionalist categories involved in order to observe their affirmation, changes and torsions.

Through the history of Bagnoli, we can observe the affirmation of the democratic-social form of State, its consecration in the 1948 Constitution, but also the level of suffering of this paradigm with the affirmation, at a supranational level, of an idea of market economy based on the competition law and the prohibition of State aid, which is difficult to reconcile with a model like the Italian one based on public intervention in the economy.

Nevertheless, the Union's response to the recent health emergency, as well as the recent and persistent conflict in Ukraine, could express a change of pace.

In this respect, Bagnoli may be a useful starting point to continue reflecting on the need for a European public law of the economy.

Parole chiave: Bagnoli – forma di Stato – integrazione europea – intervento pubblico in economia - diritto pubblico europeo dell'economia.

Key words: Bagnoli – form of State – European integration –public intervention in the economy – European public economic law.

LA SEZIONE DISCIPLINARE DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA*.

di Alfonso Maresca**

211

Sommario. 1. Genesi e sviluppi della sezione disciplinare. – 2. La *dubbia* natura dell'organo disciplinare. – 3. Struttura e funzioni del giudice disciplinare. – 4. Le modifiche all'ordinamento giudiziario con particolare riferimento all'assetto disciplinare introdotte dalla riforma Cartabia. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Genesi e sviluppi della sezione disciplinare.

Al tema della sezione disciplinare è legato l'aspetto della relativa responsabilità dei magistrati, che si sviluppa dall'epoca liberale, percorrendo quella fascista, fino a giungere al periodo repubblicano¹.

Lo Statuto Albertino sull'ordinamento giudiziario² prevedeva che: «la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome dai giudici³ che egli istituisce»⁴; tale connotazione caratterizza una magistratura di funzionari nominati dal Governo, imperniati su

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali e delle Alte Corti europee – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Ai fini di un ulteriore approfondimento sulla storia della magistratura repubblicana cfr. R. Canosa e P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1974; A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013; E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2019; AA.VV., *Storia della magistratura*, Quad. n. 6, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022.

² Artt. 68 - 73 Statuto Albertino, nel quale si stabiliva fra l'altro, che l'organizzazione giudiziaria fosse materia di riserva di legge; non potessero istituirsi Tribunali speciali o straordinari.

³ Lo Statuto poneva soprattutto l'attenzione sul giudice. Cfr. S. Bartole, (voce) *Giudice I) teoria generale*, in *Enc. Giur.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 3.

⁴ V. art. 68 Statuto albertino, la giustizia appariva delegata dal Sovrano, ciò implicava la mancanza del potere giudiziario, i due poteri contemplati erano: l'esecutivo e il legislativo.

un'organizzazione di tipo gerarchico-burocratico⁵. L'unico istituto di garanzia riconosciuto ai giudici era quello della inamovibilità⁶.

La legge Siccardi, n. 1186/1851 pur prescrivendo un giudizio da parte della Corte di cassazione sul trasferimento di un magistrato⁷, confermava la dipendenza gerarchica dall'esecutivo⁸. Al Ministro spettava la decisione finale sull'opportunità di movimentare i giudici⁹.

Il sistema disciplinare, a seguito di un nuovo ordinamento giudiziario (r.d. n. 3781/1859), attribuì al Ministro della giustizia il potere di impulso sul procedimento disciplinare.

Il r.d. n. 2626/1865¹⁰ determinò il primo ordinamento giudiziario dell'Italia post-unificazione, pur non discostandosi dalla linea tracciata dalle leggi previgenti. Infatti l'Ordine giudiziario rimaneva alle dipendenze del Ministro della giustizia.

Il magistrato apparteneva ai ruoli ministeriali e al pari di tutti gli altri impiegati rispondeva disciplinarmente ai superiori gerarchicamente sovraordinati¹¹.

La nozione di illecito disciplinare stabiliva che: «il giudice che non osserva il segreto delle deliberazioni o compromette in qualunque modo la sua dignità e la considerazione dell'ordine a cui appartiene, ovvero altrimenti contravviene ai doveri del suo ufficio, è soggetto a provvedimenti disciplinari [...]»¹² L'interpretazione dell'enunciato consentiva alla discrezionalità dei superiori gerarchici di applicare la normativa.

Il magistrato era destinatario di un provvedimento disciplinare (ammonizione)¹³ da parte del Guardasigilli o dei superiori gerarchici, senza bisogno di ulteriori procedimenti.

⁵ L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973, pp. 61-68.

⁶ Art. 69 St. Albertino: «I giudici nominati dal Re ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio».

⁷ L'inamovibilità riguardava le funzioni e la sede subiva delle eccezioni dopo un regolare giudizio della Corte di cassazione, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 70-71.

⁸ Tale legge riaffermava il potere dell'esecutivo sui magistrati, il Ministro rappresentava il «Capo Supremo della Magistratura»; tutti i provvedimenti compresi quelli disciplinari rientravano nelle prerogative ministeriali, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 72.

⁹ «L'organo esecutivo decideva sul dare o meno esecuzione alla deliberazione in materia disciplinare», cit. art. 45, l. 1186/1851. Il Ministro aveva il potere di trasferire «per utilità di servizio», a prescindere dal consenso o meno del magistrato, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 74-77.

¹⁰ In vigore il 1° gennaio 1866, la cui vigenza è perdurata per circa settanta anni. Cfr. F. La Valle, *Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare nei magistrati*, in *Dir. e Soc.*, 1985, p. 426.

¹¹ Il potere di sorveglianza competeva ai Primi Presidenti della Corte di cassazione, di Corte d'appello, ed ai Presidenti dei Tribunali.

¹² Art. 213, del r.d. n. 2626/1865. Per essere puniti disciplinarmente bisognava violare: una legge e/o un regolamento, v. art. 205, r.d. n. 2626/1865.

¹³ Tale provvedimento incideva sulle note caratteristiche del magistrato. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 8.

L'irrogazione delle sanzioni disciplinari¹⁴ era subordinata allo svolgimento di un processo, cui erano deputati, a seconda del magistrato da giudicare: la Corte di cassazione, la Corte di appello e il Tribunale.

La responsabilità disciplinare dei magistrati – seppur suddivisa a seconda se si trattasse dei giudici o dei pubblici ministeri (PM)¹⁵ – rispondeva a un unico comune denominatore, ovvero al potere disciplinare riconosciuto al Ministro della giustizia.

Si istituì per la prima volta il Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.)¹⁶ con la l. n. 511/1907 (c.d. legge Orlando). Tale “organo giudiziario”¹⁷, finalizzato a *fornire garanzie di giustizia* risultava suddiviso in due sezioni. Il Consiglio aveva poteri consultivi in materia di trasferimenti e su tutto ciò che riguardasse lo *status* dei magistrati, ma godeva di assoluta discrezionalità per le promozioni.

La successiva l. n. 438/1908 riguardante *Legge sulle guarentigie e disciplina della magistratura* cercò di ridurre il potere dell'esecutivo sul regime delle responsabilità “disciplina di ferro e guarentigie assolute”¹⁸, regolamentando i seguenti aspetti: inamovibilità¹⁹; incompatibilità e doveri dei magistrati; disciplina dei giudicanti e dei requirenti²⁰. Nell'ordinamento italiano per la prima volta si creò un sistema fondato su una certa tipizzazione degli illeciti disciplinari²¹ con una clausola di chiusura generale²².

¹⁴ Le pene erano: riprensione; censura; sospensione dall'ufficio e/o dallo stipendio; rimozione e destituzione.

¹⁵ L'iter procedurale previsto per la magistratura giudicante prevedeva: l'iniziativa del pubblico ministero; mancanza di un'istruttoria preventiva, celebrazione a porte chiuse delle udienze, assenza di un difensore. Un iter diverso era previsto per la responsabilità disciplinare riguardante la magistratura requirente. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 10.

¹⁶ I cui componenti erano sia di diritto e sia designati. Cfr. F. Santosuosso, *Il Consiglio Superiore della magistratura*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 45-57.

¹⁷ Tale era considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 97.

¹⁸ L'on. V.E. Orlando *Dictum* citato nella relazione al progetto, L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 102.

¹⁹ Tale istituto fu esteso alla sede. Tuttavia, la tutela era esclusa per i primi tre anni di servizio ed era contemplata la possibilità di procedere al trasferimento, senza il consenso dell'interessato per incompatibilità, udito il parere di una Sezione speciale del Consiglio superiore, v. Titolo I, artt. 1-4 della l. n. 438/1908.

²⁰ La legge ridelineava la differenza di regime fra il giudice e il pubblico ministero. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 14-16.

²¹ V. artt. 5-10, l. n. 438/1908.

²² Art. 11, l. n. 438/1908: «il magistrato deve tenere, in ufficio e fuori, una condotta tale da non renderlo immeritevole della fiducia e considerazione di cui deve godere e da non compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario».

Gli organi disciplinari competenti – considerati “appartenenti alle giurisdizioni speciali”²³ – a irrogare le sanzioni²⁴ erano : a) per il primo grado i «Consigli di disciplina», composti da soli magistrati e istituiti presso ogni Corte d’appello²⁵, con competenza su tutti i magistrati del distretto fino al «grado» di giudice²⁶; b) per il grado d’appello e per i magistrati superiori, la «Suprema Corte disciplinare», istituita presso il Ministero di giustizia, composta anche da membri c.d. laici²⁷, le cui decisioni risultavano inappellabili²⁸. L’azione disciplinare competeva al Guardasigilli. Tale potere era esercitato attraverso il pubblico ministero²⁹.

Il procedimento disciplinare, per i magistrati giudicanti, era regolato dai principi del processo penale³⁰; la fase istruttoria vedeva il concorso del pubblico ministero e di un giudice del collegio. In caso non fosse accolta la richiesta di proscioglimento, il collegio procedeva al dibattimento³¹. Il magistrato poteva farsi assistere da un difensore³² e, inoltre, veniva sospeso dal servizio sin dall’inizio del procedimento disciplinare³³.

La riforma, confermando la dipendenza gerarchica del pubblico ministero dal Ministro, prevedeva che il magistrato fosse tenuto all’osservanza dei doveri previsti per i giudici.

Il Guardasigilli seppur competente a sospendere il magistrato requirente³⁴, prima di irrogare un qualsiasi provvedimento disciplinare (tranne che per l’ammonizione³⁵), era tenuto ad acquisire il parere non vincolante del «Consiglio disciplinare o della Corte suprema disciplinare, a seconda che trattasi di sostituti procuratori del re o di funzionari di

²³ L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 107.

²⁴ Ammonimento, censura, perdita dell’anzianità fino a due anni, perdita del diritto alla promozione, rimozione, destituzione.

²⁵ Presieduto dal primo Presidente della Corte d’appello, dal Presidente di sezione e dal Consigliere più anziani e da due consiglieri eletti dai magistrati della Corte, art. 16, l. n. 438/1908.

²⁶ L’organo risultava competente su: conciliatori, uditori, giudici aggiunti e giudici (art. 15, l. n. 438/1908).

²⁷ Risultava composta da sei senatori del Regno da sei magistrati più anziani del Consiglio superiore, e presieduta dal Presidente della Corte di cassazione (art. 18, l. n. 438/1908).

²⁸ Art. 27, l. n. 438/1908.

²⁹ Art. 20, l. n. 438/1908, in tal modo i pubblici ministeri non erano più tenuti a vigilare sulla magistratura giudicante.

³⁰ I giudici disciplinari non avevano nessuna regola precisa per apprezzare le prove a carico o a difesa del magistrato inquisito. Nel caso in cui non si fosse raggiunta la prova sufficiente della colpa del giudice ma risultasse la perdita di stima e fiducia agli occhi dell’opinione pubblica, il Tribunale avrebbe dovuto proporre la dispensa dal servizio (art. 25, l. n. 438/1908).

³¹ Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 17.

³² Art. 23, l. n. 438/1908, poteva essere anche un avvocato del libero foro. Si consenta a tal proposito di affermare la lungimiranza del legislatore del 1908 rispetto ai successivi.

³³ Art. 29, l. n. 438/1908.

³⁴ Art. 32, ult. c., l. n. 438/1908.

³⁵ Non prevedeva particolare formalità, v. art. 13, l. n. 438/1908.

grado superiore» (art. 32, l. n. 438/1908), nella composizione degli organi disciplinari era data prevalenza ai pubblici ministeri³⁶.

Il regime fascista si occupò dell'ordinamento giudiziario e, conseguentemente, della responsabilità disciplinare dei magistrati³⁷.

Il r.d. n. 2786/1923³⁸ sopprime la tipizzazione degli illeciti disciplinari attraverso la reintroduzione di una norma generica: «I magistrati che mancano ai loro doveri e tengono in ufficio e fuori una condotta tale che li renda immeritevoli della fiducia e considerazione di cui devono godere o che compromettano il prestigio dell'ordine giudiziario, sono soggetti a provvedimenti disciplinari»³⁹.

Il potere di sorveglianza fu riconosciuto sia al Ministro, sia ai Capi dei collegi; ai PM fu tolta l'inaffidabilità e agli stessi fu previsto che potessero essere dispensati previo parere della Corte suprema disciplinare⁴⁰.

Gli altri aspetti della procedura disciplinare furono più o meno mantenuti⁴¹, pur tuttavia il Consiglio superiore subì dei ritocchi in linea con l'ideologia fascista⁴².

Il regime fascista varò il nuovo ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1941), voluto dal ministro Grandi⁴³ (in parte ancora in vigore). A seguito di tale riforma, il Ministro della

³⁶ V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 18.

³⁷ Il regime fascista aveva ereditato una magistratura disciplinata gerarchicamente e controllata dall'autorità governativa. Il potere politico nominava i capi di corte e delle procure generali. Il pubblico ministero continuava ad essere il "rappresentante" dell'esecutivo presso l'autorità giudiziaria. Cfr. L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 47-52.

³⁸ Ad opera del ministro Aldo Oviglio primo Ministro della giustizia del regime fascista.

³⁹ Art. 182, r.d. n. 2786/1923.

⁴⁰ Tale disposizione era temperata dalla c.d. "messa a disposizione" dei Procuratori generali della Corte d'appello nei confronti del Guardasigilli. Tuttavia, trascorso un certo lasso di tempo, gli stessi conseguivano la dispensa dall'impiego.

⁴¹ Ad esempio, la proposizione dell'azione disciplinare fu lasciata al pubblico ministero. Il regime, con lo scioglimento dell'associazione magistrati e con il riordino del personale statale ai sensi del r.d. n. 1028/1923, poteva destituire i magistrati anche per «menomato prestigio o per cause morali», in tal modo poté effettuare tutte le epurazioni che ritenne opportune. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 21.

⁴² Il C.S.M. a seguito del r.d. n. 2219/1926 e della l. n. 557/1933, era suddiviso in due sezioni. Si modificò: la composizione; l'elezione; la durata. Il compito principale del Consiglio era di fornire pareri non vincolanti su tutto ciò che interessava la "vita" del magistrato. Il Guardasigilli aveva la possibilità di incidere nella carriera dei giudici trasferendoli alla funzione requiranti e viceversa. Cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 121-125.

⁴³ Sulla nozione di indipendenza apparivano illuminanti le parole del Ministro: «(...) l'indipendenza riguarda soltanto la magistratura giudicante, e non il pubblico ministero che è organo prevalentemente amministrativo e non giurisdizionale, (...) questa indipendenza nel pensiero giuridico moderno non importa già che la giurisdizione costituisca un potere autonomo nello Stato, dovendo anch'essa informare la sua attività alle direttive generali seguite dal Governo per l'esercizio di ogni pubblica funzione», Relazione del 20 gennaio 1941, n. 29.

giustizia divenne il Capo indiscusso dell'intero corpo giudiziario⁴⁴, mentre il C.S.M.⁴⁵ assunse il ruolo di mero organo tecnico-consultivo.

Sul versante disciplinare il r.d. abolì i Consigli di disciplina presso le Corti di appello, riformò la Suprema Corte disciplinare (tutti i componenti togati venivano nominati)⁴⁶, inquadrandola come organo di consulenza del ministro⁴⁷.

Al Guardasigilli competevano ampi poteri: dall'alta sorveglianza su tutti i giudici, alla potestà di esercitare l'azione disciplinare ma anche di prosciogliere e di condannare⁴⁸. In tal modo, il sistema disciplinare era perfettamente allineato al regime, venendo, tra l'altro, unificato per tutti i magistrati (inquirenti e giudicanti).

La riforma non tipizzò alcun precetto disciplinare⁴⁹, potendo esservi così ricomprese anche condotte private, che andassero comunque ad inficiare il «prestigio» dell'ordine giudiziario.

Il procedimento disciplinare iniziava per ordine del Guardasigilli, su impulso del magistrato requirente presso l'organo disciplinare e si svolgeva innanzi alla Corte disciplinare⁵⁰.

Il Presidente, terminata la fase istruttoria a cura di un membro della sezione, fissava la data di discussione orale⁵¹, che avveniva a porte chiuse; durante il dibattimento il magistrato

⁴⁴ Il Guardasigilli nominava le commissioni di esame per l'ammissione e l'avanzamento, effettuava le assegnazioni delle sedi, trasferiva d'ufficio, previo parere non vincolante di una Commissione speciale (costituita dai vertici della magistratura), che assorbiva la competenza prima del C.S.M., v. artt. 125-127, 192, 219, 220, r.d. n. 112/1941.

⁴⁵ Il Consiglio risultava composto dal Primo Presidente della Corte suprema di cassazione, che ne assumeva la presidenza, dal Procuratore generale del Re presso la stessa Corte, da otto componenti effettivi di cui tre magistrati requirenti, tutti nominati dal Ministro udito il Governo. Si occupava dei passaggi di grado e di funzione fornendo al Ministro supporto tecnico e consultivo. L'ultima parola spettava sempre e comunque al Guardasigilli, v. art. 213, r.d. n. 112/1941.

⁴⁶ I componenti erano: il Primo Presidente della Corte suprema di cassazione (che la presiedeva), otto magistrati scelti tra i Primi presidenti della Corte d'appello e magistrati di grado equiparato, sei scelti fra consiglieri di Corte di cassazione; tre appartenevano alla magistratura requirente; cfr. art. 236, r.d. n. 112/1941.

⁴⁷ La funzione disciplinare veniva così, a perdere qualsiasi connotazione giurisdizionale, assumendo un carattere prettamente amministrativo: «la potestà disciplinare è di natura essenzialmente amministrativa e perciò essa si concentra nel Ministro di grazia e giustizia, «capo supremo dell'amministrazione giudiziaria» e politicamente responsabile del buon ordine e del regolare funzionamento dell'amministrazione stessa», V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 24.

⁴⁸ Tuttavia, si prevedeva anche: 1) il ricorso al Consiglio di Stato avverso il decreto reale solo per violazione di legge, trattandosi di una procedura e di un atto amministrativo; 2) la revisione della pronuncia della Corte suprema, con istanza da presentare al Ministro della giustizia.

⁴⁹ L'art. 232, r.d. n. 112/1941 riproduceva l'art. 182, r.d. n. 2786/1923. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 24.

⁵⁰ L'istruzione poteva essere anche formale, condotta da un componente della Corte.

⁵¹ Sempre che non si procedesse al proscioglimento su parere conforme del pubblico ministero.

poteva farsi assistere da un collega (di grado non inferiore a consigliere di corte d'appello). I giudici disciplinari erano liberi nell'apprezzare gli elementi di prova, ma dovevano riporre la massima cura nell'osservare il «dovere di tutelare l'onore e il prestigio dell'ordine giudiziario»⁵².

La Corte, terminato il procedimento, emetteva un parere non vincolante di proscioglimento o di applicazione della sanzione⁵³ che riteneva più adeguata. Il provvedimento disciplinare adottato con decreto reale fino al grado di consigliere di Cassazione avveniva su proposta del Ministro della giustizia, mentre per gli altri occorreva la deliberazione del Consiglio dei ministri⁵⁴.

È stato opportunamente osservato⁵⁵ che l'attuazione, nel concreto, di tale sistema è stata minima, probabilmente per la tendenziale omogeneità dei magistrati alla «sensibilità» del regime.

Terminato il periodo del fascismo, il tema della responsabilità disciplinare è stato oggetto di revisione con il d. lg. luog. n. 114/1945 (c.d. Tupini) e con il r.d. lgt. n. 511/1946 (c.d. legge Togliatti)⁵⁶ *legge delle guarentigie della magistratura*.

Il decreto ricostituì i «Consigli giudiziari presso la Corte d'appello costituiti in Tribunali disciplinari»⁵⁷ e la «Corte disciplinare per la magistratura» in Roma⁵⁸, organo di secondo grado, esclusivo per i magistrati di grado superiore a «giudice» e per quelli addetti al Ministero di grazia e giustizia.

⁵² V. art. 249, r.d. n. 112/1941. Si conservava la facoltà di proporre la dispensa al Ministro, laddove, seppur non raggiunta la prova dell'illecito, c'era stata la perdita di stima e di fiducia agli occhi dell'opinione pubblica, v. art. 250 r.d. n. 112/1941.

⁵³ Le sanzioni irrogabili erano: censura, perdita dell'anzianità, perdita del diritto alla promozione, rimozione e destituzione. L'ammonezione era di esclusiva competenza del Guardasigilli, v. art. 234, r.d. n. 112/1941.

⁵⁴ L'art. 251, r.d. n. 112/1941 prevedeva che: «La dichiarazione di proscioglimento, o l'applicazione di una delle sanzioni di cui ai numeri 2, 3, 4, 5 e 6 dell'articolo 233, è fatta con decreto reale, su proposta del Ministro di grazia e giustizia, entro trenta giorni dalla comunicazione del parere della corte disciplinare. Il provvedimento di rimozione o destituzione di un magistrato di grado superiore a quello di consigliere di Corte di cassazione od equiparato è adottato su deliberazione del Consiglio dei Ministri». Era prevista anche una forma di impugnativa al Consiglio di Stato solo per violazione di legge, inoltre, era contemplato l'istituto della revisione, attivabile però solo dal Guardasigilli, cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 25-26.

⁵⁵ Cfr. A. Giuliani, *La disciplina dei magistrati: dall'Italia Albertina alla Repubblica democratica*, in *Quale giust.*, n. 40/1977, p. 211 ss.

⁵⁶ L'artefice fu l'allora guardasigilli P. Togliatti: il r.d. recava, in maniera esplicita, l'abrogazione di tutto quanto risultasse ispirato ai principi del regime fascista.

⁵⁷ Presieduta dal Presidente della Corte, composta dal Presidente di sezione più anziano, da cinque consiglieri di appello, eletti per un biennio da tutti i magistrati del distretto v. art. 6, r.d. lgt. n. 511/1946.

⁵⁸ Presieduta dal Primo Presidente della Corte suprema di cassazione e da otto componenti residenti a Roma, art. 24, r.d. lgt. n. 511/1946.

L'azione disciplinare era condotta dai PM presso i Tribunali e presso la Cassazione⁵⁹; la sua proposizione restava in capo al Ministro di grazia e giustizia, però, a differenza del regime precedente, la sua potestà terminava con tale atto. Il procedimento disciplinare seguì le linee precedenti, mentre il regio decreto richiamava, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale.

L'istruttoria poteva essere formale o sostanziale, a discrezione del PM⁶⁰; al termine del procedimento l'organo inquirente formulava le richieste, sulle quali decideva il tribunale disciplinare⁶¹. Quest'ultimo fissava la data di discussione orale – se non avesse dichiarato il non luogo a procedere – la quale avveniva a porte chiuse e senza l'assistenza di avvocati del libero foro o di consulenti tecnici, ma solo di colleghi⁶². Terminata l'assunzione delle prove, il collegio deliberava la c.d. *sentenza disciplinare*, con cui si irrogava, in difetto di assoluzione, una sanzione⁶³. Anche nel procedimento postfascista la compromissione della stima e della fiducia agli occhi dell'opinione pubblica comportava la dispensa dall'ufficio, seppur non raggiunta una prova sufficiente dell'illecito⁶⁴. Avverso le decisioni del tribunale disciplinare era ammesso ricorso alla Corte; contro quelle emesse da quest'ultima si prevedeva la revisione, senza l'intervento del Ministro⁶⁵.

L'approvazione della Costituzione repubblicana⁶⁶ importa le maggiori innovazioni nell'ambito della magistratura (giudicante e requirente)⁶⁷.

⁵⁹ Rispettivamente dal Procuratore generale presso la Corte d'appello e presso la Corte suprema di cassazione, v. art. 26 r.d. lgt. n. 511/1946.

⁶⁰ Art. 32, r.d. lgt. n. 511/1946, tale previsione prevedeva una specie di soggezione – seppur parziale – dei giudici ai pubblici ministeri, cfr. F. La Valle, *Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare nei magistrati*, cit., pp. 432-433.

⁶¹ Art. 33, r.d. lgt. n. 511/1946.

⁶² A seconda che il giudizio fosse innanzi al tribunale o alla corte disciplinare, i gradi di magistrato mutavano, v. art. 34, comma 2, r.d. lgt. n. 511/1946.

⁶³ Le sanzioni erano le stesse dell'art. 233, del r.d. n. 12/1941 – si abolì solo la perdita del diritto alla promozione – ed erano tutte precedute dal procedimento disciplinare, tranne l'ammonizione, disposto dal Ministro o dal magistrato che aveva il potere di sorveglianza, v. art. 19, r.d. lgt. n. 511/1946.

⁶⁴ Art. 35, comma 2, r.d. lgt. n. 511/1946, questa norma era già prevista nel regime fascista.

⁶⁵ Art. 37, r.d. lgt. n. 511/1946. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 28.

⁶⁶ L'A. C. si occupò, in sede redigente, della riforma dell'ordinamento giudiziario. Furono presentati tre progetti da parte: del Calamandrei, di Leone e di Patricolo sul "potere giudiziario". Per un'analisi sulle proposte cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 112-125.

⁶⁷ Sul contributo della dottrina al dibattito cfr. F. Santosuoso, *Il Consiglio Superiore della magistratura*, cit., pp. 61-70.

I principi di autonomia e indipendenza «da ogni altro potere»⁶⁸, unitamente alla previsione della soggezione dei giudici «soltanto alla legge»⁶⁹, e dell'istituto dell'«inamovibilità»⁷⁰ rappresentano i capisaldi del nuovo ordinamento.

Il C.S.M.⁷¹ c.d. «autogoverno»⁷² diviene l'organo incaricato di garantire i principi innanzi descritti⁷³. Tracciate le linee essenziali⁷⁴ – le competenze e le peculiarità, che dovevano caratterizzare tale organo – prevalse una soluzione di compromesso sulla composizione: il Consiglio⁷⁵ risulta composto sia da membri togati che laici, ne è attribuita la presidenza al Capo dello Stato⁷⁶, quale garante della Costituzione.

⁶⁸ Art. 104 Cost. In sede di Assemblea Costituente si parlò di “potere giudiziario”, da contrapporre agli altri due poteri (legislativo e esecutivo) alla fine prevalse la soluzione dell'on. Ruini, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit. pp. 194-196.

⁶⁹ «Il magistrato nel suo operare deve trovare conforto soltanto nella legge e nella propria coscienza». Cfr. N. Zanon e L. Panzeri, Art. 101, in *Commentario alla Costituzione*, R Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, (a cura di), vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 1957-1967.

⁷⁰ Strumento di garanzia, in virtù del quale, nessun magistrato può temere per i giudizi e le decisioni adottate nell'ambito della funzione esercitata.

⁷¹ Sul Consiglio è ampia la letteratura, si vedano, fra gli altri, G. Volpe, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir. Agg.*, vol. IV, 2000, Milano, Giuffrè, pp. 380-400; R. Bonanni, (voce) *Consiglio Superiore della Magistratura*, Agg., in *Enc. Giur.*, vol. VIII, Treccani, Roma, 2005, pp. 1-6; L. Arcidiacono, (voce) *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1347-1359. Ne traccia un bilancio F. Biondi, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in *Quad. cost.*, n. 1/ 2021, pp. 13-42.

⁷² Non è concorde con tale definizione, S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964, p. 3; da ultimo, c'è chi lo definisce «organo di garanzia dell'indipendenza della magistratura impropriamente detto di “autogoverno”», G. Silvestri, *L'organizzazione giudiziaria*, Relazione al Convegno *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 22-23 ottobre 2004, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 5.

⁷³ Afferma che il C.S.M. è «per definizione l'organo di governo della magistratura, destinato dalla Costituzione a realizzare l'autonomia e l'indipendenza da ogni altro potere», G. Volpe, (voce) *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 843, lo identifica come organo di garanzia, A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 296-303.

⁷⁴ Al termine del dibattito prevalse una soluzione di compromesso; cfr. D. Piana e A. Vauchez, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 14-26.

⁷⁵ Sulla natura di tale organo c'è stato vivace dibattito fra chi E. Cheli, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, (Appunti per una definizione) in *Arch. Giur.*, «Filippo Serafini», n. 1-2/1965, p. 61 ss., ne sostiene una c.d. rilevanza costituzionale; e chi, v. S. Papa, *Ultime considerazioni sul Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1382 ss.; F. Cuocolo, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, I, 1968, p. 681; ne riconosce il carattere costituzionale. C'è stato chi ha ritenuto del tutto inutile tale disputa, v.: S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, p. 58 ss.; V. Onida, *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri*, in B. Caravita, (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994, pp. 17-35.

⁷⁶ Cfr. S. Sicardi, *Il Presidente della Repubblica come presidente del CSM*, in B. Caravita, (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994, pp. 49-64.

L'Assemblea costituente ha sancito quali principi cardini, i cc.dd. “quattro chiodi, i punti essenziali su cui è competente il Consiglio e nei quali non può ingerirsi il Ministro”⁷⁷, ossia le assunzioni, le destinazioni, le promozioni, le misure disciplinari (quest'ultima scelta rappresenta la principale novità).

I progetti preliminari⁷⁸ non contemplavano questa soluzione: ad esempio, il Calamandrei auspicava la ripartizione della giurisdizione disciplinare tra una Corte disciplinare regionale, – istituita presso ogni Consiglio giudiziario – da attivarsi su iniziativa del Procuratore generale della Corte d'appello, ed una suprema Corte disciplinare, operante presso il C.S.M., la cui attivazione è rimessa al Procuratore generale. La tesi differente di Leone attribuiva il potere di sorveglianza al Primo Presidente della Corte di cassazione, e la giurisdizione disciplinare al Tribunale o alla Corte disciplinare, costituita da soli magistrati, con l'iniziativa, d'ufficio, ai PM o del Ministro della giustizia. Degna di nota risulta la proposta della Commissione ministeriale presieduta da Gaetano Miraulo, con l'attribuzione della giurisdizione disciplinare ai Consigli distrettuali e al C.S.M., i cui componenti dovevano essere eletti dai magistrati, mentre l'iniziativa era riconosciuta ai PM.

L'esercizio dell'azione disciplinare creò un ulteriore dibattito relativo all'individuazione dell'organo detentore della relativa titolarità: in sintesi le proposte⁷⁹ la attribuirono: a) al Procuratore generale presso la Corte di cassazione o, eventualmente, a quello presso la Corte d'appello; b) al Ministro della giustizia, in maniera esclusiva, in quanto politicamente responsabile dinanzi al Parlamento; c) ai Procuratori generali della Corte di cassazione o di appello, e al Ministro di grazia e giustizia. In sede di Assemblea costituente a tali proposte non è seguito un approfondito dibattito⁸⁰.

⁷⁷ V. Ruini, in *Atti Assemblea costituente, ad. plen.*, seduta 21 nov. 1947, p. 2336 e ss.; cfr. L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 57-63.

⁷⁸ Cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (I parte): il dibattito nella Commissione dei settantacinque*, cit., pp. 165-173.

⁷⁹ I proponenti erano: Conti, Villabruna e Leone; Perrone-Capano; Romano, Nobili Tito Oro. Cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura alla Costituente (II parte): il dibattito in Assemblea plenaria*, cit., pp. 293-294; 301-306; 316-329.

⁸⁰ Sul dibattito sulla magistratura all'Assemblea Costituente cfr. F. Santosuosso, *Il Consiglio Superiore della magistratura*, cit., pp. 71-85. Sul C.S.M. cfr. F. Bonifacio e G. Giacobbe, *Sub art. 104*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Tomo II, Bologna-Roma, 1986, pp. 18-20 e 41-43; S. Panizza, *Sub art. 104*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 2007-2011.

Vengono in rilievo le seguenti disposizioni: l'art. 105 Cost., che secondo il quale: «Spettano al Consiglio superiore della magistratura [...] i provvedimenti disciplinari»⁸¹, e l'art. 107, comma 2⁸², che attribuisce al Ministro della giustizia la «facoltà di promuovere l'azione disciplinare»⁸³.

All'organo di autogoverno della magistratura spetta il compito di definire il sistema della giustizia disciplinare, poiché all'art. 107, commi 1 e 2, Cost., si fa espresso divieto riguardo all'applicazione delle sanzioni quali la dispensa, la sospensione dal servizio e la destinazione ad altra sede o funzioni «se non in seguito a decisione del Consiglio Superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso». Invece, compete al Ministro della giustizia⁸⁴, di promuovere l'azione disciplinare in modo da assumere un ruolo di raccordo fra il potere giudiziario e l'interesse nazionale al buon funzionamento della magistratura⁸⁵. Quest'aspetto permette che il potere politico risponda dell'inerzia tenuta nei confronti di comportamenti posti in essere da magistrati⁸⁶; tale facoltà va intesa quale discrezionalità tecnica⁸⁷ tesa al buon funzionamento della giustizia.

Il Costituente nel tracciare le linee essenziali del C.S.M., ha lasciato al legislatore l'onere di dare attuazione ai precetti costituzionali⁸⁸.

⁸¹ Cfr. i commenti di: F. Bonifacio e G. Giacobbe, *Sub art. 105*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, Bologna – Roma, 1986, pp. 88-95; G. P. Verde e E. Cavasino, *Sub art. 105*, in R. Bifulco, A. Celotto, e M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 2027-2029.

⁸² Su tale articolo, cfr. M. Nardozza, *La titolarità dell'azione disciplinare problemi di costituzionalità*, in *Gius. civ.*, 1994, pt. I, pp. 146-153.

⁸³ Per un'analisi cfr. F. Bonifacio e G. Giacobbe, *Sub art. 107*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 157-162; G. D'Elia, *Sub art. 107*, in R. Bifulco, A. Celotto, e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 2057-2058.

⁸⁴ Come è stato osservato, le garanzie di autonomia e indipendenza non subiscono alcun danno dall'esercizio dell'azione disciplinare da parte dell'organo ministeriale e lo status del magistrato non subisce variazioni di sorta, cfr. S. Bartole, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 258 ss.

⁸⁵ Cfr. G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 453; G. Abbamonte, *Note sugli aspetti soggettivi ed oggettivi della funzione disciplinare nel sistema costituzionale delle garanzie della magistratura*, in *Giustizia civile*, 1964, pt. I, pp. 2201-2205.

⁸⁶ V. tra gli altri: A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, p. 281 ss.

⁸⁷ Cfr. F. Bonifacio e G. Giacobbe, *Sub art. 107*, cit., p. 159, sembra di diverso avviso G. D'Elia, *Sub art. 107*, cit., p. 2057.

⁸⁸ Sottolinea il momento politico che porta alla mortificazione dei principi costituzionali con l'approvazione della l. n. 195/1958, E. Gallo, *Il Consiglio Superiore della Magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, cit., pp. 8-9.

I progetti di legge presentati per concretizzare il disposto normativo sono stati molteplici: tratto comune ne è la suddivisione del Consiglio in sezioni, di cui una disciplinare⁸⁹.

Le differenze presenti nei progetti erano rilevanti, ma opportunamente sintetizzabili come segue: a) il primo riconosceva l'azione disciplinare al Procuratore generale presso la Corte di cassazione; b) il secondo prevedeva la possibilità di impugnare i provvedimenti assunti dalle sezioni all'Adunanza generale del Consiglio; c) il terzo prevedeva la presidenza della sezione disciplinare al Vice Presidente, d) il quarto proponeva di accentuare i poteri del Ministro di grazia e giustizia⁹⁰.

La sezione disciplinare, attraverso la legge del 1958⁹¹, diviene l'unico organo che interpreta, per tutti i magistrati, quali sono le regole da seguire e, conseguentemente, sanziona quelli che se ne discostano.

La disciplina del 1958 ha determinato alcuni punti chiave sul sistema disciplinare: a) l'istituzione dell'organo disciplinare⁹², quale articolazione interna al Consiglio deputata a irrogare sanzioni disciplinari; b) la possibilità di impugnazione alle Sezioni unite della Cassazione per il controllo di legalità delle decisioni; c) l'iniziativa dell'azione disciplinare riconosciuta anche in capo al Procuratore generale della Cassazione⁹³; d) nessun potere sanzionatorio da parte del Ministro della giustizia.

Seppur in dottrina vi siano dei dubbi⁹⁴, la figura del Procuratore generale presso la Cassazione rappresenta “un anello di congiunzione tra la giurisdizione e

⁸⁹ V. i progetti: Angeloni-Santoni Rugiu, Ferrara, Zoli, De Pietro, in: F. Santosuosso, *Il Consiglio Superiore della magistratura*, cit., pp. 109-127.

⁹⁰ Ad esempio, prevedendo che poteva fare richieste e proposte su persone determinate o poteva intervenire a tutte le adunanze del Consiglio; i progetti di riferimento sono di due Guardasigilli: Grandi e De Pietro, v. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 223-230.

⁹¹ L. n. 195/1958, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*, e d.P.R. n. 916/1958, il cui iter di approvazione è documentato da L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 229-237.

⁹² Alla fine del travagliato iter legislativo si decideva di lasciare un'unica sezione quella disciplinare: «[...] la quale naturalmente ha un carattere particolarmente delicato, anche perché una questione disciplinare non potrebbe essere discussa agevolmente da ventuno persone», (v. sen. Magliano in A. Senato 1958, 27157).

⁹³ Dai lavori dell'Assemblea costituente si evince la possibilità per il legislatore ordinario di riconoscere la titolarità dell'azione disciplinare ad altri soggetti oltre il Ministro. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 99.

⁹⁴ Il costituente con l'art. 107 ha effettuato una scelta di controllo esterna alla magistratura, cfr. V. Summa, *Responsabilità disciplinare e responsabilità «senza colpa»; obbligatorietà, titolarità e iniziativa dell'azione disciplinare*, in Aa.Vv., *La riforma dell'ordinamento giudiziario e i problemi della giustizia*, Roma, Editori Riuniti, 1977, pp. 290-292. Il Procuratore generale viene a trovarsi nella doppia veste di membro di diritto del C.S.M. e al contempo come ufficio del «pubblico ministero presso la sezione disciplinare», si contrappone alla sezione medesima – che è organo interno del C.S.M. –, esercitando una funzione requirente, cfr. F. La Valle, *Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare nei magistrati*, cit., p. 437. Anche la politica mostrava delle perplessità: «Deferire la titolarità dell'azione disciplinare, [...] al Procuratore generale presso

l'organizzazione"⁹⁵, in quanto fa da contrappeso all'organo politico. La presenza di un organo tecnico e qualificato⁹⁶, investito della titolarità dell'azione disciplinare in ragione "delle funzioni di pubblico ministero presso il grado più alto della giurisdizione"⁹⁷ è confortante (anche se questa sua irresponsabilità destava qualche perplessità)⁹⁸; al fine di sottrarre le decisioni all'organo politico⁹⁹. Al Procuratore generale è riconosciuta la possibilità di «promuovere», oltre che di istruire, i procedimenti disciplinari: egli esercita la funzione inquirente nella sua veste di organo giurisdizionale.

Interessante risulta ripercorrere le varie tappe di modifica della composizione della sezione disciplinare, che in cinquant'anni è cambiata sei volte.

Nella sezione originariamente i componenti erano dieci, di cui tre membri c.d. laici, compreso il Vice Presidente, e sette magistrati (di cui quattro o cinque quelli di Cassazione¹⁰⁰, a seconda del magistrato incolpato). Il collegio giudicante deliberava con sette elementi – in proporzione fra membri togati e laici di cinque a due – e la presenza obbligatoria del Primo Presidente della Cassazione.

Tale situazione presentava alcune criticità, tra cui la partecipazione preponderante dei magistrati della Cassazione; la lesione del principio di rappresentatività previsto dall'art. 104 Cost.; infine, l'incompatibilità incipiente per il Primo Presidente della Corte di cassazione nel contempo componente del collegio giudicante e Presidente delle Sezioni unite, cui competeva di pronunciarsi per il ricorso avverso le sentenze disciplinari.

la Corte di cassazione importerebbe da parte di questo un potere di sorveglianza sulla magistratura giudicante in contrasto con i principi tradizionalmente e legislativamente accolti al riguardo», v. Relazione del ministro De Pietro al Senato per la presentazione del disegno di legge, – che poi divenne la legge – sul C.S.M.

⁹⁵ V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 101.

⁹⁶ «L'azione disciplinare può peraltro essere promossa anche dal Procuratore generale presso la Corte suprema di cassazione nella sua qualità di pubblico ministero presso la sezione disciplinare del Consiglio superiore», art. 14, l. n. 195/1958.

⁹⁷ V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit. p. 104.

⁹⁸ Almeno psicologicamente, i magistrati si sentivano in uno stato di subordinazione rispetto al Procuratore generale.

⁹⁹ Su quest'aspetto sottolinea: «l'uso squisitamente politico dello strumento, manifestamente diretto ad intimidire le opinioni dei magistrati di una certa corrente che non collimavano con quelle in quel momento fatte proprie dal Governo in carica», E. Gallo, *Il Consiglio Superiore della Magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, cit., p. 15.

¹⁰⁰ Prima, un magistrato di Cassazione non poteva essere giudicato, se non da un collegio interamente composto da altri «pari grado» e due membri laici.

Questi aspetti sono stati oggetto di una pronuncia¹⁰¹ della Corte costituzionale, il cui dispositivo, contenente la dichiarazione di illegittimità di alcune norme¹⁰², ha riavviato il dibattito politico-istituzionale¹⁰³ sulla struttura del C.S.M., comportando la riforma della l. n. 195/1958 – attraverso la l. n. 1198/1967 – e consecutivamente la revisione dell'organo disciplinare.

Le innovazioni riguardavano la composizione della sezione disciplinare e la validità delle relative deliberazioni.

In particolare, la legge di modifica abolì i membri supplenti, espose il Primo Presidente della Cassazione, e pose il rapporto fra membri togati e laici di due terzi e un terzo. Il numero dei componenti fu portato da dieci a quindici, con l'obiettivo di garantire la rappresentanza delle varie categorie (la previsione era di cinque magistrati di Cassazione, – di cui due con ufficio direttivo – tre di Appello e altrettanti di Tribunale). Inoltre, si introdusse la formula del sorteggio per la formazione del collegio: in tal modo avrebbe potuto verificarsi il caso dell'esclusione di tutti i magistrati di appello o di tribunale. Le deliberazioni richiedevano, per la loro validità, la presenza di nove componenti, suddivisi fra tre c.d. laici, tre magistrati di Cassazione, e tre magistrati di appello o tribunale, di cui due appartenenti alla categoria dell'incolpato¹⁰⁴.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 12/1971¹⁰⁵ invita il legislatore a dettare una disciplina in merito alle supplenze, sia degli stessi componenti sia del Presidente della Repubblica in funzione di Presidente della sezione. Nell'immediato, si stabilì che la sezione disciplinare avrebbe esercitato, per il futuro, con l'intervento di tutti e quindici i membri.

¹⁰¹ V. Corte cost., sentenza 12-23 dicembre 1963, n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1644-1683, per un'analisi, cfr. M. Mazziotti, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio Superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1648-1681.

¹⁰² Incidenti anche sul sistema elettorale dei componenti togati del Consiglio superiore.

¹⁰³ In Parlamento furono presentate proposte di legge che interessarono il C.S.M., in ordine a diversi aspetti del sistema disciplinare; per esempio, il progetto Basso prevedeva che il procedimento disciplinare fosse esercitato davanti al Consiglio giudiziario territorialmente competente e iniziato ad opera del Procuratore generale presso la Corte d'Appello con possibilità di impugnare la decisione anche nel merito innanzi al Consiglio superiore, quello di Guidi prevedeva che avverso i provvedimenti disciplinari si pronunciasse il Consiglio di Stato, tutti escludevano il ricorso in Cassazione contro i provvedimenti disciplinari. Cfr. A. Notarbartolo Figurelli, *La responsabilità disciplinare del giudice: il dibattito più recente e la prospettiva di soluzioni nuove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 272-273.

¹⁰⁴ Cfr. A. Notarbartolo Figurelli, *La responsabilità disciplinare del giudice: il dibattito più recente e la prospettiva di soluzioni nuove*, cit., p. 272.

¹⁰⁵ Corte cost., sentenza 19 gennaio – 2 febbraio 1971, n. 12. Composizione così, come disciplinata dall'art. 6, commi 1, 2 e 4, l. n. 195/1958, come modificata dalla l. n. 1198/1967.

Il legislatore ordinario, con l'approvazione della l. n. 1/1981, cercò di adempiere a quanto prescritto¹⁰⁶.

Le modifiche sul Giudice disciplinare comportarono una composizione di nove membri di cui tre laici (comprensivo del Vice Presidente) e sei magistrati¹⁰⁷. I supplenti previsti erano nel numero di sei, quattro magistrati e due laici, con l'indicazione precisa, tra gli effettivi, del designato per sostituire il Vice presidente in caso di impedimento.

Un'altra pronuncia costituzionale¹⁰⁸ favorì la l. n. 655/1985, di modifica della composizione del C.S.M. e del giudice disciplinare.

La sezione continuò a comporsi di nove membri, suddivisi: in tre laici, compreso il Vice Presidente; sei magistrati (ma di questi uno solo di Cassazione con effettivo esercizio delle funzioni di legittimità), mentre i restanti cinque magistrati con funzioni di merito. Il numero dei componenti supplenti restava sempre di sei (due i membri laici, tre magistrati con funzioni di merito e uno di Cassazione)¹⁰⁹.

Tale composizione ha subito un'ulteriore modifica (l. n. 44/2002¹¹⁰). La variazione legislativa, intervenuta sul numero dei componenti dello stesso C.S.M., ha comportato che la sezione disciplinare si componesse di sei membri effettivi¹¹¹: il Vice Presidente del C.S.M. che presiedeva la sezione, un componente eletto dal Parlamento (in sostituzione),

¹⁰⁶ Tale legge si occupava anche di altri aspetti del procedimento disciplinare, fra cui quello concernente l'obbligo della comunicazione all'incolpato dell'inizio del procedimento, già riconosciuto dalla giurisprudenza.

¹⁰⁷ Questi, a loro volta, suddivisi fra due di Cassazione e altrettanti di Tribunale, uno di Appello, ed un magistrato scelto senza riferimento alla categoria di appartenenza. Interessanti risultano le due sentenze 7-10 maggio 1982 n. 86 e n. 87 emesse dalla Corte costituzionale, in merito, rispettivamente, alla possibilità: a) di nomina a magistrato di Cassazione e alle funzioni direttive superiori indipendentemente dal conferimento delle relative funzioni; b) che all'interno del Consiglio fossero assegnati alla categoria dei magistrati di Cassazione a giudici che, pur avendone conseguito la nomina, non esercitassero le relative funzioni. A seguito di tali pronunce, la Corte, fra l'altro, osservò che, per la valida composizione del C.S.M. e della sezione disciplinare, fosse giusto che i posti risultassero ricoperti da magistrati di cassazione che esercitassero effettivamente le rispettive funzioni, l'allora C.S.M. elesse di nuovo la sezione facendo in modo da attuare tale disposto, ma vi furono comunque critiche sulle implicazioni di tali sentenze; per una disamina, cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 134-141.

¹⁰⁸ Corte cost., sentenza 7-10 maggio 1982, n. 87, il Giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità costituzionale nella parte in cui la legge n. 195/1958, per i posti spettanti a magistrati di Cassazione non chiedeva l'effettivo esercizio delle funzioni.

¹⁰⁹ Parte della dottrina evidenziava la necessità di predeterminare un supplente per ogni effettivo, ovviamente precisando che uno dei supplenti poteva sostituire più di un effettivo, in considerazione della diversità numerica (questo in particolare per il magistrato di merito, che può essere sostituito da uno qualsiasi dei quattro magistrati supplenti). Ciò anche in considerazione del principio del giudice naturale. Cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 145-148, tale questione ha trovato parziale soluzione con la legge 28 marzo 2002, n. 44, che ha modificato l'art. 6, commi 1 e 2, l. n. 195/1958.

¹¹⁰ Riguardo alle modifiche che ha comportato sull'organo di autogoverno. Cfr. fra gli altri, L. Arcidiacono, (voce), *Consiglio Superiore della Magistratura*, cit.

¹¹¹ Ai sensi dell'art. 4, l. n. 195/1958, come modificato dall'art. 2, l. n. 44/2002.

un magistrato di Corte di cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità, due magistrati con le funzioni di giudice presso gli uffici di merito – ovvero destinati alla Corte di cassazione – un magistrato con le funzioni di pubblico ministero presso gli uffici di merito o presso la Direzione nazionale antimafia, ovvero destinato alla Procura generale presso la Corte suprema di cassazione. I membri supplenti erano quattro¹¹². Sulle modifiche riguardanti l'attuale composizione, si veda *infra* terzo paragrafo del presente contributo.

2. La dubbia natura dell'organo disciplinare.

La sezione disciplinare ha suscitato un vivace confronto¹¹³ se essa sia unico giudice competente del procedimento disciplinare e se essa sia da considerare organo di giurisdizione o amministrativo¹¹⁴.

Le opinioni elaborate si connotano di diverse sfumature¹¹⁵.

In effetti, alcuni studiosi¹¹⁶, considerato il potere disciplinare come potere amministrativo, hanno definito l'attività della sezione di natura amministrativa; viceversa, un'altra parte

¹¹² un magistrato di Corte di cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; un magistrato che esercita le funzioni di giudice presso gli uffici di merito ovvero che sia destinato alla Cassazione; un magistrato che esercita le funzioni di pubblico ministero presso gli uffici di merito o presso la Direzione nazionale antimafia ovvero che sia destinato alla Procura generale presso la Corte di cassazione; un componente eletto dal Parlamento. Il regolamento interno del C.S.M. ne prevede sei, in ossequio ad una pronuncia della Corte cost. n. 262/2003, in attesa che il legislatore ordinario intervenga.

¹¹³ Cfr. G. Volpe, (voce) *Ordinamento giudiziario*, cit., pp. 874-880.

¹¹⁴ F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura*, in *Rassegna dei magistrati*, n. 9-12/1972, pp. 323-324.

¹¹⁵ La stessa sezione disciplinare in un primo momento sulla propria natura giungeva ad affermazioni contrastanti. Infatti, attraverso le sue decisioni, si definiva giurisdizionale (con decisioni del 25 giugno e 16 luglio 1960), amministrativa (con decisione del 18 dicembre 1968). Invece, la Corte di cassazione è stata sempre costante nel ritenere la sua natura giurisdizionale, v. in particolare, la sentenza 3 marzo 1970, n. 506, in cui sosteneva che: «[...] la l. 195/1958 emanata per l'attuazione dell'art. 105 della Cost. ha lasciato fermo nelle sue linee essenziali il procedimento disciplinare previsto dalla legge del 1946 e avrebbe soltanto concentrato nel C.S.M., cioè nella Sezione disciplinare, in conformità della Costituzione, le funzioni di giudice unico per tutti i magistrati nella delicata materia, per cui la natura giurisdizionale del procedimento sarebbe rimasta immutata e soltanto il procedimento sarebbe stato devoluto ad un'apposita Sezione del Consiglio superiore della Magistratura»

¹¹⁶ V. in tal senso cfr. A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano, 1963, nota 1, pp. 97-99; E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 272; F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 323-359; Id., *Il Consiglio superiore della magistratura. I primi tre quadrienni*, Campobasso, 1973, p. 1133 ss.; L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit. pp. 396-405.

della dottrina¹¹⁷, valutando la natura del procedimento in forma giurisdizionale, ne ha così qualificato l'attività.

Tuttavia, è opportuno¹¹⁸ differenziare la natura sia del potere esercitato, sia del procedimento attraverso cui si estrinseca il potere in argomento.

Tale asserzione prospetta un'inversione di tendenza rispetto alle interpretazioni ermeneutiche precedenti. La chiave metodologica da utilizzare è l'indagine prognostica sull'attività dell'organo, con implicita accettazione della possibilità che la diagnosi possa non risultare coincidente con quanto la natura dell'organo stesso lasci presagire.

La dottrina favorevole alla natura amministrativa del procedimento qualifica il carattere del procedimento come tale¹¹⁹, in quanto esplicazione di un potere interno alla pubblica amministrazione¹²⁰, in considerazione che tutti gli impiegati dello Stato vi sono sottoposti. I magistrati, seppur afferenti ad un ordinamento particolare quale l'ordinamento giudiziario, restano collegati allo Stato in quanto *impiegati tout court*, con la conseguente applicazione dei principi cardine del potere disciplinare¹²¹: si consideri, ad esempio che, qualora l'incolpato fuoriesca dall'ordine giudiziario, la procedura si estingue.

Si è osservato altresì, che: “L'applicazione della sanzione disciplinare è espressione non del dover essere secondo l'ordinamento generale, ma del dover essere che discende dall'organizzazione dell'ordinamento particolare”¹²².

Si è ancora prospettato come l'istituzione del C.S.M. quale organo di autogoverno,

¹¹⁷ Cfr. M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, in *Giur. It.*, 1972, I, p. pp. 47-60; A. G. Zorzi Giustiniani, *Note minime in tema di disciplina giudiziaria e di giudizio disciplinare a carico dei magistrati* in *Giur. It.*, n. 2/1979, pt. I, pp. 295-314; A. Giuliani e N. Picardi, *La responsabilità del giudice nello stato repubblicano*, in *Giur. It.*, 1979, IV, pp. 97-128; S. Bartole, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, in *Nss.mo dig. It.*, appendice, Torino, 1981, II, pp. 462-464; G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 780-795; N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, pp. 1283-1322; V. Vigoriti, (voce), *Responsabilità del giudice*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 10; P. Gianniti, *Principi di deontologia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2002, pp. 75-76 L. Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 173-176; da ultimo effettua una disamina sul procedimento con possibili ricadute sulla natura della sezione G. Campanelli, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo?*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 31-91.

¹¹⁸ Cfr. F. Biondi, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *Rivista Gruppo di Pisa online*, n. 2/2021, pp. 160-161.

¹¹⁹ M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, p. 27 ss.; I. Cacciavillani, *Il diritto disciplinare*, Padova, Cedam, 1994.

¹²⁰ E. Capaccioli, *Forma e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pp. 271-272, sosteneva che il potere disciplinare è amministrativo.

¹²¹ La funzione disciplinare non ha il carattere della giurisdizionalità, cfr. G. Landi (voce) *Disciplina*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 17 ss.

¹²² F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 333.

consentisse un ritorno del potere disciplinare alla stessa Amministrazione dalla quale l'incolpato dipendeva, riacquistando la peculiare natura ontologicamente amministrativa originaria¹²³.

Ulteriore dato era che il C.S.M., sia per la composizione e sia per le funzioni, rispetto al Consiglio disciplinato dal r.d. lgt. N. 511/1946¹²⁴ e alla Corte disciplinare¹²⁵ non era da considerarsi “erede”.

Il Sandulli¹²⁶ affermava che la sezione disciplinare non poteva: “[...] essere considerata come una ‘sezione specializzata’ della giurisdizione, dall’art. 102 Cost., [...] dato che non si tratta di un organo istituito presso alcuno degli organi giudiziari ordinari”.

Nella medesima direzione si faceva osservare¹²⁷ che il dettato costituzionale non forniva elementi tali da riconoscere l’esercizio della funzione giurisdizionale alla sezione disciplinare del Consiglio. Tale intuizione trovava riscontro nella giurisprudenza costituzionale – sentenza n. 44/1968¹²⁸ – ove si è statuito che i compiti del C.S.M. fossero oggettivamente amministrativi; pertanto, di riflesso, i provvedimenti disciplinari emanati assumevano un carattere sostanzialmente amministrativo¹²⁹.

In conclusione, il Consiglio non presentava “indole, né struttura di organo

¹²³F. Colitto, *Natura giuridica dell’attività della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 332.

¹²⁴V. art. 7 ss.

¹²⁵La Corte disciplinare era stata istituita dalla l. 24 luglio 1908, n. 438 e successivamente riformata nel regime fascista.

¹²⁶A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, cit., p. 98, nt. 1.

¹²⁷La Cost. attraverso l’art. 102 esclude dall’esercizio della funzione giurisdizionale qualsiasi organo che non appartenga alla magistratura ordinaria; nel contempo statuisce gli organi a cui riconoscere tale potere. Cfr. F. Colitto, *Natura giuridica dell’attività della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 335.

¹²⁸Sentenza 14 maggio 1968, n. 44, cfr. F. Cuocolo, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, I, 1968, pp. 672-689; U. De Siervo, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 690-709. “La Corte negando al C.S.M. ‘indole’ e ‘struttura’ di organo giurisdizionale porta alla conseguenza di dover negare il carattere giurisdizionale anche alla Sezione disciplinare”, L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 391. Tuttavia, la Corte dava l’impressione di assegnare una generale qualificazione amministrativa anche nella sentenza 23 dicembre 1963, n. 168, v. in *Giur. cost.*, 1963, pp. 1644-1682; per un commento cfr. M. Mazziotti, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio Superiore della magistratura*, cit.

¹²⁹In tale sentenza parlava di «una vigorosa affermazione della natura amministrativa del Consiglio superiore della magistratura sotto il profilo oggettivo del tipo di attività ad esso attribuite, e della natura non giurisdizionale dello stesso organo sotto il profilo soggettivo», G. Zagrebelsky, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 90, l’autore diceva che l’affermazione era stata fatta semplicemente per riconoscere la competenza al Consiglio di Stato, a decidere sull’impugnazione delle delibere del Consiglio superiore.

giurisdizionale”¹³⁰, e di conseguenza appariva incomprensibile che, riconosciuti al *plenum* compiti amministrativi, potesse una sua semplice articolazione esercitare prerogative di natura diversa rispetto alla natura del tutto¹³¹. Infatti, gli atti conclusivi¹³² della sezione sono chiamati «provvedimenti» nella l. n. 195/1958 (art. 17) e «decisioni» nel d.P.R. n. 916/1958¹³³.

Almeno in un primo momento, il procedimento disciplinare, non aveva veste *giurisdizionale* seppur le fonti rinviassero con riguardo al rito da seguire¹³⁴, alle norme del codice di procedura penale¹³⁵, quanto: a) i caratteri dell'imparzialità e della terzietà erano alquanto compromessi nel concreto funzionamento, come dimostrato dalla stessa prassi posta in essere dalla sezione (un esempio per tutti: il collegio, in sede di rinvio, era composto dai medesimi membri che avevano già partecipato al giudizio nel quale fu emessa la decisione cassata)¹³⁶; b) difettava il carattere della pubblicità, poiché la discussione avveniva a porte chiuse; c) la sezione disciplinare dichiarava di non farsi luogo al rinvio a dibattimento solo se, su conforme richiesta del pubblico ministero, riteneva che dalle prove risultassero esclusi gli addebiti; d) non era contemplata la presenza dei difensori e dei consulenti tecnici¹³⁷; e) l'azione disciplinare¹³⁸ era imprescrittibile, era inapplicabile al procedimento disciplinare l'istituto della ricsuzione e dell'astensione (tipici, invece, dei

¹³⁰ Cfr. L. Elia, *Postilla*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 710, il quale diceva che: “una affermazione formulata in termini così assoluti porta a negare il carattere di giurisdizione anche alla sezione disciplinare del C.S.M.”.

¹³¹ Sottolineava la criticità A. Apostoli, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 122-125.

¹³² Fornisce un'interpretazione differente di tali atti, dicendo che: “I provvedimenti disciplinari sfociano quindi in tipici atti di governo delle magistratura, atti cioè riservati ad un organo costituzionale e non inquadrati né tra quelli giurisdizionali né tra quelli amministrativi”, L. Daga *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 405.

¹³³ Il termine sentenza è mutuato dall'art. 35 della legge delle guarentigie, ove il titolo dell'articolo è: «Sentenza disciplinare» ma l'aggettivo che la qualifica, è indice secondo i sostenitori della nozione amministrativa, proprio dell'esercizio di un particolare potere amministrativo.

¹³⁴ Il procedimento disciplinare risultava regolato dal r.d. lgt. n. 511/1946 (artt. 27-38), dalla l. n. 195/1958 (artt. 4, 6, 14, e 17) dal d.P.R. 916/1958 (artt. 57-62); per quanto non espressamente previsto, l'art. 34 r.d. lgt. n. 511/1946 rinviava al codice di procedura penale.

¹³⁵ Quello vigente all'epoca era del 1930, e tale è rimasto fino alla riforma c.d. Castelli, l. n. 150/2005, ove il rinvio è stato disposto nei confronti del nuovo codice di procedura penale, c.d. codice Vassalli.

¹³⁶ Un altro esempio era dato dall'ipotesi in cui il C.S.M. metteva sotto accusa un magistrato che non aveva chiesto – nella convinzione che non fosse necessaria – la preventiva autorizzazione per esercitare una determinata attività. In questo caso il Consiglio si poneva in contrapposizione del magistrato. Cfr. F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 336.

¹³⁷ Il magistrato poteva farsi assistere solo da un altro magistrato.

¹³⁸ In effetti la certezza delle situazioni impone termini di prescrizione e di decadenza. La giurisprudenza costituzionale, nella sentenza 15-22 giugno 1976, n. 145, in *Giur. cost.* 1976, p. 27 ss., sosteneva che la mancanza di limiti temporali per l'esercizio dell'azione disciplinare a carico dei magistrati rispondeva ad una migliore tutela del prestigio dell'ordine giudiziario.

procedimenti giurisdizionali); f) non si formava una *res iudicata*, non potendo assolutamente definirsi come tale un provvedimento disciplinare.

In altri termini, i rinvii al processo penale¹³⁹ e la possibilità di ricorso in Cassazione¹⁴⁰ (“un’anomalia del sistema”¹⁴¹), offrivano unicamente qualche garanzia al magistrato incolpato, non mutando la sostanziale natura amministrativa del procedimento.

Inoltre, l’art. 18 della legge sulle Guarentigie prevedeva che il magistrato fosse destinatario di sanzioni disciplinari se: «manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell’ordine giudiziario». Tale nozione forniva spazio sia ai promotori dell’azione disciplinare sia all’organo di autogoverno¹⁴², poiché la possibile discrezionalità, riconosciuta alla sezione nel delineare i contenuti dei singoli illeciti disciplinari, introduceva in capo ad esso un potere nomopoietico¹⁴³. La mancata tipizzazione degli illeciti consentiva che i parametri di valutazione delle singole fattispecie fossero agevolmente mutabili secondo gli orientamenti dell’organo disciplinare¹⁴⁴; di conseguenza, si imponeva un uso discreto dello *ius corrigendi*¹⁴⁵.

Il Giudice delle leggi, rispetto alla conformità di tale normativa al principio costituzionale

¹³⁹ L’art. 34, r.d. lgt. n. 511/1946 rinviava al codice di procedura penale del 1930, attualmente il rinvio è al c.p.p. vigente.

¹⁴⁰ La stessa sezione disciplinare, con sentenza 18 dic. 1968, riteneva di essere un organo di natura amministrativa e non giurisdizionale, rilevando che tale natura non escludeva la possibilità di ricorso alle SS.UU. Civili della Corte di cassazione, citando altre ipotesi di impugnazione di provvedimenti di indubbia natura amministrativa innanzi alla Cassazione, es. i provvedimenti disciplinari del Consiglio degli ordini forensi. La dottrina che sosteneva il carattere costituzionale del C.S.M., riteneva il controllo della Cassazione - giudice ordinario - inadatto, cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit. pp. 409-410.

¹⁴¹ Giustificata per evitare un “sindacato esterno” all’ordine giudiziario, cfr. A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., p. 99, nt. 1.

¹⁴² È stato puntualizzato che la *ratio* trovava fondamento nell’ «esigenza che la fissazione della norma [si verificasse] in sede di applicazione di essa, ad opera di organi formati da componenti l’ordine professionale, idonei come tali ad esprimere la sensibilità deontologica dell’ordine stesso», in questi termini si esprimeva la Cassazione, cfr. anche G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, cit., p. 439 ss.

¹⁴³ Grazie a ciò si verifica che: “[...] il giudice disciplinare finisce inevitabilmente con l’assumere il ruolo di vero e proprio creatore di un codice disciplinare giurisprudenziale”, N. Rossi, *Osservatorio dal Consiglio Superiore della magistratura*, in *Questione giustiziosa*, n. 4/1999, p. 756.

¹⁴⁴ La predeterminazione degli illeciti disciplinari spettava al legislatore, in virtù delle tre riserve di legge (artt. 105, 107 e 108 Cost.), cfr. N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2019, pp. 168-169.

¹⁴⁵ La formulazione vaga e generica dell’art. 18 della legge Togliatti non ha mancato di sollevare forti dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della norma stessa per violazione del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* riguardo ai rapporti tra principio di legalità e infrazioni disciplinari, cfr. G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio «nullum crimen sine lege»*, Padova, 1970.

di legalità¹⁴⁶, si è pronunciato favorevolmente, affermando che il fondamento del potere disciplinare non può riscontrarsi «come per gli impiegati pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti, dovendosi escludere un rapporto del genere nei riguardi dei magistrati stessi sottoposti soltanto alla legge ex art. 101 Cost.»¹⁴⁷.

Delineata, per sommi capi, la posizione della dottrina favorevole a ritenere amministrativa la natura dell'attività svolta dalla sezione, prima di tracciare la linea di evoluzione percorsa dal procedimento, appare utile soffermarsi brevemente sui criteri e sugli indici di rilevamento della presenza di un'attività giurisdizionale.

I criteri cui la dottrina principalmente fa riferimento sono: a) la terzietà del giudice rispetto alle parti¹⁴⁸; b) la *res iudicata*¹⁴⁹; c) il processo, quale certa modalità di esercizio della funzione¹⁵⁰; d) la giurisdizione come attuazione concreta dell'ordinamento¹⁵¹.

La presenza di tutti i requisiti succitati potrebbe far pensare all'attività giurisdizionale¹⁵²; tuttavia, è stato osservato che¹⁵³ ciascun criterio enunciato manifesta delle criticità¹⁵⁴; pertanto, si suggerisce la definizione formulata nell'art. 1 c.p.c. secondo il quale è «giurisdizione l'attività esercitata dai giudici».

¹⁴⁶ La dottrina giustificava la genericità della formulazione dell'art. 18, r.d. lgt. n. 511/1946, osservando che sia nel codice civile (art. 2043) che nel codice penale (si pensi ai concetti come l'onore e l'osceno) ci fossero precetti il cui accertamento richiedeva l'intervento giurisdizionale, cfr. V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 357.

¹⁴⁷ V. Corte cost., sentenza 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, pp. 2167-2171. In tale dispositivo l'organo costituzionale affermava che: «non appare pertinente il richiamo all'art. 25, comma 2, Cost.», in quanto tale norma «si riferisce soltanto alla materia penale», mentre: «l'esercizio del potere disciplinare è regolato da principi sostanzialmente differenti e meno incisivi di quelli che reggono il magistero penale». La dottrina è stata quasi sempre unanime nel chiedere la «tipizzazione degli illeciti», cfr. N. Rossi, *Potere disciplinare*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della magistratura*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 72.

¹⁴⁸ Cfr. V. Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, I, p. 27 ss., v. anche, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 21 ss., il quale identificava la giurisdizione «nella posizione di terzietà del giudice», che risultava «tale se si pone come terzo disinteressato tra due parti interessate al conflitto, allo scopo di decidere il conflitto medesimo».

¹⁴⁹ Cfr. E. Allorio, *Saggio polemico sulla «giurisdizione volontaria»*, in *Problemi di diritto*, II, «Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi», Milano, Giuffrè, 1957, p. 34.

¹⁵⁰ Cfr. F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 18-19.

¹⁵¹ S. Satta, (voce) *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.* vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 221-224; afferma che: «la giurisdizione è, volta ad assicurare la tutela giuridica o eliminando le situazioni di incertezza che sorgono nel dare applicazione pratica alle norme o reprimendo le violazioni dell'ordinamento. La giurisdizione è dunque, garanzia del diritto obiettivo», A. Meloncelli, (voce) *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enc. Giur.* Treccani, vol. XV, Roma, 1990, p. 2.

¹⁵² Il concorso di tutti i requisiti poteva far pensare all'attività giurisdizionale cfr. A. G. Zorzi Giustiniani, *Note minime in tema di disciplina giudiziaria e di giudizio disciplinare a carico dei magistrati*, cit., p. 303.

¹⁵³ Cfr. G. Verde, *Profili del processo civile*, parte generale, Napoli, Jovene, 2002, pp. 35-36. A. Gustapane, *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. e soc.*, n. 1/ 2001, pp. 7-9.

¹⁵⁴ Il c.d. «difetto in comune», tutti i criteri presentano delle falle, «si lasciano influenzare da preoccupazioni di tipo teleologico», G. Verde, *Profili del processo civile*, parte generale., cit. p. 35.

Con riguardo ai requisiti che devono caratterizzare il giudice, quest'ultimo deve mostrarsi «terzo, indipendente e imparziale»; inoltre, è tenuto al rispetto del contraddittorio e deve emettere una decisione basandosi su prove analitiche e razionali, fornendo motivazione congrua.

I parametri appena delineati potrebbero essere rinvenuti nel procedimento disciplinare a carico dei magistrati ordinari? Nel prosieguo della trattazione si tenterà di fornire una risposta.

La giurisprudenza costituzionale¹⁵⁵, unitamente al legislatore ordinario, hanno superato nel tempo una serie di osservazioni sostenute dai fautori della natura amministrativa del procedimento e dell'organo.

Un'importante pronuncia della Corte costituzionale ai fini del dibattito sulla sezione disciplinare è la sentenza n. 12/1971¹⁵⁶, con la quale il Giudice delle leggi¹⁵⁷ ha statuito che: «Ai limitati fini che qui interessano, è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con espresse ed univoche statuizioni, ha conferito carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura»¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Per un rapido *excursus*, cfr. R. Pinardi, *Su alcuni problemi di costituzionalità del procedimento davanti alla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura per una nozione sostanziale del concetto di 'prestigio' dell'ordine giudiziario*, in *Dir. pub.*, 1996, pp. 785-792.

¹⁵⁶ Sentenza 29 gennaio – 2 febbraio 1971, n. 12 per un commento cfr.: G. Zagrebelsky, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 89-104; M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, cit.

¹⁵⁷ Le ordinanze con le quali la sezione disciplinare del C.S.M. ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale sono state quella del 12 e del 15 maggio 1970. La prima si poneva la questione di legittimità costituzionale: in quanto l'istituzione di una sezione disciplinare contrasterebbe con la volontà del costituente di attribuire la cognizione della materia disciplinare al *plenum* – su tale questione si era espressa rigettandola la Corte di cassazione SS. UU. n. 2203 e 2204 del 1964, per un commento cfr. G. Abbamonte, *Note sugli aspetti soggettivi ed oggettivi della funzione disciplinare nel sistema costituzionale delle garanzie della magistratura*, in *Giust. civ.*, 1964, pt. I, pp. 2201-2205; la stessa sezione disciplinare aveva dichiarato manifestamente infondata la questione in parola, con le decisioni 25 giugno 1960 e 16 luglio 1960, sul punto cfr. G. Abbamonte, *Composizione e competenza della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura nel sistema della l. 24 marzo 1958 n. 195*, in *Rass. dir. pub.*, 1961, p. 137 ss. – inoltre, si faceva riferimento alla composizione della sezione disciplinare avendo gli artt. 1 e 2, l. 18 dic. 1967 n. 1198 modificato gli artt. 4 e 6 l. 195/1958 e sull'art. 34, comma 2, r.d. lgt. n. 511/1946 che prevedeva nei giudizi disciplinari la limitazione dell'assistenza del difensore alla sola fase della discussione orale, escludendolo dalla fase istruttoria; con la seconda ordinanza oltre alle due precedentemente poste, la questione che si pose riguardava l'esclusione della pubblicità della discussione nei procedimenti disciplinari, per una disamina su tali ordinanze, cfr. F. Bile, *Sulla legittimità costituzionale della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giust. civ.*, n. 6/1970, tomo III pp. 151-154.

¹⁵⁸ Questo inciso ha fatto dedurre da parte della dottrina che la Corte ha evitato di affrontare il divieto dell'art. 102, c. 2, Cost., di istituire “giudici speciali”. In effetti la Corte con l'inciso “ai limitati fini” sembrava voler porre dei limiti alla “giurisdizionalità” costituzionale, come sosteneva G. Zagrebelsky, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 94, che «il riconoscimento della giurisdizionalità dell'organo e del procedimento è da

I caratteri preminenti della giurisdizionalità¹⁵⁹, presenti nella sezione ed elencati dalla Corte, fanno riferimento: alle norme procedurali; alla qualificazione del provvedimento finale come *sentenza*; all'imparzialità di cui gode la sezione, in posizione di assoluta indipendenza nei confronti dello Stato-apparato¹⁶⁰; al dato che l'azione disciplinare può essere proposta da soggetti estranei alla sezione stessa, quali il Ministro della giustizia e il Procuratore generale¹⁶¹. Ulteriore elemento individuato da parte della dottrina¹⁶² è rappresentato dalla possibilità di ricorrere alla Corte di cassazione.

La Corte, nel riconoscere che l'art. 105 Cost. riserva i provvedimenti disciplinari al C.S.M. (in ossequio ai principi di autonomia e indipendenza riconosciuti alla magistratura art. 104 Cost.), evidenzia che ciò non impedisce che la legge possa legittimamente porre norme attinenti all'organizzazione di quel consesso: «e tali sono, indubbiamente quelle che concernono l'istituzione di un'apposita sezione disciplinare»¹⁶³. L'unico limite statuito dall'art. 104 Cost. è quello del rapporto numerico; pertanto, per essere legittime, le commissioni o le sezioni deliberanti devono rispettare la proporzione presente nel *plenum*.

intendersi limitato al (solo) fine della ammissibilità della questione proposta». Pare *prima facie* che il Giudice delle leggi cercasse semplicemente di estendere la legittimazione attiva a promuovere il giudizio incidentale di legittimità costituzionale ad organi la cui natura giurisdizionale è dubbia, cfr. D. Grossi, *Potestà disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura e status giuridico dei magistrati*, in *Giust. civ.*, I, 1980, p. 2693. Inoltre, Zagrebelsky, nel considerare il concetto di giurisdizione, concordava con la Corte nel definirlo in una pluralità di nozioni utilizzabili, ciascuna, con riferimento ai profili che, di volta in volta, venissero presi in considerazione (v. pp. 98-99).

¹⁵⁹ È stato notato dalla dottrina, cfr. A. G. Zorzi Giustiniani, *Note minime in tema di disciplina giudiziaria e di giudizio disciplinare a carico dei magistrati* in *Giur. it.*, n. 2/1979, pt. I, p. 304, che dichiarare *tout court* organo giurisdizionale la sezione, apriva problemi di compatibilità con l'art. 102 Cost., in considerazione che la stessa Corte, in precedenti pronunce (sentt. 23 dicembre 1963 n. 168 e 14 maggio 1968, n. 44) si era espressa in maniera differente.

¹⁶⁰ L'imparzialità e la terzietà sono garantite dalla composizione dell'organo che risulta misto, composto da magistrati e parlamentari.

¹⁶¹ Cfr. M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, cit., pp. 50-51; G. Zagrebelsky, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, cit., p. 92.

¹⁶² Cfr. M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, cit., p. 50; A. G. Zorzi Giustiniani, *Note minime in tema di disciplina giudiziaria e di giudizio disciplinare a carico dei magistrati*, cit., p. 30. Su questo aspetto i sostenitori del carattere amministrativo del procedimento, anche se ammettevano l'anomalia, purtuttavia sostenevano che alla base vi era una tradizione e semplici ragioni di opportunità; il giudizio di appello doveva mantenersi all'interno dello stesso ordine giudiziario, cfr. F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura*, cit., pp. 351-352.

¹⁶³ Prima che la Corte si pronunciasse, un illustre studioso scriveva che: «la Cost. (art. 105) attribuisce al Consiglio superiore la competenza in materia disciplinare, ma in nessun punto stabilisce che il consiglio stesso debba avere la stessa composizione quale che sia la funzione che è chiamato ad esercitare. La Cost. si limita a designare l'organo ed a fissare i criteri per la sua composizione (membri di diritto; due terzi magistrati, un terzo eletti dal Parlamento); ma lascia al legislatore ordinario di determinare il numero dei componenti e questa libertà implica altresì la facoltà di scelta fra l'opportunità di esigere sempre la stessa composizione numerica o di variarla in rapporto alla diversità delle funzioni», A. Torrente, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 332-333.

La sezione disciplinare, in quanto articolazione del Consiglio attraverso la sua composizione riproduce, al suo interno gli equilibri tra le varie componenti che caratterizzano il C.S.M., in tal modo rispondendo alle esigenze di garanzia costituzionale.

Il Giudice delle leggi, con tale pronuncia, pone fine all'annosa questione che aveva visto parte della dottrina¹⁶⁴ dibattersi – fin dal tempo dell'entrata in vigore della l. n. 195/1958 – sulla costituzionalità dell'istituzione della sezione disciplinare. La giurisprudenza costituzionale indica come presupposto per un'effettiva autonomia dell'Ordine giudiziario, la concentrazione in capo al C.S.M., di tutte le competenze inerenti al magistrato¹⁶⁵.

I termini decadenziali – che rappresentano un ulteriore elemento di *giurisdizionalizzazione* – previsti a seguito di apposito intervento legislativo¹⁶⁶ imposti sia al Ministro della giustizia sia al Procuratore generale¹⁶⁷ e alla stessa sezione disciplinare¹⁶⁸, con decorrenza dalla conoscenza del fatto, sono finalizzati non solo a concludere il procedimento in tempi ragionevoli¹⁶⁹, ma soprattutto ad evitare la lesione del principio d'indipendenza del magistrato, con una serie indefinita di differimenti.

Il legislatore del 1990 ha introdotto la *pubblicità* delle udienze disciplinari¹⁷⁰; precedentemente la Corte costituzionale, pur riconoscendo la validità della pubblica udienza per i procedimenti giurisdizionali quale strumento di accertamento democratico, ritenne che il legislatore, nel bilanciamento di interessi, potesse porre delle deroghe¹⁷¹.

¹⁶⁴ In dottrina, sull'avviso dell'incostituzionalità della norma si erano espressi, fra gli altri: M. Berutti, *La questione di legittimità costituzionale delle norme istitutive della sezione disciplinare presso il Consiglio superiore della Magistratura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 976 e ss.; lo stesso C.S.M. in una relazione del 1970, auspicò la soppressione della sezione disciplinare e il conseguente trasferimento delle competenze all'intero Consiglio, sul punto cfr. A. G. Zorzi Giustiniani, *Note minime in tema di disciplina giudiziaria e di giudizio disciplinare a carico dei magistrati*, cit., p. 305.

¹⁶⁵ V. sentenza 30 aprile – 14 maggio 1968, n. 44.

¹⁶⁶ La l. 3 gennaio 1981, n. 1 che ha modificato l'art. 59, del d.P.R. n. 916/1958, è stata un prima risposta.

¹⁶⁷ Su quando deve avvenire l'esercizio dell'azione disciplinare da parte dei titolari, v. *infra* 3° § del presente contributo.

¹⁶⁸ Prima della riforma si prevedeva che: «Entro un anno dall'inizio del procedimento deve essere comunicato all'incolpato il decreto che fissa la discussione orale davanti alla sezione disciplinare. Nei due anni successivi alla predetta comunicazione deve essere pronunciata la sentenza», art. 59, c. 9, d.P.R. n. 916/1958.

¹⁶⁹ Per i casi di sospensione dei termini v. *infra* §3 del presente contributo.

¹⁷⁰ V. art. 1, l. 12 aprile 1990, n. 74.

¹⁷¹ V. sentenza 29 gennaio – 2 febbraio 1971, n. 12. Una parte della dottrina si esprime contro il riconoscimento costituzionale della pubblicità, dicendo che la critica si poteva spostare sul piano dell'opportunità, ma non della legittimità costituzionale, in proposito, cfr. F. Bile, *Sulla legittimità costituzionale della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., pp. 153-154.

La Corte costituzionale¹⁷² ha deciso di aprire il procedimento al patrocinio tecnico¹⁷³ esterno di un avvocato libero del foro; in tal modo, si è riconosciuto al magistrato il diritto pieno e completo alla difesa¹⁷⁴. In particolare, la possibilità di autodifendersi è stata ritenuta compatibile con i principi costituzionali¹⁷⁵.

Ai fini della legittimazione alla proposizione del conflitto di attribuzione ai sensi dell'art. 37, l. n. 87/1953, con l'ordinanza n. 530/2000¹⁷⁶, la Corte ha vagliato se la sezione va considerata «organo assimilabile a quelli giurisdizionali, per la difesa di attribuzioni costituzionalmente spettanti agli organi della giurisdizione» ossia come «articolazione funzionalmente autonoma dell'organo C.S.M., titolare dell'attribuzione costituzionale relativa all'adozione dei provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati».

La sentenza n. 270/2002¹⁷⁷ rappresenta, per il Giudice delle leggi, l'occasione per riaffermare che: «L'esercizio della potestà disciplinare attribuita al Consiglio superiore è stato poi configurato con caratteri formalmente giurisdizionali, il che si riflette, fra l'altro, sulle modalità di funzionamento della Sezione disciplinare e sui caratteri ed il regime delle relative decisioni»¹⁷⁸.

In tale dispositivo si ribadisce quanto già affermato riguardo alla legittimità della sezione

¹⁷² V. sentenza 13 – 16 novembre 2000, n. 497. Per una disamina cfr.: R. Pinardi, *Un avvocato per il giudice ed un giudice come avvocato? Luci ed ombre di una pronuncia (comunque) apprezzabile*, in *Giur. cost.*, 2000, III, n. 6, pp. 3841-3849; F. Biondi, *Il diritto di difesa, l'indipendenza del magistrato e la tutela del prestigio dell'ordine giudiziario nel procedimento disciplinare*, in *Giur. cost.*, n. 6/2000, pp. 3857-3862.

¹⁷³ Tale difesa era già prevista dall'art. 23 della legge Orlando, e fu cancellata dal r.d. 1923, cfr. G. Giacobbe e M. Nardoza, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 140.

¹⁷⁴ La Corte si era già occupata di questo aspetto, spingendosi, fra l'altro, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, r.d. lgt. n. 511/1946 (sentenza 8 giugno 1994, n. 220, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1832 ss.; annotata da G. Silvestri, *La difesa del magistrato nel procedimento disciplinare tra garanzia oggettiva e corporativa*, in *Giur. cost.*, 1994 p. 1387 ss.) perché non consentiva alla sezione di nominare d'ufficio un magistrato difensore, laddove nessuno si era prestato ad assumersi l'incarico, pur essendosi l'incolpato prodigato in tal senso. Dopo questa apertura la Corte aveva ritenuto prevalente il prestigio dell'ordine giudiziario rispetto al diritto di difesa: la pronuncia è del 13 aprile 1995, n. 119, per i commenti v. fra gli altri: S. Panizza, *L'assistenza al magistrato nel procedimento disciplinare tra Corte Costituzionale e sezione disciplinare del C.S.M.*, in *Giur. cost.*, n. 1/1995, pp. 952-962.

¹⁷⁵ Tale istituto serviva al mantenimento della riservatezza, cfr. M. Acone, *Difesa, autodifesa e difesa tecnica davanti alla sezione disciplinare dei magistrati*, in *Foro it.*, 1995, pt. I, pp. 43-44.

¹⁷⁶ V. ordinanza 22 novembre 2000 n. 530, in *Giur. cost.* 2000, p. 4161 ss.

¹⁷⁷ V. sentenza 17–24 giugno 2002, n. 270 in *Giur. cost.* 2002, p. 1961 ss. riguarda il conflitto di attribuzione sollevato dalla sezione disciplinare del C.S.M. nei confronti del Senato della Repubblica, per un commento cfr. M. F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giust. civ.*, n. 11/2002, pt. I, pp. 2719-2725.

¹⁷⁸ «La giurisprudenza della Corte è consolidata nel senso che la configurazione giurisdizionale del procedimento disciplinare per i magistrati ordinari risponde alla tradizione», M. F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit., p. 2722.

in quanto articolazione del C.S.M.¹⁷⁹, precisando che non è «un organo autonomo del Consiglio», ma neanche possiede una frazione del «potere»; purtuttavia «è competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene» perché i provvedimenti emessi sono immodificabili dal Consiglio Superiore.

In altri termini, tali provvedimenti rappresentano la “piena e definitiva espressione della potestà disciplinare attribuita dalla Costituzione”¹⁸⁰; attraverso il *dictum* costituzionale si intravede l’asserzione esplicita della legittimazione soggettiva della sezione.

“Ulteriore tassello per la configurazione del procedimento disciplinare secondo quei paradigmi di ‘giurisdizionalità’” affermati fin dalla sentenza n. 12/71¹⁸¹ è rappresentato dal principio di terzietà ed imparzialità affermato con sentenza n. 262/2003¹⁸².

Il Giudice costituzionale supera le *perplexità* sul requisito dell’imparzialità dell’organo disciplinare, laddove quest’ultimo è chiamato a pronunciarsi due volte sul medesimo oggetto¹⁸³, statuendo «l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 della legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura), nel testo modificato dall’art. 2 della legge 28 marzo 2002, n. 44 (Modifica alla L. 24 marzo 1958, n. 195, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura), nella parte in cui non prevede l’elezione da parte del Consiglio superiore della magistratura di ulteriori membri supplenti della sezione disciplinare»¹⁸⁴.

La Corte costituzionale, nel discorrere sulla peculiarità del procedimento disciplinare (che si caratterizza anche per l’attribuzione della decisione ad un collegio elettivo composto in

¹⁷⁹ V. Corte cost., sentenza 29 gennaio – 2 febbraio 1971, n. 12.

¹⁸⁰ M. F. Loy, *L’autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit. p. 2722, c’è chi sottolineava che la Corte nella sentenza 17-24 giugno 2002, n. 270, non forniva un’esplicita e chiara risposta in merito all’assimilazione della sezione agli organi giurisdizionali, c’è: “[...] mancanza di chiarezza in merito alla qualificazione della sezione come organo giurisdizionale...”, cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., pp. 276-277.

¹⁸¹ Cfr. P. P. Sabatelli, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura all’esame della Corte Costituzionale è necessaria un’integrazione dei membri supplenti*, in *Il Foro it.*, n. 12/2003, pt. I, p. 3231.

¹⁸² V. Corte cost., sentenza 3-22 luglio 2003, n. 262, in *Giur. cost.* 2003, p. 2145 e ss., sentenza additiva di principio, che invitava il Parlamento ad intervenire, per un commento, cfr. P. P. Sabatelli, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura all’esame della Corte Costituzionale è necessaria un’integrazione dei membri supplenti*, cit., pp. 3229-3233. La Corte ribadiva la necessità che il procedimento disciplinare «si svolga in modo tale da non ostacolare l’indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore».

¹⁸³ V. le osservazioni sulla compatibilità del giudice di G. Mammone, *La compatibilità del giudice nel procedimento disciplinare a carico di un magistrato*, in *Dir. pen e proc.*, n. 4/1999, pp. 479-480.

¹⁸⁴ V. Corte cost., sentenza n. 262/2003.

prevalenza da *pari*) rispetto a quello giurisdizionale¹⁸⁵, ha statuito che l'imparzialità-terzietà del giudice, principio indefettibile e di rango costituzionale, deve essere garantito e conseguentemente attuata¹⁸⁶. Si afferma che: «È certo, peraltro, che in tutti i tipi di processo – quindi anche in quello disciplinare a carico dei magistrati – debbono essere previste regole sull'esercizio delle funzioni giudicanti valide a proteggere in ogni caso il valore fondamentale dell'imparzialità del giudice [...]»¹⁸⁷.

Gli elementi posti a fondamento della c.d. *giurisdizionalizzazione* del procedimento, e di conseguenza della natura della sezione disciplinare del C.S.M., seppur eterogenei¹⁸⁸, appaiano non facilmente scardinabili¹⁸⁹.

Il presupposto per approdare alla definizione di sezione disciplinare, quale organo giurisdizionale appare fornito ulteriormente dalla Corte, ove ha affermato che: «l'esercizio della potestà disciplinare attribuita al C.S.M. è stato configurato con caratteri formalmente giurisdizionali [...] si riflette fra l'altro sulle modalità di funzionamento della Sezione disciplinare e sui caratteri ed il regime delle relative decisioni» (sentenza n. 270/2002); ulteriormente ha statuito che: «il legislatore nell'attribuire l'esercizio alla sezione disciplinare è stato indotto a 'configurare il procedimento disciplinare per i magistrati secondo paradigmi di carattere giurisdizionale' dall'esigenza precipua di tutelare in forme più adeguate specifici interessi e situazioni connessi allo statuto di indipendenza della magistratura» (sentenza n. 262/2003).

La riforma sull'ordinamento giudiziario¹⁹⁰ ha ampiamente giurisdizionalizzato¹⁹¹ il procedimento disciplinare.

¹⁸⁵ Testualmente il Giudice costituzionale diceva che: «in realtà il procedimento disciplinare, pur ispirandosi ad un modello giurisdizionale, ha profili strutturali del tutto atipici e peculiari [...]».

¹⁸⁶ Fa osservare la difficile attuazione di tale principio, D. Negri, *Un'impasse tra i rimedi all'incompatibilità del giudice, nei procedimenti sulla responsabilità disciplinare dei magistrati: alle sezioni unite sorge il dubbio di legittimità costituzionale*, in *Studium iuris*, n. 2/2003, pp. 277-278.

¹⁸⁷ V. nota di R. Fuzio, alla sentenza n. 262/2003, in *Il Foro it.*, n. 12/2003, pt. I, p. 3227.

¹⁸⁸ In dottrina qualcuno desumeva il carattere giurisdizionale della Sezione dalla presenza dei magistrati di Cassazione, in quanto maggiormente preparati, cfr. F. Donati, *La Sezione disciplinare del C.S.M. e la sua legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1692 ss.

¹⁸⁹ Si pensi che discutendo sulla sezione disciplinare così si esprime l'allora ministro Gonnella: «È noto, infatti, che nei procedimenti disciplinari il Consiglio superiore è chiamato ad esercitare una funzione giurisdizionale, di natura ben diversa dalla generale sua competenza amministrativa», v. F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura*, cit., p. 347, che offre una lettura differente.

¹⁹⁰ Il riferimento va alla riforma c.d. Castelli, l. n. 150/2005 e successive modifiche.

¹⁹¹ Discute della natura «mista» del procedimento disciplinare A.L.M. Toscano, *Il controllo sui magistrati. Vigilanza ministeriale, C.S.M., procedimento disciplinare e garanzie costituzionali*, cit., pp. 131-143.

L'esclusione della natura amministrativa del procedimento¹⁹² sembra un dato acclarato, considerata anche la tipizzazione degli illeciti disciplinari e la configurazione del procedimento ai sensi del d.lgs. n. 109/2006¹⁹³, seppur si discute di giurisdizionalità "atipica"¹⁹⁴, poiché, per alcuni aspetti, alcuni requisiti, ad esempio quelli della terzietà e imparzialità sembrano non essere perfettamente *garantiti* nel corso del procedimento disciplinare.

Restano al C.S.M. "poteri para-disciplinari"¹⁹⁵, di carattere amministrativo: si pensi al procedimento previsto per il trasferimento d'ufficio¹⁹⁶ ai sensi dell'art. 2, r.d. lgt. n. 511/1946¹⁹⁷, secondo cui i magistrati «possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni, previo parere del Consiglio superiore della magistratura, quando [...], per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità». Tale strumento consente al C.S.M. di tutelare la *credibilità* della funzione giudiziaria. Seppur la giurisprudenza amministrativa abbia sempre più sottolineato la necessità di assicurare una garanzia difensiva adeguata al magistrato sottoposto alla procedura, il procedimento non è mai stato giurisdizionalizzato.

¹⁹² "[...] la natura giurisdizionale del procedimento disciplinare è ormai pacificamente ricevuta", L. Salvato, *Consiglio Superiore della magistratura e sezione disciplinare: le relazioni pericolose*, in *Giust. civ.*, n. 7-8, pt. I, 2001, p. 1841. "la giurisprudenza della Corte è consolidata nel senso che la configurazione giurisdizionale del procedimento disciplinare per i magistrati ordinari risponde alla tradizione", M. F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit. p. 2722; parla di "natura dichiaratamente giurisdizionale del procedimento disciplinare", A. Patrono, *La responsabilità disciplinare del magistrato*, in *Cass. pen.*, n. 6/1998, p. 1867; S. Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 471-473.

¹⁹³ d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della l. 25 luglio 2005, n. 150*, in particolare, v. artt. 2-4 e 14-25-bis.

¹⁹⁴ A. D'Aloia, *Questioni costituzionali in tema di responsabilità dei giudici*, Relazione al Convegno *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 22-23 ottobre 2004, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 41; discute su tale aspetto analizzando quanto affermato dalle sentenze della Corte costituzionale F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., p. 269.

¹⁹⁵ M. Serio, *Le incompatibilità e i poteri paradisciplinari*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della magistratura*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 117-128.

¹⁹⁶ Dovrebbe avere connotazioni rigorosamente oggettive, cfr. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 154-161.

¹⁹⁷ Non può parlarsi di carattere sanzionatorio, ma semplicemente di opportunità amministrativa, cfr. G. Severini, *L'art. 2 delle guarentigie e i trasferimenti per "incompatibilità ambientale"*, in B. Caravita (a cura di), *Magistrati, CSM e principi costituzionali*, Bari, Laterza, 1994, pp. 90-98.

La Corte costituzionale ha chiarito¹⁹⁸ il rapporto fra i due procedimenti, che sono diversi per presupposti e natura giuridica. Il procedimento attraverso il quale l'autogoverno della magistratura pone in essere il trasferimento ad altra sede o ad altre funzioni trova fondamento in una situazione oggettiva, che si determina nell'ufficio ove il magistrato esercita le proprie funzioni: il procedimento, quindi, ha natura amministrativa, in quanto non finalizzato ad accertare un eventuale illecito commesso dal magistrato¹⁹⁹.

In ossequio ad un'impronta garantista, il procedimento è stato strutturato in precise fasi, volte ad accentuare la garanzia del magistrato interessato²⁰⁰, in ossequio all'art. 107 Cost. Il trasferimento d'ufficio, per c.d. incompatibilità ambientale o funzionale, deve essere coerente con la garanzia dell'inalienabilità stabilita dall'art. 107, comma 1, Cost., per salvaguardare l'indipendenza del magistrato contro eventuali usi strumentali dell'istituto. Tuttavia, il C.S.M. a salvaguardia della funzione giudiziaria, ha utilizzato il trasferimento d'ufficio, in chiave para-disciplinare²⁰¹.

In effetti, la scelta della collocazione della potestà disciplinare nella sfera della giurisdizione²⁰², pur non trovando conferme necessariamente costituzionali²⁰³, appare l'unica possibile.

Riguardo alla natura del *giudice dei giudici*, l'interrogativo fondamentale che occorre porsi è se l'organo che si serve, per il suo funzionamento, di un procedimento *giurisdizionale* seppur in *forma atipica*, possa o meno avere natura amministrativa. “Sul punto è difficile dare una risposta definitiva”²⁰⁴.

¹⁹⁸ V. Corte cost., sentenza 4-19 novembre 2002, n. 457/2002, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3792 e ss., cfr. la nota di F. Biondi, *La natura giuridica del procedimento di trasferimento d'ufficio e i suoi riflessi sul diritto di difesa del magistrato*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3798 ss.

¹⁹⁹ L'art. 2 legge sulle Guarentigie attiene ai soli fatti incolpevoli, cfr. S. Erban, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in D. Carcano (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 324.

²⁰⁰ Le fasi comprendono, fra l'altro, la facoltà dell'interessato di rendere dichiarazioni sia nella fase delle indagini preliminari, che all'atto della contestazione del fatto, ma anche al termine della fase istruttoria e nel corso della seduta di *Plenum* ove si delibera l'esito della procedura; inoltre, è prevista la possibilità di prendere visione degli atti e di presentare controdeduzioni, di farsi assistere da un altro magistrato, cfr. S. Mazzamuto, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio Superiore della magistratura*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 107-108.

²⁰¹ Cfr. S. Mazzamuto, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., pp. 111-112.

²⁰² A. D'Aloia, *Questioni costituzionali in tema di responsabilità dei giudici*, Relazione al Convegno *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit. p. 37.

²⁰³ Cfr. G. Verde, *La responsabilità del magistrato*, in *Il giusto processo*, n. 1, 2002, p. 183, ritiene che sia sufficiente il successivo controllo giurisdizionale sui provvedimenti disciplinari.

²⁰⁴ M. F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit. p. 2722, c'è chi sottolineava che la Corte nella sentenza 17-24 giugno 2002, n. 270, non forniva un'esplicita e chiara risposta in merito all'assimilazione della sezione agli organi giurisdizionali, c'è: “[...] mancanza di chiarezza in merito alla qualificazione della

I sostenitori della natura amministrativa²⁰⁵ ritenevano che fosse tale anche il procedimento; invece, la parte della dottrina dissenziente²⁰⁶ ne afferma la natura giurisdizionale²⁰⁷.

La questione posta riguarda la compatibilità fra la presunta natura giurisdizionale dell'organo disciplinare e la previsione dell'art. 102 Cost.²⁰⁸, che, espressamente, vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali. Come è stato asserito precedentemente, secondo una parte della dottrina, il “*giudice dei giudici*” rappresenta un nuovo giudice.

La critica nei confronti di tale assunto ha sostenuto come viga un rapporto di continuità fra gli organi di cui alla l. n. 438/1908, da cui derivano direttamente quelli istituiti dalla legge Togliatti²⁰⁹ – sulla cui giurisdizionalità non vi sono dubbi²¹⁰ – la sezione disciplinare, che risulta pertanto un “*giudice speciale revisionato*”²¹¹ ai sensi della VI disposizione

sezione come organo giurisdizionale...”, cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., pp. 276-277.

²⁰⁵ Cfr. F. Colitto, *Natura giuridica dell'attività della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura*, cit.; G. Abbamonte, *Note sugli aspetti soggettivi ed oggettivi della funzione disciplinare nel sistema costituzionale delle garanzie della magistratura*, cit. p. 2203, quest'ultimo sosteneva che l'attività disciplinare dovesse articolarsi fra la sezione e il *plenum* in modo che rientrasse nella funzione generale di autogoverno, quindi avesse natura amministrativa.

²⁰⁶ Cfr. per tutti, M. Devoto, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento dello Stato*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 294-296.

²⁰⁷ Si esprimevano per la natura giurisdizionale dicendo che: «In coerenza con la natura di giudizio del procedimento, la Sezione disciplinare costituisce un organo giurisdizionale»; e che: «Sono ravvisabili in capo alla Sezione disciplinare tutti i caratteri propri della giurisdizione quali la precostituzione del giudice, (...), l'imparzialità, e terzietà del giudice e il regime dei relativi atti, (...)» rispettivamente L. Salvato, *Consiglio Superiore della magistratura e sezione disciplinare: le relazioni pericolose*, cit., p. 1842; A. Apostoli, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 108-113.

²⁰⁸ Art. 102, comma 2, Cost. «Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali», per un commento cfr. M. R. Morelli *Sub art. 102*, in V. Crisafulli e L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, pp. 640-648; A. Poggi, *Art. 102*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, (a cura di), vol. III, Torino, Utet, 2006, pp. 1968-1986.

²⁰⁹ Aboliti dall'art. 42, c. 2, l. 195/1958, parte della dottrina osservava come sino alla legge istitutiva del C.S.M., il procedimento disciplinare fosse da considerarsi «essenzialmente di natura amministrativa» richiamandosi al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, v. R. Teresi, *La riforma del Consiglio Superiore della magistratura*, Napoli, ESI, 1994, pp. 171-172.

²¹⁰ Daga dubitava della collocazione dei tribunali e delle Corti disciplinari tra gli organi «extra partes», in quanto composti da soli magistrati, v. Id., *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 395.

²¹¹ In tal senso cfr. S. Bartole, *Osservazione sulla c.d. giurisdizione disciplinare giudiziaria*, cit., p. 1195; A. Torrente, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 337, nt. 36; l'istituzione della sezione non creava una nuova giurisdizione speciale ma rappresentava: “il risultato della revisione legislativa della precedente organizzazione della giurisdizione disciplinare”; G. Volpe, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 396; V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., p. 363; contra G. Zagrebelsky, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, cit., p. 95, che diceva: «appare manifesto che l'attuale C.S.M. è cosa fondamentalmente diversa per composizione, per funzioni e per collocazione istituzionale sia del Consiglio superiore, sia dalla Corte disciplinare, onde il Consiglio attuale non può considerarsi continuatore», tuttavia in considerazione della riserva statuita dall'art. 105 Cost., riguardo ai provvedimenti disciplinari, tale riserva sottolineava l'autore consentiva che: «la legge ordinaria sia arbitra di determinare in quale forma possa essere esercitata la competenza disciplinare, nei limiti previsti dall'art. 107, comma 1, Cost.» (v. p. 95 nt. 15).

transitoria e finale della Cost.²¹².

Da evidenziare quanto affermato dall'allora Guardasigilli Gonella²¹³: «La sezione disciplinare è il Consiglio stesso in una formazione più ridotta. Non vi è più, come nel passato, la separazione fra Consiglio e Corte disciplinare. Ora le due funzioni appartengono ad un unico organo che si articola in una Sezione avente un compito specifico»²¹⁴.

La Corte costituzionale ha affermato²¹⁵ che alla sezione dell'organo di autogoverno della magistratura ordinaria: «è generalmente riconosciuta natura giurisdizionale»; inoltre, ha statuito che, per potersi configurare un «nuovo» giudice speciale, c'è bisogno sia di una nuova articolazione dell'organo, sia anche della competenza di settore differente, attribuita ad una cognizione diversa da quella del giudice ordinario. Si lascia intendere, quindi, che la giurisdizione disciplinare risponde ad una tradizione precedente all'avvento del dispositivo costituzionale: da ciò si può desumere che la sezione possa apparire un giudice speciale revisionato²¹⁶.

In tal senso appare orientata la Corte di Strasburgo (CEDU)²¹⁷. Il magistrato ricorrente lamentava la mancanza di indipendenza della sezione disciplinare in quanto costituita da magistrati e parlamentari eletti in funzione della loro appartenenza a correnti e partiti ideologicamente orientati.

La CEDU ha definito la sezione disciplinare quale «tribunale» in senso «materiale», in quanto è un «organo costituito per legge [...] ha piena competenza per la valutazione delle

²¹² Il ragionamento sostenuto dalla dottrina: “[...] il Consiglio costituisce [...] un giudice speciale, abilitato a conoscere di una materia appositamente e tassativamente attribuita, la cui istituzione non viola il divieto contenuto all’art. 102, in quanto disposta direttamente dalla Costituzione nell’elenco di competenze di cui all’art. 105, ed è ulteriormente legittimata dalla VI disposizione finale; infatti gli artt. 4 e 6 della legge n. 195/1958 regolando la formazione ed il funzionamento della nuova Sezione disciplinare. Hanno operato l’unificazione e la revisione delle preesistenti giurisdizioni disciplinari giudiziarie, eliminando gli organi periferici esistenti in precedenza [...]”, M. Devoto, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell’ordinamento dello Stato*, cit., p. 296.

²¹³ In A. Senato 1958, 27177.

²¹⁴ Forniva una spiegazione sull’istituzione dell’organo disciplinare il relatore della legge sen. Magliano: «la Sezione disciplinare, la quale naturalmente ha un carattere particolarmente delicato, anche perché una questione disciplinare non potrebbe essere discussa agevolmente da ventuno persone» in A. Senato 1958, 27157.

²¹⁵ V. Corte cost., sentenza 22 febbraio – 1° marzo 1995, n. 71, in *Giur cost.*, 1995, pp. 679-686.

²¹⁶ Cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., p. 276, in effetti parte della dottrina sosteneva che la sezione disciplinare traesse origine comunque dai vecchi organi giurisdizionali antecedenti alla Costituzione, in proposito cfr. G. Volpe, (voce) *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 396.

²¹⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 9 luglio 2013, ricorso n. 51160/06, *Di Giovanni c. Italia*, con il commento di G. Ferri, *Il diritto a un giudice indipendente e imparziale previsto dalla CEDU e la Sezione disciplinare del C.S.M. (a proposito del caso Di Giovanni c. Italia)*, in *Giur. Cost.*, 2014.

controversie, può disporre l'acquisizione degli elementi di prova utili, nonché l'audizione di testimoni e periti; inoltre, il magistrato sottoposto al procedimento, il quale può farsi rappresentare o assistere da un magistrato o un avvocato, ha la possibilità di produrre memorie e di essere ascoltato in pubblica udienza [...]». La Corte lo definisce quale «organo giudiziario di piena giurisdizione», anche perché l'organo disciplinare utilizza le norme generali di procedura contenute nel codice di procedura penale.

A questo punto non può tralasciarsi un'ulteriore annotazione se la sezione è un'articolazione del C.S.M. e quest'ultimo è un organo quanto meno di "rilievo costituzionale"²¹⁸ può continuare a dibattersi sulla natura della sezione se amministrativa o giurisdizionale?

Bisogna effettuare qualche riflessione, considerando un altro organo (ad esempio, si pensi alla Corte costituzionale, che giudica in sede penale per i reati di «alto tradimento» e «attentato alla Costituzione»²¹⁹), sembra che la compatibilità della connotazione suddetta, co-esiste nel medesimo organo, può quindi affermarsi che si possa accettare, seppur con i dovuti distinguo, tale *status* anche in un'articolazione del C.S.M.

Pertanto, alla luce di quanto finora analizzato, in ragione della disamina delle sentenze che hanno definito «giudice»²²⁰ la sezione, riconoscendole la possibilità di proporre il conflitto²²¹, nonché della pronuncia che ha imposto i caratteri dell'imparzialità al collegio²²², sembra che si possa definire la sezione come «organo qualificabile come giurisdizionale speciale»²²³, con elementi di *atipicità*: si pensi ai profili della «terzietà ed imparzialità»²²⁴ dell'organo disciplinare che, seppur presenti, andrebbero meglio ridisegnati dal legislatore²²⁵.

²¹⁸ «Avendo riconosciuta la Sezione disciplinare come articolazione del C.S.M., ne deriva che anche essa non può qualificarsi una giurisdizione speciale, avendo la Sezione la stessa natura del C.S.M., che non è organo giurisdizionale ma organo costituzionale di governo autonomo dell'ordine giudiziario», L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 392. Tuttavia, cfr. Corte cost. sentenza 2 giugno 1983, n. 148, in cui si dice che il C.S.M. è «organo di sicuro rilievo costituzionale» fornito di «un evidente tratto distintivo rispetto [...] agli organi semplicemente amministrativi».

²¹⁹ Cfr. A. Cerri, (voce) *Giudizio e procedimento d'accusa*, *Enc. Giur.*, vol. XXXV, Treccani, Roma, 1988.

²²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 luglio 2013, ricorso n. 51160/06, *Di Giovanni c. Italia* e Corte cost. sentenza 29 gennaio 2 febbraio 1971, n. 12.

²²¹ Corte cost., sentenza 17-24 giugno 2002, n. 270.

²²² Corte cost., sentenza 3-22 luglio 2003, n. 262.

²²³ Cfr. G. Servello, (voce) *Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1989, pp. 6-7.

²²⁴ Osserva che «non è possibile estendere ai componenti della sezione disciplinare l'applicazione di tutte le regole che gli artt. 34 ss., c.c.p. prevedono a garanzia dell'imparzialità del giudicante, F. Biondi, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. Gruppo di Pisa online*, n. 2/2021, p. 161.

²²⁵ Sul punto v. A.L.M. Toscano, *Il controllo sui magistrati. Vigilanza ministeriale, C.S.M., procedimento disciplinare e garanzie costituzionali*, Napoli, ESI, 2021, pp. 82-91.

3. Struttura e funzioni del giudice disciplinare.

L'organo disciplinare del C.S.M. presenta caratteristiche proprie²²⁶ (si pensi al *nomen* «sezione»): è l'unica commissione deliberante²²⁷, mentre le altre commissioni sono referenti²²⁸.

A seguito delle modifiche legislative intervenute l'organo conta sei membri effettivi: «il Vice Presidente del Consiglio superiore che presiede la sezione; un componente eletto dal Parlamento; un magistrato di Corte di cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; due magistrati che esercitano le funzioni di giudice presso gli uffici di merito, ovvero che siano destinati alla Corte suprema di cassazione; un magistrato che esercita le funzioni di pubblico ministero presso gli uffici di merito o presso la Direzione nazionale antimafia»²²⁹.

I componenti supplenti²³⁰ sono cinque: un componente scelto tra quelli eletti dal Parlamento; un magistrato di Corte di cassazione, con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; due magistrati che esercitano le funzioni giudicanti e uno che esercita quelle requirenti. Tale numero è stato poi aumentato a quindici componenti supplenti²³¹ a seguito

²²⁶ La propria disciplina era indicata direttamente negli artt. 4 e 6, l. n. 195/1958; solo la quinta commissione il cui compito è il conferimento degli incarichi direttivi, contempla la propria regolamentazione nella medesima legge citata v. art. 11, comma 3.

²²⁷ La sezione disciplinare: «non è un organo estraneo al C.S.M.: è il Consiglio stesso in rapporto all'esercizio dell'attività disciplinare: resta così garantita l'unità dell'organo», M. Devoto, *Giudizio disciplinare e indipendenza dei magistrati*, cit., p. 57.

²²⁸ I poteri deliberativi sono attribuiti all'adunanza plenaria del C.S.M. v. art. 11, comma 2., l. n. 195/1958. I componenti delle altre commissioni sono nominati con provvedimento del Presidente della Repubblica. Sia il numero che le attribuzioni di tali organi sono stabiliti dal Capo dello Stato, – su proposta del comitato di presidenza – e figurano in una tabella allegata al regolamento interno sono dieci.

²²⁹ Art. 4, comma 2, l. n. 195/1958, modificato dall'art. 23, comma 1, l. 17 giugno 2022 n. 71. La decorrenza è stata stabilita dal 21 giugno 2022, ai sensi dell'art. 43, comma 1, l. n. 71/2022.

²³⁰ V. art. 4, comma 3, l. n. 195/1958.

²³¹ La sentenza n. 262/2003 della Corte costituzionale ha dato luogo alla dichiarazione di «illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. n. 195/1958 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*), nel testo modificato dall'art. 2, l. n. 44/2002 (*Modifica alla L. 24 marzo 1958, n. 195, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*), nella parte in cui non prevede l'elezione da parte del Consiglio superiore della magistratura di ulteriori membri supplenti della Sezione disciplinare», in conseguenza di ciò, si è proceduta anche alla modifica del reg. interno del C.S.M., con l'introduzione dell'art. 3-bis, in base al quale, subito dopo l'elezione del Vice Presidente, si procede all'elezione di sei componenti effettivi e di dieci componenti supplenti della sezione disciplinare. Successivamente, con delibera dell'8 luglio 2020, si è proceduto ad un'ulteriore modifica, in particolare dell'art. 4, comma 1, prevedendo un'integrazione della composizione della sezione disciplinare con ulteriori membri supplenti; in particolare a seguito del caso Palamara si è addivenuti, in relazione

di modifica del regolamento interno²³² del C.S.M., scaturita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 262/2003, ove è stata dichiarata la mancata previsione dell'elezione da parte del C.S.M. di ulteriori membri supplenti della sezione, in particolare: «[...]in un numero maggiore di quelli nominati dal Consiglio, di componenti della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura divenuti incompatibili a giudicare in sede di rinvio per avere fatto parte del collegio che aveva pronunciato la decisione cassata»²³³.

In caso di assenza, o impedimento dei componenti effettivi, i criteri oggettivi e predeterminati in base ai quali si determina l'individuazione dei componenti, vengono posti dal Presidente della sezione con proprio decreto²³⁴.

Il Vice Presidente è componente di diritto, mentre gli altri membri (effettivi e supplenti) sono nominati dagli stessi consiglieri del C.S.M., con elezione per scrutinio segreto, a maggioranza dei due terzi; la durata dell'incarico è per l'intera consiliatura²³⁵, attualmente un quadriennio. Nel caso in cui uno dei componenti della sezione disciplinare smetta di far parte del C.S.M. si procede con l'elezione per la sostituzione.

Il ruolo del Capo dello Stato²³⁶ è peculiare. Ai sensi dell'art. 18, l. n. 195/1958 «convoca e presiede la sezione disciplinare in tutti i casi in cui lo ritenga opportuno», mentre ai sensi dell'art. 6 della medesima legge «in caso di assenza, impedimento, astensione e ricsuzione il Vice Presidente è sostituito, sempre che il Presidente del Consiglio superiore non intenda

all'incremento dei procedimenti pendenti davanti alla sezione disciplinare e all'aumento dei casi di eventuale incompatibilità, all'aumento a sei il numero dei membri supplenti con funzioni giudicanti di merito, e a 4 il numero dei componenti supplenti tratti dai cc.dd. laici eletti dal parlamento.

²³² Sulla collocazione nel sistema delle fonti della potestà regolamentare interna del C.S.M. la dottrina ravvisa il regolamento quale fonte secondaria subordinata alla legge e in part. alla l. n. 195/1958, cfr. F. Rigano, *Il seguito "regolamentare" di una sentenza additiva a dispositivo generico*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2158.

²³³ Corte. costituzionale, sentenza 262/2003, cons. in dir. pt. 1.

²³⁴ V. art. 4, comma 3, reg. int. pubblicato in G. U. del 7 aprile 2002, n. 82 serie generale, Parte I.

²³⁵ Tale durata è contemplata oltre che per la sezione, solo per le commissioni (la seconda e la decima) aventi quale compito quello di regolare il funzionamento dell'istituzione per l'aspetto organizzativo e contabile v. art. 53, comma 2, del regolamento interno C.S.M. Le altre commissioni durano un anno, e vengono rinnovate per almeno un terzo e per non più di due terzi, su una proposta del Comitato di presidenza.

²³⁶ Ai sensi dell'art. 4, comma 4, l. n. 195/1958 è previsto che se: «Il Presidente del Consiglio superiore decide di avvalersi della facoltà di presiedere la sezione ne resta escluso il Vice Presidente». È stato osservato da parte della dottrina, che il Capo dello Stato quale membro di diritto, laddove decida di presiedere la sezione disciplinare farebbe venir meno le proporzioni fra i componenti laici e quelli togati, – come stabilito in Cost. e ribadito dal Giudice cost. con sentenza 29 gennaio 7 febbraio 1971, n. 12. Tale situazione apparirebbe *prima facie* incostituzionale, la soluzione prospettata è stata quella di escludere il Presidente della Repubblica da tale facoltà, altra soluzione è di lasciare la sua presenza, riconoscendogli un voto doppio in caso parità, e contestualmente far partecipare anche il Vice Presidente, cfr. V. Correnti, *La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 2637.

avvalersi della facoltà di presiedere la sezione [...]»²³⁷.

Tale facoltà, di cui può avvalersi il Presidente della Repubblica, rende la modalità di formazione di questo collegio del tutto unica²³⁸, non potendosi esercitare in nessun'altra commissione. Si pensi che nemmeno il comitato di presidenza²³⁹ può essere presieduto dal Capo dello Stato²⁴⁰.

La sezione disciplinare, nello svolgimento della propria attività, è autonoma riguardo all'attività del C.S.M.: difatti, esclusivamente i membri dell'organo disciplinare ne conoscono l'attività, nessun altro componente della consiliatura ha contezza del ruolo di udienza e/o delle decisioni.

Vi sono ulteriori garanzie affinché l'attività disciplinare segua un corso separato – tale aspetto evita di portare a conoscenza dell'intero consiglio un procedimento disciplinare²⁴¹ – riguardo alle altre attività della consiliatura. I fascicoli sui procedimenti disciplinari, ad esempio, possono essere consultati presso la segreteria della sezione quando l'istruttoria è definita²⁴²; inoltre, la calendarizzazione dell'attività della sezione è attuata in modo da non interferire con quella delle altre commissioni²⁴³.

Il *quorum* richiesto per la validità delle deliberazioni, prescrive che sia: «[...] a

²³⁷ «Nel caso in cui il Vicepresidente e il componente eletto dal Parlamento che lo sostituisce non possano per qualsiasi causa presiedere la Sezione disciplinare la presidenza è assunta dal componente supplente letto dal Parlamento più anziano per data di elezione e, a parità di data di elezioni, per voti riportati e, a parità di voti, dal più anziano d'età», art. 4 comma 2, regolamento interno C.S.M.

²³⁸ La prima riforma posta in essere dalla l. n. 1 del 1981, nell'ipotesi che il Capo dello Stato avesse deciso di presiedere la sezione, prevedendo che il Vice Presidente in quanto membro di diritto, prendeva comunque parte alla deliberazione e si escludeva il componente eletto dal Parlamento. In un primo momento, la dottrina sosteneva che le ipotesi in cui dovesse intervenire il Presidente della Repubblica, fossero i casi di apertura del procedimento disciplinare a carico dei vertici delle istituzioni giudiziarie, quali il primo Presidente e/o il Procuratore generale della Cassazione ed il Presidente del Tribunale Superiore delle acque pubbliche.

²³⁹ Ai sensi dell'art. 2, l. n. 195/1958, si compone del Vice Presidente che lo presiede, dal Primo Presidente della Corte di cassazione e dal Procuratore generale presso la Corte medesima. Sul tema v. S. Troilo, *Le regole della coabitazione: Presidente, Vicepresidente e Comitato di presidenza nella "forma di governo" del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

²⁴⁰ Il Presidente della Repubblica Cossiga nel *Messaggio inviato alle Camere sull'ordinamento giudiziario* del 26 luglio 1990, sollevò un'ulteriore questione sull'inconciliabilità riguardo la presidenza della sezione disciplinare da parte di un organo costituzionale politicamente non responsabile, che poteva essere sottoposto al controllo di legittimità di un organo ordinario, quale le SS.UU. della Corte di cassazione.

²⁴¹ Il Comitato di presidenza, per evitare eventuali interferenze, evita di nominare componenti della sezione disciplinare quali membri della prima commissione, in quanto può accadere che entrambi gli organi si occupino delle medesime questioni, cfr. M. F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit. p. 2724.

²⁴² La gestione del fascicolo è riconosciuta al magistrato addetto alla segreteria, che è tenuto ad esibirlo e a far estrarre copie, solo se ciò è necessario per la definizione di una pratica v. art 33 regolamento interno C.S.M.

²⁴³ Cfr. M.F. Loy, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit. p. 2724.

maggioranza dei voti ed in caso di parità prevale la soluzione più favorevole all'incolpato»²⁴⁴.

Il procedimento disciplinare²⁴⁵ è stato fortemente innovato²⁴⁶ alla luce della pregnante connotazione “giurisdizionalizzata”²⁴⁷ dal d.lgs. n. 109/2006²⁴⁸.

La titolarità dell'azione disciplinare spetta al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, non alla sezione²⁴⁹. Per il primo l'esercizio dell'azione è facoltativo²⁵⁰, per il secondo è obbligatorio²⁵¹. Tale aspetto fa sì che le due iniziative²⁵², in considerazione anche del differente ruolo che caratterizza i due organi, restino distinte.

In effetti, il Ministro risponde solo politicamente innanzi al Parlamento sull'esercizio dell'azione disciplinare²⁵³, mentre invece, il Procuratore generale – rappresentante il

²⁴⁴ Art. 6, l. n. 195/1958.

²⁴⁵ Auspicava un modello processuale del tutto autonomo, non riconducibile al codice di procedura penale, in quanto gli illeciti presentano un minore disvalore sociale, specie se fondati sulla colpa, cfr., G. Verde, *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 123.

²⁴⁶ In effetti, la garanzia dell'indipendenza del magistrato imponeva l'introduzione di una serie di garanzie di contenuto analogo a quelle a tutela l'imputato nel processo penale; si discute di un processo «para-penale» F. Biondi, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 163.

²⁴⁷ Cfr. A. Apostoli, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 180-185; S. Panizza, *La responsabilità disciplinare: aspetti processuali*, in Aa.Vv., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Il Foro it.*, pt. V, 2006, pp. 46-49. Su come si articolava ante riforma il procedimento cfr. P. Gianniti, *Principi di deontologia giudiziaria*, cit., pp. 81-97.

²⁴⁸ d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 entrato in vigore il 19 giugno 2006, modificato in alcuni aspetti dalle leggi: 24 ottobre 2006, n. 269 – recante la «sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziari» - e 30 luglio 2007, n. 111, c.d. riforma Mastella, dal nome del Guardasigilli. Sulle differenze tra la normativa dei due Ministri, che si sono succeduti (Castelli e Mastella), v. G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 164-166.

²⁴⁹ Pur tuttavia, va sottolineato che «Se dall'attività istruttoria compiuta dalle commissioni nell'ambito delle rispettive attribuzioni risultino fatti suscettibili di valutazione in sede disciplinare, la commissione competente trasmette gli atti al Vice Presidente per l'inoltro ai titolari dell'azione disciplinare. Della esistenza degli esposti relativi alla condotta di magistrati, cui non abbia fatto seguito attività istruttoria delle commissioni, i titolari dell'azione disciplinare vengono comunque informati mediante l'inserzione della pratica all'ordine del giorno del Consiglio. I relativi atti rimangono depositati presso la segreteria della commissione per trenta giorni a disposizione dei titolari dell'azione disciplinare. La comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare non implica alcuna valutazione da parte del Consiglio sulle responsabilità disciplinari che possano eventualmente risultare», cit. art. 27 regolamento interno C.S.M..

²⁵⁰ È una “macroscopica contraddittorietà”, come evidenziato da E. Paciotti (a cura di), *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Firenze, Passigli, 2006, p. 206. Una volta addivenuti alla codificazione dovrebbe essere obbligatoria anche l'azione del Ministro, cfr. G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 867-868.

²⁵¹ Art. 14, d.lgs. n. 109/2006.

²⁵² Punto chiarito dalla Corte cost. con sentenza 15-28 aprile 1992, n. 196.

²⁵³ Per rendere obbligatorio l'esercizio dell'azione disciplinare ci voleva una riforma costituzionale. Utili da rammentare sono le parole di V. Mele: “riconosciuta obbligatoria l'azione disciplinare al Procuratore generale, il Ministro sarebbe espropriato delle sue attribuzioni in materia, ma anche sottratto ad ogni responsabilità, non potendo né dare giustificazione dell'operato altrui, peraltro privo di discrezionalità, né fornire chiarimenti sull'esercizio di un proprio potere divenuto in concreto privo di articolazioni e di scelta.

pubblico ministero innanzi al giudice disciplinare – è obbligato a promuovere l'azione.

L'azione disciplinare è autonoma rispetto all'eventuale proposizione dell'azione civile di risarcimento del danno e dall'azione penale relativa al medesimo fatto²⁵⁴.

L'avvio delle indagini – la cui competenza è del Procuratore generale presso la Cassazione – avviene attraverso la conoscenza di fatti e/o circostanze rilevanti sotto un profilo disciplinare. Si pensi alla segnalazione²⁵⁵ da parte di organi diversi dalla sezione²⁵⁶, alle indagini sollecitate dal Ministro della giustizia²⁵⁷ o all'acquisizione di denunce circostanziate²⁵⁸.

A tutela del magistrato deferito viene prescritto che – entro trenta giorni dall'inizio del procedimento – egli deve essere informato dell'inizio del procedimento a suo carico e del fatto oggetto di contestazione in sede disciplinare: inoltre, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, si prevede che del compimento di ogni atto processuale debba essergli fornita comunicazione, essendo contestualmente garantita la possibilità di prendere visione ed estrarre copia dei documenti.

In una prospettiva di maggior garanzia si prevede un termine decadenziale – un anno dalla notizia del fatto²⁵⁹ – entro cui va esercitata l'azione. Invece, entro i due anni dalla

Si finirebbe così con il vanificare di fatto il precetto costituzionale che ha disposto la facoltatività del Ministro e, di conseguenza, la sua responsabilità politica”, v. Id., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit. p. 107.

²⁵⁴ Fermo restando le ipotesi di sospensione dei termini v. art. 15, comma 8, d.lgs. n. 109/2006.

²⁵⁵ L'acquisizione della notizia rilevante disciplinarmente avviene anche tramite attività ispettive o d'inchiesta. Sulla struttura e sull'attività dell'ispettorato, v. E. Paciotti (a cura di), *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 183-190; sulla questione di compatibilità fra indagini dell'Ispettorato ed attività della Procura generale della Cassazione, v. le osservazioni di M. Fresa, *La giustizia disciplinare*, Napoli, ESI, 2021, pp. 547-563.

²⁵⁶ Ciò può essere fatto dal C.S.M., dai consigli giudiziari, dai dirigenti degli uffici (art. 14, comma 4, d.lgs. n. 109/2006). Il potere è inoltre riconosciuto in capo ad entrambi gli organi, politico e giudiziario, il primo nel richiedere l'estensione ad altri fatti dell'azione disciplinare e il secondo nella possibilità di contestare fatti nuovi nel corso delle indagini.

²⁵⁷ La riforma c.d. Castelli prevedeva che il vero *dominus* del procedimento fosse il Ministro della giustizia al quale venivano riconosciute attribuzioni nuove, quali la richiesta di estendere l'azione disciplinare ad altri fatti, la facoltà di opporsi alla richiesta di declaratoria di non luogo a procedere, la possibilità di chiedere l'integrazione o la modificazione della contestazione, il potere di chiedere al Presidente della sezione disciplinare di fissare l'udienza di discussione orale, formulando l'inculpazione, a prescindere dalla richiesta di non luogo a procedere avanzata dal Procuratore generale. Spettava, altresì, al Ministro, la possibilità di partecipare all'udienza delegando un magistrato dell'ispettorato generale, cui venivano riconosciute varie prerogative, costituendo quasi un «Ministro disciplinare», come si legge in N. Rossi, *Sorvegliare e punire...*, in *Quest. giust.*, n. 5/2004, pp. 821-823.

²⁵⁸ Art. 15, comma 1, d.lgs. n. 109/2006, la nuova disciplina, fornendo la possibilità di «sommarie indagini preliminari», permette l'acquisizione di una completa notizia sul fatto.

²⁵⁹ I termini decorrono, rispettivamente, per il Procuratore dal momento in cui effettua la «comunicazione» al C.S.M. e al Guardasigilli, invece, per quest'ultimo, dalla richiesta di indagini al Procuratore generale, previa «comunicazione» al C.S.M. con indicazione sintetica dei fatti per i quali si procede, v. art. 14, commi 2 e 3, d.lgs. n. 109/2006.

promozione dell'azione va avanzata la richiesta di discussione dinanzi la sezione disciplinare, la quale entro i successivi due anni deve pronunciarsi. Nel caso in cui la Corte di cassazione pronunci annullamento totale o parziale della sentenza emessa nel primo grado disciplinare, la successiva fase di rinvio innanzi alla sezione deve concludersi entro un anno.

La mancata osservanza dei termini comporta l'estinzione del procedimento, sempre che l'incolpato sia concorde²⁶⁰.

La sospensione dei termini si applica in casi specificamente e tassativamente indicati, quali:

a) l'inizio del procedimento penale per il medesimo fatto oggetto di quello disciplinare; b) la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, con nuova decorrenza dal giorno in cui viene pubblicata la decisione della Corte costituzionale; c) la sottoposizione dell'incolpato a perizia o accertamenti specialistici con protrazione per tutto il tempo necessario al compimento di tali atti; d) il rinvio del procedimento disciplinare su richiesta dell'incolpato o del suo difensore per impedimento²⁶¹; e) la pendenza di un procedimento civile, penale o amministrativo pregiudiziale all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare in casi particolari²⁶²; f) la segretazione delle indagini in sede penale, a seguito del decreto del Procuratore generale²⁶³.

Ulteriore termine di garanzia è quello stabilito per la promozione dell'azione disciplinare «quando sono decorsi dieci anni dal fatto»²⁶⁴.

La previsione dei termini – a pena di decadenza o prescrizione – assolve a due esigenze: la rapida conclusione del procedimento e la certezza del tempo entro cui si è soggetti a sanzione disciplinare²⁶⁵.

La fase istruttoria²⁶⁶ prevede il rinvio, in quanto compatibile, al nuovo c.p.p. del 1988²⁶⁷.

²⁶⁰ V. art. 15, d.lgs. n. 109/2006.

²⁶¹ Art. 15, comma 8, d.lgs. n. 109/2006.

²⁶² Della grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile ovvero del travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile.

²⁶³ V. art. 16, d.lgs. n. 109/2006.

²⁶⁴ V. art. 15, comma 1-bis, d.lgs. n. 109/2006. Aspetto introdotto dalla c.d. riforma Mastella, l. n. 269/2006.

²⁶⁵ Cfr. sul punto M. Fresa, *La giustizia disciplinare*, cit., pp. 720-721.

²⁶⁶ Nel giudizio disciplinare hanno autorità di cosa giudicata: la sentenza penale irrevocabile di condanna; quella di patteggiamento; quella irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso. Per tutte le altre ipotesi (si pensi al non doversi procedere per estinzione del reato), la sezione procederà agli accertamenti del caso v. art. 20, commi 2 e 3, d.lgs. n. 109/2006, cfr. S. Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 593-605.

²⁶⁷ Si prevede l'accompagnamento coattivo di persone diverse dall'imputato ai sensi dell'art. 133 c.p.p., inoltre, si richiamano una serie di reati (false informazioni al pubblico ministero o al difensore, falsa

Tra l'altro, giova precisare che solo al Procuratore generale o a un suo sostituto, in quanto “organo imparziale e tecnicamente qualificato”²⁶⁸, spettano i poteri istruttori.

Mentre, in precedenza, la *facoltà* dell'azione rendeva più *facile* il “non dare corso”²⁶⁹, in quanto mancava l'obbligo di motivazione e il controllo giurisdizionale, secondo la vigente disciplina, invece, si prescrivono specifici casi di archiviazione²⁷⁰ e si attribuisce al Procuratore generale il potere di emettere il relativo provvedimento.

Il controllo viene effettuato dal Guardasigilli²⁷¹, il quale ha la possibilità di adire la sezione disciplinare. terminate le indagini²⁷², in mancanza di ipotesi per l'archiviazione; il Procuratore generale formula le sue richieste alla sezione disciplinare, comunicando le determinazioni al Ministro della giustizia.

Nel caso in cui il Procuratore chieda «il non luogo a procedere», la sezione disciplinare delibera in camera di consiglio²⁷³, appena spirati i termini riservati alle determinazioni del Guardasigilli²⁷⁴.

Laddove, invece, il Procuratore formuli l'imputazione, il Presidente della sezione disciplinare fissa con decreto il giorno della discussione, che è orale²⁷⁵, avvisando le

testimonianza - nei confronti di persone informate sui fatti, periti e interpreti), v. art. 16, commi 2 e 3, d.lgs. n. 109/2006.

²⁶⁸ M. Cassano, *Il procedimento disciplinare*, cit., p. 339. Siamo in presenza di un'istruttoria di tipo sostanziale (riconosciuta in capo al procuratore o ad un suo sostituto) e non formale (spettante a un componente della sezione disciplinare).

²⁶⁹ Parte della dottrina auspicava che l'archiviazione fosse disposta dopo la richiesta al C.S.M., cfr. G. Volpe, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 451.

²⁷⁰ Le modifiche introdotte dalla l. n. 269/2006 hanno posto una specifica disciplina per il potere di archiviazione, le cui ipotesi previste sono: a) addebito che non costituisce condotta disciplinarmente rilevante per la scarsa rilevanza del fatto; b) addebito oggetto di denuncia non circostanziata; c) insussistenza di illeciti disciplinari; d) inesistenza del fatto o non commissione del fatto; v. art. 16, comma 5-bis, d.lgs. n. 109/2006.

²⁷¹ Il Ministro, nei tempi previsti, può chiedere al Presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando anche l'incolpazione, v. art. 16, comma 5-bis, d.lgs. n. 109/2006. Sul particolare ruolo e sulle attribuzioni riconosciute in capo al Guardasigilli, cfr. M. Cassano, *Il procedimento disciplinare*, cit., p. 345-349.

²⁷² Il Procuratore deve sia provvedere ad inviare alla sezione il fascicolo delle indagini sia darne comunicazione all'incolpato v. art. 17, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

²⁷³ Nel caso accolla la richiesta, emette ordinanza di non luogo a procedere. Nel caso non concorda, il Procuratore deve formulare l'incolpazione e deve chiedere al Presidente della sezione la fissazione dell'udienza. v. art. 17, comma 8, d.lgs. n. 109/2006, v. anche l'art. 16 del regolamento interno del C.S.M.

²⁷⁴ Entro dieci giorni dalla comunicazione (quest'ultima si verifica solo nel caso in cui il Ministro abbia promosso l'azione disciplinare o ne abbia richiesto l'integrazione della contestazione v. art. 17, comma 6, d.lgs. n. 109/2006) può chiedere copia degli atti del procedimento, ed una volta ricevuti nei successivi venti, può formulare l'incolpazione e chiedere la fissazione dell'udienza, v. art. 17, comma 7, d.lgs. n. 109/2006.

²⁷⁵ Art. 18, d.lgs. n. 109/2006.

parti²⁷⁶.

Il Presidente della sezione disciplinare, terminata la fase degli atti introduttivi e dichiarata l'apertura del dibattimento, indica quale relatore del procedimento uno dei componenti dell'organo disciplinare²⁷⁷. Il Procuratore generale o un suo sostituto esercita le funzioni di pubblico ministero. Tutti possono assistere all'udienza, la pubblicità è la regola²⁷⁸.

Anche l'istruzione dibattimentale si caratterizza per la clausola generale di rinvio alle disposizioni contenute nel codice di procedura penale, da cui restano esclusi «i poteri coercitivi nei confronti dell'imputato, dei testimoni, dei periti e degli interpreti»²⁷⁹.

La normativa consente la lettura dei rapporti dell'Ispettorato generale del ministero della giustizia, dei consigli giudiziari, dei dirigenti degli uffici nonché la lettura degli atti dei fascicoli personali e delle prove acquisite nel corso delle indagini.

Alle parti è riconosciuta la possibilità di esigere l'ammissione di prove (che possono essere acquisite anche d'ufficio), di chiedere l'esibizione di documenti²⁸⁰, di risentire testi o periti, già ascoltati nella fase dell'istruzione pre-dibattimentale²⁸¹.

La sezione disciplinare, completata l'assunzione delle prove, ascolta le conclusioni del Procuratore generale o di un suo sostituto, e della difesa dell'imputato²⁸². Successivamente procede alla deliberazione²⁸³ in camera di consiglio. La sentenza può dichiarare «esclusa la sussistenza dell'addebito»²⁸⁴ assolvendo l'incolpato, o in alternativa condannarlo,

²⁷⁶ Tale conoscenza è portata in maniera differente: in effetti, la norma parla di avviso ai testimoni e ai periti, mentre si riferisce alla comunicazione per il pubblico ministero, incolpato, difensore di quest'ultimo, Ministro della giustizia se abbia avuto parte attiva, v. art. 17, comma 4 e 5, d.lgs. n. 109/2006.

²⁷⁷ Nominato dallo stesso Presidente, v. art. 18, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

²⁷⁸ L'eccezione deriva dall'esigenza di tutela: della credibilità della funzione giudiziaria – ciò deve riguardare i fatti contestati e l'ufficio che l'incolpato occupa – o del diritto dei terzi, v. art. 18, comma 2, d.lgs. n. 109/2006. Sul tema della pubblicità e il rispetto della *privacy*, cfr. N. Rossi, *Osservatorio dal Consiglio Superiore della magistratura*, in *Quest. giust.*, n. 4/1999, pp. 759-761.

²⁷⁹ V. art. 18, comma 4, d.lgs. n. 109/2006.

²⁸⁰ V. art. 18, comma 2, d.lgs. n. 109/2006.

²⁸¹ La sezione è tenuta a motivare in maniera completa ed adeguata a tale richiesta, cfr. G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., pp. 157-158.

²⁸² Il difensore parlerà per ultimo, per escludere qualsiasi replica da parte del pubblico ministero, che non partecipa nemmeno alla deliberazione in camera di consiglio, v. art. 19, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

²⁸³ La sezione disciplinare, dalla fissazione della discussione orale, ha tempo due anni per giungere alla sentenza, una volta conclusa l'assunzione delle prove. Per il deposito dei motivi ha trenta giorni, v. art. 19, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

²⁸⁴ In quanto non è raggiunta una sufficiente prova, v. art. 19, comma 2, d.lgs. n. 109/2006. In tal caso la dottrina estende la regola del *ne bis in idem*, stabilita dall'art. 649 c.p.p., in quanto manca una normativa specifica e vige il rinvio alle norme del processo penale, cfr. M. Cassano, *Il procedimento disciplinare*, cit., p. 370.

irrogando *ex-lege*²⁸⁵ una sanzione disciplinare²⁸⁶.

In alcune fattispecie viene disposto anche il trasferimento d'ufficio²⁸⁷: a) obbligatorio nel caso in cui: 1) si è adottata la sanzione della sospensione dalle funzioni; 2) il magistrato abbia violato i doveri²⁸⁸, procurando un ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti; b) facoltativo, nel caso la condotta del magistrato – punibile con una sanzione che non sia l'ammonimento e/o la rimozione²⁸⁹ – sia stata lesiva del buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Le misure cautelari, che possono essere sia obbligatorie²⁹⁰, sia facoltative²⁹¹, sono disposte dall'organo disciplinare. Consistono nella sospensione dalle funzioni e dallo stipendio²⁹² e

²⁸⁵ Il decreto ha il pregio di correlare le singole sanzioni alle varie fattispecie di illecito, statuite *ex ante* dal legislatore, in modo che non ci sia discrezionalità da parte del collegio dell'adottare la sanzione più opportuna, v. art. 12, d.lgs. n. 109/2006.

²⁸⁶ Le sanzioni sono: l'ammonimento (consiste in un richiamo espresso); la censura (è una dichiarazione formale di biasimo); la perdita dell'anzianità (compresa tra due mesi e due anni); l'incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo (va da un minimo di sei mesi ad un massimo di due anni); la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni (comporta la sospensione dello stipendio e il collocamento fuori ruolo); la rimozione (cessazione del rapporto di impiego), v. art. 5, d.lgs. n. 109/2006. Due erano le sanzioni introdotte *ex novo* dal legislatore delegato, l'incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo; la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni, cfr. S. Erbani, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, cit. pp. 320-322.

²⁸⁷ Il trasferimento d'ufficio è contemplato anche dall'art. 2, r.d. lgt. n. 511/1946, ove è disposto con provvedimento amministrativo, adottato dal *plenum* – il cui iter è amministrativo è strutturato in base ad un procedimento nel quale vengono assicurate ai sensi dell'art. 107 Cost., le «garanzie di difesa» del magistrato. Esso consegue ad una condotta incolpevole, tale da rendere oggettivamente impossibile la prosecuzione dello svolgimento delle funzioni giudiziarie nella medesima sede con piena indipendenza ed imparzialità. Riguardo ai c.d. trasferimenti per incompatibilità ambientale e funzionali la legge Castelli ha previsto tali modifiche; infatti, ai sensi dell'art. 26, commi 1 e 2, d.lgs. n. 109/06, è stato previsto che il trasferimento deve adottarsi qualora: «per qualsiasi causa indipendente da loro colpa» i magistrati «non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità» e che «gli atti relativi ai procedimenti amministrativi di trasferimento di ufficio [...] pendenti presso il Consiglio superiore, per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari [...], sono trasmessi al Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare», cfr. G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., pp. 137-139. Sull'uso paradisciplinare di tale istituto cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit. pp. 255-258.

²⁸⁸ Imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona.

²⁸⁹ V. art. 13, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

²⁹⁰ L'adozione risulta obbligatoria quando, nell'ambito di un procedimento penale nei confronti del magistrato, sia stata emessa una misura cautelare personale (coercitiva o interdittiva). È intuibile la *ratio*; infatti è di tutta evidenza, agli occhi dell'opinione pubblica, che va salvaguardata la credibilità e il prestigio dell'ordine giudiziario, che risulterebbero gravemente lesi se un magistrato nelle condizioni sopra descritte, fosse lasciato al suo posto.

²⁹¹ La sospensione risulta facoltativa nel caso in cui il magistrato risulti sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva o nel caso in cui la gravità dei fatti sotto il profilo disciplinare, sia incompatibile con l'esercizio delle funzioni. Prima di decidere la sezione disciplinare, convoca e ascolta il magistrato incolpato o il suo difensore, se presenti, successivamente adotta la decisione, v. art. 22, commi 1 e 2, d.lgs. n. 109/2006.

²⁹² Nell'ambito dei casi di sospensione cautelare facoltativa, se il fatto disciplinarmente rilevante si presenta di minore gravità, sia l'organo politico che quello giudiziario possono richiedere un trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, v. art. 22, comma 1, d.lgs. n. 109/2006.

trasferimento d'ufficio o ad altre funzioni²⁹³.

La richiesta dell'applicazione di tali misure può essere formulata dal Procuratore generale dal Ministro della giustizia.

La sezione disciplinare decide e vigila sulla sussistenza dei presupposti di tali misure: infatti, nel caso in cui non ricorrano le condizioni previste dalla legge, può revocarle anche d'ufficio²⁹⁴.

L'incolpato, il Procuratore generale²⁹⁵ e il Ministro della giustizia hanno il diritto di impugnare le decisioni dell'organo disciplinare.

La Corte di cassazione, «nei termini e con le forme previsti del codice di procedura penale»²⁹⁶, decide sui ricorsi avverso le «sentenze disciplinari» e i provvedimenti di sospensione²⁹⁷, entro sei mesi dalla proposizione dell'appello²⁹⁸.

La presentazione del ricorso produce la sospensione del provvedimento impugnato (ciò non è previsto per i provvedimenti sospensivi di natura cautelare).

Mezzo straordinario d'impugnazione è l'istituto della revisione, che consente, in ogni tempo e in casi tassativi²⁹⁹, di incidere sugli effetti del giudicato disciplinare.

²⁹³ L'organo disciplinare può disporre il trasferimento in presenza dei presupposti contemplati dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 109/2006, ovvero: a) richiesta del Ministro o del Procuratore generale; b) esistenza di gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare; c) motivi di particolare urgenza; d) addebiti punibili con sanzione diversa dall'ammonimento.

²⁹⁴ Le ipotesi applicative risultano differenti. Nel caso della sospensione obbligatoria, la stessa sarà revocata se la misura cautelare viene meno per la carenza di gravi indizi, altrimenti resta in facoltà della Sezione disciplinare decidere, v. art. 21, comma 3, d.lgs. n. 109/2006. Nel caso invece, della sospensione facoltativa è in totale discrezione dell'organo disciplinare decidere o meno sul suo mantenimento, v. art. 22, comma 3, d.lgs. n. 109/2006. Su tali aspetti, per un ulteriore approfondimento, si rinvia a M. Fresa, *La giustizia disciplinare*, cit., pp. 632-656.

²⁹⁵ Sulla disciplina concernente il ricorso per Cassazione avverso la sentenza dell'organo disciplinare, cfr. L. Salvato, *Modalità della designazione alla trattazione degli affari dei magistrati addetti agli uffici del pubblico ministero: il ricorso per cassazione proposto dal sostituto procuratore generale avverso la sentenza emessa dalla sezione disciplinare del C.S.M.*, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 121-131.

²⁹⁶ Art. 24, d.lgs. n. 109/2006.

²⁹⁷ Art. 17, comma 3, l. n. 195/1958. Sui dubbi che suscitava il controllo di secondo grado effettuato dalla Cassazione, in quanto rappresentava l'ipotesi classica che. «*il controllato controlla il controllore*» e sul ruolo che aveva nel fornire indicazioni alla sezione nelle ipotesi disciplinari, cfr. S. De Nardi, *L'ordine giudiziario e il suo prestigio*, Padova, Cedam, 2002, pp. 46-55.

²⁹⁸ Appariva alquanto singolare che fosse poi la Corte di cassazione SS. UU. civili a decidere. All'indomani della riforma dell'ordinamento giudiziario parte della dottrina aveva giustamente condiviso che fossero le SS. UU. penali a decidere sui ricorsi contro i provvedimenti disciplinari, ed è definita «scelta davvero singolare e la cui ratio non è facilmente comprensibile [...]», quella che ha riportato la competenza alle SS. UU. civili, legge n. 269/2006, c.d. legge Mastella, cfr. F. Del Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., interessanti risultano le prospettive di riforma, cfr. G. Rana, *L'impugnazione innanzi alla Corte di Cassazione delle decisioni disciplinari relative a magistrati tra novità legislative e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, n. 7/1996, pt. I, pp. 957-962.

²⁹⁹ I casi di revisione si verificano quando: «a) i fatti posti a fondamento della sentenza risultano incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile ovvero in una sentenza di non luogo a procedere non

L'istanza – da presentare alla segreteria della sezione disciplinare da parte dei soggetti legittimati³⁰⁰ – deve presentare requisiti tassativi³⁰¹.

La sezione disciplinare, in contraddittorio con le parti, decide sull'ammissibilità o meno³⁰² della domanda; pronunciata l'ammissibilità, procede al giudizio di revisione, applicando la normativa contemplata per il procedimento disciplinare. Nel caso di fondatezza accoglie l'istanza di revisione e quindi, revoca la precedente decisione³⁰³.

L'istituto della riabilitazione, previsto per i dipendenti pubblici, non era applicabile ai magistrati, così come statuito anche dalla Corte costituzionale³⁰⁴ in ragione del differente *iter*³⁰⁵.

La riforma Cartabia ha introdotto due nuovi istituti: la riabilitazione³⁰⁶ e l'estinzione³⁰⁷ dell'illecito per il magistrato cui sia stata addebitata la condotta di «reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni»³⁰⁸, a condizione che lo stesso rispetti il piano di smaltimento dell'arretrato adottato dal capo dell'ufficio. In ossequio all'obiettivo generale di incentivare il buon funzionamento della

più soggetta ad impugnazione; b) sono sopravvenuti o si scoprono, dopo la decisione, nuovi elementi di prova, che, soli o uniti a quelli già esaminati nel procedimento disciplinare, dimostrano l'insussistenza dell'illecito; c) il giudizio di responsabilità e l'applicazione della relativa sanzione sono stati determinati da falsità ovvero da altro reato accertato con sentenza irrevocabile», art. 25, comma 1, d.lgs. n. 109/2006, per ulteriori dettagli, cfr. M. Fresa, *La giustizia disciplinare*, cit., pp. 771-779.

³⁰⁰ I soggetti legittimati sono il: a) magistrato condannato (nel caso di morte o di sopravvenuta incapacità di quest'ultimo può intervenire un prossimo congiunto, che può avere un interesse anche di natura solo morale); b) Procuratore generale presso la Cassazione; c) Ministro della giustizia; v. art. 25, commi 3 e 6, d.lgs. n. 109/2006.

³⁰¹ Devono essere indicati le precise ragioni e i mezzi di prova tali da escludere l'addebito o determinare l'applicazione di una sanzione diversa, v. art. 25, comma 2, d.lgs. n. 109/2006.

³⁰² È ammesso ricorso alle SS. UU. civili della Cassazione contro la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza di revisione v. art. 25, comma 8, d.lgs. n. 109/2006.

³⁰³ A tale decisione conseguivano effetti giuridici riguardo alla carriera e ai fini economici, v. art. 25, c. 10, d.lgs. n. 109/2006.

³⁰⁴ Corte cost., sentenza 4-22 giugno 1992, n. 289, cons. in dir. punto 2.2 «In definitiva, la scelta legislativa di configurare il procedimento disciplinare per i magistrati secondo paradigmi di carattere giurisdizionale mostra chiaramente che quest'ultimo costituisce un procedimento strutturalmente e funzionalmente diverso da quello previsto per gli impiegati civili dello Stato»; v. del cons. in dir. punto 3: «E non vi è dubbio che la scelta di un modello ovvero di un altro e, persino, la scelta di affidare alla riabilitazione ovvero a meccanismi diversi l'eliminazione degli effetti ulteriori della condanna disciplinare spettano al legislatore, il quale, nell'esercizio non irragionevole della sua discrezionalità politica, deve valutare quale istituto o quale modello sia più coerente con il sistema disciplinare considerato».

³⁰⁵ Cfr. S. Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 590-592.

³⁰⁶ V. art. 25-bis, d.lgs. 106/2009, articolo inserito dall'art. 11, c. 1, lett. f), della l. n. 71/2022.

³⁰⁷ V. art. 3-ter, d.lgs. 109/2006 che statuisce: «Estinzione dell'illecito. 1 L'illecito disciplinare previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera q), è estinto quando il piano di smaltimento, adottato ai sensi dell'articolo 37, comma 5-bis, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, è stato rispettato. 2. Il beneficio di cui al comma 1 può essere applicato una sola volta».

³⁰⁸ V. art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. n. 109/2006.

giurisdizione, l'estinzione si determina solo nell'ipotesi in cui il piano di smaltimento³⁰⁹ abbia ottenuto significativi risultati. La possibilità di ottenere il beneficio dell'estinzione è collegata all'effettiva capacità di risoluzione delle criticità; si prevede che la fruizione del beneficio è valida per una sola volta.

Il piano di smaltimento – è utile ricordare – è un documento previsto dalla stessa riforma Cartabia, che impone ai presidenti degli Uffici giudiziari di individuare sia gli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti da raggiungere nel corso dell'anno, sia gli obiettivi di rendimento dell'ufficio in considerazione dei carichi di lavoro pendenti. In tale contesto, dovranno essere, altresì, determinate le controversie pendenti la cui trattazione sarà giudicata prioritaria³¹⁰.

L'istituto della riabilitazione prevede che la condanna che ha comportato l'applicazione della sanzione disciplinare: a) dell'ammonizione, perde ogni effetto dopo tre anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, a condizione che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva; b) della censura, cessa di produrre effetti dopo che siano trascorsi cinque anni dalla data in cui la sentenza disciplinare di condanna è divenuta irrevocabile, sempre che il magistrato consegua una successiva valutazione di professionalità positiva.

Nel caso dei magistrati che hanno conseguito la settima valutazione di professionalità, la riabilitazione è subordinata a due aspetti: il primo è rappresentato dal decorso del termine, il secondo dalla positiva valutazione del loro successivo percorso professionale nelle forme e nei modi stabiliti dal C.S.M.

³⁰⁹ L'art. 37, comma 5-bis, d.l. 6 luglio 2011, n. 981 prevede: «Il capo dell'ufficio, al verificarsi di gravi e reiterati ritardi da parte di uno o più magistrati dell'ufficio, ne accerta le cause e adotta ogni iniziativa idonea a consentirne l'eliminazione, con la predisposizione di piani mirati di smaltimento, anche prevedendo, ove necessario, la sospensione totale o parziale delle assegnazioni e la redistribuzione dei ruoli e dei carichi di lavoro. La concreta funzionalità del piano è sottoposta a verifica ogni tre mesi. Il piano mirato di smaltimento, anche quando non comporta modifiche tabellari, nonché la documentazione relativa all'esito delle verifiche periodiche sono trasmessi al consiglio giudiziario o, nel caso riguardino magistrati in servizio presso la Corte di cassazione, al relativo Consiglio direttivo, i quali possono indicare interventi diversi da quelli adottati».

³¹⁰ Nel parere reso dal C.S.M. con delibera del 21-4-2021, è stato rilevato come la disciplina posta dalla norma sia scarna e non adeguata a fornire all'interprete indicazioni per la soluzione di questioni rilevanti ai fini dell'operatività della causa estintiva, v. <https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/atti-consiliari/pareri-e-proposte-al-ministro>.

4. Le modifiche all'ordinamento giudiziario con particolare riferimento all'assetto disciplinare introdotte dalla riforma Cartabia.

Tale riforma dell'Ordinamento giudiziario – approvata con la l. n. 71/2022 – prende il nome del Ministro della giustizia Marta Cartabia, seppur l'avvio del processo riformatore è stato fornito dal disegno di legge del precedente Guardasigilli Bonafede.

La Ministra Cartabia ha dovuto tener conto dei necessari «adempimenti che nell'ambito del Recovery Plan riguardano il settore della giustizia»³¹¹, e delle «note, non commendevoli vicende che hanno riguardato la magistratura»³¹².

Soluzioni «salvifiche» ed «esaustive» non si creano facilmente «il quadro normativo primario può contribuire – e molto – alla tenuta di pratiche virtuose da parte degli attori del sistema-giustizia.»³¹³

La riforma³¹⁴ si suddivide in sei capi:

a) il primo (artt. 1-6) riguarda la «delega al Governo per la riforma ordinamentale della magistratura»; si prescrivono le procedure per il suo esercizio; il termine entro cui va esercitata la delega; i principi e criteri dell'intervento riformatore. Nel dettaglio si mira alla: 1) revisione, in aderenza ai principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, dei criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi; 2) riduzione degli incarichi semidirettivi; 3) riforma del procedimento di approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudiziari; 3) modifica dei criteri di accesso alle funzioni di legittimità; 4)

³¹¹ Il Piano nazionale di ripresa e resilienza ha individuato nella lentezza della realizzazione di alcune riforme strutturali, un limite al potenziale di crescita dell'Italia. La riforma del sistema giudiziario, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, è inserita dal PNRR tra le cc.dd. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano. Quest'ultimo prevede – oltre a riforme ordinamentali, da realizzare ricorrendo allo strumento della delega legislativa – anche il potenziamento delle risorse umane e delle dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario, al quale sono destinati specifici investimenti.

³¹² Sul valore dell'etica cfr. L. Salvato, *Due interrogativi sulla relazione tra etica, deontologia professionale e responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari*, in *giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2021.

³¹³ Linee programmatiche del Dicastero in *www.giustizia.it*.

³¹⁴ Il Governo Meloni con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 recante *Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*, statuisce all'art. 6 la: «Modifica dell'entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150» inserendo un nuovo comma «Art. 99-bis (Entrata in vigore). - 1. Il presente decreto entra in vigore il 30 dicembre 2022» rinviando la riforma Cartabia. A seguito della riforma sono stati emanati il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151.

- riconfigurazione delle procedure di valutazione di professionalità dei magistrati; 5) istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato³¹⁵; 6) rivisitazione sulla disciplina dell'accesso in magistratura³¹⁶; 7) modifica della disciplina del *fuori ruolo* dei magistrati;
- b) il secondo (artt. 7-14) innova con effetto diretto talune disposizioni dell'ordinamento giudiziario, interessati: 1) magistrati destinati all'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione; 2) l'organizzazione degli uffici di giurisdizione e all'incompatibilità di sede per ragioni di parentela o coniugio e di tramutamenti ad altra sede o ufficio; 3) le funzioni della Scuola superiore della magistratura; 4) gli illeciti disciplinari dei magistrati, attraverso l'aggiunta di nuove condotte; e l'introduzione di due nuovi istituti: l'estinzione dell'illecito e la riabilitazione; 5) il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa prescrivendo quale regola generale una limitazione al c.d. *tramutamento*, potendo essere effettuato soltanto una volta nel corso della carriera entro dieci anni dalla prima assegnazione delle funzioni. Spirato tale periodo, è consentito, per una sola volta, il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti, purché l'interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali; 6) il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro, previste per un ufficio giudiziario diviso in sezioni, purché il magistrato non si trovi, neanche in qualità di sostituto, a svolgere funzioni giudicanti penali o miste;
- c) il terzo (artt. 15-20) interviene con disposizioni precise immediatamente precettive sulla disciplina dello *status* dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, riguardo alla loro eleggibilità, all'assunzione di incarichi di governo e al loro ricollocamento al termine del mandato;
- d) il quarto (artt. 21-39) innova la l. n. 195/1958, in maniera organica incidendo: sulla composizione ed organizzazione, sulle attribuzioni e sul funzionamento del Consiglio, sul sistema elettorale per la nomina dei componenti togati e sul ricollocamento dei consiglieri togati del C.S.M. al termine del mandato³¹⁷;
- e) il quinto (art. 40) prevede la delega al Governo per il riassetto delle norme

³¹⁵ Da tenere in considerazione oltre che in sede di verifica della professionalità anche in sede di attribuzione degli incarichi direttivi e semidirettivi.

³¹⁶ L'obiettivo è far accedere direttamente al concorso per la magistratura i laureati in giurisprudenza, senza alcun altro titolo aggiuntivo.

³¹⁷ In particolare, con riguardo al nuovo sistema per eleggere i 20 (non più 16) componenti togati del C.S.M., si individua una nuova articolazione dei collegi elettorali. Cfr. F. Dal Canto, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 1/2021.

dell'ordinamento giudiziario militare, indicando i principi e i criteri direttivi e il tempo (entro due anni dall'entrata in vigore della legge) cui deve attenersi nell'esercizio della delega l'autorità governativa;

f) il sesto (artt. 41-42) contiene le disposizioni finali e finanziarie.

L'impianto originario del d.d.l. Bonafede ha subito diversi emendamenti, in particolare, riguardo alle disposizioni inerenti alla costituzione e al funzionamento del Consiglio. In linea con le modifiche auspiccate dallo stesso C.S.M., nella delibera del 21 aprile 2021³¹⁸, si riscontra: a) l'eliminazione del sorteggio quale modalità per la composizione delle commissioni e della sezione disciplinare; b) la soppressione delle disposizioni sia sull'avvicendamento, allo scadere del biennio dalla nomina, dei componenti supplenti della sezione disciplinare con quelli effettivi; sia sulla formazione, in seno all'organo disciplinare, di due collegi, ciascuno formato da tre componenti; c) la rideterminazione della disposizione sul dovere di imparzialità e di indipendenza dei componenti, con l'eliminazione del divieto agli stessi di costituire gruppi all'interno del Consiglio.

Accennato brevemente l'impianto della riforma, di seguito si evidenzieranno le principali novità sulle attività e il funzionamento della sezione disciplinare.

La previsione sul sorteggio è stata al momento definitivamente accantonata; infatti la scelta dei componenti delle Commissioni, nell'assetto normativo attuale prevede la nomina da parte del Presidente del Consiglio Superiore in conformità ai criteri di composizione previsti dal regolamento medesimo su proposta del Comitato di presidenza³¹⁹: la novità è rappresentata dal prolungamento a sedici mesi³²⁰ della loro permanenza nelle commissioni per garantire una maggiore stabilità di queste ultime.

I membri effettivi della sezione disciplinare possono essere assegnati ad una sola Commissione e non possono far parte della commissione deputata: a) al conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, b) alla valutazione di professionalità; c) a determinare l'incompatibilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie³²¹.

Tale formulazione ha ottenuto il consenso del C.S.M., poiché in linea con l'esigenza di

³¹⁸ Parere del CSM, espresso con delibera del 24 marzo 2021, fasc. 39/PA/202, in materia di Disposizioni in materia di illeciti disciplinari e riabilitazione, nonché sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura, sulla formazione delle tabelle degli uffici giudiziari, in <https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/atti-consiliari/pareri-e-proposte-al-ministro>.

³¹⁹ Il Comitato è composto dal: Vice Presidente che lo presiede; Primo Presidente della Corte di cassazione; Procuratore generale c/o la Corte medesima, v. art. 2, l. 195/1958.

³²⁰ V. art. 3, l. n. 195/1958.

³²¹ V. art. 3, l. n. 195/1958.

assicurare indipendenza e terzietà ai singoli componenti. Infatti, si ribadisce che «i componenti svolgono le loro funzioni in piena indipendenza e imparzialità. I magistrati eletti si distinguono tra loro solo per categoria di appartenenza»³²². Inoltre, rappresenta un arricchimento tecnico-professionale nello svolgere le attività nelle differenti articolazioni. Il tempo di permanenza nelle singole commissioni può sembrare più lungo rispetto a quello annuale previsto nel precedente sistema³²³; pur tuttavia, tale regola, che può sembrare di intralcio all'autonomia organizzativa del Consiglio in materia, in ragione delle concrete necessità, ai tempi e natura (totale o parziale) delle modifiche relative alla composizione delle stesse, garantisce un periodo entro il quale, probabilmente, i singoli consiglieri riescono meglio a comprendere e incidere su dinamiche e aspetti.

Il C.S.M. nella formulazione in vigore³²⁴ ha: a) tre componenti di diritto (il Presidente della Repubblica che lo presiede; il Primo Presidente della Corte suprema di cassazione; il Procuratore generale della Repubblica presso la stessa Corte); b) venti membri (in luogo dei sedici) eletti dai magistrati ordinari; c) dieci (al posto degli otto), componenti eletti dal Parlamento in seduta comune.

L'assetto della sezione disciplinare è rimasto invariato, anche per l'individuazione dei componenti, mentre è stato eliminato il sistema del sorteggio, lasciando quello vigente: inoltre, è stata soppressa la disposizione che prevedeva due collegi (ciascuno formato da tre componenti) in seno alla sezione.

In linea con il mutamento numerico dei componenti del C.S.M. è stato riformato l'art. 4, l. n. 195/1958³²⁵, riguardo al numero dei membri supplenti, che, sarebbero dovuti essere corrispondenti a quelli effettivi, ovvero sei, ma nella fase dell'approvazione finale sono stati portati a cinque. Essi, come pure i componenti titolari, conservano tale qualifica per tutta la durata della consiliatura.

Recependo l'indirizzo fornito dalla Consulta nella sentenza n. 262/2003, è stata riconosciuta al Consiglio la possibilità di eleggere ulteriori supplenti, nel caso in cui sia impossibile formare il collegio.

In ossequio alla tutela del principio del giudice naturale, e tenuto conto della natura giurisdizionale delle funzioni svolte dalla sezione disciplinare, vanno lette le previsioni che

³²² Art. 1, comma 2, l. n. 195/1958 come modificato dall'art. 21, comma 1, lett. b), l. n. 71/2022.

³²³ Tale termine è previsto nel regolamento interno del C.S.M. v. art. 53.

³²⁴ Art. 1, comma 1, l. n. 195/1958, come modificato dall'art. 21, comma 1, lett. a), l. n. 71/2022.

³²⁵ Art. 4, comma 3, l. n. 195/1958, come modificato dall'art. 23, comma 1, lett. c), l. n. 71/2022.

attribuiscono al Consiglio la predeterminazione di criteri oggettivi per le sostituzioni dei vari componenti (con la cogente indicazione che queste sono consentite solo in caso di incompatibilità o di impedimento assoluto), come pure le disposizioni che fanno obbligo al Presidente della sezione disciplinare di indicare preventivamente i criteri per l'assegnazione dei procedimenti ai componenti effettivi e di comunicarli al Consiglio³²⁶.

5. Osservazioni conclusive.

L'attuale sistema giurisdizionale si caratterizza per due elementi essenziali dell'autonomia e dell'indipendenza. Nella Carta costituzionale, in merito ai due capisaldi citati³²⁷, è statuito che i giudici «sono soggetti soltanto alla legge» e costituiscono un «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»³²⁸, mentre, l'ufficio del pubblico ministero «è organizzato attraverso le norme dell'ordinamento giudiziario che ne garantiscono l'autonomia e l'indipendenza»³²⁹.

Il costituente fornisce, da un lato, precise indicazioni riguardo alla composizione e alle funzioni del C.S.M., dall'altro lascia al legislatore ordinario il compito di delineare la disciplina nel dettaglio, per assicurare l'autonomia e l'indipendenza dei magistrati.

Il già Vice Presidente del C.S.M. Vietti, nel 2012, affermava che: «il tema disciplinare è da tempo al centro di un ampio dibattito che non esclude ulteriori interventi riformatori, ma nel contesto di provvedimenti organici, ampiamente condivisi e con soluzioni compatibili con i principi di autonomia e indipendenza della magistratura»³³⁰.

La responsabilità disciplinare rimane uno strumento essenziale di controllo, anche in un ordinamento che esalta le garanzie di indipendenza della magistratura. Tale aspetto è venuto particolarmente in rilievo, a seguito delle vicende *svelate* nel maggio 2019³³¹ dalle indagini della Procura della Repubblica di Perugia, alle quali è seguita un'azione da parte

³²⁶ Art 4 c. 8, della l. n. 195/1958, comma aggiunto dall'art. 23, c. 1, lett. d), l. n. 71/2022.

³²⁷ Sui due concetti, cfr. S. Bartole, (voce) *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, cit.

³²⁸ V. art. 101, comma 2 e art. 104, comma 1, Cost.

³²⁹ V. art. 107, comma 4 e art. 108, comma 2, Cost.

³³⁰ *La Repubblica*, 27 maggio 2012.

³³¹ Il c.d. caso Luca Palamara, a seguito di indagini condotte dalla procura di Perugia, si è scoperto che Palamara ex presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, era solito incontrarsi con taluni membri togati del C.S.M. e alcuni parlamentari per concordare strategie al fine di *favorire* magistrati di loro gradimento in determinati e prestigiosi posti di organico dell'ordine giudiziario.

degli organi della giurisdizione disciplinare.

Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha sottolineato il dovere della magistratura di far “comprendere che la magistratura italiana – e il suo organo di governo autonomo, previsto dalla Costituzione - hanno al proprio interno gli anticorpi necessari e sono in grado di assicurare, nelle proprie scelte, rigore e piena linearità”³³².

In merito ai dati relativi alla giustizia disciplinare, giova comparare quelli precedenti alla riforma, ove non era prevista la tipizzazione degli illeciti disciplinari e l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale, con quelli successivi. Tra il 1999 e il 2006 ci sono stati 1.004 procedimenti disciplinari, cui l'80%, è finito con assoluzione o proscioglimento³³³.

I dati statistici rivelano che gli esposti/notizie di rilievo disciplinare sono aumentati, ma la stragrande maggioranza è priva di riscontro, per cui è facile giungere all'archiviazione³³⁴.

Il *trend* non è cambiato negli ultimi dieci anni, si è proceduto all'archiviazione con percentuali sempre molto alte, in particolare del: - 93% nel 2011; - 91,5% nel 2012; - 92,8% nel 2013; - 90,1% nel 2014; - 93,5% nel 2015; - 92,3% nel 2016 - l'89,7% nel 2017; - 91,2% nel 2018 - 90,0% nel 2019; - 92,8% nel 2020 - 94,4% nel 2021³³⁵.

Al Procuratore generale presso la Corte di cassazione spetta di procedere all'archiviazione, con decreto motivato. Quest'ultimo va comunicato al Ministro della giustizia, che, se non concorda, ha facoltà di formulare l'incolpazione e chiedere la fissazione dell'udienza di discussione.

Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, Gianfranco Ciani, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, ebbe a dire, sui numeri riguardanti le procedure disciplinari, che: “Questi dati [...] sono sintomatici della tenuta del sistema disciplinare delineato dalla riforma del 2006, che ha mostrato, in linea di massima, di essere in grado di rispondere alla duplice esigenza di garantire il corretto esercizio della giurisdizione e nel contempo di assicurare la necessaria autonomia e indipendenza dei singoli magistrati”³³⁶.

³³² Intervento all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio superiore della magistratura, 21 giugno 2019, in www.csm.it.

³³³ Cfr. il commento di S. Livadiotti, in www.tempi.it, 10 febbraio 2012.

³³⁴ Dal 2020, il Procuratore generale, con ordine di servizio n. 34/2020, ha disposto la valutazione preliminare degli atti pervenuti all'Ufficio da parte di un gruppo di magistrati che, nei casi previsti, ne può disporre l'archiviazione *de plano*.

³³⁵ I dati sono tratti dalle relazioni presentate per l'inaugurazione dell'anno giudiziario, rispettivamente 2012, 2013 e 2014, in <http://www.giustizia.it/>.

³³⁶ V. Intervento del Procuratore generale della Corte di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012, in <http://www.giustizia.it/>.

Tale assunto, a distanza di dieci anni, è stato condiviso dal Procuratore generale, Giovanni Salvi, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022: “[...] la giustizia disciplinare [...] è efficace, essendo la più rigorosa rispetto ad ogni altro sistema disciplinare, per numero di procedimenti e gravità di sanzioni”³³⁷.

Tuttavia, nel mondo politico, le proposte di riforma si sono susseguite a ogni cambio di legislatura³³⁸. In particolare, a seguito delle vicende sul caso c.d. Palamara, è stata approvata la riforma Cartabia.

Certamente è vero che: “proprio nel momento in cui si tutelano con particolare vigore certe prerogative istituzionali, come l'autonomia e l'inafonovibilità, l'esistenza di un valido deterrente esterno capace di sanzionare con efficacia i comportamenti commissivi ed omissivi illeciti diventa indispensabile per garantire le deviazioni del magistrato dal corretto esercizio della sua funzione”³³⁹.

Il sistema disciplinare, dalla riforma, ha ricevuto alcune modifiche e aggiustamenti. Come è stato prospettato nei paragrafi precedenti, si è inciso sul numerico dei componenti supplenti aggiungendo un'unità (da quattro a cinque); l'ulteriore novità è rappresentata dalla previsione, da parte del C.S.M., dei criteri per la sostituzione dei membri nei casi di incompatibilità astensione e altro legittimo impedimento.

L'obiettivo è, chiaramente, quello di fornire la massima trasparenza e pubblicità, di predeterminare le regole per evitare dubbi e interpretazioni deleteri e fuorvianti sulla terzietà e indipendenza dell'organo disciplinare. In tale ottica è stato previsto che sia il Presidente della sezione disciplinare a definire i criteri di assegnazione dei procedimenti disciplinari ai membri effettivi della sezione comunicandoli al Consiglio.

Ulteriori modifiche sono state prospettate³⁴⁰. Si pensi alla: a) *fase predisciplinare*, ove è stata auspicata la possibilità di svolgere indagini da parte dell'Ufficio generale in modo da accertare e verificare, evitando la nullità degli atti, la possibilità di esercizio dell'azione disciplinare³⁴¹; b) notifica del C.S.M. del decreto di archiviazione, laddove siano state

³³⁷ Intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021, Roma, 21 gennaio 2022, in www.cortedicassazione.it, p. 184.

³³⁸ Per una disamina sulle varie proposte ci sia consentito rinviare A. Maresca, *Alcune osservazioni sulla proposta di legge costituzionale (n.1844/C) concernente l'ordinamento della magistratura e la funzione giurisdizionale*, in Dirittifondamentali.it, 28.05.2014.

³³⁹ N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1303.

³⁴⁰ V. Intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, Roma 29 gennaio 2021 in www.cortedicassazione.it, p. 25.

³⁴¹ “[...] prevedendo che la nullità degli atti di indagine non preceduti dalla comunicazione all'incolpato, prevista dall'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006 attinga soltanto quelli svolti successivamente

riscontrate condotte potenzialmente rilevanti ai fini delle valutazioni riservate al Consiglio per profili diversi da quello disciplinare³⁴².

La gran parte delle sanzioni disciplinari acquisisce incisività e sostanza attraverso una prassi del C.S.M., che penalizza il magistrato colpito da ammonizione o censura.

In tema di sanzioni, si è proposta quella della perdita di *status di magistrato* e il passaggio a funzioni amministrative al Ministero della giustizia, ovvero ad altra amministrazione, con conservazione del trattamento stipendiale³⁴³.

La *ratio* di questa nuova sanzione è quella di consentire un bilanciamento degli interessi, tra *la fiducia e la credibilità* che deve caratterizzare il magistrato, ed il sostentamento per sé e per i propri affetti. La rimozione comporta la cessazione del rapporto di lavoro, è possibile che la stessa persona perda i requisiti richiesti per l'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma non quelli per svolgere un pubblico impiego.

La funzione punitiva costituisce un profilo di quel *governo del personale*, che si esplica anche attraverso le attività amministrative di promozione, di trasferimento, di conferimento di incarichi.

L'attuale sistema della giurisdizione disciplinare non deve comprimere in modo arbitrario l'autonomia del singolo magistrato; la sezione disciplinare del C.S.M., nello svolgimento dei propri compiti, sin dal suo nascere ha inteso la problematica del corretto comportamento dei magistrati – l'osservanza della disciplina – come una questione meramente afferente al *corpus judicarius* medesimo, inerente al suo prestigio interno e come tale da risolversi nello stretto ambito dell'organo di autogoverno.

L'anomalia del sistema è stata, in parte, superata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ha avuto un ruolo di protagonista nel rinnovare il procedimento disciplinare. Coadiuvata dalla Cassazione, ma anche, in taluni casi, dalla stessa sezione disciplinare, la Consulta ha avuto la possibilità di esaminare istanze di remissione in materia di pubblicità delle udienze, di diritto di difesa, di composizione del collegio giudicante, tutte previsioni

all'esercizio dell'azione disciplinare, non anche nella fase predisciplinare", intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021, cit., p. 186.

³⁴² V. Intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021, cit., p. 186.

³⁴³ Tale possibilità era già contemplata per altra ipotesi v. l'art. 3, comma 1, r.d. lgt. n. 511/1946, qualora il magistrato non possa «adempire convenientemente ed efficacemente ai doveri del proprio ufficio, è dispensato dal servizio» e «se l'infermità o la sopravvenuta inettitudine consentono l'efficace svolgimento di funzioni amministrative, il magistrato dispensato può essere destinato, a domanda, a prestare servizio, nei limiti dei posti disponibili, presso il Ministero della giustizia», cfr. intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021, cit., p. 189-190.

normative oramai obsolete.

L'evoluzione giurisprudenziale sulla questione è controversa, piena di ripensamenti, tuttavia, dipende anche dalle spinte europeistiche che attraverso la Carta costituzionale si sono cristallizzate all'interno dell'art. 111.

Garantire la correttezza del comportamento dei magistrati, nello svolgimento delle loro funzioni, e non, significa salvaguardarne l'incolumità morale, garanzia fondamentale per tutti i cittadini che fanno ricorso alla giustizia.

La funzione esercitata dall'organo di giudizio deve essere tanto più *funzionante*, in quanto si rivolge ai magistrati che sono *tecnici specializzati*, portatori del mandato morale e materiale di amministrare la giustizia in nome del popolo. Quest'ultimo deve riconoscere che, eventuali *situazioni patologiche*, possono essere corrette da un'amministrazione della giustizia ancor più solida ed efficace, in quanto sottesa a regole certe ed ineludibili.

Il sistema disciplinare dei magistrati è stato sottoposto – dopo numerosi disegni di legge e dibattiti in sede parlamentare – ad una profonda revisione. Si pensi che in tema di prescrizione e decadenza dall'azione, della difesa dell'incolpato e della pubblicità delle udienze, la novità fondamentale consiste nel rinvio alle norme contenute nel codice di procedura penale attualmente vigente.

Il sistema si contrassegna per un aspetto essenzialmente rigido, per effetto dell'introduzione del principio dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare, e per la generale circolarità del rito, che pone l'organo giudicante quale giudice *a quo* e *ad quem* di ogni possibile giudizio.

Tale *rigidità*, riguardo alla disciplina giudiziaria, è una scelta apparentemente non condivisa negli altri Paesi europei.

La presenza di un rito, delineato in maniera analitica, rappresenta il tentativo di rimediare ad un patologico malfunzionamento della sezione disciplinare. Per effetto dell'art. 111 Cost., si è introdotto il principio del *garantismo*, che probabilmente mancava.

Nonostante le numerose modifiche, avviate nel senso della costituzionalizzazione del sistema di controllo disciplinare dei magistrati, proprio la rigidità del rito appare un limite. Altre problematiche, inerenti alla poca trasparenza nelle modalità di conduzione delle indagini, l'anomala composizione della sezione (che secondo alcuni³⁴⁴, continua a rasentare il limite di tolleranza del giudizio terzo ed imparziale, in quanto costituita quasi

³⁴⁴ V. *supra* §2 del presente contributo.

esclusivamente da magistrati) sono da affrontare in un prossimo futuro.

La riforma non è riuscita a fornire tutte le risposte, anche in considerazione del contesto e delle esigenze cui doveva far fronte. Al legislatore premeva, esclusivamente, l'esigenza di colmare il vuoto di fiducia creatosi tra l'opinione pubblica e la classe giudiziaria.

Il magistrato è il tutore della legge, è colui attraverso il quale si attua l'ordinamento, è l'organo cui il cittadino si rivolge per ricevere *giustizia*; tuttavia, è un uomo, con i propri pregi e difetti, ed è questa la ragione per la quale deve rispondere del proprio operato attraverso un preciso e articolato sistema di responsabilità, predisposto dall'ordinamento.

Merita un cenno la possibile istituzione di una *Corte di giustizia della magistratura*, il cui fine sarebbe quello di *accentuare* ancor di più i valori dell'indipendenza, autonomia e terzietà.

La volontà di sottrarre l'esercizio della giurisdizione disciplinare al circuito "domestico"³⁴⁵ dell'autogoverno dell'ordine giudiziario, nella prospettiva di rafforzarne l'autorevolezza, di evitare quanto più possibile commistioni tra l'esercizio della giurisdizione disciplinare e la partecipazione alle attività amministrative di gestione della magistratura, si è in maniera ricorrente manifestata, sia nel dibattito dottrinale che in quello politico istituzionale, attraverso la proposta di istituire un organo terzo con funzioni disciplinari.

Si pensi al progetto di revisione della parte seconda della Costituzione, presentato nel 1997 dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali³⁴⁶. Si prevedeva di attribuire, sia la potestà disciplinare sui magistrati ordinari e amministrativi, sia la funzione di tutela giurisdizionale in unico grado contro i provvedimenti amministrativi assunti dai consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa ad una *Corte di giustizia della magistratura* composta da nove membri, eletti dai consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa tra i propri componenti.

Sull'istituzione di un'*Alta Corte di giustizia* è stata presentata un'ulteriore proposta di modifica della Costituzione³⁴⁷.

Quanto alla riforma prospettata dal disegno di legge costituzionale del 2011, prescriveva la separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e magistrati requirenti, prevedendo

³⁴⁵ Cfr. G. Salvi, *Le ragioni costituzionali dell'ordinamento disciplinare dei magistrati*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2022, pp. 435-436.

³⁴⁶ Atto Camera 3931, atto Senato 2583, XIII legislatura.

³⁴⁷ Presentata al Senato nel 2022, Atto Senato 1642, XIV legislatura, primo firmatario on. Caruso, Alleanza Nazionale.

l'istituzione di un'apposita *Corte di disciplina* della magistratura giudicante e requirente. Tale organo si sarebbe articolato in due sezioni, i cui rispettivi componenti sarebbero stati eletti, per metà dal Parlamento in seduta comune, per l'altra metà da tutti magistrati, rispettivamente, a seconda dell'ambito, dai giudici o dai pubblici ministeri.

La Corte di disciplina avrebbe eletto, a sezioni riunite, un proprio Presidente tra i membri eletti dal Parlamento e ciascuna sezione avrebbe eletto un proprio Vice Presidente, sempre tra i membri eletti dal Parlamento.

La ricorribilità dei provvedimenti disciplinari della Corte dinanzi alla Cassazione, per motivi di legittimità trovava legittimità in Costituzione. Dal punto di vista dell'azione disciplinare il testo della riforma nulla modificava quanto alla sua titolarità, restando in capo al Ministro della giustizia la mera facoltà di promuoverla³⁴⁸.

Più recente è il disegno di legge di revisione costituzionale³⁴⁹, che prevede l'istituzione di un *Alta Corte*, con il compito di pronunciarsi sulle controversie riguardanti l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari, adottati dagli organi di autogoverno di tutte le magistrature³⁵⁰, nonché sulle controversie riguardanti l'impugnazione di ogni altro provvedimento dei suddetti organismi, riguardante i magistrati.

Si riuniscono così, in un solo organo, di rilievo costituzionale e composto in modo tale da garantirne assoluta autorevolezza, indipendenza e imparzialità, gli strumenti di controllo sui provvedimenti organizzativi, nonché disciplinari, adottati dagli organi di autogoverno.

Al fine di garantire l'autorevolezza e l'indipendenza dell'organo, le modalità di composizione sono ricalcate su quelle della Corte costituzionale³⁵¹.

³⁴⁸ Per un'analisi approfondita cfr.: G. Campanelli, *Il giudizio disciplinare dei magistrati: procedimento o processo?*, cit.; L. Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit..

³⁴⁹ D'iniziativa dei senatori Rossomando, Zanda, Mirabelli, Parrini e Cirinnà comunicato alla presidenza il 28 ottobre 2021. Il progetto si compone di un unico articolo, che introduce nel testo della Costituzione gli articoli da 105-bis a 105-quinquies.

³⁵⁰ Consiglio superiore della magistratura, dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, dal Consiglio di presidenza della Corte dei conti, dal Consiglio della magistratura militare e dal Consiglio di presidenza della giustizia tributaria.

³⁵¹ Si prevede, infatti, che l'Alta corte sia composta da quindici giudici, nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative. Analogamente modellati sulla disciplina della Corte costituzionale sono i requisiti per accedere all'ufficio di giudice dell'Alta corte, vale a dire l'essere magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrative, ovvero professori ordinari di università in materie giuridiche o avvocati dopo venti anni di esercizio. Il terzo, quarto, quinto e sesto comma dell'articolo 105-ter dettano alcune disposizioni essenziali in materia di durata in carica dei giudici e dell'organo, di organizzazione interna e di incompatibilità, rinviando alla legge per l'adozione di disposizioni di dettaglio. Si prevede in particolare, a) che i giudici durino in carica sei anni senza possibilità di rinnovo; b) che l'Alta corte elegga al suo interno un o una Presidente, che dura in carica un triennio e non è rieleggibile; c) che l'ufficio

Prima facie, l'Alta Corte proposta³⁵² sembra una duplicazione di un organo costituzionale, quale la Corte costituzionale³⁵³. La composizione dell'organo garantirebbe le esigenze di terzietà, imparzialità e partecipazione, spostando l'asse dell'autogoverno in una direzione più democratica; inoltre, dal punto di vista funzionale verrebbe assicurato il prestigio e l'onore della funzione giudicante.

Tale funzione potrebbe essere attribuita a una sezione specializzata della stessa Corte costituzionale, nel rispetto di un principio puramente sillogistico la soluzione è plausibile in quanto se è vero che i giudici sono sottoposti soltanto alla legge, se è vero che la Corte costituzionale è il giudice delle leggi, allora può essere vero che il Giudice delle leggi possa giudicare i giudici.

Alla luce della problematica stringente, affrontata nel presente contributo, dal momento che si è tentato, in conclusione, di esaminare come il nostro ordinamento giuridico risponda all'esigenza di tutelare il cittadino dalle *deformazioni* del potere giudiziario, non appare pleonastico affermare che una corretta amministrazione della giustizia è fondamentale una questione di controllo; tuttavia richiede saggezza ed equilibrio, e va sempre pensata in funzione dei principi costituzionali fondamentali di libertà e democrazia.

Abstract: Il contributo esamina la sezione disciplinare del C.S.M., descrivendone l'origine, la discussa natura, il relativo procedimento e funzionamento non tralasciando le criticità, anche in considerazione della riforma Cartabia. Nell'occasione si analizzano le proposte di modifica della Costituzione, che prevedono l'istituzione di un'*Alta Corte* per giudicare sulla responsabilità disciplinare di tutta la magistratura sia ordinaria che speciale.

Abstract: The contribution examines the disciplinary section of the C.S.M., describing its origin, the controversial nature, the relative procedure and functioning, not omitting the critical issues, also in consideration of the Cartabia reform. On this occasion, the proposals

di giudice sia incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un consiglio regionale e con l'esercizio della professione di avvocato, rinviando alla legge per la determinazione di ulteriori cause di incompatibilità.

³⁵² M. A. Sandulli, *Forum sull'istituzione dell'Alta Corte. La rivoluzione dell'assetto giurisdizionale in vista dell'istituzione di una giurisdizione speciale per i giudici*, in *Giustiziainsieme.it*, 28 marzo 2022; C. Castelli, *Il sistema disciplinare dei magistrati: una cosa seria*, cit., pp. 132-138.

³⁵³ Propongono per tutte le magistrature in secondo grado una Corte istituita con legge costituzionale e composta nelle medesime modalità della Corte costituzionale M. Mauro, V. Onida, G. Quagliariello e L. Violante, *Relazione finale del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali istituito il 31 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica*, 12 aprile 2013, p. 21. in http://www.quirinale.it/qnrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/dossier_gruppi.aspx.

to amend the Constitution are analysed, which provide for the establishment of a «High Court» to judge the disciplinary responsibility of all the ordinary and special judiciary.

Parole chiave: Consiglio Superiore della magistrature – sezione disciplinare – responsabilità – riforma – Alta Corte.

Key words: Superior Council of the Judiciary – disciplinary section – responsibility – reform – High Court.

LA LEGGE CROCE DEL 1922 ED IL CONVEGNO INTERNAZIONALE DI CAPRI SUL PAESAGGIO. ALLA RICERCA DELLE RADICI DEL DIRITTO AMBIENTALE NEL MONDO DI IERI*.

di Alberto Lucarelli**

268

“Il diritto al paesaggio ed alle bellezze naturali trova un suo primo riferimento normativo nella legge 19 luglio 1841 emanata da Re Ferdinando II”. A dirlo è stato Benedetto Croce in persona nella sua relazione di accompagnamento alla legge n. 778 del 1922. E proprio in tale legge, a ridosso dell’avvento del fascismo in Italia, vi è il primo tentativo di una trasposizione estetica ed ideale del paesaggio in una dimensione materiale. Di particolare interesse è proprio l’obiettivo di realizzare una intersezione tra valori estetizzanti e valori materiali, che provano a trovare una sintesi sul piano della certezza e dell’effettività giuridica attraverso la determinazione di principi e regole. Dalla mera contemplazione della bellezza alla tutela dei beni attraverso la qualificazione e la protezione di posizioni giuridiche. C’è un mondo che sta in movimento, e nel testo vi è proprio la percezione del mutamento, di una società sempre più complessa che ovviamente non può limitarsi al lusso della contemplazione del bello (o perlomeno una parte sempre più ridotta di persone lo può fare), ma che si relaziona al paesaggio con finalità più estrattive ed utilitaristiche; emerge quello che determinerà per anni l’assoluta prevalenza della dimensione economicistica su quella ambientale.

I tempi stanno cambiando ed i valori fondativi della dignità umana, sempre meno contemplativa e più economicistica, vanno difesi con atti concreti, configurando un quadro di diritti e doveri. Lo Stato deve assumersi delle responsabilità in ordine alla difesa delle risorse naturali, dei beni comuni, ponendo obblighi, soprattutto per tutelare le posizioni individuali che si rapportano al bene stesso. Insomma, ciò che appare nello sforzo legislativo crociano è quello di combinare la dimensione più intimista della persona, con un quadro di regole che pongono lo Stato quale paladino della difesa dei beni di appartenenza collettiva. L’intreccio del godimento individuale con il ruolo dello

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

Stato, nella sua funzione di controllo e di natura prescrittiva, danno la cifra di come l'ispirazione di tale normativa volesse contrapporsi a modelli neo-liberisti a trazione mercantile.

È dunque evidente l'approccio liberale, dove il bene pubblico è servente alla crescita spirituale della persona, anche in una visione di doverosità. Si configura nel testo normativo uno Stato che percepisce la rilevanza di tali beni, decidendo d'intervenire in dinamiche che altre culture giuridico-economiche avrebbero lasciato alla visione liberista del *laissez faire*. È evidente la contrapposizione tra la cultura liberale e quella economicistica neo-liberista. Tra l'altro, la prima fortemente radicata nell'idea di nazione e quindi con la classificazione di beni pubblici naturali ben riconducibili al proprio territorio, l'altra a vocazione cosmopolitica, proiettata, secondo logiche estrattive, verso beni a vocazione mondialista (cd. *global goods*).

In Croce è già chiaro che l'elemento contemplativo ed estetizzante del paesaggio vada materialmente difeso per garantire e salvaguardare l'elevazione spirituale dell'*humanitas*, della personalità prima ancora che del cittadino.

La difesa del paesaggio, intesa appunto quale materiale difesa dei beni pubblici diventa funzionale alla diffusione della cultura e da qui la contrapposizione tanto cara a Mann tra *Kultur* e *Zivilization*; la prima legata alla formazione della singola personalità, la seconda rivolta alle masse. È evidente l'attenzione verso l'individuo, ma parimenti la determinazione della scala valori, delle priorità e della visione, che inevitabilmente ruotano intorno alla dimensione ideale e spirituale della persona. Tuttavia, nella percezione che tutto ciò per essere conservato va difeso con azioni concrete e prescrittive. Dunque, è sublime la percezione culturale e politica di Croce, al centro della Conferenza di Capri del 1922 sul Paesaggio, tutto parte dalla percezione di una paura. Le trasformazioni sociali, economiche e culturali richiedono un intervento dello Stato per conservare e tutelare il paesaggio, ma soprattutto per salvaguardarne la sua primaria funzione spirituale: un mondo della cultura, con la sua funzione pedagogica da svolgere, che invece di rafforzarsi sta crollando. Da una visione contemplativa, educativa, formativa, culturale, pedagogica del paesaggio, si passa progressivamente ad una altra, che si avvierà con il tempo ad essere sempre più estrattiva, speculativa, mercantile, rozza, volgare: destinata, con l'inconsapevolezza dei tanti, a distruggere tutto e tutti.

Quindi il 1922, con la legge Croce e con la Conferenza internazionale sul Paesaggio di Capri, si segnano gli ultimi atti di difesa di una cultura europea, e badate bene non

occidentale, che vede protagonista il perimetro mitteleuropeo (Monaco-Vienna-Praga), in cui il senso della tradizione ne è alla base, rivolgendosi alla crescita spirituale della personalità, dove anche il processo di sviluppo economico, scevro da volgare incultura, ne è funzionale.

Il ricorso al senso della tradizione non significa né afflitti di conservatorismo, né di conformismo, ma piuttosto la comprensione di relazionarsi alle categorie classiche della civiltà, magari anche per carpirne tutta la loro potenzialità inespressa, in sintonia con i processi evolutivi del contemporaneo. Un utilizzo direi rivoluzionario della tradizione, un apparente ossimoro che invece esprime la volontà di costruire nuove visioni che non si poggino sul nulla, ma al contrario ben radicate. Soltanto questi processi interpretativi ed epistemologici possono contrapporsi alla leggerezza delle ondate populistiche, mosse da grande antagonismo, ma deboli nella forza agonistica della proposta.

Il c.d. cosmopolitismo della Cultura, e non dei beni – quest’ultimo assumerà poi, nella sua vocazione economicistica, una torsione globalizzante ed estrattiva – da contrapporre alla civilizzazione internazionale dei mercanti. Da qui nasce l’esigenza di Benedetto Croce di far approvare la prima legge italiana che stabilì il diritto al paesaggio. Croce ed il pensiero liberale crociano sentono l’esigenza di uscire dalla contrapposizione e dalla dicotomia tra estetica e politica. Si vuole uscire da una visione meramente plastica dell’esteta, dell’estetismo. E si avverte, dunque, al contrario, una esigenza, purtroppo tanto attuale oggi, ovvero la necessità di una estetica della politica, di una estetica nella politica, tale da esprimere qualità nella forma e nei contenuti.

La tutela del paesaggio, il diritto della persona al paesaggio, non è azione, per citare Mann, di mera civilizzazione, ma è soprattutto un’azione di cultura, spirituale, metafisica, di formazione della personalità rispetto alla consapevolezza dei propri diritti, ma soprattutto dei propri doveri. Stiamo a tutto tondo nel campo dell’*Humanität*, dell’*Humanitas*. Non è un caso che Croce, nella sua relazione di accompagnamento alla legge, citava tre testi normativi del Regno delle due Sicilie che, tra l’altro, furono poi trascritti nei regolamenti del Comune di Napoli nel periodo post-unitario.

Il diritto di proprietà viene limitato dal diritto di poter godere e vedere il panorama, veniva fissato un limite nell’altezza degli edifici. E così per la prima volta il paesaggio diventa un diritto da tutelare; che deve garantire la possibilità di vedere vedute cariche di storia e di cultura. Come è noto, prima della legge di Croce, i costruttori avevano un

ampio grado di libertà nel costruire edifici, anche perché la proprietà privata era considerata un bene di primaria importanza, un diritto pieno ed assoluto.

A questa visione si contrappone quella crociana, ovvero il diritto alla crescita culturale e spirituale dell'uomo legata al godimento del paesaggio al suo portato contemplativo. È l'onda lunga dell'idealismo storico; il cuore del pensiero liberale che unisce Goethe a Mann, passando per Schopenhauer.

Ma in Croce in più emerge anche il suo rapporto con Antonio Labriola e quindi con il materialismo storico dove il paesaggio da elemento elitario, ovviamente una dimensione elitaria dello spirito, si rifà anche in chiave più democratica alle condizioni materiali del cittadino. Croce, con la legge del '22 sul Paesaggio, esprime una reazione al positivismo, all'agnosticismo, ovvero al cieco e materiale meccanicismo, presupposto subito dopo di una dimensione sempre più mercantile del paesaggio. È il momento per Croce di difendere con principi e regole normative la dimensione spirituale del paesaggio.

Sono gli ultimi atti di resistenza, innanzitutto di natura culturale, prima di entra nel *tunnel* del materialismo estrattivo che progressivamente porterà al saccheggio dei beni ambientali, ma prima ancora direi al saccheggio ed all'annichilimento dell'uomo, del suo portato spirituale e culturale.

Una dimensione, quella mercantile che sarà progressivamente incapace addirittura di contemplare ciò che la circonda, ciò che è testimonianza di cultura, tutto spogliato da qualsivoglia dimensione culturale, davanti una cultura, che perde la sua essenza, sempre più e volgarmente al servizio di qualcuno e di qualcosa.

Insomma, la legge del '22, il manifesto del Convegno, e lo stesso Convegno di Capri sul Paesaggio del '22, rappresentano uno spartiacque, potremmo dire, usando le parole di Kundera nelle sue celebri relazioni del '67, è l'inizio della fine della cultura umanistica dell'Europa. Dopo assisteremo agli autoritarismi e dopo ancora alla cultura dell'atlantismo-occidentale che è cosa ben diversa da quella cultura europea. A Capri, nel 1922, al Convegno internazionale del paesaggio veniva lanciato un urlo, ahimè poi ignorato, contro la visione edonistica, sempre più sostenuta dal dominante positivismo materiale ed estrattivo.

La legge sul paesaggio ed il conseguente Convegno internazionale di Capri, rappresentano il tentativo di dare al mondo di ieri, alla tradizione, un senso rivoluzionario. Ma i tempi, come è noto, stavano velocemente cambiando. A partire dal ventennio fascista, si volle dare a Capri un nuovo indirizzo politico, meno spirituale, non

più legato al concetto di *humanitas*, ma piuttosto proiettato verso un approccio materialista e consumistico.

Comincia quel processo di trasformazione: dal cosmopolitismo della cultura all'internazionalizzazione dei consumi. Come è noto, e come ben descritto nel recente libro di Marcella Leone de Andrei *L'isola in bianco e nero*, (edizione la Conchiglia), secondo la tendenza culturale fascista dell'epoca, Capri avrebbe dovuto essere, come del resto fu, la risposta italiana al *jet set* di Saint Tropez e della Costa Azzurra.

Dalla contemplazione del paesaggio, quale dimensione fondamentale per la formazione dell'uomo, il luogo si proietta nella dimensione commerciale. Quella legge, di profonda e colta cultura liberale e non di opportunistica e volgare matrice liberista, oggetto del convegno di Capri del '22, fu scritta per fronteggiare i difensori a oltranza della proprietà privata e dello sfruttamento dei beni comuni; per fronteggiare gli antiquari senza scrupoli e gli speculatori edilizi.

E per questo era stata necessaria un'alleanza fra le migliori forze di ogni partito, ma in ogni partito si trovavano (la storia si ripete) gli indifferenti, gli oppositori, i fiancheggiatori di chi voleva mettere sul mercato statue, quadri e palazzi storici, abbattere pinete, distruggere parchi, lottizzare ville e giardini.

L'arma che, nonostante più di un compromesso, li aveva alla fine sconfitti era una sola: il pubblico bene, la memoria storica della tradizione. A Croce spetta anche il merito di aver richiamato con forza, non solo il precedente della legge francese del 1906 a tutti noto, ma la ricca tradizione germanica, che tra Otto e primo Novecento aveva raggiunto un punto assai alto. Penso ad Alexander von Humboldt, che nel 1859 parla di "monumenti della Natura" ed all'art. 150 della Costituzione della Repubblica di Weimar (1919): «i monumenti dell'arte, della storia e della natura, ed il paesaggio, sono soggetti alla protezione e alla tutela dello Stato». La Costituzione di Weimar sarà poi tra quelle che, per suggerimento di Giorgio La Pira, vennero tradotte e distribuite fra i membri dell'Assemblea costituente. A questo articolo della Costituzione di Weimar fu improntata la prima versione di quello che sarebbe stato l'art. 9 della nostra Costituzione.

Proposto il 18 ottobre 1946 da Concetto Marchesi (comunista) e Aldo Moro (democristiano), esso recitava: «I monumenti artistici, storici e naturali del Paese costituiscono un tesoro nazionale e sono posti sotto la vigilanza dello Stato»; e il linguaggio adottato rende evidente l'ispirazione alla Costituzione di Weimar. La versione finale dell'art. 9 della Costituzione è molto diversa da questa, ma ne ha conservato intatto

lo spirito. La tutela del paesaggio ha, dunque, è vero, profonde radici ed in essa batte forte anche un cuore europeo. A Benedetto Croce dobbiamo anche questo.

Con quella legge sul paesaggio Croce avrebbe provato a difendere l'indipendenza intellettuale anche sotto il fascismo. Ricordiamo che proprio Tocqueville scriveva che, onde salvare un Paese dal pericolo del dispotismo, nulla vale quanto l'arma della cultura, della consapevolezza storica.

Dunque, sulla base di queste premesse, di questo grande fervore culturale, che esprime il meglio di un pensiero liberale fondato sul concetto di *humanitas*, su un governo delle *élites*, innanzitutto sul piano culturale, sui concetti del buon governo e del rigore, il primo Convegno del Paesaggio si svolse a Capri nel 1922, per iniziativa di Edwin Cerio, noto ingegnere e raffinato intellettuale.

Da qui il senso più profondo: il paesaggio è cultura, è valore, è senso della tradizione è capacità di formare e trasmettere, di tutelare di curare, di apprezzare, di contemplare. La vera cultura liberale è questo, non teme di limitare laddove necessario i diritti degli individui per il perseguimento di interessi superiori.

Del Convegno, come è noto, furono pubblicati gli atti, ristampati in una preziosa copia anastatica delle edizioni *la Conchiglia* nel 1993. Il concetto moderno di paesaggio (inserito nella Costituzione del 1948) è nato quindi come nozione culturale; difendere il paesaggio dalle aggressioni significa difendere la cultura umanistica e con essa l'uomo. Una difesa che deve essere diretta contro il sistema economico dominante "materialista, meccanico, industriale"; una difesa che ha origine dalle esigenze proprie dell'*humanitas*, per fronteggiare lo spirito speculativo di rapina, saccheggio del territorio e della bellezza, capace di cancellare ogni testimonianza di cultura. Questo lo spirito di fondo che contraddistinse il Convegno di Capri del '22. Uno spirito dal quale oggi occorre ripartire, nelle scuole, nelle Università, dalla consapevolezza che soltanto i valori fondativi dell'*humanitas* a partire dal paesaggio, dalla cultura del paesaggio, possano essere in grado di fronteggiare il sistema economico dominato materialista. In altre parole, i valori che nel concetto di dignità umana, nella sua forma più evoluta, trovano il loro più profondo radicamento e che si definiscono con il consolidarsi delle più avanzate acquisizioni democratiche.

Il Convegno di Capri e il suo manifesto sono il vagito finale di un mondo di ieri, per dirla con Zweig, un mondo, come dice ancora Musil nel 1935 al Congresso per la difesa della cultura tenutosi a Parigi, nel quale si ravvisa non soltanto il pericolo del fascismo e del

comunismo, al quale non si reagisce, soltanto come evidenziato anche da Werfel, con una cultura impegnata nella lotta politica, ma soprattutto con una lotta tesa a proteggere la cultura dall'istupidimento e dagli opportunismi.

Su questo punto lo straordinario pensiero di Thomas Mann scolpito in *Considerazioni di un impolitico* del 1917. Con l'avvento del fascismo cambia tutto. La grande mondanità internazionale ne decreta il successo turistico

Con questa deriva, che nulla ha in comune con la legge Croce del '22 e con il Convegno di Capri, inizia a prendere forma, sempre più, un volgare processo di internazionalizzazione basato sull'incultura, ben diverso dal cosmopolitismo a cavallo tra Otto e Novecento che aveva caratterizzato Capri, fondato sulla cultura, sulla contemplazione, sul rispetto e non sullo sfruttamento indiscriminato dei luoghi.

Quei principi trovano la loro base in Costituzione e progressivamente intorno al concetto di paesaggio, di cui all'art. 9, in via estensiva sul piano giurisprudenziale, nasce il diritto all'ambiente in un contesto economico, sociale, industriale, ormai ben distante dal 1922. Ma questa è un'altra storia!

Abstract: Con la legge c.d. Croce del 1922, a ridosso dell'avvento del fascismo in Italia, vi è il primo tentativo di una trasposizione estetica ed ideale del paesaggio in una dimensione materiale. Di particolare interesse è proprio l'obiettivo di realizzare una intersezione tra valori estetizzanti e valori materiali, che provano a trovare una sintesi sul piano della certezza e dell'effettività giuridica attraverso la determinazione di principi e regole. Dalla mera contemplazione della bellezza alla tutela dei beni con la qualificazione e la protezione di posizioni giuridiche. Il testo presentato, nello stesso anno, alla Conferenza internazionale sul Paesaggio di Capri, segna uno degli ultimi atti di difesa di una cultura europea, e badate bene non occidentale, che vede protagonista il perimetro mitteleuropeo (Monaco-Vienna-Praga), in cui il senso della tradizione ne è alla base, rivolgendosi alla crescita spirituale della personalità, dove anche il processo di sviluppo economico, scevro da volgare incultura, ne è funzionale.

Abstract: With the so-called Croce law of 1922, close to the advent of fascism in Italy, there is the first attempt at an aesthetic and ideal transposition of the landscape into a material dimension. Of particular interest is the goal of achieving an intersection between aesthetic and material values, which try to find a synthesis on the level of legal certainty

and effectiveness through the determination of principles and rules. From the mere contemplation of beauty to the protection of goods through the qualification and protection of legal positions. The text presented, in the same year, at the International Conference on the Landscape in Capri, marks one of the last acts of defence of a European, and mind you not Western, culture, which sees the central European perimeter (Munich-Vienna-Prague) as the protagonist, where the sense of tradition is at its base, addressing the spiritual growth of the personality, where even the process of economic development, free from vulgar inculture, is functional to it.

Parole chiave: Legge Croce – paesaggio – Capri.

Key words: Corce law – landscape – Capri.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI NELLA PROSPETTIVA DEI DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA DANNEGGIATA*.

di Luca Longhi**

276

Sommario. 1. Breve ricostruzione della vicenda. – 2. Diritti della persona vs. indipendenza dei magistrati? – 3. *Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*. – 4. La responsabilità civile dei magistrati nella prospettiva della *democrazia giurisdizionale*. – 5. La persona come centro di gravità dello svolgimento della funzione giurisdizionale. – 6. Le altre questioni decise dalla sentenza in commento. – 7. A mo' di conclusioni.

1. Breve ricostruzione della vicenda.

Con la sentenza n. 205/2022, la Corte costituzionale si è pronunciata per l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117 (*Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*), nel testo anteriore alla modifica intervenuta per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. a), l. 27 febbraio 2015, n. 18 (*Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*), nella parte in cui non prevedeva il risarcimento dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti inviolabili della persona anche diversi dalla libertà personale.

Con la medesima decisione, la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. a), l. 27 febbraio 2015, n. 18 sollevate nella circostanza con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost.

La vicenda trae origine da una richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali, promossi da un soggetto in conseguenza del suo erroneo coinvolgimento in un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Catanzaro, nel quale si ipotizzava un suo concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di tipo mafioso. Nell'occasione, il ricorrente era stato sottoposto a una perquisizione personale e domiciliare (e non, dunque, a una misura di privazione della libertà personale), ricevendone, comunque, una vasta eco mediatica e, solo dopo due anni e dopo aver

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università Telematica Pegaso.

domandato lungamente invano di essere sentito dai pubblici ministeri inquirenti, la sua posizione veniva stralciata e rimessa alla Procura competente, che, effettuato l'interrogatorio, ne aveva richiesto l'archiviazione, disposta poi dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale ordinario di Roma.

Nel conseguente giudizio risarcitorio promosso dal ricorrente, il Tribunale di Salerno aveva accolto parzialmente la domanda, escludendo, tuttavia, il risarcimento dei danni non patrimoniali, in assenza di condotte lesive della libertà personale dell'attore.

La Corte d'appello di Salerno aveva, poi, rigettato l'appello promosso dal ricorrente e l'appello incidentale proposto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, confermando la sentenza di primo grado.

Successivamente, la Corte di cassazione, sezione terza civile, sollevava le questioni di legittimità costituzionale.

La sentenza in commento offre lo spunto per sviluppare alcune riflessioni sul tema della responsabilità civile dei magistrati e, in particolare, sul relativo ambito di operatività (*rectius*, effettività), vero *punctum dolens* sin dall'introduzione della relativa disciplina, nel 1988 (e prima ancora, nel vigore degli artt. 55, 56 e 74 abr. c.p.c.), solo parzialmente sanato con la recente novella del 2015.

Si tratta di un argomento assolutamente cruciale in uno Stato di diritto, da cui dipende, in termini concreti, larga parte del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, nell'inquadramento sistematico che ne dà il titolo IV, parte II della Carta (artt. 101 ss.).

Difatti, come si avrà modo di osservare, il carattere democratico della giurisdizione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 1, 24 e 101 Cost., deve poter comportare, a vari livelli (dello Stato, cioè, e del magistrato), efficaci ed effettivi meccanismi di riparazione degli errori giudiziari per il cittadino, che, in assenza di adeguati strumenti di tutela, finirebbe per subire gli effetti, potenzialmente nefasti, di una funzione amministrata dallo Stato (anche) *in suo nome* (cfr. art. 101, comma 1, Cost.).

2. Diritti della persona vs. indipendenza dei magistrati?

L'art. 2, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117, nella versione precedente alla riforma del 2015, prevedeva che «[c]hi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave

nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale».

Per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. a), l. 27 febbraio 2015, n. 18, sarebbero state soppresse, poi, le parole: «che derivino da privazione della libertà personale», con conseguente allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità per dolo o colpa grave.

Nella circostanza, il giudice rimettente (la Corte di cassazione, sezione terza civile) aveva ritenuto che alla vicenda da cui scaturiva il giudizio di legittimità costituzionale dovesse applicarsi *ratione temporis* il testo originario del 1988, non essendo stata, peraltro, contemplata dalla novella intervenuta alcuna disciplina transitoria e dovendosi far valere il principio generale in materia di efficacia della legge nel tempo, sancito dall'art. 11 disp. prel. c.c.

La disciplina del 1988, pertanto, con la limitazione dell'ambito operativo che dettava (danni non patrimoniali derivanti da privazione della libertà personale), addiveniva ad un bilanciamento di interessi irragionevole, poiché sbilanciato sul versante della tutela dell'indipendenza dei magistrati e dell'autonomia della funzione giudiziaria, in danno dei diritti della persona, ingiustamente lesa dal dolo o dalla colpa grave del magistrato nell'esercizio della propria attività.

Proprio questo bilanciamento così come costruito dalla Corte (diritti della persona *versus* indipendenza dei magistrati) consente di mettere correttamente a fuoco la disciplina della responsabilità civile correlata allo svolgimento della funzione e, più in generale, il senso autentico della giurisdizione, nel suo profondo radicamento costituzionale, in quanto attività imperniata sul cittadino e non già su chi detta attività è chiamato ad amministrarla. È quest'ultimo un argomento molto meno scontato di quanto possa sembrare *prima facie*, sul quale la vulgata corrente forse ancora stenta ad allinearsi, eppure assolutamente indispensabile, come si diceva, ad inquadrare la giurisdizione nella sua corretta prospettiva costituzionale.

Si tratta di un passaggio logico che la Corte ha avuto senza dubbio il merito di compiere nella sentenza in commento, ma che necessita di essere adeguatamente promosso e valorizzato all'interno del dibattito giuridico, affinché non resti nascosto tra le righe della decisione adottata e se ne possa acquisire, dunque, piena coscienza da parte degli operatori del diritto.

3. *Là où est la responsabilité, là est le pouvoir.*

La normativa del 1988 scaturiva, all'esito del referendum abrogativo celebrato l'anno precedente sull'onda dello scandaloso "caso Tortora"¹, dall'esigenza, fortemente avvertita nell'opinione pubblica del tempo, di adottare una disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati che fosse in grado di tutelare il cittadino ingiustamente danneggiato da un provvedimento giudiziario.

Eppure, tale disciplina si sarebbe rivelata sostanzialmente inefficace² o, quanto meno, priva di un ambito di effettività in linea con gli standard comunitari³, richiedendo l'intervento correttivo del legislatore nazionale, avvenuto, poi, soltanto nel 2015⁴.

La disciplina della responsabilità civile dei magistrati, con i complessi meccanismi di attivazione che comporta, anche all'esito della novella⁵, risulta, ad una lettura complessiva, profondamente garantista dell'indipendenza e dell'autonomia della funzione giudiziaria⁶, prima ancora che dei diritti del soggetto danneggiato, per la quale la stessa era stata dettata. A ciò si aggiunga che la prassi applicativa avrebbe finito per ridimensionare ulteriormente il già esiguo ambito di operatività di una disciplina che, alla prova dei fatti, dimostrava di disattendere del tutto gli obiettivi in vista dei quali era stata introdotta, in sostanziale violazione del binomio potere-responsabilità (*là où est la responsabilité, là est le pouvoir*⁷) posto alla base dello Stato di diritto.

In particolare, la soluzione individuata dal legislatore del 1988 (all'art. 2, comma 1, l. cit.) consisteva nell'ammettere la protezione risarcitoria per i danni non patrimoniali

¹ Per una ricostruzione del contesto si veda F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3 novembre 2007, p. 27.

² La Consulta, nella sentenza n. 164/2017, con riferimento alla disciplina del 1988, aveva parlato di «sostanziale 'irresponsabilità' dei magistrati» (cfr. punto 5.3. cons. dir.).

³ Cfr. CGCE, 13.06.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.* (sulla quale, si vedano E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, 418 ss.; T. Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it.*, 2016, IV, p. 423 ss.).

⁴ Sui rapporti tra la riforma del 2015 e le sollecitazioni della giurisprudenza comunitaria, si veda G. Campanelli, *L'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 299 ss.

⁵ Si pensi, ad esempio, all'azione di risarcimento rivolta unicamente contro lo Stato e alla misura della successiva azione di rivalsa, cfr. artt. 4, 7 e 8, l. 13 aprile 1988, n. 117.

⁶ Cfr. punto 6.2.1. cons. dir.

⁷ Citazione da L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1928, p. 832.

limitatamente ai soli provvedimenti giudiziari che avessero comportato la privazione della libertà personale.

Si trattava, com'è facilmente intuibile, di una scelta oltremodo restrittiva del catalogo dei danni risarcibili al soggetto e, di conseguenza, dell'effettività della tutela dei relativi diritti rispetto all'ambito logico-giuridico definito dall'art. 24 Cost.

In tal modo, si realizzava – in un contesto normativo, giova ribadirlo, già di per sé poco congeniale nelle sue linee generali all'affermazione di forme di responsabilità in capo al magistrato – un'indebita selezione dei valori inerenti alla persona, come se solo le ipotesi di privazione della libertà personale fossero veramente meritevoli di tutela nel ben più vasto spettro di situazioni giuridiche desumibili dall'art. 2 Cost. (si pensi, ad esempio, al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., anch'esso ascrivibile alla sfera della persona)⁸.

La disciplina del 1988, pertanto, lasciava sguarnite di tutela situazioni giuridiche pienamente ascrivibili al novero dei diritti inviolabili della persona (come, ad esempio, il danno biologico, inerente al diritto alla salute) e, in quanto tali, suscettibili di dare vita, in caso di lesione, al risarcimento di danni non patrimoniali, in forza di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2059 c.c., letto in collegamento con l'art. 2 Cost.⁹.

Proprio l'evoluzione ermeneutica conosciuta dall'art. 2059 c.c. nella giurisprudenza di legittimità ha fatto sì che non si potesse più considerare ragionevole la soluzione restrittiva operata dal legislatore del 1988 (le sole ipotesi di privazione della libertà personale) rispetto alle ampie possibilità interpretative consentite dall'art. 2 Cost.

Ne derivava una compressione della tutela essenziale dei diritti inviolabili della persona che non trova giustificazione nella contrapposta esigenza di preservare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura.

4. La responsabilità civile dei magistrati nella prospettiva della *democrazia giurisdizionale*.

Proprio uno dei principi richiamati nell'occasione dalla Corte nel bilanciamento con gli

⁸ Cfr. punto 8 cons. dir.

⁹ Cfr. punto 6.3. cons. dir., ove si ricostruisce approfonditamente il proficuo dialogo tra le Corti (nell'ordine, Cass., III sez. civ., sent. n. 7281/2003; n. 7282/2003; n. 7283/2003; n. 8827/2003; n. 8828/2003; C. cost., sent. n. 233/2003; Cass., SS.UU., sent. n. 26972/2008; n. 26973/2008; n. 26974/2008; n. 26975/2008; C. cost., sent. n. 235/2014) avvenuto in materia negli ultimi vent'anni e che ha condotto, appunto, finalmente ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

interessi del danneggiato (l'art. 101 Cost.¹⁰) esprime una dimensione della funzione giurisdizionale molto più ampia della mera tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.

Basti considerare che il duplice richiamo alla sovranità popolare contenuto in ciascuno dei commi dell'art. 101 Cost. (rispettivamente al «popolo»¹¹ e alla «legge») evoca, in realtà, un'idea di giurisdizione molto più complessa di quella a cui si è portati comunemente a pensare, definendone un orizzonte di riferimento non limitato, dunque, alla sola protezione delle prerogative della magistratura.

L'avere in questa circostanza collocato al centro della scena i diritti della persona significa avere correttamente inquadrato il senso della giurisdizione, in quanto funzione fondamentale di uno Stato democratico e diretta espressione della sua sovranità.

Il fatto che la giustizia debba essere amministrata «in nome del popolo», oltre a rappresentare un chiaro richiamo all'art. 1 Cost., indica l'esigenza che la giurisdizione ruoti effettivamente intorno alla persona, in evidente continuità logica con gli artt. 2 e 24 Cost., entrambi sottesi alla locuzione «tutela civile dei diritti inviolabili della persona» utilizzata nella sentenza¹².

Il ragionamento compiuto dalla Consulta conferma che, nel disegno costituzionale, lo svolgimento della giurisdizione (o, se si preferisce, l'amministrazione della giustizia, per richiamarsi in maniera più diretta alle parole dell'art. 101 Cost.) deve riposare sulla tutela effettiva dei diritti, presupposto fondativo e, al tempo stesso, fine ultimo del suo esercizio. La decisione in commento, pertanto, nel suo passaggio maggiormente significativo, consente di mettere in evidenza il collegamento logico che unisce gli artt. 24 e 101 Cost., ovvero dimensione soggettiva (in quanto diritto) e dimensione organizzativa (in quanto potere) della tutela giurisdizionale.

Non è casuale, d'altronde, che la disposizione della Carta da cui dipende, in qualche modo, l'organizzazione stessa del nostro ordinamento giurisdizionale (l'art. 24 Cost., appunto, che pone la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo) risulti collocata non già nel titolo dedicato alla magistratura (artt. 101 ss.), bensì nella prima parte, riservata ai diritti e doveri dei cittadini.

¹⁰ Cfr. punto 8.1.1. cons. dir.

¹¹ Per un inquadramento sistematico-concettuale della nozione di popolo, nei suoi riferimenti costituzionali, si vedano, da ultimo, A. Ruggeri, *Il popolo: soggetto politico inesistente? (dialogando con Gladio Gemma su una questione di cruciale rilievo teorico)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, p. 111 ss. e A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, p. 39 ss.

¹² Cfr. punto 8.1.1. cons. dir.

Da queste osservazioni, all'apparenza banali, si ricava una visione della giurisdizione ben più profonda rispetto alla dimensione meramente *giudiziaria*¹³ che si ha nella vulgata comune, come se, cioè, l'amministrazione di questa funzione fondamentale dello Stato fosse da considerare un affare tutto interno alla magistratura anziché, piuttosto, una questione destinata in ogni caso a produrre innanzitutto un impatto rilevante sulla vita dei consociati.

Ecco perché diviene essenziale far sì che all'esercizio della funzione giurisdizionale possano accompagnarsi adeguati meccanismi di responsabilità e che questi ultimi non restino solo degli *oggetti misteriosi* all'interno dell'ordinamento, come avvenuto proprio con la disciplina in esame, anche dopo la riforma del 2015.

A ciò si aggiunga che, così come opportunamente osservato dalla Corte nella sentenza in oggetto¹⁴, l'autonomia del magistrato è preservata già dal carattere indiretto della responsabilità civile e dagli stessi limiti posti dalla normativa all'esperimento dell'azione di rivalsa.

Si tratta di filtri di protezione di per sé più che sufficienti a garantire la serenità del magistrato nell'adempimento della propria funzione, poiché lo tengono a debita distanza da pretese risarcitorie azionabili in via diretta, ma che non devono giammai tradursi, per tutti i motivi illustrati, in un allontanamento del cittadino dalla tutela effettiva dei propri diritti, il che finirebbe, evidentemente, per vanificare lo spirito originario della disciplina.

5. La persona come centro di gravità dello svolgimento della funzione giurisdizionale.

La limitazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali alle sole ipotesi di privazione della libertà personale, disposta dall'art. 2, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117, produceva, dunque, l'effetto, del tutto privo di giustificazione costituzionale, di escludere dall'ambito delle situazioni meritevoli di tutela la lesione di altri diritti inviolabili della persona, altrettanto suscettibili di subire danni – non meno rilevanti – nei casi di acclarata responsabilità del magistrato¹⁵.

¹³ Nell'accezione, qui, di inerente all'ordine giudiziario, nel senso indicato dall'art. 102, comma 1, Cost.

¹⁴ Cfr. punto 8.1.1. cons. dir.

¹⁵ Cfr. punto 8.1.2. cons. dir.

Questa impostazione appare, peraltro, pienamente coerente con il tenore letterale dell'art. 24, comma 4 Cost. (che resta, tuttavia, soltanto sullo sfondo del ragionamento seguito dalla Corte nell'occasione), nella parte in cui, prevedendo forme di riparazione degli errori giudiziari, non sembra voler limitare questi ultimi alle sole ipotesi di ingiusta detenzione¹⁶. Proprio il disposto dell'ultimo comma dell'art. 24 Cost. contribuisce, insieme a numerosi altri riferimenti rinvenibili all'interno del tessuto costituzionale, a definire la giurisdizione in termini democratici, ossia quale attività dello Stato che non resti appannaggio esclusivo del giudice e di cui il soggetto non debba limitarsi unicamente a subire le conseguenze.

A ben vedere, difatti, non vi è istituto del titolo IV, parte II della Carta che non rifletta questa visione pluralista e partecipata della giurisdizione¹⁷, benché a molti di essi non si sia ritenuto di dare particolare enfasi, finendo per accrescere, di conseguenza, il peso corporativo della magistratura¹⁸.

È il caso, ad esempio, delle forme di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, comma 3, Cost.), previsione del tutto coerente con il radicamento costituzionale di quest'ultima (art. 101 Cost.), eppure ridotta praticamente ad elemento ornamentale del nostro ordinamento giurisdizionale¹⁹.

La decisione in commento, pertanto, muovendo dal tema settoriale della responsabilità civile dei magistrati (*rectius*, della responsabilità dello Stato per l'attività dei magistrati), ha il merito di porre di fatto la persona (art. 2 Cost.) al centro della giurisdizione, conformemente al suo posizionamento costituzionale ed in rapporto di evidente continuità logica con il principio stesso di sovranità popolare (art. 1 Cost.).

Dalla Consulta, quindi, giunge nella circostanza un prezioso contributo utile ad inquadrare la giurisdizione nella sua corretta prospettiva costituzionale, ovvero quale funzione amministrata in nome del popolo dal cui esercizio conseguono responsabilità ben precise.

¹⁶ Sul superamento del dogma dell'infallibilità, quale corollario di una concezione autoritaria della giurisdizione, tanto più alla luce del superamento del mito della neutralità del potere giudiziario, si vedano A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4724 ss. e, più di recente, G. Verde, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Catanzaro 2021, p. 110 ss.

¹⁷ Su quest'idea, si rinvia a L. Longhi, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

¹⁸ Si vedano, da ultimo, le osservazioni critiche contenute in S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma 2022, 31 ss.

¹⁹ Si veda, sul punto, A. Pizzorusso, *Art. 102*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, ora anche in Id., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, p. 798.

6. Le altre questioni decise dalla sentenza in commento.

Viceversa, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. a), l. 27 febbraio 2015, n. 18, con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., in relazione alla mancata applicazione retroattiva a fatti verificatisi anteriormente ma ancora *sub iudice*, sono state dichiarate non fondate, per avere detta disposizione abrogato il richiamo alla libertà personale di cui alla normativa del 1988, introducendo una disciplina in grado di apprestare per gli illeciti derivanti da esercizio della funzione giudiziaria la medesima tutela risarcitoria prevista per gli altri illeciti, senza indebite restrizioni o limitazioni.

La sentenza in commento ha statuito, pertanto, che la modifica introdotta nel 2015 fosse idonea a rimuovere le limitazioni di cui alla pregressa normativa, ripristinando, in tal modo, il naturale collegamento che intercorre tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 2 Cost. sul quale si è già avuto occasione di riflettere sopra²⁰.

Si evidenzia, in un certo senso, anche le diverse sensibilità (la Consulta parla, più appropriatamente, di *intentio legis*) rispettivamente dimostrate dal legislatore del 1988 e del 2015 in ordine al tema della risarcibilità dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti inviolabili della persona.

7. A mo' di conclusioni.

In conclusione, la sentenza n. 205/2022, sulla scia anche di precedenti pronunce del recente passato²¹, contribuisce, per tutti i motivi illustrati, a costruire un'idea della giurisdizione democratica e partecipata, in armonia con il disegno costituzionale.

La decisione addivene ad un corretto bilanciamento degli interessi implicati dalla situazione giuridica considerata, inquadrando opportunamente, nei passaggi descritti, il cuore della giurisdizione nella tutela effettiva dei diritti (cfr. artt. 2 e 24 Cost.), prima ancora che nella protezione dell'autonomia del magistrato, che dovrebbe essere funzionale soprattutto ad una buona amministrazione della giustizia anziché alla difesa di privilegi

²⁰ Cfr. punto 10 cons. dir.

²¹ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 173/2019, nella parte in cui si vengono evidenziate le «finalità di tutela dell'utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale» demandate agli ordini forensi (punto 3.2 cons. dir.), che avvalorano, quindi, l'idea, sostenuta in questa sede, che il fenomeno giurisdizionale non si riduca nella sola attività dei giudici e che al suo svolgimento sia chiamata a contribuire una pluralità di attori, a cominciare, naturalmente, dall'avvocatura, nello spirito descritto dell'art. 24 Cost.

corporativi²², che non trovano, del resto, alcun riscontro nella nostra assiologia costituzionale.

L'art. 2 Cost. diviene, pertanto, il vero centro di gravità della giurisdizione, in vista del compimento della missione affidatale, che consiste principalmente nel «dare corpo all'idea della difesa effettiva ed inviolabile dei diritti della persona, che la Repubblica è chiamata non solo a riconoscere ma a garantire, appunto attraverso la figura imparziale del giudice e la struttura (*rectius*, le strutture) del processo»²³.

In questo schema, l'indipendenza della magistratura non può andare disgiunta da meccanismi effettivi di responsabilità (*accountability*), che devono accompagnarsi all'esercizio di una funzione delicata, inerente ad uno dei poteri dello Stato²⁴, peraltro, con i filtri, oltremodo garantisti, osservati proprio a proposito della disciplina sulla responsabilità civile.

Valorizzare tali meccanismi di responsabilità significa contribuire a concretizzare la vocazione costituzionale di una funzione essenziale dello Stato, che, pur in assenza di un'investitura elettorale, possiede una sua profonda legittimazione democratica, individuata dall'art. 101 Cost., da cui solo possono discendere la *potestas iudicandi* e l'*auctoritas* di cui è munito il giudicato (reso, non a caso, «*in nome del popolo italiano*»). In tal modo, per quello che una volta, in tutt'altro contesto giuridico e istituzionale, veniva definito come «il più debole dei tre poteri dello Stato»²⁵ diviene necessario oggi, in conseguenza dell'aumento del peso corporativo della magistratura maturato nel corso dei decenni, rinsaldare piuttosto il radicamento democratico e i vincoli che lo tengono pienamente integrato nei circuiti costituzionali.

In caso contrario, in assenza, cioè, delle condizioni per un suo efficace funzionamento, la previsione di una normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, concepita in origine in un clima politico-culturale propizio alla sua introduzione, in concomitanza con gravi

²² Si vedano, sul punto, le osservazioni di S. Cassese, op. cit., 51 ss., sulle criticità che derivano da una visione individualistica dell'indipendenza della magistratura, cioè prioritariamente riferita a ogni singolo appartenente all'ordine giudiziario, e da «una concezione proprietaria della funzione giudiziaria da parte della magistratura», come la definiva L. Violante, su *La Stampa*, 1° giugno 2019.

²³ Così, A. D'Aloia, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in A. Pace, S. Bartole e R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli 2010, pp. 17-18.

²⁴ Sull'*artificiosità* della distinzione tra ordine e potere, desumibile dal quadro di insieme del titolo IV della Costituzione (e, in particolare, dall'art. 104, comma 1, Cost.), che, a differenza di quanto accade per il legislativo e l'esecutivo, consiglia di parlare di funzione giurisdizionale, piuttosto che di potere *tout court*, si veda G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, p. 37.

²⁵ Così, A. Hamilton, *Federalista n. 78* [1788], in A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *Il federalista*, Bologna 1997, p. 623.

avvenimenti che scossero l'opinione pubblica e, poi, in larga parte vanificata nel reale ambito applicativo, rischia di tradursi in una disciplina del tutto inidonea a conseguire gli scopi che avevano a suo tempo animato il legislatore²⁶.

D'altronde, la giurisdizione, intesa come funzione fondamentale dello Stato, presuppone, per sua natura, gli attributi dell'efficienza, dell'efficacia e dell'effettività, sublimati nell'idea di buona amministrazione²⁷ (pur con le specificità che la caratterizzano rispetto alla pubblica amministrazione comunemente intesa²⁸) e coesenziali, a ben vedere, alla realizzazione dell'obiettivo costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.).

L'art. 2 Cost., poi, in quanto pietra angolare del nostro ordinamento costituzionale, rileva anche sul versante dei doveri (principio solidarista), da intendersi qui come adesione collettiva ad un *corpus* condiviso di valori, principi e regole (*idem sentire de re publica*)²⁹ di cui la giurisdizione costituisce, evidentemente, un momento fondamentale.

Un momento necessario, cioè, a cementare, attraverso il contributo dei vari attori ammessi a parteciparvi, quella solidarietà affermata dall'art. 2 Cost.³⁰, collante del nostro stesso stare insieme e, presupposto necessario, a sua volta, del principio di legalità, nelle sue molteplici declinazioni e sfumature costituzionali (artt. 3, 25, 54³¹, 101, 111 Cost.) cui in questa sede si è potuto solo accennare, a garanzia, ad un tempo, del soggetto e di una corretta amministrazione della giustizia, in linea con una concezione veramente *democratica* della sovranità statale³².

Solo seguendo questa prospettiva concettuale, si potrà mettere a fuoco in maniera adeguata il ruolo del magistrato, come servizio (nella più alta accezione latina di *munus*) da rendere alla comunità, che non può più ridursi, beninteso, nel *dicere ius* ottocentesco e a cui devono, a maggior ragione, corrispondere responsabilità ben precise.

²⁶ Per una lettura in termini critici della disciplina del 1988, si veda C.M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 297 e, sulla novella del 2015, R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 351 ss.

²⁷ Il riferimento è al disposto dell'art. 101, comma 1, Cost.: «[l]a giustizia è amministrata in nome del popolo» (corsivo aggiunto).

²⁸ Si veda, sul punto, V. Carbone, *Art. 110*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, p. 118.

²⁹ Per un'articolata ed illuminante ricostruzione di quest'idea, si veda N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano 2021, *passim*.

³⁰ Da intendersi qui, a seconda dei casi e delle diverse posizioni implicate dall'esercizio della giurisdizione, ad esempio, in termini di coesione sociale, interpretazione uniforme, rispetto delle sentenze.

³¹ Sul dovere di fedeltà alla Repubblica come fondamento del principio di responsabilità e come adesione all'etica pubblica cui dà voce la Carta costituzionale, si veda A. Ruggeri, *Principio di responsabilità e integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo (prime notazioni)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2022, p. 230 ss.

³² Si veda, sul punto, G. Verde, op. cit., p. 111.

Ne va della credibilità della funzione giudiziaria, elemento ricorrente nella giurisprudenza della Corte, allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla materia³³, ovvero della fiducia che i consociati devono poter sempre riporre nell'amministrazione della giustizia.

Abstract: Il presente contributo si propone di offrire alcune riflessioni sull'efficacia della disciplina vigente in materia di responsabilità civile dei magistrati, a partire dalla lettura della sentenza n. 205/2022, con la quale la Consulta ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una sua disposizione.

Abstract: This note analyzes judgment no. 205/2022, in which the Constitutional Court has declared the constitutional illegitimacy of a provision of the legislation on the civil liability of judges, taking the cue to formulate some reflections on the effectiveness of the legislation in force.

Parole chiave: magistratura – responsabilità civile – ordinamento giudiziario – diritti inviolabili – democrazia.

Key words: judiciary – civil liability – judicial system – inviolable rights – democracy.

³³ Cfr., *ex multis*, sent. n. 100/1981 (punto 7 cons. dir.); sent. n. 119/1995 (punto 3 cons. dir.); sent. n. 497/2000 (punto 5 cons. dir.).

DA UNA NOZIONE DESCRITTIVA A UNA NOZIONE PRESCRITTIVA DI MULTILEVEL GOVERNANCE *.

di Francesco Muzj^{*,**}

Sommario. 1. Premessa. - 2. Dalla nozione di *governance* alla nozione di *multilevel governance*. - 3. La nozione di *multilevel governance* nell'ambito degli studi politologici. - 4. La distinzione tra *multilevel governance* e *multilevel constitutionalism*. - 5. Le prime inclusioni della nozione di *multilevel governance* nei documenti ufficiali dell'Unione Europea. - 6. La *multilevel governance* quale principio giuridico nella disciplina dei Fondi Strutturali Europei. - 7. Gli strumenti attuativi del principio della *multilevel governance*. - 8. Un esempio pratico: l'attuazione del principio della *multilevel governance* nell'ambito della Cooperazione Territoriale Europea. - 9. Brevi osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Com'è noto, i Trattati istitutivi delle prime Comunità Europee prevedevano un disegno istituzionale fondato sui principi del diritto internazionale classico, in cui le Comunità internazionali sono composte da Stati, e solo gli Stati possono esserne membri. Proprio l'impostazione di matrice internazionalistica che accompagnò la stesura dei primi Trattati comunitari fece sì che gli enti territoriali infranazionali fossero considerati, nelle prime fasi del processo di integrazione europea, quali mere persone giuridiche, e pertanto relegati in una posizione di marginalità sia istituzionale che politica.

Riprendendo una espressione che ha trovato ampia diffusione in dottrina, tale approccio condusse per anni le Comunità Europee “a non vedere oltre lo Stato”¹, con un coinvolgimento delle autonomie territoriali meramente passivo “quali destinatarie obbligate e riflesse di decisioni prese senza di loro”². E ciò, occorre sottolinearlo, nonostante tali decisioni avessero un indiscutibile impatto sui loro poteri, le loro risorse e le loro funzioni.

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di Ricerca in Diritto amministrativo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Il riferimento è in realtà all'espressione “cecità federale”, coniata da H.P. Hipsen, *Als Bundestaat in der Geimenschaft* in E.V. Caemmerer, H.J. Schlochhauer e E. Steindorf (a cura di), *Probleme de Europaischen Rechts*, Francoforte, 1966, p. 248 ss., ove l'Autore utilizza, per l'appunto, il termine *Landesblindheit*.

² G. Falcon, *La cittadinanza europea delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2/2001, p. 327 ss., p. 329.

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso, tuttavia, la miopia di tale approccio emerse in tutta la sua evidenza. La progressiva diffusione di processi di riconoscimento e valorizzazione del ruolo delle autonomie in una pluralità di Stati Membri fece infatti emergere ancor di più il profondo influsso che le dinamiche dell'integrazione europea producevano sulle competenze attribuite alle autonomie territoriali nelle diverse esperienze costituzionali³, in un progressivo intreccio di poteri e funzioni che andava ad aggiungersi a quello già in atto sul piano nazionale. Un passaggio fondamentale nell'itinerario appena richiamato fu il rafforzamento della politica di coesione europea⁴, che acquisì sempre maggiore importanza, sino ad essere considerata una delle condizioni imprescindibili per il proseguimento del percorso di integrazione europea⁵. Se infatti l'ordinamento europeo si proclamava in linea di principio indifferente rispetto al riparto interno delle competenze, è stato evidenziato che esso in realtà incideva secondo diverse modalità sui rapporti tra autorità statali e autonomie territoriali⁶. In particolare, nell'ambito delle

³ Come evidenziato da N. Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, "non sembra più possibile negare alla normativa europea derivata una propria e autonoma capacità di assegnare o riconoscere posizioni giuridiche nuove (fra gli altri anche) agli apparati pubblici interni, non solo se incardinati nell'organizzazione statale formale, ma pure se dotati di soggettività giuridica distinta da quella dello Stato membro di appartenenza" (p. 125).

⁴ In realtà, già con il Regolamento (CEE) n. 2088 del 23 luglio 1985, relativo ai Programmi integrati mediterranei, le autonomie territoriali per la prima volta non furono coinvolte solo passivamente, ma assunsero il ruolo di veri e propri *partners*. Ed infatti, secondo quanto previsto nel testo del Regolamento, «I PIM sono elaborati all'opportuno livello geografico dalle autorità regionali o dalle altre autorità designate da ciascuno Stato membro interessato» (art. 5). Inoltre, «l'applicazione dei PIM si articola mediante contratti di programma tra le parti interessate (Commissione, Stati membri, autorità regionali o qualsiasi altra autorità designata dallo Stato membro), che definiscono i loro impegni rispettivi» (art. 9). Infine, l'Allegato IV precisava che «il contratto redatto per ciascun PIM, indica: a) la designazione da parte dello Stato membro dell'autorità regionale e di qualsiasi altra autorità da esso designata per assicurare la buona esecuzione del PIM, non che la composizione del comitato amministrativo incaricato di assisterla».

⁵ Com'è noto, nel 1986 venne firmato il cd. Atto Unico Europeo. Tramite questo Trattato, non solo si attribuivano alla Comunità Economica Europea nuove competenze – alcune delle quali tipicamente assegnate alle autonomie territoriali –, ma si gettarono le basi giuridiche di una effettiva politica di coesione destinata a controbilanciare i vincoli del mercato unico nelle regioni meno sviluppate. In tal senso, l'Atto Unico Europeo non fa solo della coesione economica e sociale una nuova competenza della Comunità, ma condiziona per l'appunto la realizzazione del mercato unico al conseguimento della coesione economica e sociale (art. 2) e, fissando strategie e mezzi di quest'ultima (artt. 130 A-E), prefigura una utilizzazione sistematica e maggiormente razionale dei Fondi Strutturali Europei.

⁶ Per una ricognizione delle diverse modalità in cui il diritto dell'Unione Europea ha influenzato il riparto delle competenze tra livello centrale e livello regionale si v. P. Zuddas, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Peschiera Borromeo, Cedam, 2010; A. Patroni Griffi, *La dimensione regionale e locale*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, Napoli, ESI, n. 1/2003; E. Balboni e A. Papa, *Regolamenti comunitari e ripartizione costituzionale delle competenze: verso nuove frontiere?*, in *Le Regioni*, II, 1988, p. 352 ss.; G. Vesperini, *Il diritto europeo e la ripartizione nazionale delle competenze tra lo Stato e le Regioni*, in *Riv. Ital. Dir.*

politiche di coesione si realizzò quella modalità di intervento da parte dell'Unione europea sulla consistenza quantitativa e qualitativa delle competenze delle autonomie territoriali definita dalla dottrina come “diretta”, “volontaria”, o anche “in positivo/per aggiunta”⁷, caratterizzata dall'assegnazione esplicita di specifiche competenze ad un determinato livello di governo sub statale da parte della normativa sovranazionale.

Con il Reg. (CEE) n. 2052/1988 si operò, infatti, una trasformazione delle modalità di gestione dei Fondi a finalità strutturale, producendosi il passaggio ad un sistema in cui i processi decisionali e di implementazione concreta delle politiche europee erano organizzati secondo il principio del partenariato. In tal modo, le autorità regionali e locali dei diversi Stati membri si videro per la prima volta riconosciuti canali partecipativi sia nella fase di programmazione che in quella di gestione delle politiche finanziate dai Fondi Strutturali Europei.

Fu proprio dallo studio di questi nuovi processi decisionali che iniziò a maturare la consapevolezza secondo cui il potere – ossia il tradizionale oggetto di studio delle riflessioni giuspubblicistiche – cominciava ad essere esercitato tramite dinamiche nuove, non più interamente legate agli Stati-nazione, bensì ad una pluralità di soggetti (anche sovra- e sub-nazionali)⁸. Contemporaneamente, però, da tale consapevolezza conseguì anche la necessità di trovare una nuova formula capace di articolare il mutato ruolo degli attori sovranazionali, regionali e locali in una visione d'insieme. Ed è tale necessità che ha condotto, nell'ambito degli studi sull'Unione Europea, a coniare l'espressione *multilevel governance*.

Sul significato e sulla portata da attribuire a tale espressione, tuttavia, si impone un chiarimento preliminare: va sottolineato, infatti, come essa nasca nel contesto delle scienze politiche, e non nell'ambito degli studi giuridici in senso stretto⁹. In tale contesto, volendo semplificare al

Publ. Comunit., n. 6/2008, p. 1427 ss.; P. Pèrez Tremps e L. Violini, *La Costituzione Europea e l'organizzazione territoriale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, n. 6/2004, p. 1431 ss.; L. Chieffi (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁷ Cfr. sul punto P. Zuddas, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, cit., pp. 51-52.

⁸ Tale concezione peraltro non è nuova in quanto già in precedenza S. Cassese, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, rilevava che “la teoria dello Stato non ha perduto soltanto il suo significato normativo o prescrittivo. Essa è inutilizzabile anche come strumento di analisi, perché i poteri pubblici si sono evoluti in altre direzioni, nel senso della dispersione, piuttosto che della concentrazione” (p. 98).

⁹ Si è soliti far risalire la nascita dell'espressione *multilevel governance* a due scritti: G. Marks, *Structural policy in the European Community*, in A. Sbraglia (a cura di), *Europelitics: Institutions and Policymaking in the “New” European Community*, Washington DC, The Booking Institute, 1992, p. 191 ss.; Id, *Structural policy and multilevel governance in the EC*, in A. Cafruny e G. Rosenthal (a cura di), *The State of the European Community*, II, Boulder, Lynne Rienner, 1993, p. 391 ss.

massimo ciò che sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguiranno, l'Unione Europea è stata spesso descritta come un sistema multilivello, e le decisioni che da essa emanano come il prodotto della cd. *multilevel governance*.

Ebbene, se tali enunciati sembrano in grado di descrivere (almeno in parte) la complessità dell'architettura istituzionale e dei processi decisionali europei, essi tuttavia poco chiariscono circa la fonte e l'esatta natura di tale complessità, né come essa possa essere gestita e ricomposta sotto il profilo giuridico.

Tale precisazione appare necessaria in quanto, come talvolta accade quando un concetto viene trasposto da un ambito disciplinare ad un altro, esso può perdere di specificità o non essere correttamente inteso, o ancora può mutare il suo originario significato o perderlo del tutto. In tal senso, si è evidenziato in dottrina che il concetto di *multilevel governance* è stato “spesso importato e utilizzato nella letteratura giuridica pubblicistica senza adeguato approfondimento, dandolo cioè per assodato quale principio esplicativo. Quindi, senza un'opera di pulizia delle idee, senza precisare cos'è e cosa non è: la sua latitudine e i profili problematici ad esso correlati. In alternativa, viene contestato per la sua origine estranea al dibattito giuridico inteso in senso stretto”¹⁰.

Epperò, se è indubbio che lo studio delle trasformazioni nei processi decisionali indotti dalla scoperta delle interdipendenze funzionali fra Istituzioni europee, Stati ed enti territoriali infranazionali richiede certamente strumenti concettuali ed approcci analitici nuovi¹¹, ciò non esime dal richiedere a tali concetti chiarezza di significato. L'obiettivo cui mira il presente lavoro, pertanto, è quello di indagare i profili prettamente giuridici che ruotano intorno al concetto di *multilevel governance*.

Per fare ciò, si proporrà un percorso per tappe successive: anzitutto sarà necessaria un'operazione preliminare, volta a cogliere pienamente la specificità dell'espressione *multilevel governance*. I due termini di cui essa si compone, pertanto, saranno dapprima analizzati singolarmente, e successivamente nella loro combinazione, al fine di verificare se tramite questi sia possibile decodificare fenomeni che, utilizzando il più generale concetto di *governance*, non potrebbero invece essere appropriatamente descritti o formalizzati.

¹⁰ A. Simonato, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, cit., p. 23.

¹¹ Si v. I. Bache e M. Flinders (a cura di), *Multi-Level Governance: Inter-disciplinary Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 1.

Dopo aver fatto ciò, si ripercorrerà l'evoluzione della nozione di *multilevel governance* nell'ambito degli studi politologici, cercando di individuare i punti di approdo che sono stati raggiunti con riguardo ad essa. Si provvederà, inoltre, a distinguere la *multilevel governance* da altro concetto all'apparenza simile, e che, al pari del primo, ha trovato ampia diffusione negli studi sull'Unione Europea: il costituzionalismo multilivello.

Nella terza parte del lavoro, infine, l'attenzione si sposterà sui profili più strettamente giuridici della nozione di *multilevel governance*, ponendo l'accento sulla progressiva inclusione di tale espressione dapprima nel dibattito istituzionale, e successivamente all'interno degli atti normativi dell'Unione Europea.

L'ipotesi che si intende dimostrare, infatti, è che la nozione di *multilevel governance* debba essere intesa non più esclusivamente in una dimensione descrittiva, ma quale principio giuridico¹² dotato di capacità prescrittiva, sebbene in un'ottica forse più limitata di quanto finora evidenziato dalla dottrina che pure pare essere arrivata alle medesime conclusioni.

2. Dalla nozione di *governance* alla nozione di *multilevel governance*.

L'espressione *multilevel governance* si caratterizza, a livello grammaticale, per la presenza di un aggettivo – *multilevel* – e di un sostantivo – *governance* –, e non vi è dubbio che entrambi i termini possano presentare difficoltà nella ricostruzione del loro significato. Appare pertanto necessario cominciare la ricostruzione della nozione in esame partendo dall'analisi separata dei due vocaboli di cui essa si compone.

L'ordine in cui saranno analizzati, tuttavia, non è casuale, ma dipende da una constatazione abbastanza evidente: se è vero, infatti, che l'espressione *multilevel governance* ingloba, specificandolo, il più generale concetto di *governance*, occorre indagare anzitutto il significato

¹² Sul tema dei principi giuridici la letteratura è pressoché sconfinata. Per una ricognizione chiaramente non esaustiva della dottrina che si è espressa sul tema si v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984; Id, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011; G. Alpa, *I principi generali*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1993; S. Bartole, voce *Principi generali del diritto*. a) *Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Vol. 35, Milano, Giuffrè, 1986, p. 494 ss.; U. Breccia, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Numero Speciale, 2014, p. 121 ss.

da attribuire a quest'ultimo termine, e successivamente verificare se esso assuma davvero una nuova connotazione semantica alla luce dell'aggettivo che lo accompagna.

In tal senso, occorre immediatamente dar conto di quelle posizioni secondo cui il potenziale esplicativo del termine *governance*, trovando applicazione in una pluralità di ambiti disciplinari e in studi alquanto diversi sia sotto il profilo dei fenomeni analizzati, sia sotto il profilo dell'ambito geografico rilevante, risulterebbe eccessivamente generico e onnicomprensivo, e perciò in potenza poco produttivo a livello teorico¹³. Tuttavia, sebbene il vocabolo *governance* venga oggi adoperato in una molteplicità di settori disciplinari, è indubbio che esso abbia trovato origine e maggiore diffusione nel campo delle scienze politiche, e dunque pare opportuno prendere le mosse dalla nozione formatasi in questo settore per iniziare l'opera ricostruttiva.

Nell'ambito degli studi politologici, infatti, si è assistito ad un progressivo abbandono del termine *government* (se non nell'accezione più tecnica di esecutivo) a favore della più ampia nozione di *governance*¹⁴. Tale passaggio voleva segnare un elemento di discontinuità rispetto alla tradizione del passato, descrivendo le nuove e più articolate procedure attraverso le quali, nelle democrazie contemporanee, si assumono decisioni autoritative aventi valenza generale, caratterizzate dalla decisiva compartecipazione di attori non istituzionali ai processi decisionali e attuativi.

Pare dunque corretto sostenere che il termine *governance* sia stato anzitutto utilizzato quale sintesi della ridefinizione del ruolo dello Stato e della politica tradizionalmente intesa nei processi di governo della società, identificando in tal modo la dispersione del potere, sia sotto il profilo verticale che orizzontale, in una serie di relazioni tra attori pubblici e privati¹⁵.

¹³ In tal senso si v. P. Bjork e H. Johansson, *Towards Governance Theory: In Search for a common ground*, in *IPSA Papers*, 2001, in cui gli Autori affermano che “there are almost as many ideas of governance as there are researchers in the field” (p. 2).

¹⁴ Sulla distinzione tra *governance* e *government* si v. J.N. Rosenau e E.O. Czempiel, *Governance without government: order and change in world politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; M. Hahn, *The Distinction and Normative Interdependence between “Government” and “Governance”: The EU as a Regime of Governance*, in *Mitchell Working Papers Series*, n. 2/2009; G. Martinico, *Multilevel Governance e federalismo costituzionale: le sfide per la teoria giuridica*, in *Il Ponte*, 2012, p. 30 ss., il quale evidenzia che «la distinzione fra *governance* e *government* si fonda sulla scissione fra attività *fluide* di governo [...] e strutture *rigide* di governo [...]; l'idea base è che lo Stato, gli esecutivi e le strutture in genere basate su modelli gerarchico-piramidali, abbiano perso il *monopolio* delle decisioni pubbliche» (p.31).

¹⁵ Come evidenziato da S. Piattoni, *La “governance” multi-livello: sfide analitiche, empiriche e normative*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 3/2005, “Governance, in questo caso, s'identifica con la riduzione degli ambiti d'intervento dello stato (privatizzazioni di vario tipo), con la condivisione

Orbene, si potrebbe facilmente obiettare che il coinvolgimento di attori privati (individuali e collettivi) nei processi decisionali pubblici non sia in realtà cosa nuova, e che dunque esso sia perfettamente compatibile anche con il più tradizionale concetto di *government*. La discontinuità del concetto di *governance*, tuttavia, vuole indicare un sistema in cui le istituzioni governative non sono più solo ricettrici delle pressioni particolaristiche della società, alle quali rispondono dopo aver soppesato, aggregato e trasformato le spinte e le contropinte, ma lasciano piuttosto che l'equilibrio venga raggiunto nel corso stesso del processo decisionale, cui partecipano per l'appunto una molteplicità di *stakeholders*.

Spostando l'attenzione al termine *multilevel*, anche questo necessita di alcune precisazioni. Se infatti esso pone l'attenzione sull'esistenza di una pluralità di livelli, nulla dice circa il modo in cui tali livelli debbano essere concepiti né con riguardo all'ambito rilevante (meramente nazionale, europeo o internazionale), né con riguardo a ciò che può essere incluso nel concetto stesso di livello, né, infine, con riguardo al rapporto tra i livelli stessi.

Quanto al primo profilo, bisogna ricordare come l'idea di un potere pubblico stratificato su una pluralità di livelli non è certamente nuova nelle tradizioni costituzionali degli Stati europei, né nel contesto più ampio del diritto internazionale. L'espressione *multilevel governance*, quindi, potrebbe essere utilizzata, quantomeno in linea di principio, per descrivere semplicemente la presenza di una pluralità di livelli: nazionale ed internazionale; statale e sub statale; persino rapporti fra governi regionali ed articolazioni governative infra-regionali. Ciononostante, è in ambito europeo che questa espressione viene utilizzata più frequentemente, al fine di descrivere le relazioni particolarmente intrecciate e complesse fra Stati membri ed istituzioni governative sovra- e sub-nazionali, ed è pertanto riferita a tale contesto che verrà considerata nel presente lavoro.

In secondo luogo, occorre domandarsi in quale modo lo stesso concetto di livello debba essere inteso. Talvolta, infatti, esso viene esteso fino a ricomprendere non solo le autorità territoriali, ma anche livelli decisionali *lateral*i (ad esempio, le autorità amministrative indipendenti) o addirittura *esterni* (quali le organizzazioni non governative e i gruppi d'interesse). È chiaro, però, che se il concetto di livello viene dilatato sino a perdere la sua connotazione territoriale e verticale, si corre il rischio di creare confusione concettuale fra *governance* e *multilevel*

con soggetti privati della fornitura di servizi «pubblici» (sub-contracting e public-private partnerships), con l'adozione di metodi tipici delle imprese private nella gestione di servizi tuttora pubblici (New Public Management) e con l'affidamento ad agenzie amministrative indipendenti di compiti di controllo e supervisione in settori ad alto contenuto tecnico e/o ad elevata sensibilità politica" (p. 422).

governance. Il trasferimento *laterale* di competenze statali ad agenzie amministrative indipendenti, ad associazioni non-governative o al mercato, pare già compreso nel concetto di *governance*. Parlare di *multilevel governance*, invece, sembra avere senso solo se l'accento viene posto sulle modalità di partecipazione ai processi decisionali di istituzioni di governo di diversa scala territoriale¹⁶.

Quanto infine al terzo profilo, la pluralità di livelli insita nel termine *multilevel* rimanda certamente all'esistenza di una serie di nessi giuridicamente rilevanti tra autorità pubbliche, ma non basta a spiegare la natura di tali relazioni. Una parte della dottrina politologica¹⁷, successivamente ripresa anche in ambito giuridico¹⁸, osserva a tal proposito come il termine livello richiami l'idea di un rapporto di gerarchia, e pertanto non sia appropriato per descrivere adeguatamente i processi decisionali europei.

E tuttavia, se certamente il concetto di livello genericamente inteso può richiamare quello di gerarchia, non è tale la connotazione che esso assume nelle trattazioni sulla *multilevel governance*. Nell'ambito di queste, il termine *multilivello* sembrerebbe riferirsi piuttosto al concetto di competenza, a sua volta declinato nelle diverse prospettive di una rigida separazione di competenze o dell'interdipendenza funzionale delle stesse¹⁹.

Sulla base di queste brevi riflessioni, pertanto, sembrerebbe già possibile delimitare il campo dell'analisi rispetto a ciò che ruota intorno alla nozione di *multilevel governance* partendo da tale assunto: se l'espressione *governance* esalta il ruolo degli attori non istituzionali all'interno dei processi che portano alla definizione e all'implementazione delle politiche pubbliche, quella di *multilevel governance* pone l'accento sul coinvolgimento nei processi decisionali delle istituzioni governative poste ai diversi livelli territoriali. In particolare, essa "richiama la sussistenza di una pluralità di processi decisionali nel medesimo territorio riferibili a differenti livelli istituzionali, come definiti dalle tradizionali categorie dogmatiche pubblicistiche; assume la giustapposizione di tali livelli (locale, regionale, nazionale, europeo); descrive l'esistenza di interazioni reciproche"²⁰.

¹⁶ Cfr. S. Piattoni, *La "governance" multi-livello: sfide analitiche, empiriche e normative*, cit., p. 419.

¹⁷ Si v. D.J. Elazar, *Il "principio federale": identità e differenze*, in A. Loretoni (a cura di), *Interviste sull'Europa*, p. 44.

¹⁸ Cfr. G. Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really Multilevel?*, in *Heidelberg Journal of International Law*, n. 1/2010, p. 292 ss., pp. 307-308.

¹⁹ Cfr. A. Simonato, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, cit., pp. 169-170.

²⁰ A. Simonato, op. ult. cit., p. 171.

Ritenendo che vi possa essere una generale adesione con riguardo a tali aspetti preliminari, occorre adesso vedere in quale modo, negli studi politologici, tale espressione è stata utilizzata.

3. La nozione di *multilevel governance* nell'ambito degli studi politologici.

Nell'ambito degli studi politologici la nozione di *multilevel governance* è stata applicata all'Unione Europea quale teoria per descrivere, alternativamente, tanto i processi decisionali europei quanto il processo di integrazione europea, situandosi dunque su piani di analisi diversi, costitutivi della stessa Unione Europea (ontologici) oppure descrittivi del suo funzionamento (funzionali).

In proposito, occorre preliminarmente ricordare che nel corso degli anni novanta del secolo scorso furono condotti numerosi studi²¹ volti a documentare il coinvolgimento delle regioni europee nei processi decisionali relativi alle politiche di coesione, in cui si argomentava come ciò comportasse una nuova e diversa modalità mediante la quale gli Stati membri, nel loro complesso, esercitavano i loro poteri nello spazio giuridico europeo²².

In particolare, nell'opinione che si voleva proporre, il diretto coinvolgimento delle regioni sia nella fase ascendente che in quella discendente delle politiche di coesione segnalava non solo

²¹ Si vedano in proposito G. Marks, *Structural policy in the European community*, in A. Sbraglia (a cura di), *Europelitics: Institutions and Policymaking in the "New" European Community*, Washington DC, The Booking Institute, 1992, p. 191 ss.; Id, *Structural policy and multilevel governance in the EC*, in A. Cafruny e G. Rosenthal (a cura di), *The State of the European Community*, II, Boulder, Lynne Rienner, 1993, p. 391 ss.; L. Hooghe, *Sub-national Mobilization in the European Union*, in *West European Politics*, n. 3/1995, pp 175 ss.; L. Hooghe (a cura di), *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-Level Governance*, Oxford, Clarendon Press, 1996; L. Hooghe e G. Marks, *'Europe with the Regions': Channels of Regional Representation in the European Union*, in *Publius: The Journal of Federalism*, n. 1/1996, p. 73 ss.; L. Hooghe e G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001; L. Hooghe, G. Marks, *Types of Multi-Level Governance*, in *Cahiers européens de Sciences Politiques*, n. 3/ 2002; G. Marks, *An Actor-Centred Approach to Multi-Level Governance*, in *Regional and Federal Studies*, n. 2/1996, p. 20 ss; G. Marks e L. Hooghe, *The Making of a Polity: The Struggle over European Integration*, in *European Integration online Papers*, n. 4/1994; G. Marks e L. Hooghe, *Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-Level Governance*, in *American Political Science Review*, n. 2/2003, p. 233 ss.; G. Marks e L. Hooghe, *Contrasting Visions of Multi-Level Governance*, in I. Bache e M. Flinders (a cura di), *Multi-Level Governance: Inter-disciplinary Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 15 ss.; G. Marks, L. Hooghe e K. Blank, *European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-Level Governance*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 3/1996, p. 341 ss.

²² Sulla nozione di spazio giuridico europeo si v. M.P. Chiti, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, CLUEB, 2003.

la presenza di questo livello di governo al fianco della Commissione e dei rispettivi governi centrali, ma soprattutto un loro coinvolgimento secondo modalità che non rispecchiavano più alcuni assunti del diritto internazionale classico.

Tradizionalmente, infatti, gli Stati nazionali avevano sempre costituito la cerniera fondamentale fra le proprie articolazioni sub-nazionali e le istituzioni inter- e sovra-nazionali, potendo disporre di una pluralità di strumenti al fine di indirizzare e controllare qualsiasi attività delle proprie autonomie territoriali che si svolgesse oltre i confini nazionali. Ci si accorse, invece, che le Istituzioni Europee, le strutture governative degli Stati Membri ed i rappresentanti dei governi sub-nazionali si trovavano ad interagire, nella gestione dei Fondi Strutturali, per così dire *alla pari*, secondo modalità che implicitamente o esplicitamente mettevano in discussione la gerarchia insita nell'articolazione originaria di questi livelli di governo. Modalità che, in ultima analisi, potevano essere descritte con l'espressione *multilevel governance*.

Secondo una determinata ricostruzione, dunque, quando analizzata nel suo complesso quale teoria esplicativa dei processi decisionali europei, "la *governance* multilivello si fonda [...] principalmente sull'idea dell'esistenza di forme di *governance* che non sempre corrispondono a centri di *government*, ovvero presuppone attività fluide di governo non sempre attribuibili a centri decisionali strutturati in maniera classica (ossia gerarchico piramidale)"²³.

I due aspetti, tuttavia, devono essere tenuti distinti: se la titolarità delle politiche europee da parte di una pluralità di soggetti, anche non istituzionali, sembra già compresa nel concetto di *governance*, è l'intreccio delle competenze tra i soggetti istituzionali coinvolti, e la conseguente necessità di coordinamento in assenza di una chiara struttura gerarchica, a caratterizzare in modo più peculiare la *multilevel governance*. A riprova di quanto appena affermato si pongono del resto quegli studi politologici che, partendo proprio dalla nozione di *multilevel governance*, notavano che i medesimi aspetti, quando considerati congiuntamente, necessitavano per essere correttamente descritti di altre espressioni, quali *polycentric governance*²⁴ o *network governance*²⁵.

²³ G. Martinico, *Multilevel Governance e federalismo costituzionale: le sfide per la teoria giuridica*, cit. p. 30.

²⁴ Cfr. C. Skelcher, *Jurisdictional Integrity, Polycentrism, and the Design of Democratic Governance*, in *Governance*, n. 1/2005, p. 89 ss.

²⁵ Cfr. B. Kohler-Koch, *The evolution and transformation of European governance*, in B. Kohler-Koch e R. Eising (a cura di), *The transformation of Governance in the European Union*, New York, Routledge, 1999, p. 14 ss.

Com'è noto, poi, i mutamenti istituzionali introdotti dal Trattato di Maastricht, e sviluppati nei Trattati successivi, garantiscono un sempre maggiore ruolo per gli enti regionali e locali nella vita istituzionale dell'Unione Europea, moltiplicando i processi decisionali in cui questi ultimi si trovavano ad essere coinvolti²⁶. Ed è studiando tali mutamenti che la *multilevel governance* è stata anche proposta quale teoria esplicativa del processo di integrazione europea.

Sul punto i termini del dibattito sono abbastanza noti. Nel tentativo di spiegare cosa muova il processo di integrazione europea, agli inter-governativisti²⁷ si sono tradizionalmente contrapposti i neo-funzionalisti²⁸.

Ad avviso dei primi, gli Stati interagirebbero in un contesto internazionale – a dir così – anarchico, effettuando scelte razionali alla ricerca della massimizzazione della propria utilità nelle circostanze concrete. Tale teoria, dunque, fa proprio un approccio diretto a considerare gli Stati nazionali quali attori individuali dotati di preferenze proprie, ragion per cui la vita istituzionale sovranazionale (ivi comprese le dinamiche proprie dell'ordinamento europeo) non sarebbe in grado di modificare né di influenzare la sostanza degli interessi e degli obiettivi nazionali, rimanendo il processo di integrazione sempre sotto il controllo degli Stati.

Le teorie neo-funzionaliste, al contrario, argomentano la sussistenza di un ambiente internazionale istituzionalizzato all'interno del quale il processo di integrazione europea avrebbe effetti auto-rinforzanti, sfuggendo al controllo degli Stati nazionali. Per tali motivi, esse propongono una spiegazione del processo di integrazione europea quale percorso trainato principalmente da interrelazioni funzionali tali da poter generare le soluzioni intergovernative di cui necessitano per prosperare.

²⁶ Com'è noto, fu solo con l'approvazione del Trattato di Maastricht che si avviò il c.d. processo di regionalizzazione dell'Unione Europea, sia grazie all'istituzione del Comitato delle regioni, sia in virtù dell'introduzione della facoltà di includere esponenti degli enti territoriali nelle delegazioni che erano chiamate a rappresentare gli Stati membri nel Consiglio dei Ministri europei (oggi Consiglio dell'Unione Europea), sia grazie alla codificazione del principio di sussidiarietà, pur nell'ambiguità delle sue diverse accezioni.

²⁷ Cfr. sul punto S. Hofmann, *Reflections on the Nation State in Western Europe today*, in *Journal of common market studies*, n. 21/1982, p. 21 ss.; A. Milward, *The European rescue of the Nation-State*, London, Routledge, 1992; A. Moravcsik, *The choice for Europe: social power and State purpose from Messina to Maastricht*, New York, Cornell University Press, 1998.

²⁸ Cfr. E.B. Haas, *The uniting of Europe: political, social and economic forces 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1968; J. Tranholm-Mikkelsen, *Neo functionalism: obstinate or obsolete? A reappraisal in the light of new dynamism of the EC*, in *Millenium*, n. 20/1991, p. 1 ss.; N. Fligstein e A. Stone Sweet, *Institutionalising the Treaty of Rome*, in A. Stone Sweet, W. Sandholtz e N. Fligstein (a cura di), *The institutionalization of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Fra questi due opposti approcci si inserisce la teoria della *multilevel governance*, che ritaglia il proprio spazio concettuale mostrando la debolezza di alcune delle proposizioni meno difendibili, ma certamente più centrali, dell'intergovernativismo – fra le quali quella secondo la quale lo Stato centrale sarebbe il *gatekeeper* degli interessi diffusi ai quali permetterebbe d'interagire con altri interessi europei solo attraverso il suo filtro – e nello stesso tempo rifuggiva dall'eccessivo automatismo del funzionalismo, adottando un approccio al processo d'integrazione europea di matrice neo-istituzionalista, incentrato sul ruolo assunto dagli attori politici situati ai diversi livelli territoriali²⁹.

Alla luce di quanto sino a qui emerso, il principale merito delle riflessioni politologiche sulla *multilevel governance* può senza dubbio essere individuato nell'aver contribuito a porre l'attenzione sui profili concernenti gli enti sub statali nel processo di integrazione europea, superando la cecità del precedente approccio.

In particolar modo sotto il profilo dei processi decisionali europei, il merito di tali riflessioni è stato quello di aver individuato l'esistenza di almeno un terzo livello di governo che, interagendo con il livello europeo senza dover necessariamente ricorrere all'intermediazione delle strutture statali, favoriva la creazione di uno spazio pubblico europeo articolato, per l'appunto, su una pluralità di livelli. Livelli di governo che, attraverso forme di coordinamento e di negoziazione, davano vita a politiche caratterizzate da processi relazionali di tipo non gerarchico.

Orbene, se tali assunti possono dirsi generalmente condivisi, occorre però evidenziare che all'ampia diffusione delle teorie della *multilevel governance* nell'ambito degli studi politologici ha fatto seguito un loro lento ma inesorabile declino. Ciò perché, nel momento in cui la nozione di *multilevel governance* è stata estesa concettualmente sino a coprire l'intero raggio di azione dell'Unione Europea, essa ha scoperto il fianco a molteplici obiezioni e critiche.

In estrema sintesi, la *multilevel governance* quale teoria esplicativa del processo di integrazione europea è entrata in crisi perché, enfatizzando il ruolo delle autorità di governo europee, statali ed infranazionali, trascurava di considerare, invece, come il processo di integrazione europea fosse mosso anche da altri attori istituzionali, prima tra tutti la Corte di Giustizia Europea³⁰.

²⁹ Cfr. G. Marks, *Structural policy and multilevel governance in the EC*, cit.

³⁰ Si v. G. Della Cananea, *Is European Constitutionalism Really Multilevel?*, cit. “The excess of emphasis on decisions, especially on macro-decisions, which may lead the Union toward a closer integration, produces also another weakness. It neglects other changes, maybe less evident but not at all irrelevant for the daily life of individuals, groups (such as families) and other entities (undertakings,

Quanto alla medesima nozione, circoscritta ai processi decisionali europei, invece, sembrerebbe potersi sostenere che non è possibile associare in maniera univoca il processo di integrazione europea allo studio dei processi decisionali vigenti al suo interno³¹, anche perché non può certamente dirsi che le modalità con cui l'Unione Europea assume le sue decisioni siano uniformi. Uno studio approfondito dei principali ambiti di azione pubblica europea, al contrario, mostrerebbe senz'altro come in seno all'Unione Europea coesistono modalità di *governance* molto diverse tra loro, “andando da una forma di *governance* di tipo statale per quanto concerne la politica monetaria a una serie di pratiche di tipo maggiormente neocorporativo in materia di politica sociale”³².

Ne consegue che, nel percorso di costruzione di uno spazio giuridico europeo, vi sono una pluralità di forme di allocazione dei poteri e di soggetti interessati, secondo variabili che sfuggono a classificazioni statiche e precise. Ed infatti, come si è già evidenziato in precedenza, nell'ambito delle scienze politiche si è sempre più diffuso l'utilizzo di un diverso concetto descrittivo, ossia quello di *network governance*, che in qualche modo ingloba quello di *multilevel governance*.

4. La distinzione tra *multilevel governance* e *multilevel constitutionalism*

Al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci, pare opportuno dedicare qualche breve cenno al fatto che la nozione di *multilevel governance* deve necessariamente essere tenuta distinta da altra nozione che potrebbe all'apparenza sembrare simile, e che, al pari della prima, ha trovato ampia diffusione nelle riflessioni dottrinali sull'Unione Europea. Il riferimento è, in

trade unions, environmental associations) which characterize our societies. Such changes derive, for example, from conflict resolution before the courts” (p. 294).

³¹ Ancora G. Della Cananea, op. ult. cit., che sul punto così si esprime: “The theory of multilevel governance overemphasizes the importance of decision-making processes. There is no doubt that such processes are important, since a growing number of public policies is conditioned (encadré) by the EU. However, this is neither the exclusive aspect which ought to be considered when taking account of an institutional framework, nor the main one. Whether a structure of government is open to new members and, if so, which requisites for membership are established, is an equally important point, and one that influences decision-making processes” (p. 293).

³² F. Larat, *Le Regioni nel sistema di multilevel governance. Adattare e trasformare la governance e le sue sfide*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2004, p. 97.

particolare, agli studi condotti da Ingolf Pernice e alla teoria del cd. costituzionalismo multilivello³³.

In estrema sintesi, partendo dall'assunto secondo cui tutti gli Stati Membri sono Stati in cui vige un sistema democratico, il processo di integrazione europea viene ricostruito non come il frutto di successivi accordi tra Stati nazionali³⁴, ma tra cittadini dei diversi Stati Membri³⁵, che agiscono mediante, e sono rappresentati da, i loro governi nazionali.

Più precisamente, tale teoria propone una interpretazione delle norme di diritto primario dell'Unione Europea relative: i) alla divisione delle competenze tra gli Stati Membri e l'Unione e all'esercizio delle competenze di quest'ultima; ii) ai rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto nazionale; iii) ai valori comuni agli Stati Membri e alla protezione dei diritti fondamentali, quale esito di un processo costituente mediante il quale i cittadini europei hanno provveduto ad organizzare il complesso dei pubblici poteri e dei diritti fondamentali a livello sovranazionale, incidendo però in tal modo anche sui sistemi costituzionali interni.

³³ Tra i primi lavori si segnalano I. Pernice, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and "Multilevel Constitutionalism"*, in E. Reidel, *German Reports on Public Law, Nomos*, Baden Baden, 1998, p. 40 ss.; Id, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, n. 36/1999, p. 703 ss. A riprova della estrema diffusione della teoria del costituzionalismo multilivello si v. L. Burgorgue-Larsen, *La démocratie au sein de l'Union européenne. De la 'constitution composée' à la 'démocratie composée'. Les principes constitutionnels en Europe*, in H. Bauer e C. Calliess (a cura di), *Constitutional principles in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 83 ss.; A. Von Bogdandy, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 6/ 2000, p. 27 ss.; D. Thym, *European Constitutional Theory and the Post-Nice Process*, in M. Andenas e J. Usher (a cura di), *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Oxford, Hart, 2003, p. 147 ss.; S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè, 2002; I. Gutiérrez, *Un Orden Jurídico para Alemania y Europa*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 3/1999, p. 215 ss.; P. Bilancia, F. G. Pizzetti, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004.

³⁴ Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, n. 11/2015, p. 541 ss., in cui l'Autore, dopo aver richiamato il concetto di *Staatenverbund*, così si esprime: «The main problem is that it describes the EU as a creature of states, not of people. It uses the form of its establishment – international treaties – as determining its legal nature, including the claim that the member states remain sovereign states, and the 'masters of the 'treaties'. So, the EU is a matter of the states, of abstract political bodies having established an even more abstract organisation for their purposes. The owners of the EU, in this view, are states rather than people, ie not the citizens" (p. 543).

³⁵ Ancora sul punto I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, cit., "Take the perspective of a citizen of a democratic member state. Conceptualise the European Union as a creature not of states, but of the citizens acting through, and represented by, their national governments in the name and on behalf of the citizens. This is how I understand democratic states. Treaties, negotiated by governments implementing the will of the people, are ratified with the authorisation of national parliaments representing the people, if not directly after a referendum" (p. 544).

In altre parole, il progressivo formarsi del sistema dei poteri pubblici europeo poteva essere letto come un processo costituente a carattere democratico³⁶ in cui i cittadini dei diversi Stati Membri, attraverso l'attribuzione a sé medesimi della cittadinanza europea (che andava ad aggiungersi a quella nazionale), avevano aperto le porte dei rispettivi ordinamenti giuridici ad un comune potere sovranazionale (con competenze legislative, esecutive e giudiziarie), creando così un sistema *costituzionale* multilivello che trovava una formalizzazione giuridica a livello sovranazionale nei Trattati Fondamentali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e a livello nazionale nelle rispettive Carte Costituzionali.

Riprendendo alcune delle riflessioni sviluppate in questo lavoro con riferimento alla *multilevel governance*, anche nella teoria del *multilevel constitutionalism* l'aggettivo *multilivello* non assume una connotazione gerarchica, in quanto il livello costituzionale sovranazionale non è sovraordinato a quello domestico, ma sovrapposto ad esso in una dimensione regolata dal diritto. Dimensione che, pur essendo improntata al principio del primato del diritto dell'Unione, trova i propri contrappesi nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità da parte dell'Unione Europea nell'esercizio delle proprie competenze e nel pieno riconoscimento delle identità nazionali degli Stati Membri.

Anzi, il livello costituzionale europeo non solo non è sovraordinato, ma trova in realtà il proprio fondamento nelle esperienze costituzionali degli Stati membri, da ciò risultando il cd. *Verfassungsverbund*, ossia un complessivo sistema in cui le connessioni e le interdipendenze tra l'uno e gli altri livelli sono tali da creare un ordinamento giuridico composito che, pur nelle sue diversità, è in realtà sostanzialmente unitario, e che – almeno in astratto – dovrebbe essere in grado di generare un'unica soluzione giuridica per ciascun caso concreto.

³⁶ Cfr. I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 15/2009, p. 349 ss. “While there are many definitions of the term “constitution” – formal, material, functional, etc. – most are referring to a legal instrument with the specific authority to establish, organize, and define the government of a state on the basis of the rule of law. Generally, it is related to a state. My proposition is to look more generally at its functions as an instrument of societies organizing their political arrangements and to unbundle it from the state. According to what I call a “postnational” concept, this would include all instruments – national, sub-national, and supranational – for the establishment, organization, and limitation of public authority, including the legislative, executive, and judicial powers of institutions, as defined by this instrument that was created by the people concerned and regarded by them as binding upon themselves. The distinctive feature of the constitution as compared to any other law, thus, is its fundamental character to establish the original and basic legal relationship between such institutions and the individuals who, in the case of a democratic constitution, are considered both the authors and the addressees of such authority” (p. 365).

Appare allora evidente come la teoria in parola, sebbene di sicuro interesse in chiave ricostruttiva del processo di integrazione europea, sia in realtà del tutto diversa dalle ricostruzioni ascrivibili alla *multilevel governance*. Inoltre, occorre sottolineare come essa sia stata utilizzata in ambito giuridico principalmente con riferimento al tema della tutela dei diritti fondamentali³⁷, e pertanto esuli dall'oggetto del presente studio.

Le riflessioni maturate con riguardo al costituzionalismo multilivello, tuttavia, possono comunque risultare in qualche modo utili ai fini della presente indagine nei limiti in cui restituiscono l'immagine di un rapporto tra l'ordinamento giuridico europeo e gli ordinamenti giuridici nazionali che, attraverso un articolato sistema di pesi e contrappesi, è in grado di conciliare unità e diversità in una visione d'insieme, e ciò senza dimenticare, ma anzi valorizzando, la componente democratica del processo di integrazione europea.

5. Le prime inclusioni della espressione *multilevel governance* nei documenti ufficiali dell'Unione Europea.

Conclusa la ricognizione degli sviluppi che la nozione in esame ha avuto nell'ambito degli studi politologici, e sgombrato il campo da possibili accostamenti con altri concetti all'apparenza simili, nelle pagine che seguiranno si darà conto di come l'espressione *multilevel governance* è stata utilizzata in numerosi atti e documenti dell'Unione Europea. Per paradossale che possa sembrare, infatti, al progressivo declino dell'espressione *multilevel governance* nell'ambito delle scienze politiche è corrisposta una sua rapida diffusione nel dibattito istituzionale interno all'Unione Europea.

Il primo riferimento alla nozione di *multilevel governance*, in particolare, va individuato nel *Libro bianco sulla Governance europea* redatto dalla Commissione Europea nel 2001³⁸. In tale documento la Commissione provvede anzitutto a definire la nozione di *governance*, la quale designerebbe «le norme, i processi, e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza», per poi affermare che «la capacità dell'UE

³⁷ Per una piena comprensione di quanto affermato, si rinvia al recentissimo AA.VV, *Scritti in onore di Paola Bilancia*, pubblicato in data 2.2.2022 quale Focus della rivista *Federalismi.it*.

³⁸ Commissione Europea, *Libro bianco sulla Governance Europea*, Bruxelles, COM (2001) 428 definitivo/2.

di svolgere i propri compiti e conseguire gli obiettivi comunitari dipende dalla sua organizzazione istituzionale, ma soprattutto dal suo sistema di governance [...]. La sfida della governance multilivello consiste pertanto nella complementarità e nell'articolazione tra la governance istituzionale e quella di partenariato»³⁹.

La Commissione, infine, conclude le proprie riflessioni affermando che occorrono «principi chiari che indichino la ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri. Occorre anzitutto rispondere alla frequente domanda dei cittadini su *Chi fa che cosa in Europa*, ma per questo è necessaria una visione comune. Il Libro bianco ha gettato luce su un'Europa concreta, in piena evoluzione, un'Unione basata su una governance a più livelli in cui le parti interessate contribuiscono secondo le capacità e le competenze di ciascuna al successo globale dell'impresa. In un sistema a più livelli, la vera sfida sta nel definire principi chiari su come le competenze vanno ripartite, non certo separate. Solo una visione non esclusiva permette infatti di garantire che si operi nel pieno interesse di tutti gli Stati membri e di tutti i cittadini dell'Unione»⁴⁰.

Un utilizzo dell'espressione *multilevel governance* può poi riscontrarsi anche da parte del Comitato economico e sociale europeo, secondo cui essa individuerrebbe «un'architettura istituzionale decentrata, dove non agisce un solo centro di potere come negli Stati nazionali, bensì una pluralità di soggetti, sia governativi che non governativi, che cooperano tra loro per il raggiungimento di fini condivisi»⁴¹.

Tuttavia, sono le riflessioni svolte dal Comitato delle Regioni ad aver contribuito maggiormente al dibattito istituzionale sul tema. Nel *Libro bianco sulla governance multilivello*, infatti, questa Istituzione dichiara espressamente di intendere per *multilevel governance* «un'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali fondata sul partenariato e volta a definire e attuare le politiche dell'UE. Tale modalità di governance implica la responsabilità condivisa dei diversi livelli di potere interessati, e si basa su tutte le fonti della legittimità democratica e sulla rappresentatività dei diversi attori coinvolti. Essa inoltre stimola,

³⁹ Commissione Europea, *Libro bianco sulla Governance Europea*, Bruxelles, COM (2001) 428 definitivo/2, p. 5.

⁴⁰ Commissione Europea, *Libro bianco sulla Governance Europea*, Bruxelles, COM (2001) 428 definitivo/2, p. 29.

⁴¹ Comitato Economico e Sociale Europeo, *Parere in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche per la stabilità, la crescita e l'occupazione – Gli strumenti per rafforzare la governance economica dell'UE*, punto 3.6.1.

attraverso un approccio integrato, la compartecipazione dei diversi livelli di governance nella formulazione delle politiche e della legislazione comunitaria, attraverso diversi meccanismi»⁴². La *multilevel governance*, pertanto, va intesa come «un processo dinamico a carattere nel contempo orizzontale e verticale, che non diluisce affatto la responsabilità politica, ma, al contrario, se i meccanismi e gli strumenti sono pertinenti e correttamente applicati, favorisce l'appropriazione della decisione e dell'attuazione comune». A tal proposito, il Comitato delle Regioni precisa che, piuttosto che «uno strumento giuridico, la governance multilivello rappresenta [...] una 'griglia d'azione' politica, la cui importanza non può essere compresa se analizzata solo sotto il profilo della ripartizione delle competenze»⁴³.

In questo modo, il Comitato delle Regioni specifica chiaramente che l'attuazione della *multilevel governance* poggia sì sul rispetto del principio di sussidiarietà – che consente, da un lato, di evitare che le decisioni si concentrino su di un solo livello di potere, e dall'altro, che le politiche vengano elaborate e applicate al livello più appropriato – ma non si esaurisce in esso. Al contrario, il rispetto del principio di sussidiarietà e la *multilevel governance* sono «due aspetti indissociabili: il primo riguarda le competenze dei diversi livelli di potere, mentre il secondo pone l'accento sulla loro interazione»⁴⁴.

Così intesa, la *multilevel governance* non si limita semplicemente a tradurre obiettivi europei o nazionali in azioni regionali o locali, ma dev'essere intesa anche come un processo d'integrazione degli obiettivi degli enti regionali e locali nelle strategie dell'Unione europea.

Infine, la *multilevel governance* dovrebbe anche servire a rafforzare e plasmare le competenze degli enti regionali e locali a livello nazionale. Secondo quanto affermato dal Comitato delle Regioni, infatti, le «condizioni per una buona governance multilivello risiedono negli stessi Stati membri» precisando che, sebbene vi fossero in molti Stati europei tendenze al decentramento, certo non omogenee, ma comunque generalizzate, non sussistevano «ancora tutte le condizioni necessarie per la realizzazione di questa governance condivisa».

In definitiva, la *multilevel governance* esprimerebbe una modalità di esercizio delle funzioni pubbliche secondo una logica politica di coordinamento e partenariato tra i diversi livelli istituzionali, che necessita di trovare attuazione tramite una pluralità di forme e di strumenti giuridici. Una modalità che il Comitato delle Regioni definisce «flessibile», e proprio per tale

⁴² Comitato delle Regioni, *Libro Bianco sulla governance multilivello*, CdR 89/2009 definitivo, p. 6.

⁴³ Comitato delle Regioni, *Libro Bianco sulla governance multilivello*, CdR 89/2009 definitivo, p. 6.

⁴⁴ Comitato delle Regioni, *Libro Bianco sulla governance multilivello*, CdR 89/2009 definitivo, p. 6.

motivo in grado di «adattarsi con successo e secondo meccanismi variabili alle diverse politiche comuni in funzione delle loro caratteristiche»⁴⁵.

A cinque anni di distanza dal *Libro bianco sulla governance multilivello* il Comitato delle Regioni produrrà un primo tentativo di assegnare alla nozione di *multilevel governance* vera e propria rilevanza giuridica attraverso l'adozione della *Carta della governance multilivello Europea*⁴⁶. Tuttavia, non pare potersi dubitare che questa non abbia in realtà apportato alcun significativo cambiamento quanto a tale aspetto.

Ed infatti, nonostante la *Carta* provveda ad inquadrare la *multilevel governance* quale principio giuridico, essa non solo è un atto non giuridicamente vincolante, ma in realtà ripropone la medesima definizione contenuta nel *Libro bianco*, senza aggiungere alcunché di significativo ai precedenti lavori del Comitato delle Regioni. Anzi, nel breve articolato della *Carta* vengono semplicemente individuate cinque azioni e cinque impegni che, ad un attento esame, o si presentano talmente generici da apparire quantomeno pleonastici (quali ad esempio la necessità di «promuovere una mentalità europea» o ancora di prevedere uno «sviluppo di un processo di elaborazione delle politiche trasparente, aperto e inclusivo»), oppure riguardano ambiti già ampiamente acquisiti (quali ad esempio «il rispetto della sussidiarietà e della proporzionalità nei processi di elaborazione delle politiche»).

In conclusione, se i documenti sin qui oggetto di analisi hanno certamente avuto il merito di contribuire al dibattito politico-istituzionale interno all'Unione Europea sulla *multilevel governance*, non può però sostenersi che essi abbiano determinato una *giuridicizzazione* della relativa nozione.

⁴⁵ Comitato delle Regioni, *Libro Bianco sulla governance multilivello*, CdR 89/2009 definitivo, p. 18.

⁴⁶ Comitato delle Regioni, *Carta della multilevel governance Europea*, adottata nella sessione plenaria del 2 e 3 aprile 2014, RESOL-V012.

6. La *multilevel governance* quale principio giuridico nella disciplina dei Fondi Strutturali Europei.

Il punto di svolta quanto al riconoscimento della rilevanza giuridica della nozione di *multilevel governance* è rappresentato dal Regolamento (UE) n. 1303/2013, recante disposizioni comuni in materia di Fondi Strutturali Europei⁴⁷.

Di tale disciplina, occorre innanzitutto evidenziare come uno dei più importanti elementi di differenziazione nella gestione del ciclo di programmazione dei Fondi strutturali per il periodo 2014-2020, rispetto al precedente, andava riscontrato nella obbligatorietà del partenariato. Sebbene questo fosse indicato tra i principi generali in materia dei Fondi strutturali sin dal 1988, l'art. 11 del Regolamento (UE) n. 1083/2006 prevedeva ancora che ciascuno Stato Membro, «se del caso», e conformemente alle norme e alle prassi nazionali vigenti, organizza «un partenariato con autorità ed organismi» quali «a) le autorità regionali, locali, cittadine e le altre autorità pubbliche competenti; b) le parti economiche e sociali; c) ogni altro organismo appropriato in rappresentanza della società civile, i partner ambientali, le organizzazioni non governative e gli organismi di promozione delle parità tra uomini e donne».

Il successivo Reg. (UE) n. 1303/2013, invece, disponeva all'art. 5 – significativamente rubricato «*Partenariato e governance a più livelli*» – che «ogni Stato membro organizza, per l'accordo di partenariato e per ciascun programma, conformemente al proprio quadro istituzionale giuridico, un partenariato con le competenti autorità regionali e locali. Il partenariato include altresì i seguenti partner: a) le autorità cittadine e le altre autorità pubbliche competenti; b) le parti economiche e sociali, e c) i pertinenti organismi che rappresentano la società civile, compresi i partner ambientali, le organizzazioni non governative e gli organismi di promozione dell'inclusione sociale, della parità di genere e della non discriminazione».

A partire da tale momento, dunque, il partenariato con le autorità regionali e locali cessa di essere una facoltà che ciascuno Stato membro, «se del caso», può esercitare, e diventa invece un obbligo cogente, benché comunque da attuare in conformità al quadro istituzionale e giuridico proprio di ciascun ordinamento nazionale.

⁴⁷ Ciò non può apparire casuale, se non altro in ragione dell'origine stessa della nozione di *multilevel governance*, che, come si è visto nelle pagine precedenti, è nata proprio nell'ambito delle scienze politiche a partire dallo studio dei processi decisionali vigenti nell'ambito dei Fondi Strutturali europei.

Occorre ulteriormente evidenziare, però, che nonostante l'art. 5 del Reg. (UE) n. 1303/2013 associ, sino quasi a confonderli, i concetti di partenariato e di *multilevel governance*, questi in realtà non possono essere considerati equivalenti.

A riprova di ciò, il *considerando* n. 11 specificava che «l'obiettivo del partenariato è garantire il rispetto dei principi della governance a più livelli, come pure della sussidiarietà e della proporzionalità, e le specificità dei diversi quadri istituzionali e giuridici degli Stati membri, nonché garantire la titolarità degli interventi programmati in capo alle parti interessate e sfruttare l'esperienza e le competenze dei soggetti coinvolti». Se a ciò si aggiunge che l'art. 5, par. 2, del Reg. (UE) n. 1303/2013 disponeva che «conformemente al sistema della governance a più livelli, gli Stati membri associano i partner di cui al paragrafo 1 alle attività di preparazione degli accordi di partenariato e delle relazioni sullo stato di attuazione e a tutte le attività di preparazione e attuazione dei programmi», ecco che sembrano già potersi individuare i capisaldi intorno a cui ruota la nozione giuridica di *multilevel governance*.

In primo luogo, alla luce dell'espresso riconoscimento ad opera del legislatore europeo, non può mettersi in dubbio la sua natura di principio giuridico, di cui si richiede il rispetto nella disciplina complessiva dei Fondi Strutturali Europei. Questo sembra rispondere, da un lato, ad una esigenza democratica («garantire la titolarità degli interventi programmati in capo alle parti interessate»), e dall'altro, ad una esigenza di efficienza («sfruttare l'esperienza e le competenze dei soggetti coinvolti»), così contribuendo a fornire fondamento in termini di legittimità alle decisioni assunte in tale contesto⁴⁸.

In secondo luogo, pare corretto sostenere che il principio della *multilevel governance* non abbia un contenuto predefinito, ma necessiti di essere attuato tramite una pluralità di modalità e di strumenti giuridici, tra i quali un ruolo certamente importante rivestono quelli connessi al partenariato.

⁴⁸ Nella letteratura sull'Unione Europea si suole distinguere fra legittimità dal lato dell'*output* e legittimità dal lato dell'*input*, identificando la prima con l'efficacia e la seconda con la democraticità. Sul punto cfr. S.S. Andersen, S.A. Eliassen (a cura di), *The European Union: How Democratic Is It?*, London, Sage, 1996; M. P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2016, p. 397 ss.; J.H.H. Weiler, *Living in a Glass House. Democracy and the Rule of Law*, in *EUI Working Papers*, 2014, p. 25 ss.; V. Bogdanor, *Legitimacy, Accountability and Democracy in the EU*, in *A Federal Trust Report*, 2007; H.J. Blanke e R.Boettner, *The Democratic Deficit in Economic Governance of the EU*, in H.J. Blanke, P.C. Villalón T. Klein e J.Ziller (a cura di), *Common European Legal Thinking*, in *Essays in Honour of Albrecht Weber*, Berlin, Springer, 2016, p. 246 ss.

In terzo luogo, la circostanza per cui sono gli Stati membri a dover decidere quali siano i partner maggiormente rappresentativi da includere nel sistema di *governance* dei Fondi Strutturali Europei sembra evidenziare che il principio della *multilevel governance* richieda, per la sua piena operatività, di essere attuato non solo da parte della normativa europea, ma anche da parte degli ordinamenti nazionali.

Da tali elementi sembra possibile inferire che il principio della *multilevel governance* presenti anzitutto un duplice profilo, strutturale e funzionale.

Dal punto di vista strutturale, esso esprime l'obbligo – a dire il vero, però, formulato in modo piuttosto generico – di articolare la *governance* delle politiche di coesione su una pluralità di livelli di governo, imponendo dunque la presenza degli enti infranazionali nei processi decisionali concernenti tali politiche.

Dal punto di vista funzionale, invece, il principio della *multilevel governance* sembra assumere una carica prescrittiva forse ancor più ridotta, essendo questa limitata alla necessità di instaurare processi decisionali non gerarchici che garantiscano la piena titolarità delle politiche di coesione in capo ai diversi attori territoriali coinvolti.

In tal senso, occorre evidenziare come il principio della *multilevel governance* certamente non costituisca, ad oggi, parametro di valutazione dell'operato delle Istituzioni europee o degli Stati membri – così come ad esempio avviene con riguardo ai principi di proporzionalità e sussidiarietà –, ma si ponga piuttosto quale direttiva per i legislatori e le amministrazioni. Esso, dunque, assume un carattere sì cogente⁴⁹, ma eminentemente programmatico, che deve poi trovare attuazione non solo nella normativa europea di dettaglio relativa ai Fondi Strutturali europei, ma anche da parte degli ordinamenti giuridici nazionali in conformità con il loro quadro giuridico e istituzionale.

La necessaria conformità al quadro giuridico e istituzionale domestico, espressione del più generale principio del rispetto delle identità nazionali degli Stati Membri sancito dall'art. 4 del

⁴⁹ È ormai opinione generalmente condivisa che i principi hanno natura normativa, ossia sono norme giuridiche che presentano tutti i caratteri delle regole di condotta. Si distinguerebbero allora dalle altre norme non per il carattere rappresentato da una maggiore generalità rispetto a queste, ma per il loro carattere di norme-base e di norme-fondamentali dell'ordinamento giuridico, e soprattutto per un criterio struttural-funzionale che permette di configurare i principi come norme, scritte e non scritte, le quali, con riferimento a un ordinamento giuridico già formato, rappresentano riassuntivamente il significato essenziale di altre norme particolari.

TUE⁵⁰, sembra inoltre certamente concorrere alla definizione del principio della *multilevel governance*. Con ciò si vuole intendere che se da un lato è vero che gli elementi costitutivi del principio in parola sono radicati nel diritto dell'Unione Europea, esso può però solo aprire degli spazi per la partecipazione delle autonomie territoriali ai processi decisionali legati alle politiche di coesione, ma tocca poi ai singoli ordinamenti giuridici nazionali cogliere le relative opportunità, la misura di ciò dipendendo in larga parte dal grado di sviluppo del sistema autonomistico nei relativi contesti ordinamentali.

Ciò significa, in conclusione, che il principio della *multilevel governance* presenta due dimensioni parallele – una sovranazionale ed una nazionale –, rivelando così la sua natura di principio a carattere asimmetrico, che trova una prima attuazione generale nella disciplina normativa europea concernente i Fondi Strutturali Europei, ma che richiede poi di essere declinato in concreto da ciascuno Stato membro in conformità con il proprio quadro giuridico e istituzionale.

Prima di analizzare quali sono le modalità attuative del principio della *multilevel governance*, però, si impone un'ultima precisazione relativa all'ambito di applicazione del suddetto principio.

Non pare peregrino sostenere che se l'analisi del dato di diritto positivo spazza via ogni dubbio circa la natura della *multilevel governance* quale principio giuridico stante il suo riconoscimento espresso, allo stesso modo essa non ci consente di andare oltre l'ambito di applicazione discendente in via diretta dalle fonti che ne hanno sancito tale natura. In tal senso, non sembra potersi concordare con le riflessioni di quanti hanno ritenuto di declinare, invece, il principio in parola in una prospettiva decisamente più ampia, che talvolta sembra addirittura andare a coinvolgere l'intero sistema di potere dell'Unione Europea⁵¹.

Ed infatti, non sembra ad esempio possibile ricomprendere nel principio della *multilevel governance* il meccanismo dell'*Early Warning System*⁵², né più in generale quell'insieme di norme che delineano il ruolo dei parlamenti nazionali e dei consigli regionali nel complesso

⁵⁰ L'art. 4, par. 2, TUE recita: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

⁵¹ Cfr. O. Dubois, *Le paradigme du «multilevel governance» est-il soluble dans le droit?*, in *Revue de l'Union européenne*, DLVI, 2012, p. 144 ss.

⁵² Sul punto si vedano i risultati delle ricerche condotte da C. Panara, *The Sub-national Dimension of the EU. A legal study of Multilevel Governance*, Berlin, Springer, 2015.

sistema di attuazione del principio di sussidiarietà⁵³. Con ciò, infatti, sembrerebbe incorrersi nei medesimi problemi verificatisi nell'ambito degli studi politologici ed evidenziati in precedenza, ossia di dilatare eccessivamente la nozione di *multilevel governance* oppure di creare confusione concettuale con altri principi giuridici all'apparenza simili o comunque convergenti. Vi è poi un altro motivo che milita nel senso di non ampliare l'ambito di applicazione del principio in esame al di fuori del quadro normativo dei Fondi Strutturali Europei. Se in tale contesto si è infatti avuto un riconoscimento espresso della *multilevel governance* quale principio giuridico da parte del Reg. (UE) n. 1303/2013, nel momento in cui il medesimo principio venisse esteso concettualmente anche ad altre politiche dell'Unione piuttosto che all'intero spettro di azione dell'Unione Europea (comprendente, dunque, anche i poteri legislativi e giudiziari), esso perderebbe la suddetta base giuridica di riferimento. Ed infatti, quando si analizzano nel dettaglio le ricostruzioni che considerano il principio in parola in senso più ampio, ci si accorge che esso non poggia su un riconoscimento espresso da parte di una fonte normativa europea, ma viene ricavato implicitamente dall'insieme delle disposizioni e delle prassi che prevedono un coinvolgimento nei processi decisionali europei degli enti territoriali infranazionali. E nonostante una operazione siffatta non sia di per sé scorretta a livello metodologico⁵⁴, non sembra che un tale ancoraggio sia dotato della stessa solidità di quello che qui si propone, tanto più che esso non riceve alcun avallo da parte dei giudici europei. Proprio per tale ragione, sembra maggiormente corretto ritenere che il principio della *multilevel governance*, così come delineato nel presente paragrafo, sia suscettibile di applicazione solo all'interno della disciplina concernente i Fondi Strutturali Europei. Al contrario, quando si utilizza l'espressione *multilevel governance* in modo più ampio, questa continua a mantenere una valenza più che altro descrittiva, di certo non inutile ma poco proficua sotto il profilo dell'indagine giuridica se non in chiave meramente ricostruttiva.

⁵³ Cfr. A. Simonato, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, cit.

⁵⁴ Cfr. U. Breccia, *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, cit., secondo cui, "Sul profilo delle modalità d'identificazione, si accoglie senz'altro l'opinione secondo la quale non è necessario che i principi siano espressamente formulati dal legislatore, dai giudici, da altri esperti del diritto, senza condividere tuttavia l'idea, estrema, secondo la quale veri principi sarebbero soltanto quelli impliciti, non già quelli espressamente formulati" (p. 124).

7. Le modalità attuative del principio della *multilevel governance*.

Per completezza dell'analisi, occorre infine fare riferimento a quali sono, secondo l'opinione che si intende condividere, le modalità attuative del principio della *multilevel governance*.

In tal senso, se si è già dato conto della obbligatorietà del partenariato sancita dall'art. 5, par.1, del Reg. (UE) n. 1303/2013, e della sua strumentalità ai fini del principio della *multilevel governance*, occorre ulteriormente evidenziare che nel medesimo articolo si conferiva alla Commissione Europea «il potere di adottare un atto delegato [...] per stabilire un codice europeo di condotta sul partenariato (il *codice di condotta*), allo scopo di sostenere e agevolare gli Stati membri nell'organizzazione del partenariato a norma dei paragrafi 1 e 2 del presente articolo. Il codice di condotta definisce il quadro all'interno del quale gli Stati membri, conformemente al proprio quadro istituzionale e giuridico nonché alle rispettive competenze nazionali e regionali, perseguono l'attuazione del partenariato».

Tale disposizione riceveva attuazione nell'anno successivo tramite il Regolamento delegato della Commissione n. 240/2014 *recante un codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei*.

L'adozione di un *Codice di condotta sul partenariato*, tuttavia, non era affatto scontata. Ripercorrendo i negoziati che hanno portato all'approvazione del quadro giuridico concernente la politica di coesione per il periodo di programmazione 2014-2020, infatti, emerge chiaramente che la previsione di tale atto è stata percepita da parte di molti Stati membri come un appesantimento delle prassi vigenti a livello nazionale, nonché come una indebita interferenza nella sovranità nazionale da parte della Commissione⁵⁵. Proprio alla luce di ciò, l'accettazione di questo è stata subordinata a due condizioni: da un lato, si è richiesta una sua efficacia non retroattiva; dall'altro, la previsione al suo interno di una distinzione tra «principi generali» e «buone pratiche».

Tali condizioni, dunque, hanno certamente depotenziato la carica prescrittiva del Regolamento in parola, riducendola – in buona sostanza – alla individuazione di alcuni partner da considerare minimi⁵⁶ – tra cui i livelli di governo regionali e locali – e alla enunciazione di alcuni principi

⁵⁵ Sul punto si v. R. Rusca, *Il negoziato per la politica di coesione 2014-2020 e le prospettive per il futuro. Questioni chiave, battaglie, alleanze, obiettivi e sfide visti da un insider*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, I-II, 2015, p. 137 ss.

⁵⁶ V. art. 3, par. 1 e art. 4, par. 1, Regolamento delegato della Commissione n. 240/2014 *recante un codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei*.

essenziali circa la consultazione di questi nella redazione dell'Accordo nazionale di partenariato⁵⁷ e dei programmi operativi⁵⁸.

Come si è osservato nel precedente paragrafo, però, il principio della *multilevel governance* non si identifica, né si esaurisce nel solo partenariato. Non sembra, inoltre, che esso possa essere limitato alla mera partecipazione e consultazione in procedimenti altrui, che pure appare essere la modalità in cui esso viene declinato nel Codice di condotta del 2014.

Vi è poi un ulteriore motivo che consente di tenere distinto il principio della *multilevel governance* dal solo partenariato. Per come strutturato nel Codice di Condotta e nei Regolamenti sui Fondi Strutturali e d'Investimento Europei, lo scopo principale del partenariato appare essere quello di tenere insieme le due dimensioni del principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale), mentre il principio della *multilevel governance* sembrerebbe postulare che gli enti locali e regionali non andrebbero inclusi nella stessa categoria della società civile e delle parti economiche e sociali nella definizione e attuazione delle politiche europee, e ciò in quanto soggetti eletti e portatori di interessi generali, direttamente responsabili dinanzi ai cittadini europei.

Così inquadrato, il principio della *multilevel governance* andrebbe dunque identificato non solo nelle norme specifiche che realizzano il partenariato, ma in tutto quell'insieme di regole e di istituti che tessono le relazioni tra le strutture e le funzioni, connesse e complementari, dei diversi livelli di governo nell'ambito dell'attuazione in via amministrativa del ciclo di gestione dei Fondi Strutturali Europei.

Gli strumenti, a tal fine, sono molteplici. Anzitutto, occorre considerare tutte quelle disposizioni normative che realizzano processi decisionali tradizionalmente ascritti alla cd. coamministrazione, ricordando che “con tale qualificazione si indica il fenomeno per cui una funzione pubblica è attribuita sia alla Comunità (in genere alla Commissione), sia all'amministrazione nazionale, in modo che l'attività di un soggetto sia essenziale per l'altro e che sia assicurato il raccordo fra momento della decisione e momento dell'esecuzione. Alla scelta da parte della Commissione segue la concretizzazione da parte dell'amministrazione nazionale e i due momenti non sussistono indipendentemente l'uno dall'altro, con la

⁵⁷ V. artt. 5-6, Regolamento delegato della Commissione n. 240/2014 il recante un codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei.

⁵⁸ V. art. 8, Regolamento delegato della Commissione n. 240/2014 recante un codice europeo di condotta sul partenariato nell'ambito dei fondi strutturali e d'investimento europei.

conseguente creazione di organismi e procedimenti misti”⁵⁹. Con l’ulteriore precisazione che il tasso di sviluppo e di complessità delle interazioni che vorrebbe essere espresso dal principio della *multilevel governance* è tale da distinguersi dallo schema della semplice attuazione di decisioni prese a livello europeo, riguardando invece tutte quelle fattispecie in cui la partecipazione degli enti regionali e locali è realmente in grado di condizionare il risultato finale dell’azione pubblica, o perché coinvolti in processi decisionali di competenza delle autorità europee o statali, o perché direttamente titolari di quel segmento di potere.

In tal senso, sarebbero da considerarsi potenzialmente attuative del principio della *multilevel governance* tutte quelle disposizioni che hanno ad oggetto la ripartizione del potere decisionale tra i diversi livelli di governo (europeo, statale, regionale e locale), gli strumenti di coordinamento fra le singole sequenze procedimentali del complesso sistema di gestione dei Fondi Strutturali Europei, e i meccanismi di risoluzione dei conflitti.

Va inoltre considerato che, al di là di quanto espressamente previsto dalla normativa europea e nazionale concernente tali aspetti, devono necessariamente essere considerati strumenti attuativi del principio della *multilevel governance* anche tutti quegli istituti riconducibili al novero delle fattispecie consensuali, di cui l’Accordo di Partenariato e i singoli programmi operativi costituiscono solo alcune delle possibili manifestazioni.

A tal proposito, giova ricordare come a livello europeo si è soliti distinguere tra ‘contratti’ e ‘convenzioni’ tripartiti di obiettivi fra l’Unione Europea, gli Stati e le autorità regionali e locali⁶⁰, che, pur presentando un regime giuridico in parte analogo⁶¹, differiscono sensibilmente in quanto solo i primi – tra cui rientra l’Accordo di Partenariato – applicano il diritto derivato a

⁵⁹ L. Torchia, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, V, 1997, p. 845 ss., p. 850. Sul concetto di coamministrazione si v. anche C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, Cedam, 1992, p. 174 ss.

⁶⁰ Tale distinzione risale a Commissione europea, *Comunicazione della Commissione, Un quadro per i contratti e le convenzioni tripartiti di obiettivi fra la Comunità, gli Stati e le autorità regionali e locali*, COM 709 def., Bruxelles, 2002.

⁶¹ Si v. N. Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, cit., secondo cui “le due ipotesi convenzionali tuttavia non differiscono sostanzialmente quanto a regime applicabile e a effetti prodotti: tanto i contratti quanto le convenzioni, infatti, sono sottoposti per principio a un obbligo generale di compatibilità con i trattati e, in particolare, non possono in nessun caso creare ostacoli agli scambi intracomunitari e, inoltre, devono essere perfezionati nel rispetto delle norme costituzionali interne degli Stati membri. Sia gli uni che gli altri, peraltro, sono volti a instaurare un impegno contrattuale relativo al raggiungimento di obiettivi chiaramente definiti in anticipo e il più possibile misurabili: ne deriva che contratti e convenzioni devono prevedere in modo esplicito conseguenze di una mancata esecuzione delle clausole concordate nonché, se del caso, i mezzi per farvi fronte” (p. 62).

carattere obbligatorio, mentre le seconde hanno ad oggetto accordi conclusi al di fuori del quadro normativo europeo.

Non va inoltre dimenticato che le varie *species* riconducibili al *genus* delle fattispecie consensuali pubblicistiche possono poi diventare, nel contesto delle politiche di coesione europee, un istituto fondamentale anche in una prospettiva domestica, contribuendo a dare attuazione al principio della *multilevel governance* anche sul piano nazionale⁶². A ben vedere, dunque, qualsiasi disposizione o strumento negoziale europeo (ma anche nazionale) che preveda un coinvolgimento inclusivo e non meramente esecutivo degli enti regionali e locali nelle strutture organizzative e nei processi decisionali concernenti la gestione dei Fondi Strutturali Europei potrebbe dirsi, *lato sensu*, attuativo del principio della *multilevel governance*.

Così inteso, il carattere programmatico del principio della *multilevel governance* esprime dunque non solo la necessità di predisporre – tanto a livello europeo quanto a livello nazionale – una struttura regolatoria volta a realizzare un esercizio più inclusivo dei livelli di governo regionali e locali nelle funzioni pubbliche concernenti i Fondi Strutturali Europei, ma anche la possibilità di ideare e sviluppare forme di cooperazione amministrativa più innovative, qualora queste dovessero risultare in linea con il raggiungimento degli obiettivi legati alle politiche di coesione europee.

⁶² Per una ricognizione di tali strumenti consensuali nei diversi Stati Membri, si v. Comitato delle Regioni, *La creazione di “Patti territoriali europei”: proposta di revisione dei contratti e delle convenzioni tripartiti*, CdR 135/2006, final. Dal punto di vista dell’ordinamento italiano, si fa riferimento ai differenti strumenti per la programmazione negoziata, tra cui le intese istituzionali di programma, gli accordi di programma quadro, i patti territoriali, i contratti di programma e i contratti d’area, previsti da diverse fonti normative (si v. l’art. 1, l. n. 104/1995; l’art. 8, l. n. 341/1995; l’art. 2, co. 203-207, 209, 214, l. n. 662/1996). Tali strumenti sono oggi disciplinati dalla delibera CIPE del 21 marzo 1997, n. 29, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 8 maggio 1997, recante la *Disciplina della programmazione negoziata*. Sempre con riguardo all’ordinamento italiano, si vedano anche i Contratti istituzionali di sviluppo che possono essere stipulati tra il Ministro delegato e le Regioni o le amministrazioni competenti ex art. 6, d.lgs. n. 88/2011, al fine di destinare le risorse del Fondo di coesione assegnate al CIPE.

8. Un esempio pratico: l'attuazione del principio della multilevel governance nell'ambito della Cooperazione Territoriale Europea.

All'interno dell'ampia cornice normativa legata ai Fondi Strutturali Europei e più in generale alle politiche di coesione, un settore nel quale il principio della *multilevel governance* ha trovato particolare attuazione da parte del legislatore europeo è certamente quello della Cooperazione Territoriale Europea⁶³, che com'è noto ha ad oggetto la cooperazione tra enti territoriali infranazionali di Stati membri (e non) differenti.

Nell'ambito di questa, infatti, si è progressivamente assistito ad un percorso che ha visto non solo l'adozione di una cornice normativa specifica⁶⁴ – ciò consentendo “di superare quella specializzazione funzionale che si era in un primo momento affermata tra il diritto dell'Unione europea (cui era rimesso il finanziamento della cooperazione) e la disciplina introdotta nell'ambito del Consiglio d'Europa⁶⁵ (nella quale andava, invece, originariamente ricercata la regolamentazione delle forme organizzative della cooperazione)”⁶⁶ –, ma anche l'introduzione di nuovi strumenti giuridici, quali i Gruppi Europei di Cooperazione Territoriale (GECT)⁶⁷.

⁶³ Cfr. il *Considerandum* n. 4, Reg. (UE) n. 1059/2021, recante disposizioni specifiche per l'obiettivo Cooperazione Territoriale Europea, secondo cui, al «fine di sostenere lo sviluppo armonioso del territorio dell'Unione a diversi livelli, il FESR dovrebbe fornire sostegno alla cooperazione transfrontaliera, alla cooperazione transnazionale, alla cooperazione interregionale e alla cooperazione delle regioni ultraperiferiche nell'ambito dell'obiettivo Interreg. In tale processo, è opportuno tenere conto dei principi di partenariato e di governance multi-livello».

⁶⁴ Il punto di svolta, in particolare, si è avuto con l'adozione, all'interno del pacchetto legislativo dei Fondi Strutturali per il periodo 2014-2020, del Reg. (UE) n. 1299/2013, recante disposizioni specifiche per il sostegno del Fondo europeo di sviluppo regionale all'obiettivo di cooperazione territoriale europea. La diretta conseguenza è stata che, per il periodo di programmazione 2014-2020, il quadro normativo concernente i programmi INTERREG è stato costituito dalla interazione di tre differenti fonti: il Reg. (UE) n. 1303/2013 (che reca disposizioni comuni per tutti i Fondi di Strutturali); il Reg. (UE) n. 1301/2013 (che contiene le disposizioni concernenti il FESR), ed il Reg. (UE) n. 1299/2013 (che prevede disposizioni specifiche concernenti il FESR con riguardo all'obiettivo Cooperazione Territoriale Europea). Tale impostazione è stata mantenuta anche nel nuovo pacchetto di Regolamenti sui Fondi Strutturali Europei, tramite l'adozione del Reg. (UE) n. 1059/2022.

⁶⁵ Il riferimento è, in particolare, alla Convenzione di Madrid del 1980 ed ai suoi tre Protocolli addizionali. Per una ricognizione sul punto si v. M. Vellano, *La cooperazione regionale nell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2014; M. Frigo, *La cooperazione regionale nella Convenzione del Consiglio d'Europa del 1980 e i limiti alla sua attuazione in Italia*, in A. Mattioni e G. Sacerdoti (a cura di), *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali. Relazioni con la Comunità Europea e cooperazione transfrontaliera*, Milano, Franco Angeli, 1995, p. 71 ss.

⁶⁶ S. Carrea, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso del GECT*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 253-254.

⁶⁷ Ciò, in particolare, è avvenuto tramite il Reg. (CE) n. 1082/2006, successivamente modificato dal Reg. (UE) 1302/2013. Per un'approfondita analisi dei GECT, si rinvia agli studi di S. Carrea, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso del GECT*, cit.; I. Ottaviano, *La crisi della*

Tramite questi, infatti, il legislatore europeo ha offerto per la prima volta alle autorità regionali e locali di tutti gli Stati membri uno strumento giuridico in grado di agevolare la realizzazione e la gestione dei programmi di Cooperazione Territoriale Europea tramite la creazione di un organismo comune per la cooperazione dotato di personalità giuridica. Ciò viene realizzato, però, non tramite l'imposizione di una normativa rigida ed estremamente dettagliata, ma attraverso uno strumento giuridico flessibile, in grado di adattarsi ad una pluralità di necessità differenti in fattispecie caratterizzate dalla compresenza di enti territoriali di almeno due Stati diversi.

La normativa europea, in particolare, introduce uno strumento opzionale di diritto dell'Unione Europea⁶⁸ relativamente uniforme, che tuttavia non prevede un regime giuridico completo e autosufficiente per la creazione di organismi per la cooperazione, ma pone il quadro generale, con un insieme di norme sulle quali "si innestano, come ramificazioni di un unico tronco, le disposizioni di diritto nazionale richiamate dal regolamento medesimo"⁶⁹.

Trattasi, inoltre, di un organismo previsto dal diritto europeo, ma non istituito dall'Unione Europea, bensì dai soggetti pubblici che eventualmente decidano di avvalersi dello strumento in esame. Ed infatti, la principale novità della disciplina europea consiste proprio nell'attribuzione direttamente in capo ai potenziali membri, ed in particolare agli enti regionali e locali, di un chiaro ed espresso *diritto* alla creazione di organismi comuni per la cooperazione oltre i confini nazionali, e ciò a prescindere dal fatto che una tale possibilità fosse loro riconosciuta nei rispettivi contesti ordinamentali.

Tale riconoscimento avviene anzitutto attraverso una procedimentalizzazione della fase di costituzione dell'ente, che pur essendo rimessa per certi suoi aspetti alla legislazione nazionale,

territorialità del diritto pubblico nella cooperazione territoriale in Europa: il regolamento (Ue) n. 1302/2013, in A. Di Stefano (a cura di), *Un diritto senza terra? Funzioni e limiti del principio di territorialità nel diritto internazionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 571 ss.; L. Mascali, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale. Introduzione al Regolamento 1082/2006*, Firenze, Editpress, 2010; G. Asaro, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT): quadro normativo e prassi applicativa a 10 anni dall'adozione del Regolamento (CE) n. 1082/2006*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, I, 2017, p. 87 ss. Si v. anche il copioso studio diretto da N. Levrat (a cura di), *Gruppo europeo di cooperazione territoriale – GECT*, realizzato dal GEPE (Group of European Political Studies), reperibile all'indirizzo <http://portal.cor.europa.eu/egtc/en-US/Pages/welcome.aspx>.

⁶⁸ Il *Considerandum* n. 5, Reg. (CE) n. 1082/2006, infatti, così prevede: «L'acquis del Consiglio d'Europa fornisce vari quadri di riferimento e opportunità all'interno dei quali le autorità regionali e locali possono cooperare in contesti transfrontalieri. Il presente strumento non è inteso ad aggirare tali quadri siffatti né a fornire un insieme di norme comuni specifiche che disciplinino in modo uniforme tutti questi accordi in tutta la Comunità».

⁶⁹ S. Carrea, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso del GECT*, cit., p. 37.

risulta comunque sufficientemente delineata nei suoi aspetti principali⁷⁰. In secondo luogo, tramite una – sia pur ampia – delimitazione dei motivi di rifiuto che possono essere opposti da parte delle autorità statali nella fase di approvazione circa la loro partecipazione al Gruppo⁷¹. Ed infine, attraverso un espresso riconoscimento in capo alle autorità regionali e locali del diritto di ricorrere ad un organo giurisdizionale del proprio Stato per la tutela delle proprie prerogative⁷².

Il principale contenuto di tale posizione giuridica, peraltro, sembra consistere nel riconoscimento di un'ampia autonomia ai membri del GECT, in quanto è ad essi che sono rimesse le scelte fondamentali non solo quanto alla costituzione, ma anche con riguardo al funzionamento, ai compiti e agli obiettivi specifici dell'ente⁷³. Allo stesso tempo, tuttavia, non si può fare a meno di constatare un ruolo particolarmente importante riservato, per ciò che concerne la delimitazione del perimetro di tale autonomia, ai singoli ordinamenti giuridici nazionali. In particolare, la circostanza secondo cui ad un GECT possono essere attribuiti solo compiti che rientrano nelle competenze attribuite dal diritto nazionale a ciascun membro⁷⁴ comporta, quale naturale conseguenza, che il contenuto specifico delle attività che un GECT può svolgere dipende in concreto dai soggetti che di volta in volta vogliano servirsi dello strumento in esame, e dal riparto di competenze interne a ciascuno Stato membro.

Coerentemente con quanto emerso nel corso dell'indagine, pertanto, nella disciplina del GECT pare chiaramente confermato come, nonostante gli elementi costitutivi del principio della *multilevel governance* siano rinvenibili nel diritto dell'Unione Europea, esso può però solo aprire degli spazi per una reale e concreta partecipazione degli enti territoriali infranazionali alle politiche di coesione europee, la misura di ciò dipendendo anche dal grado di sviluppo del sistema autonomistico nel contesto ordinamentale domestico.

Parallelamente, però, non può comunque negarsi come la normativa europea concernente i GECT abbia certamente influenzato i sistemi giuridici nazionali. Ciò, del resto, è particolarmente evidente nell'ambito dell'ordinamento italiano⁷⁵, ove prima della introduzione

⁷⁰ Art. 4, Reg. (CE) n. 1082/2006.

⁷¹ Art. 4, par. 3, del Reg. (CE) n. 1082/2006.

⁷² Si veda, in particolare, il secondo periodo dell'art. 15, par. 2, Reg. (CE) n. 1082/2006.

⁷³ Artt. 8, 9, e 10, Reg. (CE) n. 1082/2006.

⁷⁴ Art. 7, par. 2, Reg. (CE) n. 1082/2006.

⁷⁵ Il recepimento da parte dell'ordinamento italiano della normativa sui GECT è stato effettuato con la L. 88/2009. Per un'analisi critica delle modalità di recepimento si v. S. Carrea, *Coordinamento e integrazione tra ordinamenti: il caso del GECT*, cit., p. 139 ss.

del suddetto strumento gli enti regionali e locali non potevano vantare alcuna pretesa alla creazione di un organismo per la cooperazione transfrontaliera⁷⁶.

9. Brevi osservazioni conclusive.

All'esito dell'indagine svolta, pare potersi sostenere che l'ipotesi di ricerca dichiarata in premessa sia stata in larga parte dimostrata. Come si è argomentato, infatti, a partire dall'adozione del Reg. (UE) n. 1303/2013 la nozione di *multilevel governance* ha assunto, per espressa previsione del legislatore europeo, la connotazione di principio giuridico, di cui si richiede il rispetto nelle fasi di programmazione e di attuazione delle politiche finanziate tramite i Fondi Strutturali Europei.

Tuttavia, è volgendo lo sguardo al futuro che potrebbero sorgere alcuni interrogativi sulla sopravvivenza di tale principio. Se infatti non pare revocabile in dubbio che il nuovo Reg. (UE) n. 1060/2021, che abroga il precedente Reg. (UE) n. 1303/2013, ripropone integralmente e con le medesime modalità il principio della *multilevel governance* quale perno dell'attuale ciclo di programmazione dei Fondi Strutturali Europei (2021-2027)⁷⁷ – rendendo l'indagine effettuata con riguardo al precedente assetto normativo di perdurante attualità –, è altrettanto vero che, nella disciplina connessa al cd. *Recovery Fund* (Reg. (UE) n. 241/2021), di tale principio non si fa menzione alcuna.

⁷⁶ Ciò, infatti, era impedito dalla mancata ratifica, da parte dello Stato italiano, dei Protocolli addizionali alla Convenzione di Madrid del 1980. Come indicato da L. Mascali, *L'obiettivo della Cooperazione territoriale europea*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2014, p. 497 ss., però, "il GECT ha idealmente proseguito il "percorso" della Convenzione di Madrid, volto all'ottenimento di un riconoscimento internazionale alle forme di cooperazione originatesi a livello sub nazionale e locale, con tutta la forza derivante dalla copertura del diritto dell'Unione europea. Ciò in quanto la limitazione della sovranità nazionale operata da tutti gli Stati membri in favore della costituzione dell'ordinamento giuridico sovranazionale e la conseguente forza degli atti – specie di natura regolamentare – promanati dal legislatore europeo, conferisce al Regolamento sul GECT una portata dirompente nel panorama dell'evoluzione delle forme di cooperazione territoriale sub statale all'interno dell'Unione europea" (pp. 501-502).

⁷⁷ L'art. 9, par. 2 del Reg. (UE) n. 1060/2021, anch'esso rubricato «Partenariato e governance a più livelli», così recita: «Il partenariato istituito ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo opera in conformità del principio della governance a più livelli e seguendo un approccio dal basso verso l'alto. Lo Stato membro coinvolge i partner di cui al paragrafo 1 nella preparazione degli accordi di partenariato e in tutte le fasi della preparazione, dell'attuazione e della valutazione dei programmi, anche attraverso la partecipazione a comitati di sorveglianza ai sensi dell'articolo 39».

Ed in effetti, non può non notarsi come, anche solo guardando all'ordinamento italiano, le dinamiche di programmazione del ciclo dei Fondi Strutturali 2021-2027 e quelle del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza siano state profondamente diverse: le prime, molto più inclusive dei livelli di governo regionali e locali⁷⁸, anche grazie alla piena operatività, per la prima volta, del *Codice di Condotta sul partenariato*⁷⁹; le seconde, estremamente concentrate a livello statale⁸⁰, e ciò non solo perché mosse dalla necessità di fronteggiare lo stato di emergenza e di rispettare le stringenti scadenze temporali previste per l'attuazione del PNRR, ma anche (se non soprattutto) a causa dell'assenza nelle fonti europee di disposizioni di principio e di dettaglio che garantissero un coinvolgimento delle autorità regionali e locali⁸¹. Se dunque tali modelli di programmazione e di gestione dei fondi di provenienza europea

⁷⁸ La proposta dell'Accordo di Partenariato è stata approvata dal CIPESS con delibera n. 78 del 22 dicembre 2021, dopo l'intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni e pubblicata in GU serie generale n. 94 del 22 aprile 2022. Il 17 gennaio 2022, in conformità agli articoli 10 e seguenti del Reg. (UE) N. 1060/2021, il Dipartimento per le politiche di coesione ha trasmesso alla Commissione europea, secondo le modalità richieste per la notifica formale, la proposta di Accordo di Partenariato della politica di coesione europea 2021-2027 dell'Italia. L'Accordo di partenariato tra Italia e Commissione europea relativo al ciclo di programmazione 2021-2027 è stato infine approvato con Decisione di esecuzione della Commissione Europea n. 4787/2022, il 15 luglio 2022.

⁷⁹ Sul punto cfr. S. Profeti, B. Baldi, *Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 3/2021, p. 432 ss., le quali evidenziano come, non essendo le Regioni, nella logica dei vari Piani di Ripresa e Resilienza nazionali, enti di programmazione analogamente a quanto accade, invece, nell'ambito dei fondi strutturali europei, il Regolamento (UE) N. 241/2021 non ha contemplato alcun obbligo di partenariato verticale nella formulazione degli stessi.

⁸⁰ Sul punto, valgono per tutti le considerazioni espresse in questa Rivista da G. Palombino, *PNRR ed enti territoriali: in particolare, le sfide allo sviluppo per le grandi città metropolitane*, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna online*, n. 2/2022, p. 29 ss. il quale evidenzia come la stesura del PNRR sia stata "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" (p. 38). Per un approfondimento sul ruolo degli enti territoriali nell'ambito del PNRR, si rinvia a L. Ferraro, *Il ruolo del sistema delle autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *I Battelli del Reno*, 2022, p. 3 ss.; S. Profeti, B. Baldi, *Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, cit.; C. B. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi*, n. 24/2022, p. 50 ss.

⁸¹ Gli unici scarni riferimenti alle autorità regionali e locali, comunque privi di vincolatività, sono il *Considerandum* n. 34 del Reg. (UE) n. 241/2021, secondo cui «Le autorità regionali e locali possono essere partner importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti. A tale riguardo, esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale»; e l'art. 18, par. 4, lett. q), secondo il quale «per la preparazione e, ove disponibile, l'attuazione del piano per la ripresa e la resilienza risulta opportuna una sintesi del processo di consultazione, condotto conformemente al quadro giuridico nazionale, delle autorità locali e regionali, delle parti sociali, delle organizzazioni della società civile, delle organizzazioni giovanili e di altri portatori di interessi».

andranno necessariamente a coesistere nel prossimo futuro, ciò che si dovrà attentamente valutare è quello che accadrà tra qualche anno – quando, cioè, l’attuale ciclo di programmazione dei Fondi Strutturali giungerà alla conclusione e vi sarà la necessità di emanare i nuovi Regolamenti Europei in materia –, in particolare verificando se il legislatore europeo riproporrà ancora una volta in tale contesto il principio della *multilevel governance*, così valorizzando e tutelando la posizione degli enti territoriali infranazionali, o se al contrario propenderà verso una disciplina meno inclusiva degli enti di governo infranazionali, come quella dettata in via emergenziale per contrastare gli effetti negativi della pandemia nell’ambito degli interventi finanziati con le risorse del *Recovery Fund*.

Abstract: Lo studio si propone di ripercorrere l’evoluzione della nozione di *multilevel governance*, che, inizialmente utilizzata in chiave descrittiva, parrebbe esser divenuta in seguito un vero e proprio principio giuridico, indagando le ragioni alla base di tale trasformazione. In particolare, dopo aver ricostruito la sua evoluzione nell’ambito delle scienze politiche, l’analisi si concentra sui profili più strettamente giuridici della *multilevel governance*, ponendo l’accento sulla progressiva inclusione di tale espressione dapprima nel dibattito istituzionale, e successivamente all’interno degli atti normativi dell’Unione Europea.

Abstract: The paper aims to reconstruct the evolution of the notion of multilevel governance, which, born as a descriptive formula, seems to have later become a legal principle, investigating the causes of such transformation. More specifically, after tracing the evolution of the concept in the field of political science, the study focuses on the strictly legal aspects of multilevel governance, by analysing the progressive inclusion of this expression at first in the political debate, and afterwards in the legislative acts of the European Union.

Parole chiave: multilevel governance – politiche di coesione – fondi strutturali – cooperazione territoriale – GECT.

Key words: multilevel governance – cohesion policy – structural funds – territorial cooperation – EGCT.

L'ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA: NORME COSTITUZIONALI E LEGISLAZIONE DI CONTORNO. STUDIO COMPARATO DI ESPERIENZE DI DEMOCRAZIA EUROPEA*.

di Chiara A. d'Alessandro **

Sommario. 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'elezione diretta del Presidente della Repubblica francese: *chef de voûte* del sistema istituzionale. – 3. Candidabilità e filtro istituzionale: il *parrainage*. – 4. La regolamentazione dei media e del finanziamento della campagna elettorale. – 5. Il caso portoghese. Dalla rivoluzione dei garofani all'elezione diretta del Presidente della Repubblica. Un ruolo di compromesso e a gerarchia variabile. – 6. L'elezione diretta del Presidente tra Costituzione e legislazione di contorno. Il tormentato caso dell'elettorato attivo e passivo in un paese ex coloniale. – 7. Le *apresentações de candidaturas*. – 8. Regolamentazione dei media e finanziamento della campagna elettorale. – 9. Il Presidente della Repubblica federale austriaca. Una storia complessa. – 10. Il presidente della Repubblica austriaca tra teoria e prassi. – 11. L'elezione diretta del Presidente austriaco. Costituzione legislazione e di contorno. – 12. Candidatura, filtro delle *Unterstützungserklärungen* e il ruolo dei partiti. – 13. La disciplina dei media e del finanziamento della campagna elettorale. – 14. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

L'accoglimento della domanda di democrazia che si riassumeva nello storico slogan: *one man, one vote, one value*, forse non può dirsi aver assunto nel secolo XX una dimensione pressoché universale¹, come all'inizio di questo millennio, e dopo la stagione del 1989, era possibile ottimisticamente ipotizzare. Non vi è dubbio, tuttavia, che la democrazia elettorale possa considerarsi un processo compiuto e stabilizzato nella stragrande maggioranza dei paesi della Comunità europea² così come quelli – caratterizzati ormai da una consolidata esperienza democratica – che si prenderanno in comparata considerazione giuridica in questo lavoro. Scopo di questo studio è infatti quello di indagare non certo la

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatrice di Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Federico II.

¹ F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, 2004, p. 130

² Non è un caso che si parli di un vero e proprio “patrimonio elettorale europeo” (N. Lupo, *Sistema elettorale e legislazione di contorno. Considerazioni conclusive*, in AA.VV. *Le evoluzioni della legislazione elettorale di contorno*, Milano, 2011, p. 431). Proprio attorno a tale patrimonio, nonché alle “tradizioni costituzionali comuni”, il Consiglio d'Europa ha ritenuto di costituire nel 1990, all'immediato ridosso della grande stagione democratica del 1989, una propria *European Commission for Democracy through law*, c.d. Commissione di Venezia, atta a porre a disposizione delle nuove nascenti democrazie europee il patrimonio di prassi democratiche accumulate nell'Europa occidentale. La Commissione ha significativamente elaborato un proprio “Codice di buone pratiche elettorali” incentrato sulla legislazione di contorno. Tale codice è entrato, altresì, come rilevante riferimento per significative sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

legittimità dei meccanismi elettorali dal punto di vista della democrazia, quanto lo specifico tema dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica, in tre ordinamenti europei, Austria, Francia e Portogallo, anche e soprattutto con riferimento a quella legislazione che, con espressione vagamente svalutativa, viene detta *di contorno*.

Si tratta invero, ad avviso di chi scrive, di un tema di crescente e centrale interesse scientifico, specie per il giurista comparatista. Ed infatti non può negarsi che l'attenzione degli studiosi di diritto pubblico, specie in Europa, si è concentrata soprattutto sulla legislazione riferita ai sistemi elettorali relativi alle Assemblee legislative, interessandosi assai meno a quella relativa all'elezione diretta del Capo dello Stato³. Una scarsa attenzione giustificata, tra l'altro, da un dato quantitativo e storico di non poco conto: all'uscita dalla II Guerra mondiale, la sola costituzione austriaca prevedeva, sin dal 1929, la elezione diretta del Presidente della Repubblica. Elezioni dirette, quelle austriache, che, peraltro, per le drammatiche vicende della sua storia, come vedremo, si tennero in realtà per la prima volta solo nel 1951. All'Austria si aggiunse, nel 1962, la Francia, mentre l'esperienza di elezione diretta portoghese maturò nel 1976⁴. Anche per questa ragione si è scelto di concentrare l'attenzione di questo lavoro su questi tre paesi: quelli che in Europa hanno una più consolidata tradizione di elezione diretta del Capo dello Stato, così da risultare di maggiore interesse anche ai fini di possibili riflessioni *de iure condendo*.

In tale contesto di scarsa attenzione per il *piatto forte* dell'elezione presidenziale appare altresì comprensibile la ancor minore considerazione per la relativa legislazione “di contorno”⁵. Eppure non vi è dubbio che se il diritto (più o meno esteso per età, per censo, per sesso...) a partecipare al voto è stato il principale tema del dibattito giuridico politico relativamente all'organizzazione della democrazia all'incirca fino ai primi anni successivi alla I Guerra Mondiale e, poi, quello sui sistemi di voto lo è stato nel periodo intercorrente tra le due guerre e nel primo decennio succeduto alla II Guerra Mondiale, i principali temi di discussione giuridico-politica negli stati democratici relativi a quella espressione di volontà politica che chiamiamo voto, attengano proprio alla c.d. legislazione di contorno.

³ In tal senso, V. Moreira, 1944 – *A eleição direta do Presidente da República na história constitucional portuguesa*, in V. Moreira, J. Domingues (coord.), *Dois séculos constitucionalismo eleitoral em Portugal, 1820-2020, Atas de conferencia*, Lisbona, 2021, p. 479.

⁴ Solo oltre dieci anni dopo (1989) si aggiunsero numerosi paesi dell'ex blocco comunista (Russia, Bulgaria, Cecoslovacchia, Slovenia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Ucraina). Tutti paesi, questi ultimi, tuttavia dotati di una propria diversa tradizione e storia trattandosi di Stati fino a quel momento a partito unico.

⁵ La scherzosa metafora tra “piatto forte” (la legislazione elettorale in senso stretto) e alimento di contorno (legislazione di contorno) si deve a N. Lupo, in *Sistema elettorale e legislazione di contorno*, cit., p. 419. Egli parla altresì di un sistema a cerchi concentrici.

Si è soliti intendere quest'ultima come il momento che “investe la fase preparatoria della votazione e quella successiva e si allarga alla regolamentazione dei soggetti politicamente rilevanti”⁶. Ed infatti è proprio tutto il complesso degli atti funzionali, che presiedono alla *gestazione* della decisione elettorale, e *l'ambiente* in cui la decisione matura e si esprime, che costituisce come un sistema complesso ed in continuo cambiamento, non ultimo per effetto dell'evolversi, tra l'altro in un contesto di globalizzazione, anche dal punto di vista tecnologico dei sistemi comunicativi e finanziari e della loro capacità di incidere, in maniera a volte determinante, sulla democraticità delle decisioni elettorali coinvolte.

Ogni sistema elettorale ha un suo *nocciolo duro* che è costituito dalla vera e propria formula matematica atta a trasformare i voti in seggi, ma tutt'intorno ad essa vi è un ecosistema di norme e principi che contribuiscono in maniera non meno rilevante alla concreta determinazione di quello specifico sistema elettorale. Un insieme di norme che in ogni ordinamento politico può essere più o meno ampio, in quanto relativo a tematiche assai diversificate, che possono andare dalla essenziale individuazione delle regole per l'elettorato attivo e passivo, a quelle sull'ineleggibilità, incandidabilità e incompatibilità, fino ad arrivare alla disciplina che determina il minore o maggiore apporto di denaro nella campagna elettorale, e alla più attuale, e sempre bisognosa di aggiornamento, disciplina sulla regolamentazione dei media o delle quote di genere, così come alla delicata questione della determinazione, più o meno ampia, dei collegi elettorali che può condurre a esiti molto diversi in termini di distribuzione del voto, non senza sospetti, per qualche caso, di discriminazione (es. il c.d. *gerrymandering*⁷). Si tratta di una disciplina considerata *dal grande pubblico*, dai mass media e dalla dottrina stessa, di minore interesse perché di natura prevalentemente tecnica e che, tuttavia, contribuisce, alla stessa stregua del meccanismo di traduzione dei voti in seggi, a determinare anche la qualità democratica del sistema⁸.

Ciononostante, è proprio nell'insieme di queste regole che si celano le potenziali maggiori insidie in termini di democraticità. Basti pensare alle regole di maggiore o minore intensità sulla segretezza del voto, a quelle – a lungo molto attuali in Italia – sul conflitto di interessi, ovvero, in relazione all'elezione di un organo monocratico, alla disciplina più o meno

⁶ F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, cit. p. 196.

⁷ S. Wolf, *Race IPSA: Vote dilution, racial gerrymandering, and the presumption of racial discrimination*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics, & Public Policy*, vol. 11, april 2014, pp. 225-246; per un commento all'ultima decisione con cui la Corte Suprema statunitense è tornata ad occuparsi, più di recente, della questione razziale legata al *gerrymandering*, si veda, L. Trucco, *A volte ritornano: la Corte Suprema Usa alle prese con il gerrymandering*, in *DPCE online*, n. 2/2017, pp. 421-424.

⁸ F. Lanchester a tal proposito sostiene che il sistema elettorale nel suo complesso costituisce la spia dell'effettivo inveramento del precetto della sovranità popolare, cfr. ID., (voce) *Voto*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, 1993, p. 25.

stringente sulle cause di ineleggibilità e incompatibilità o sul numero di mandati consecutivi, atta a evitare un'eccessiva concentrazione di potere proprio in capo all'organo monocratico.

Non vi è dubbio che, anche la c.d. legislazione elettorale di contorno offre un suo contributo a quella ancora attuale distinzione sui sistemi elettorali, di Leopoldo Elia, tra sistemi equilibrati e squilibrati, intendendo con questi ultimi quei sistemi che non sono in grado in maniera adeguata di svolgere la funzione per cui sono stati pensati, cioè di ricomposizione del pluralismo politico.

È per queste ragioni che tale legislazione, tra l'altro contenente in sé, nel caso dell'elezione diretta del Capo dello Stato, anche la delicatissima individuazione dei soggetti abilitati, nei diversi ordinamenti, all'avanzamento delle candidature (cittadini, partiti, *grandi elettori...*), si rivela sempre più come il versante costantemente dinamico e di *manutenzione* di quella legislazione elettorale che, non a caso e non a torto, è stata definita la vera *grundnorm* delle costituzioni materiali odierne⁹. Essa, posta com'è, sempre più, a *guardia* dei possibili inquinamenti comunicativo-finanziari dell'ecosistema elettorale, si rivela essenziale nelle società pluraliste ed in evoluzione nelle quali, a fronte delle inevitabili disuguaglianze, deve assicurare – per via di legge – eguaglianza sostanziale di *chances* ai candidati dimostrando. Essa si rivela dunque, ad avviso anche della dottrina, “essere almeno altrettanto essenziale, ai fini del mantenimento del sistema democratico e altresì allo scopo di sagomare il quadro politico rispetto al sistema elettorale in senso stretto”¹⁰.

In questo quadro si inserisce la riflessione attorno alla quale si sviluppa questo lavoro, vale a dire una analisi prevalentemente sulla legislazione che fa da sfondo all'elezione diretta del Capo dello Stato in alcuni di quegli ordinamenti definiti tradizionalmente dalla scienza giuridica come semipresidenziali, vale a dire Francia, Portogallo e Austria. Tralasciando, tuttavia, in questo contesto le riflessioni della dottrina, italiana ed europea, sui contorni di questa categoria quale forma di governo, spesso sfumati e troppo labili, in questa sede ci si soffermerà su quei sistemi accomunati da quei punti di contatto che costituiscono i presupposti minimi per la definizione della categoria come semipresidenziale. Vale a dire, anzitutto, e preliminarmente, l'elezione diretta a suffragio universale del Capo dello Stato, cui si affianca il potere di nomina di quest'ultimo del Capo del Governo – seppure, come è

⁹ Cfr., T.E. Frosini, *Il Metodo*, in T.E. Frosini (a cura di), *Diritto Pubblico Comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2022, p. 25.

¹⁰ N. Lupo, *Sistema elettorale e legislazione di contorno*, cit., p. 431.

noto, con margini di autonomia ben diversi tra loro, insieme con il c.d. meccanismo di doppia fiducia dell'Esecutivo, nei confronti, cioè, sia del Parlamento, anzitutto, che del Presidente della Repubblica¹¹.

Una riflessione di questo tipo condotta, dunque, non sull'elezione di un'Assemblea, ma di un organo monocratico si rivela costituire un sentiero poco battuto dalla scienza costituzionale comparata, in quanto probabilmente considerato un tema giuridico meno complesso, perché legato a una formula elettorale, quale quella dell'elezione di un organo monocratico, più agevole.

L'elezione dell'organo di vertice del sistema è, tuttavia, accompagnata in tutti e tre questi ordinamenti da una normativa specifica che solo in alcuni casi, e con riferimento a specifici elementi, si conforma a quella più generica relativa all'elezione dell'organo assembleare. Tale disciplina, che non gode dello stesso grado di dettaglio nei tre sistemi qui presi in considerazione, procede dalle condizioni imposte dal sistema per presentare una candidatura alla presidenza, che si vanno ad aggiungere alla titolarità dell'elettorato passivo, e che – come vedremo – solo in alcune circostanze possono realmente essere considerate un *filtro* al potenziale proliferare di candidature diverse, alla disciplina sul finanziamento della campagna elettorale, alle regole, laddove previste, sulla propaganda elettorale, con specifico riferimento alla regolamentazione dei mass media.

Si cercherà di comprendere se in che misura l'insieme di queste regole, così come congegnate nei singoli sistemi, siano il frutto, o in qualche caso concausa, dello specifico atteggiarsi della forma di governo in quell'ordinamento, soprattutto con riferimento

¹¹ Cfr., M. Rebelo de Sousa, *O Sistema de Governo Português*, 4° ed., Lisbona, 1992, p. 14. Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11° ed., Paris, 1970, pp. 277 ss.; riflessione ampiamente sviluppata dallo stesso autore anche successivamente, *ex multis*, ID, *La nozione di regime «semipresidenziale» e l'esperienza francese*, in *Quad. cost.*, 1983, p. 259 ss. È ben noto come da quando Duverger ha condotto per la prima volta la sua riflessione sul sistema francese, la formula “semipresidenziale” ha avuto la sua “fortuna” ed è stata oggetto di riflessione della più autorevole dottrina. Si vedano, senza pretesa di esaustività, S. Ceccanti, O. Massari e G. Pasquino, *Semipresidenzialismo. Analisi delle esperienze europee*, Bologna, 1996; sulla circolazione del modello semipresidenziale, v., A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e “circolazione” del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997; L. Pegoraro e A. Rinella, *Semipresidenzialismi* (a cura di), Padova, 1997; L. Mezzetti, V. Piergigli, (a cura di), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997; C. Fusaro, *Le radici del semipresidenzialismo. Viaggio alle origini di un modello cui si guarda in Italia*, Catanzaro, 1998; J.-C. Colliard, *Sur le qualificatif de semi-présidentiel*, in *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 229 ss.; M. Volpi, si è a lungo occupato della definizione di questa forma di governo e della sua possibile circolazione in altri ordinamenti, si cita qui, per tutti, ID, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, p. 185 ss. A proposito della fortuna che il modello ha avuto fuori dall'Europa, V.R. Elgie, propone una riflessione in cui qualifica come semipresidenziali qualunque sistema in cui vi è l'elezione diretta del Presidente, cfr. ID., *What is semi-presidentialism and where is it found?*, in V.R. Elgie, S. Moestrup (eds), *Semi-presidentialism outside Europe. A comparative study*, London-New York, 2007.

all'effettivo peso politico e istituzionale del Presidente della Repubblica, senza trascurare il ruolo che i partiti politici giocano nel determinarsi di queste condizioni.

2. L'elezione diretta del Presidente della Repubblica francese: *chef de voûte* del sistema istituzionale.

Appare opportuno iniziare questo studio comparato con l'analisi della disciplina *di contorno* all'elezione del Presidente della Repubblica in Francia, che si rivela tra quelle esaminate, la più articolata e ricca di spunti.

È noto come fino al 1958, l'inquilino dell'Eliseo venisse eletto, ancora nell'ottica di una Repubblica parlamentare, da uno specifico collegio costituito da circa 80.000 grandi elettori (tra deputati, senatori, consiglieri generali, membri delle assemblee dei territori *d'outre-mer*, rappresentanti dei collegi municipali). Egli, tuttavia, doveva ottenere per poter essere candidato, ai sensi dell'art. 1 dell'ordinanza n. 58-1064 del 1958, ed è questa l'origine prima dell'istituto del *parrainage* di cui si parlerà più avanti, il sostegno preventivo di almeno 50 tra gli 80.000 elettori¹². Si trattava di una soluzione di compromesso tra i sostenitori del sistema repubblicano tradizionale, che avrebbe previsto l'elezione del Capo dello Stato da parte di Assemblee parlamentari, e quelli che invece appoggiavano la realizzazione di un Capo dello Stato affrancato dal Parlamento e responsabile politicamente solo davanti al corpo elettorale¹³.

Non occorre qui ricordare quanto il referendum popolare del 28 ottobre 1962, che condusse all'introduzione dell'elezione diretta del Capo dello Stato, fosse il completamento del disegno fortemente voluto, e già anticipato nel celebre discorso di Bayeux¹⁴, dal Generale De Gaulle, il quale portava, in tal modo, a compimento il disegno di un presidente che fosse la *clef de voûte des institutions*. Quello a cui la V Repubblica ha dato vita, in specie dopo

¹² Al momento della prima elezione presidenziale nel dicembre 1958 solo 3 candidati ottennero tale sostegno tra cui, naturalmente, Charles De Gaulle che fu eletto Presidente al primo scrutinio con più del 78% dei voti. Nessuna particolare condizione di eleggibilità era richiesta, invece, nella II Repubblica e neppure nelle due successive. Occorre ricordare che nella II Repubblica era previsto il suffragio universale diretto per l'elezione del Presidente della Repubblica. Fu questa l'elezione in cui fu eletto Luigi Napoleone Bonaparte, il quale poi, con il colpo di Stato del dicembre 1851, si proclamò imperatore, dando inizio al II Impero. Proprio questo precedente ha dato origine alla lunga resistenza del sistema istituzionale francese a riassumere la modalità per l'elezione diretta per il Presidente della Repubblica.

¹³ Sul punto, M. Frangi, *Le Président de la République. Arbitrer, diriger, négocier*, Paris, 2018, p. 23.

¹⁴ Si tratta del celebre discorso pronunciato a Bayeux il 17 giugno 1946, in cui De Gaulle rivelava una concezione del ruolo del Capo dello Stato che prefigurava ampiamente gli avvenimenti che si sarebbero poi succeduti negli anni successivi.

il referendum del 1962, è, dunque, un sistema con un Presidente della Repubblica dotato di importanti attribuzioni politiche e istituzionali, svincolato dalla responsabilità di fronte al Parlamento, ma dotato della massima legittimazione politica grazie proprio all'elezione diretta¹⁵ del Presidente, che si rivela essere il momento decisivo delle scelte politiche dell'intero Paese. A un siffatto Capo dello Stato si giustappone un Governo legato a doppio filo ad un rapporto di fiducia sia con il Parlamento che, fatta eccezione per l'ipotesi di coabitazione¹⁶, con il Presidente che lo nomina.

È, peraltro, noto come il sistema francese abbia reagito al verificarsi dell'ipotesi di coabitazione, ritenuta innaturale rispetto al complessivo assetto istituzionale. Ciò è avvenuto con la revisione costituzionale n. 964 del 2000 e con la legge organica n. 419 del 2011 che, rispettivamente, tramite l'equiparazione della durata della carica presidenziale a quella della legislatura, e l'inversione del calendario elettorale, in modo che l'elezione dell'Assemblea legislativa sia successiva a quella del Presidente ma molto ravvicinata nel tempo, hanno reso più difficile il realizzarsi di nuove ipotesi di *cohabitation*¹⁷.

Si tratta, in definitiva, di sistema che delinea i tratti di una forma di governo che gli stessi Francesi fanno fatica a definire, tra la nota ipotesi di un semipresidenzialismo, quella di semiparlamentarismo o addirittura di un presidenzialismo¹⁸

¹⁵ Le norme della Costituzione francese in riferimento ai poteri del Presidente della Repubblica prevedono, in effetti, che questi siano di due tipi: quelli *propri* da esercitare senza la controfirma ministeriale (artt. 8, 11, 12, 16 etc.) e quelli, invece, *condivisi* con il Primo Ministro per i quali è, al contrario, necessaria la controfirma di quest'ultimo (art. 19). Il Primo Ministro è legato, a sua volta, da un vincolo di fiducia con l'Assemblea Nazionale. Per una analisi dei poteri *propri* e di quelli *condivisi* del Presidente della Repubblica francese si vedano, almeno, S. Bolle, *Il Presidente della Repubblica*, in S. Ceccanti (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica francese*, Torino, 2018, p. 121 ss.; R. Casella, *Il monarca repubblicano. La figura del capo dello stato nell'evoluzione costituzionale francese dalla grande révolution alla Quinta repubblica*, Napoli, 2009, p. 335 ss.

¹⁶ Sugli esiti, invece, della coabitazione in punto di forma di governo, *ex multis*, M. Volpi, "Cohabitation" e sistema politico, in *Pol. del dir.*, 1986, p. 717 ss.; R. Iaselli, *La coabitazione in Francia e le sue conseguenze politico-istituzionali (1986-1988)*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 183 ss.; M. Calamo Specchia, *I mutamenti costituzionali informali in Francia: un epifenomeno alla ricerca di una proiezione giuridica?* in *DPCE*, 2009, p. 1699 ss.; più di recente cfr. M. Calamo Specchia, *Una rilettura del ruolo del Presidente della Repubblica in Francia: da De Gaulle a Macron la prova di resistenza delle istituzioni golliste*, in *DPCE online*, n. 1/2018, pp. 11-42; A. Deffenu e F. Laffaille, *L'iper-presidenzialismo debole. Una rilettura della V Repubblica francese, tra stratificazione interpretative e violazioni costituzionali*, in *Federalismi.it*, 6 febbraio 2019.

¹⁷ Sul punto, O. Duhamel, *Le Quinquennat*, Paris, 2000, *passim*; R. Casella, *La riforma del calendario elettorale e le nuove prospettive della Quinta Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 3/2001, p. 557-556; M. Calamo Specchia, *Les trois âges del settennato*, Torino, 2002, *passim*. È noto come, in realtà, in coincidenza delle elezioni legislative 2022 si sia, in dottrina come in politica, a lungo dibattito del rischio del verificarsi di una nuova coabitazione, tanto che lo stesso esponente del partito *France Insoumise*, Jean Luc Mélançon, aveva addirittura dichiarato di voler "imporre" allo stesso Macron una coabitazione, candidandosi a Primo Ministro. L'ipotesi non si è, in effetti, verificata, pur avendo il partito del Presidente rieletto, ottenuto una maggioranza piuttosto risicata.

¹⁸ A tal proposito, G. Tusseau sostiene, piuttosto emblematicamente, che la "V Repubblica è, a un tempo, parlamentare e presidenziale. Ma, al contempo, essa non è né parlamentare né presidenziale" (G. Tusseau, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Parigi, 2022, p. 677). È ben noto come la qualificazione in "semipresidenziale" sia ad opera di Maurice Duverger, *Le système politique français*, Parigi, 19° ed., 1986.

Il nucleo essenziale della normativa elettorale presidenziale francese è attualmente posto dagli articoli 6 e 7 della Costituzione¹⁹. Lo stesso art. 6 della Carta Fondamentale riserva, tuttavia, alla legislazione organica la definizione delle modalità concrete di attuazione della normativa costituzionale. In questo quadro si inserisce, dunque, la legge organica n. 62-1292 del 1962. Quest'ultima, più volte modificata negli anni²⁰, a suo tempo nata allo scopo di introdurre nel sistema francese l'elezione diretta del *President de la République*, contiene, altresì, le regole fondamentali della normativa elettorale in tema di elezione del Capo dello Stato.

È, tuttavia, la stessa legge organica n. 62-1292 del 1962, *relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel*, a rinviare alla legislazione ordinaria per l'individuazione delle condizioni di eleggibilità alla carica di Presidente della Repubblica. Si tratta, in sostanza, delle medesime disposizioni generali in materia di elettorato attivo e alle cause di ineleggibilità previste per i deputati, dettate dal *Code Électoral* agli artt. 1-7 e 40-45²¹. Ne consegue, dunque che per essere candidati alla Presidenza della Repubblica è necessario avere la qualità di elettore, essere cittadini francesi, aver compiuto i 18 anni di

Olivier Duhamel, lo qualifica, invece, come “presidenzialista” in assenza di coabitazione, cfr. ID., *Histoire Constitutionnelle de la France*, Paris, 1995. Sulla natura della forma di governo francese si vedano, altresì, senza pretesa di esaustività, J.J. Chevallier, G. Carcassonne e O. Duhamel, *La Vème République (histoire des institutions et des régimes politiques en France)*, Paris, 2001, in partic. p. 107 ss.; P. Jan, *Le président de la République au coeur du pouvoir, La documentation française*, 2011. L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux e G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, Paris, 2017; F. Luchaire, G. Conac e X. Pretot (a cura di), *La Constitution de la République Française: analyses e commentaire*, III ed., Paris, 2008; P. Avril, *Le régime politique de la Vème République*, 4° ed., Paris, 1979; R. Moulin, *Le présidentialisme et la classification des régime politiques*, Paris, 1978; J. Giquel, *Essai sur la pratique de la Vème République*, 2° ediz, Paris, 1977. Nella dottrina italiana D. Amirante, *Il semipresidenzialismo “alla francese”: un modello di successo*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forme di governo: modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, p. 19. L'A. ricorda come proprio le difficoltà di classificazione di questa forma di governo derivino dalla combinazione di elementi tipici del parlamentarismo (es. rapporto di fiducia) con caratteristiche del presidenzialismo senza, tuttavia, che queste siano accoppiate a una separazione strutturale dei poteri. Ancora cfr., M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, p. 185 ss.; ID, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna 2014, p. 55 ss.; R. Casella, *Il monarca repubblicano.*, cit. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, p. 185 ss.; ID, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, 2014, p. 55 ss.; R. Casella, *Il monarca repubblicano*, cit.

¹⁹ L'art. 34 della Costituzione rinvia, invece, per l'individuazione della disciplina relativa all'elezione delle assemblee parlamentari alla legge ordinaria. Tale disciplina è attualmente contenuta nel *Code Électoral*.

²⁰ Da ultimo, la legge organica 29 marzo 2021 *Portant diverses mesures relatives à l'élection du Président de la République*, in previsione delle elezioni presidenziali 2022, ha introdotto, senza alternarne l'impianto complessivo, diverse novità. Alcune di esse perseguono l'obiettivo di contribuire a combattere il crescente astensionismo con provvedimenti quali l'introduzione del voto per corrispondenza per i detenuti che non hanno perso i diritti civili e politici, e l'eliminazione del vincolo di iscrizione nella lista elettorale del medesimo comune tra mandante e mandatario nell'ambito dell'esercizio del voto per procura. Più nel dettaglio, sul complesso delle novità introdotte dalla legge organica 29 marzo 2021, si veda L. Garcia, *Modernisation, sécurisation, participation du scrutin présidentiel: entre bon sens, excès de prudence et paradoxe*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n.129/2022, pp.193-205.

²¹ Si tratta di una scelta che può apparire, in effetti, sorprendente considerata la rilevanza e specialità di queste elezioni.

età, soglia, quest'ultima, peraltro precedentemente fissata a 23 anni e poi abbassata con la legge organica n. 2011-410 del 2011. È necessario, inoltre, godere dei diritti civili, essere in regola con gli obblighi relativi al servizio nazionale, e non aver riportato condanne che comportino l'interdizione dai pubblici uffici.

La revisione costituzionale n. 2008-724²², ha altresì, introdotto, relativamente alla carica di Presidente, il limite dei due mandati consecutivi. Il controllo sulla sussistenza di eventuali cause di ineleggibilità è demandato al *Conseil Constitutionnel*, in qualità di *juge électoral*.

3. Candidabilità e filtro istituzionale: il *parrainage*.

Con l'introduzione nel 1962 dell'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica, di pari passo alla accresciuta rilevanza politico e istituzionale della figura di quest'ultimo, si amplifica, altresì, l'importanza del relativo momento elettorale e, di conseguenza il numero di pretendenti a tale incarico. Ed è così, dunque, che diviene più forte l'esigenza di mantenere un filtro affinché le candidature risultino *serie*. La legge organica 62-1292 introduce, dunque, l'obbligo, per potersi candidare alla carica più importante del Paese, di un numero di 100 *soutiens* da parte di eletti abilitati. Successivamente, con la legge organica n. 76-527 del 1976, data la scarsa efficacia deterrente del meccanismo allora vigente²³, venne innalzato il numero di *présentations*, a 500²⁴.

È questa la condizione sicuramente più caratterizzante della disciplina di contorno francese e costituisce, pur nelle somiglianze con altri sistemi, un *unicum* nel suo genere: si tratta del

²² Si tratta della riforma generata dalla *Loi Constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008 (*Modernisation des institutions de la Vème République, dont QPC*), che ha apportato importanti modifiche a tutto l'assetto istituzionale della *République*. Sul punto si rinvia, ai numeri dedicati alla riforma costituzionale della *Revue Française de droit public*, *La révision constitutionnelle de juillet 2008*, 2/2009, n. 78; *Les dix ans de la révision constitutionnelle de 2008*, 4/2018, n. 116. Si vedano, altresì, P. Costanzo, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009. M. Cavino, A. Di Giovine e E. Grosso (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010.

²³ Sull'inadeguatezza del sistema prima della legge del 18 giugno 1976, si vedano J. Latscha, *Une Réforme Constitutionnelle Nécessaire-Note sur les lacunes du régime d'élection à la présidence de la République*, in *Revue française de science politique*, 1966, vol. XVI, p. 1107; P. Avril, *Aspects juridiques de l'élection présidentielle des 5 et 19 mai 1974*, in *Revue de droit publique*, 1974, pp. 1106-1110.

²⁴ Per una descrizione dettagliata dell'evoluzione del meccanismo di *présentation* dei candidati all'elezione presidenziale, cfr. J-P. Camby, *Le conseil et les cinq cents: les parrainages des candidats à l'élection présidentielle*, in *Revue du Droit Public*, 2002, pp. 595-617; E. Carpentier, *La procédure de présentation des candidats à l'élection présidentielle: le paradoxe de la démocratie*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 51/2002, pp. 619-628; P. Grosieux, *Le parrainage de prétendants à l'élection présidentielle: simple formalité juridique?*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 59/2004, pp. 567-594.

c.d. *parrainage*. Tale *sostegno* o *patrocinio*, come pure è stato tradotto il termine in italiano²⁵, è previsto dall'art. 3 della citata legge organica del 1962. La norma stabilisce che per candidarsi ufficialmente alle elezioni presidenziali è necessario depositare, presso il *Conseil Constitutionnel*, almeno 500 *présentations*, da parte di soggetti che già ricoprono cariche elettive. In effetti, dunque, il termine *parrainage* è improprio, seppure ormai ampiamente utilizzato nel linguaggio comune. Tale meccanismo, da sempre oggetto di vivace dibattito in dottrina, e non solo²⁶, persegue lo scopo di prevedere un vero e proprio filtro alle candidature.

Ma chi sono coloro che possono fornire questo sostegno? Tale ruolo è affidato ai *parrains*, vale a dire una lista di soggetti già eletti che sono abilitati a manifestare il proprio sostegno politico, attraverso il *parrainage*, a uno dei candidati in corsa per le future elezioni. Si tratta di un elenco particolarmente ampio che è andato, via via, estendendosi negli anni²⁷. Gli eletti abilitati sono attualmente circa 42.000, vale a dire un numero tale che in teoria sarebbe ipotizzabile un sostegno fino ad oltre 80 candidati. Di questa lista fanno parte, parlamentari, consiglieri regionali, consiglieri dipartimentali, compresi i *départements d'outre-mer* (Guyane, Martinique, Guadalupe, etc.), parlamentari europei, e, soprattutto, sindaci (compreso i sindaci degli arrondissement di Parigi, Marsiglia e Lione). Proprio i sindaci, infatti, attualmente costituiscono un *bataillon* di ben 34.000 potenziali *presentateurs*, elemento che conferisce, naturalmente, anche ai primi cittadini di Comuni molto piccoli una notevole attribuzione di carattere giuridico e istituzionale. Allo scopo, poi, di evitare candidature territoriali e per fare in modo che esse conservino un carattere nazionale, ai

²⁵ La traduzione di *parrainage* in «"patrocinio"» è di R. Casella, *La presentazione delle candidature presidenziali in Francia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 luglio 2012.

²⁶ Il sistema è, infatti, spesso giudicato addirittura "discriminatorio e antidemocratico", cfr. P. Esplugas, *Election présidentielle de 2007 et démocratie*, in *Pouvoirs*, n. 122/2007, p. 143. Si veda inoltre, W. Mastor, *Les droits du candidat à l'élection présidentielle*, in *Pouvoirs*, n. 122, 2007, p. 40; M.R. Donnarumma, *Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 93/2013, pp. 37-66.

²⁷ Da ultimo ad opera della legge organica n. 221-335 del 2021, che ha modificato ampliandola la lista dei potenziali «présentateurs» di cui all'art. 3 della legge del 6 novembre 1962. Quest'ultima individua i soggetti legittimati ad essere *parrains* nei «membres du Parlement, des conseils régionaux, de l'Assemblée de Corse, des conseils départementaux, du conseil de la métropole de Lyon, de l'Assemblée de Guyane, de l'Assemblée de Martinique, des conseils territoriaux de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, du Conseil de Paris, de l'assemblée de la Polynésie française, des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna, maires, maires délégués des communes déléguées et des communes associées, maires des arrondissements de Paris, de Lyon et de Marseille, conseillers à l'Assemblée des Français de l'étranger ou présidents des conseils consulaires. Les présidents des organes délibérants des métropoles, des communautés urbaines, des communautés d'agglomération, les présidents des communautés de communes, le président du conseil exécutif de Corse, le président du conseil exécutif de Martinique, le président de la Polynésie française, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les ressortissants français membres du Parlement européen élus en France peuvent également, dans les mêmes conditions, présenter un candidat à l'élection présidentielle».

sensi dell'art. 3 della legge organica 62-1292, i 500 *parrainages* devono provenire da almeno 30 dei 101 tra *départements* o *collectivités d'outre-mer* francesi, con la rilevante condizione che da ciascun dipartimento o collettività non può provenire più del 10% del totale delle *présentations*.

L'art. 3 della legge organica 62-1292 stabilisce che il periodo entro il quale raccogliere il sostegno necessario inizia con la pubblicazione, ad opera del Governo, sul *Journal Officiel*, del decreto di convocazione degli elettori all'appuntamento elettorale²⁸ e termina non più tardi del sesto venerdì che precede il I scrutinio.

Ciascun *parrain* può sostenere un solo candidato e ciò avviene tramite la compilazione di un apposito formulario, fornito dal *Conseil Constitutionnel* e da inviarsi a quest'ultimo, il quale poi svolgerà le opportune verifiche sulla regolarità dei sostegni ricevuti da ciascun candidato²⁹.

Un elemento di tale meccanismo che ha, da sempre fatto discutere, specialmente in sede politica, attiene alla *pubblicità* dei *parrainages* raccolti che, come si vedrà, costituisce, invece, una indiscussa costante negli altri ordinamenti qui presi in considerazione.

Nella sua versione originaria, la legge organica 62-1292 prevedeva la segretezza dei nomi dei 100 eletti abilitati che avevano conferito il proprio sostegno ai diversi candidati. Con l'innalzamento a 500 del numero di *soutiens*, ad opera della legge organica del 1976, fu prevista, a seguito di una apposita decisione del *Conseil Constitutionnel*³⁰, la pubblicità dei sostegni, ma solo dei 500 necessari a ciascun candidato, tramite un meccanismo di estrazione a sorte tra i *parrainages* ricevuti. Di conseguenza, la possibilità di vedere, nell'ambito degli eletti abilitati, il proprio nome pubblicato sul *Journal Officiel* era

²⁸ La legge organica 2021-235 del marzo 2021 ha previsto che tale decreto di convocazione deve essere pubblicato «almeno 10 settimane prima del I turno elettorale». Prima di tale novella non vi era nessuna previsione circa il momento entro il quale esso dovesse essere pubblicato.

²⁹ Invero, per quel che riguarda la trasmissione dei *parrainages* al *Conseil Constitutionnel*, già la legge organica n. 2016-506 del 2016 aveva previsto la trasmissione in via telematica al *Conseil*. L'applicazione di tale previsione era stata, tuttavia, rinviata. La successiva citata legge organica n. 2021-335 del 2021 ha, tuttavia, provveduto a rinviare nuovamente al 2027 l'applicazione di tale meccanismo e ciò in conseguenza di una raccomandazione dello stesso *Conseil Constitutionnel* (*Décision* n.2017-172 PDR du 20 juillet 2019, *Observations du Conseil Constitutionnel sur l'élection présidentielle des 23 avril et 7 mai 2017*) che subordina l'applicazione dell'invio telematico dei *parrainages* al raggiungimento di un adeguato apparato di sicurezza digitale. Il riferimento è alla direttiva UE 1999/93 CE che raccomanda l'adozione di adeguati meccanismi di identificazione elettronica per assicurare la sicurezza e l'affidabilità di procedure di tal genere. Il mancato raggiungimento di un adeguato livello di sicurezza sembra essere all'origine di tale rinvio. Più nel dettaglio cfr. L. Garcia, *Modernisation, sécurisation, participation*, cit., p. 200-201.

³⁰ CC. *Décis* n.81-30 ORGA del 24 febbraio 1981, *JO* 3 marzo 1981, p. 68. In verità il *Conseil Constitutionnel* si è sempre esposto per una pubblicazione integrale di tutti i sostenitori di ciascun candidato, come garanzia del principio di uguaglianza e trasparenza. Ed infatti, dal 1988, anno della prima applicazione del sistema dei 500 *parrainages*, al 2002 il Consiglio ha comunque deciso di affiggere nei suoi locali la lista integrale dei sostenitori, prassi a cui non ha poi successivamente dato seguito. Sul punto, J.E. Schoettl, *La publication des parrainages des candidats à l'élection présidentielle*, in *Les archives petites affiches*, n. 12/2006, p. 18.

piuttosto variabile, e dipendeva infatti dalla capacità di ciascun candidato di mobilitare sostegno³¹.

Si tratta di un profilo tutt'altro che irrilevante, in quanto in alcuni casi la pubblicità dei nomi può condurre i *parrains* a schernirsi e rifiutare di fornire il sostegno, ciò soprattutto quando si tratta di candidati provenienti da piccoli partiti o, addirittura, considerati *outsider*. Non va dimenticato, infatti, che gli stessi *parrains* sono *eletti abilitati*, soggetti che, in effetti, a loro volta sono esposti al giudizio politico dell'elettore e possono, dunque, legittimamente temere il giudizio del corpo elettorale³². Ciò specialmente se si considera che un gran numero di *présentateurs* è costituito da sindaci, talvolta anche di Comuni molto piccoli – circa il 57% degli eletti abilitati sono sindaci di comuni di meno di 1000 abitanti – che possono anche non provenire da alcun partito, e per i quali il meccanismo di fiducia tra eletto ed elettore può essere ancora più diretto e significativo, e dunque, più forte il timore di un'esposizione pubblica di tal genere.

Il nodo è tale che alcuni sindaci, durante la corsa per la raccolta dei *parrainages* 2022, avevano annunciato di non sostenere nessun candidato, o di procedere a un'estrazione a sorte del candidato da *présenter*³³, senza contare quanto accaduto in passato, e sanzionato dal *Conseil Constitutionnel*³⁴, relativamente alla compravendita o messa all'asta dei *parrainages*.

La questione è, in effetti, di una tale centralità che nel 2012 ha anche dato luogo a una *question prioritaire de constitutionnalité*, nella quale il *Conseil Constitutionnel* ha dovuto pronunciarsi sulla legittimità di questo sistema di pubblicità, chiarendo che la variabilità delle *chances* di vedere il proprio nome, in quanto *présentateur*, reso pubblico, si giustificava in rapporto all'obiettivo perseguito dal legislatore di assicurare la più ampia parità tra i diversi candidati³⁵.

³¹ Solo a titolo di esempio, nelle elezioni che hanno visto trionfare Nicolas Sarkozy nel 2007, un *parrainage* per il candidato *outsider* e attivista José Bové, aveva il 99,4% di possibilità di essere pubblicato, contro il 14% di un *parrainage* per lo stesso Sarkozy. Cfr., J.-C. Colliard, *Le parrainages à l'élection présidentielle*, in *Le Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2012, p. 13.

³² Cfr., M. Frangi, *Le Président de la République*, cit. p. 28.

³³ Molte sono state le notizie di sindaci in cerca di soluzioni alternative e originali per il problema. Dall'ipotesi di estrarre a sorte il nome del candidato da sostenere a quella di rimettere la decisione all'intera "*équipe municipale*", o, ancora, di sollecitare, tramite un voto, i cittadini stessi.

³⁴ Sul punto si veda S. Pina, *Parrainage et élection présidentielle: le statu quo*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 96/2013, p. 944.

³⁵ CC, *décis*, n. 2012-233 QPC del 23 febbraio 2012, la *question prioritaire de constitutionnalité* fu sollevata dalla allora candidata del *Front National* Marine Le Pen. In quell'occasione Madame Le Pen, in difficoltà sul piano politico-organizzativo nella raccolta del previsto numero di *présentations*, riteneva illegittima la previsione che rendesse pubblico il numero dei *parrains*, denunciando anche presunte pressioni da parte dei grandi partiti sugli eletti che erano intenzionati a sostenerla. Le pressioni politiche in vista di tale meccanismo lo avrebbero trasformato, a parere della *leader Front National*, da mero atto amministrativo, a un vero e

Il processo di riflessione sull'opportunità di modificare questo sistema ha fatto sì che esso sia stato modificato ancora nel 2016, ad opera della legge organica n. 2016-506 del 2016, *de modernisation des règles applicables aux élections et à l'élection présidentielle*. Quest'ultima ha previsto che l'intero elenco dei *parrainages* per ciascun candidato venga reso pubblico, senza più, dunque, il limite della soglia dei 500. Non solo, la legge ha previsto, altresì, che non è più necessario attendere la fine del periodo di raccolta dei sostegni per pubblicare i *parrainages* ma che ciò avvenga correntemente ad opera del *Conseil Constitutionnel*, due volte a settimana.

Il meccanismo nel suo insieme resta, tuttavia, non privo di rilievi critici, soprattutto se si osserva che, di fatto, sono sempre meno i *parrains* che esprimono il loro patrocinio. Nel 2012 solo il 36% degli eletti abilitati ha espresso il proprio sostegno, il 34% nel 2017, e nell'ambito della selezione dei candidati alle presidenziali del 2022 è andata, in effetti, ancor peggio. Solo 13.672 (di cui validati 13.427) dei 42.000 eletti abilitati, vale a dire il 32%. circa, ha espresso il proprio *soutien*.

La questione spinge a riflettere sulla natura del meccanismo previsto dalla legge organica del 1962. Sebbene non si possa negare che i cittadini stessi lo percepiscano sempre di più come un “*acte militante*”³⁶, invero, nell'ottica dei costituenti, non si trattava di un atto politico di *presentazione* ma, piuttosto, di un meccanismo istituzionale posto allo scopo di fungere da filtro alle candidature *non serie*, impendendo a quei candidati che non avessero sufficiente sostegno politico di presentarsi sulla scena delle elezioni presidenziali³⁷. Filtro che si realizza, di fatto e in buona misura, tramite i partiti, a cui De Gaulle, nonostante la nota diffidenza, se non addirittura ostilità, verso gli stessi, aveva affidato un ruolo di intermediazione, seppure non esclusivo, considerato la variegata congerie dei *parrains*, in questa fase così rilevante per la scelta del futuro Capo dello Stato.

Nella storia della V Repubblica, fino ad oggi, non è, in effetti, quasi mai accaduto che un candidato c.d. *serio* non sia riuscito a raggiungere i *parrainages* sufficienti³⁸. E tuttavia, tale meccanismo non ha mai cessato di far discutere e di accendere le riflessioni sulla sua opportunità o su una sua modifica. Ciò anche perché negli anni non sempre si è rivelato

proprio voto di adesione ad un *présidentiable*. Per una dettagliata ricostruzione delle vicende che condussero alla citata pronuncia del *Conseil Constitutionnel*, si veda, R. Casella, *La presentazione delle candidature presidenziali* cit., pp. 5-6.

³⁶ P. Grosieux, *Le parrainage des prétendants*, cit., p. 583.

³⁷ Sulla natura del *parrainage* si vedano J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Monchrestien, 17° ed., 2001, p. 525; P. Grosieux, *Le parrainage des prétendants*, cit. p. 568.

³⁸ Gli unici due episodi che si ricordano sono quello di Jean Marie Le Pen e Dominique de Villepin, sia consentito rinviare, più ampiamente sul punto a C.A. d'Alessandro, *Le candidature alle elezioni presidenziali francesi: meccanismi giuridici e profili istituzionali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2022, p. 106.

essere un efficace filtro del numero delle candidature, sin dal suo esordio: 10 candidati nel 1981, per poi arrivare ai 16 del 2002, cosa che fece particolarmente discutere in quanto 9 di questi non raggiunsero al I turno neppure il 5% dei suffragi. Ancora, 12 candidati nel 2007, 10 nel 2012 e, di nuovo, 12 nella tornata elettorale del 2017, e ancora 12, nel 2022. Da ciò si comprendono anche le numerose proposte che periodicamente fanno discutere di una revisione di tale meccanismo, ad esempio raddoppiando il numero di *soutiens* a 1000 oppure ancora, ipotizzando un sistema misto che preveda anche il coinvolgimento dei cittadini con l'introduzione di un c.d. *parrainage citoyen*, come, d'altra parte, già previsto in altri paesi europei. È il caso, come si vedrà, del Portogallo in cui l'art. 124 della Costituzione richiede che i candidati alla presidenza della Repubblica siano appoggiati da un sostegno di almeno 7.500 elettori, in Polonia il numero si alza a 100.000 e in Romania a ben 200.000. Vi sono, poi, sistemi misti che prevedono l'alternatività tra un sostegno di tipo politico (da parte di partiti politici o di eletti)³⁹ ovvero degli elettori, come ad esempio in Finlandia⁴⁰, Slovacchia, e Austria.

Quello del *parrainage citoyen* fu, infatti, la proposta contenuta sia nel rapporto del noto *Comité de réflexion pour la modernisation des institutions*, presieduto da Édouard Balladur⁴¹, nel 2007, sia in quello, seppure non in maniera del tutto identica, della *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique* nel 2012⁴², così come, ancor più di recente, nella proposta di legge organica del 26 ottobre 2020 da parte del partito de *La France Insoumise*⁴³. L'ipotesi del coinvolgimento degli stessi elettori è sempre stata, tuttavia, scartata anche per le potenziali difficoltà applicative che potrebbe incontrare

³⁹ Sul punto si rinvia a M.-C. Ponthoreau, *La désignation par le partis politiques de "candidats présidentiel" en Europe Occidentale*, in *Pouvoirs*, n. 138/2011, pp. 97-105.

⁴⁰ Sul caso della Finlandia si veda V.-C. Larssen e Y. Marique, *Évolution de la fonction présidentielle en Finlande: de la Forme de Gouvernement (1919) à la Constitution coordonnée (2000)*, in *Revue de droit publique*, n. 5/2001, p. 1384.

⁴¹ Per una ricostruzione delle proposte in materia del c.d. *Comité Balladur*, S. Lamouroux, *De la présentation à la préselection des candidats, le filtrage comme fil d'Ariane*, in *Revue Française de droit constitutionnelle*, n. 5/2008, pp. 163-167.

⁴² Tale commissione, istituita con decreto n. 2012-875, dall'allora Presidente della Repubblica François Hollande, ipotizzava, invero, due soluzioni. Una prima che allargava il numero di potenziali *presentateurs*, consentendo una migliore rappresentazione delle collettività territoriali, combinando tale meccanismo con un sistema che consentisse agli stessi partiti, che avessero ottenuto nelle precedenti elezioni almeno il 2% dei suffragi, di conferire il proprio sostegno a un candidato. La seconda proposta, invece, prevedeva *tout court*, un sostegno cittadino di almeno 1500 elettori. Più nel dettaglio su tale proposta di riforma si veda S. Pina, *Parrainage et élection présidentielle: le statu quo*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 96/2013, pp. 941-950.

⁴³ La proposta, di legge organica n. 3478, *Instaurant une procédure de parrainages citoyens pour la candidature à l'élection présidentielle*, non andata in porto, era stata presentata dal leader de *La France Insoumise*, Jean Luc Mélenchon e da altri esponenti del partito, e aveva proprio l'obiettivo di riprendere il contenuto del rapporto della *Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique* del 2012, prevedendo di affiancare al sistema di *parrainage* già previsto, un *soutien citoyen* di 150.000 elettori iscritti nelle liste elettorali e provenienti da almeno 30 dipartimenti differenti.

qualora, in caso di *vacance*, del Presidente, si debba procedere, ai sensi dell'art. 7 della Costituzione, alle elezioni anticipate.

Com'era prevedibile le polemiche non sono mancate neppure durante le elezioni del 2022. Ciò in quanto durante la fase raccolta delle *présentations* si sono avuti momenti in cui candidati, sicuramente dotati di sostegno popolare, come la stessa Marine Le Pen (33,90% dei voti alle presidenziali 2017), potesse non raggiungere il numero necessario di *soutiens* e rimanere esclusa dal voto. Una tale circostanza ha fatto dubitare della democraticità del sistema, al punto che lo stesso Primo Ministro in carica, Jean Castex, aveva rivolto un appello agli eletti abilitati affinché esprimessero il proprio *sostegno*, e addirittura l'ex Ministro François Bayrou (MoDem) ha dichiarato che, nonostante la diversa appartenenza politica, avrebbe dato il proprio *parrainage* a Marine Le Pen⁴⁴. In ogni caso, tutti i candidati dotati di significativo appoggio popolare, stando ai sondaggi pre-elettorali, hanno potuto partecipare alla competizione, anche se si è dovuto registrare qualche significativo squilibrio tra l'appoggio dei *parrains* e quello degli elettori. Così, mentre Marine Le Pen con appena 622 *parrainages* ha, addirittura avuto accesso al II turno, la candidata del Partito repubblicano, Valerie Pécresse, forte di ben 2636 *parrainages*, ha raccolto solo il 4,78% dei voti. Un episodio, questo, che ha fatto riflettere sulla circostanza che, mentre il *parrainage* può essere un efficiente filtro negativo, non è suscettibile di svolgere un significativo ruolo di proposta positiva di candidature agli elettori delle candidature.

4. La regolamentazione dei media e del finanziamento della campagna elettorale.

La legge del 1962 sull'elezione del Presidente della Repubblica, così come da ultimo modificata dalla legge organica n.2016-506, presenta un'articolata regolamentazione anche in merito alla gestione dei media durante la campagna elettorale, tramite la disciplina dei cc.dd. *temps de parole*, vale a dire la disponibilità degli spazi sui canali televisivi e radiofonici di cui i candidati possono beneficiare.

La legge distingue tra un periodo di campagna elettorale c.d. intermedio, e un periodo di campagna vera e propria. Il primo va dalla pubblicazione dei potenziali candidati sul

⁴⁴ Sul dibattito più recente relativo al *parrainage* e a quelle che sono state le possibili strategie politiche della sua utilizzazione, si veda T. Desmoulins, *Le parrainage des candidats à l'élection présidentielle: un système en proie aux stratégies?*, in JP BLOG (<https://blog.juspoliticum.com/>), 7 gennaio 2022.

Journal Officiel, prima della raccolta dei *parrainages*, all'inizio ufficiale della campagna elettorale e, quindi, al momento in cui le candidature diventano effettive. Tale periodo, per quanto attiene alla disciplina dei media, è regolato dall'applicazione del principio di *équité*, ciò vuol dire che, secondo quanto disposto dalla, già citata, legge organica 25 aprile 2016, a modifica dell'art. 3 della legge del 1962, l'*Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique*⁴⁵ deve tener conto «della rappresentatività dei candidati, valutata anche in funzione dei risultati ottenuti dai candidati stessi nelle elezioni più recenti, o dai partiti o raggruppamenti politici che li sostengono, e in funzione dei sondaggi d'opinione», ma anche del «contributo che ciascun candidato fornisce al dibattito elettorale»⁴⁶. Dunque, tale spazio mediatico è gestito secondo 3 criteri: una logica *elettiva*, che tiene conto dei risultati alle precedenti elezioni⁴⁷, una logica *d'opinione* con il riferimento ai sondaggi, e una logica di *propaganda* che tiene conto dell'andamento della stessa campagna elettorale⁴⁸.

Con l'inizio, invece, della campagna ufficiale e, dunque, nei 15 giorni precedenti il I turno, e in quelli precedenti il II, la disponibilità dei *temps de parole* e dei *temps d'antenne* è regolata dal più rigido principio di uguaglianza⁴⁹. Dunque, ai candidati deve essere garantito dai media il medesimo tempo, in radio e in tv. Tale uguaglianza è verificata dalla stessa *Commission Audiovisuel* che è deputata alla contabilizzazione dei tempi.

Altro aspetto di particolare della legislazione di contorno in questione, attiene alla disciplina del controllo sulle spese elettorali⁵⁰. L'art. 3, comma 2, della legge n.61-1292

⁴⁵ Sul ruolo significativo svolto dalle diverse Autorità amministrative indipendenti (AAI), a fianco del *Conseil Constitutionnel*, nel verificare la regolarità di tutte le fasi dell'elezioni presidenziali, si veda G. Darrioumerle, *Les AAI et les élections présidentielles*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 119/2019, pp. 623-639.

⁴⁶ Quindi, esemplificando, un candidato valutato al 2% nei sondaggi ha meno tempo rispetto a un candidato valutato al 25%, ed uno valutato al 2% può disporre di più tempo di un altro candidato valutato al 4% se il primo è esponente di un partito politico che alle precedenti elezioni ha ottenuto più voti del secondo.

⁴⁷ Non mancano naturalmente nel vivace dibattito dottrinale e giuridico che tale meccanismo suscita, le opinioni di quanti fanno notare che l'attribuire un criterio *preferenziale* ai precedenti risultati elettorali o al sostegno dei partiti, favorisce i candidati delle formazioni politiche più importanti, a danno del rinnovamento dell'offerta elettorale. In tal senso P. Blancher, *Rénover ou verrouiller l'élection présidentielle*, in *Juris-Classeur périodique, édition générale*, 2016, p. 525.

⁴⁸ Si tratta di criteri che sarebbero propri della "democrazia continua", in tal senso R. Rambaud, *L'élection présidentielle de la «démocratie continue»: l'exemple de la réforme de la régulation des temps de parole et des sondages électoraux*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 119/2019, p. 601-602.

⁴⁹ La regolamentazione, dei cc.dd. *temps de parole* sia nel periodo c.d. intermedio di campagna, che in quello ufficiale è stato più volte oggetto di modifica, con una disciplina che ha oscillato tra l'applicazione del principio di equità e il più rigido principio di uguaglianza. La legge organica del 25 aprile 2016 ha definito le regole della disciplina attualmente in vigore, stabilendo che nel periodo c.d. intermedio la regola dell'equità ha sostituito quella dell'uguaglianza. Per una dettagliata ricostruzione della disciplina si vedano R. Rambaud, *L'élection présidentielle de la «démocratie continue»*, cit., pp. 595-62; J. Rio, *L'équité dans la campagne présidentielle audiovisuelle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 119/2019, pp. 547-593.

⁵⁰ Sul punto si vedano A. François e E. Phelippeau, *Le financement des élections en France*, in *Le financement de la vie politique. Réglementations, pratiques et effets politiques*, Paris, 2015, pp. 95-140; N. Ferchice, *La*

rinvia alle norme del *Code électoral* in materia, a cui si affiancano, tuttavia, alcune peculiarità relative alle sole elezioni presidenziali.

Anzitutto, sono previsti dei veri e propri limiti di spesa per la campagna elettorale di ciascun candidato⁵¹ allo scopo di «*limiter le rôle de l'argent dans les campagnes électorales*»⁵². I limiti di spesa per ciascun candidato alle elezioni presidenziali sono fissati dalla legge organica n. 2011-100 del 2011 e vengono periodicamente aggiornati per decreto. Attualmente, il limite massimo di spesa è pari a 16,851 milioni di euro per le spese relative al I turno, e di 22,509 milioni per i candidati che arrivano anche al II.

Per quanto attiene al finanziamento della campagna elettorale l'art. 3 della legge organica n.61-1292 prevede che, a seguito della pubblicazione ad opera del *Conseil Constitutionnel* della lista ufficiale dei candidati, costoro hanno diritto a un rimborso spese a titolo di anticipo, pari attualmente a 200.000 €⁵³.

La disciplina prevede anche un rimborso ai candidati, calcolato sulla base di una molteplicità di elementi. La legge organica n. 2012-272 del 2012 ha previsto, infatti, un rimborso delle spese sostenute, legato alla *performance* elettorale dei candidati: a) nel limite del 4,7 % del tetto di spesa previsto per il primo turno per i candidati che abbiano ottenuto meno del 5% dei suffragi al I turno, vale a dire circa 800.000 € ; b) per i candidati che hanno superato il 5 % dei voti al primo turno, nel limite del 47 % del tetto di spesa previsto per il I turno, vale a dire circa 8 milioni €; c) per i candidati ammessi al ballottaggio, il rimborso è pari al 47 % del tetto previsto per i candidati che accedono al II turno, vale a dire circa 10 milioni €. Appare chiara la difficoltà finanziaria di quei candidati che, sulla base dei precedenti risultati elettorali e dei sondaggi, non pensano di poter superare il 5% dei voti. Sicché molti candidati si sentono costretti a rientrare nei limiti di spesa del rimborso di 800.000 € previsti. Accanto al finanziamento pubblico è altresì, consentito, seppur con limiti particolarmente stringenti, il ricorso al finanziamento privato, dettagliatamente disciplinato dalla legge n.88-227 del 1988, così come successivamente modificata.

La disciplina vigente prevede che la raccolta dei finanziamenti da parte di privati non può

rationalisation du droit du financement des campagnes législatives et le renforcement de la transparence de la vie politique, in *Revue français de droit constitutionnel*, n. 90/2012, pp. 87-117.

⁵¹ I primi interventi legislativi che hanno previsto il c.d. *plafonnement des dépenses* risalgono alle leggi del 11 marzo 1988 e del 15 gennaio 1990.

⁵² *Observations du Conseil Constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002*, 15 maggio 2003.

⁵³ Precedentemente il finanziamento a titolo di anticipo era pari a 150.000 €, la legge organica n. 2021-335 del 2021, *portant diverses mesures relatives à l'élection du Président de la République*, ha recentemente innalzato tale cifra a 200.000 €.

avvenire direttamente ad opera dei candidati, ma questi ultimi possono agire solo tramite un *mandataire*, sia esso una persona fisica o giuridica. Si deve poi ricordare che nel sistema francese il finanziamento da parte di privati è ammesso solo da parte di persone fisiche e nel limite massimo di 4.600 €. Per quanto riguarda le persone giuridiche, l'unica eccezione al divieto di finanziamento è relativo ai partiti politici, i quali possono sostenere finanziariamente il proprio candidato nel limite del *plafond* fissato per legge.

Va infine, altresì, rammentato che l'intera disciplina è incentrata sul rispetto del principio di trasparenza, a questo scopo tutte le spese sostenute dai candidati sono pubbliche e, ciascun candidato è tenuto al rispetto di un obbligo di rendicontazione delle stesse, attraverso la predisposizione del c.d. *compte de campagne*, al cui controllo è preposta, al termine della competizione elettorale, la *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*.

5. Il caso portoghese. Dalla rivoluzione dei garofani all'elezione diretta del Presidente della Repubblica. Un ruolo di compromesso e a gerarchia variabile.

L'analisi della disciplina che fa da sfondo all'elezione dell'organo di vertice del sistema costituzionale portoghese non può non partire, anche per questo Paese, da un rapido cenno alle vicende istituzionali e politiche che il Portogallo ha attraversato specialmente nel secolo scorso.

Com'è noto, l'attuale sistema costituzionale portoghese si fonda sulla Costituzione del 1976 ed è stato concepito principalmente nei primi due anni dopo la Rivoluzione del 25 aprile 1974, c.d., *rivoluzione dei garofani*. L'elaborazione del Testo fu largamente influenzata dal *Movimento das Forças Armadas* (d'ora in poi MFA), che aveva liberato il Portogallo dalla dittatura⁵⁴, e dalle posizioni politiche della costellazione dei partiti che sedevano in Assembleia Constituyente. Il progetto istituzionale del Movimento delle forze armate prevedeva, infatti, un'Assemblea Costituente, eletta entro un anno dalla *Revolução* a suffragio universale diretto, segreto e universale con il compito di redigere una nuova Costituzione e, solo successivamente all'adozione di quest'ultima, l'elezione di un

⁵⁴ Nella storia politica dopo la Rivoluzione si possono distinguere tre periodi: 1) 25 aprile 1974 - 11 marzo 1975 (data del colpo di Stato dell'ala sinistra dell'MFA); 2) 11 marzo 1975 - 25 novembre 1975 (data del colpo di Stato dell'ala destra dell'MFA); 3) 25 novembre 1975 - 2 aprile 1976 (data dell'approvazione della Costituzione). Il 13 aprile 1975, a seguito dell'instabilità politica, fu firmato il Primo Patto MFA/Partiti. Dopo il 25 novembre 1975 è stato negoziato nuovamente e il 26 febbraio 1976 è stato firmato un secondo Patto MFA/Partiti.

Presidente della Repubblica eletto direttamente accanto al Parlamento sin dal giorno successivo alla rivoluzione del 25 aprile⁵⁵. L'Assoluta centralità delle autorità militari, pur al loro interno non compatte, e la molteplicità di posizioni espresse in Assembleia Constituyente dai diversi partiti rappresentati, hanno condotto ad un testo che risente fortemente della natura di *compromesso storico* indispensabile in quella contingenza storica del Paese⁵⁶. Una natura, quella del Testo Fondamentale portoghese, in origine doppiamente compromissoria: da un lato, infatti, vi era l'accordo stretto tra le diverse forze politiche rappresentate nell'Assemblea, dall'altro vi era un secondo accordo tra partiti e MFA⁵⁷.

Per quanto attiene specificamente alla figura del Presidente della Repubblica il progetto che trovò poi forma, all'indomani della rivoluzione, fu quello, di eleggere, così come stabilito dalla nuova Costituzione all'art. 295 n. 1, il Capo dello Stato, non prima ma, come si diceva, solo dopo l'elezione dell'Assemblea della Repubblica e precisamente entro il settantesimo giorno dalla elezione di quest'ultima⁵⁸.

La ragione della scelta dell'elezione del Presidente della Repubblica come successiva a quella dell'Assemblea Nazionale risiedeva nella volontà di non rendere il futuro ruolo dei partiti politici come subalterno a quello del Presidente, come si pensava sarebbe accaduto se quest'ultimo fosse stato già nella pienezza dei suoi poteri prima delle elezioni politico-legislative e avesse, dunque, potuto influenzarle⁵⁹. D'altra parte, si comprende agevolmente come i partiti politici sentissero il bisogno di riacquistare centralità dopo quasi cinquant'anni di dittatura in cui erano stati proibiti. Allo stesso tempo, però, la scelta - che

⁵⁵ Fu il Generale Antonio De Spínola, Presidente della Giunta di Salvezza Nazionale appena costituita, ad annunciare in televisione, ed in presenza di gran parte dei componenti della Giunta, l'intenzione della stessa di "facilitar a livre eleição por sufrágio directo de una Assembleia Nacional constituinte e a sequente eleição do Presidente da República". Cfr., *Proclamação da Junta de Salvação Nacional*, in J. Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, v. I, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1978, pp. 26-27.

⁵⁶ In tal senso cfr. J. Miranda, *A originalidade e as principais características da Constituição Portuguesa*, in L. Pegoraro (a cura di), *I trent'anni della costituzione portoghese, originalità, recezioni, circolazione del modello*, Bologna, 2006, p. 14.

⁵⁷ Il riferimento è alla «Piattaforma di accordo costituzionale con i partiti politici» dell'11 aprile 1975», ed alla sua revisione, siglata il 26 febbraio 1976.

⁵⁸ Diversa era, invece, la proposta del Presidente del Consiglio Palma Carlos la quale invertiva l'ordine del progetto istituzionale, proponendo di eleggere prima il Presidente della Repubblica e successivamente i membri dell'Assemblea Costituente cui sarebbe spettato il compito di elaborare una nuova Costituzione, da approvare, infine, con referendum popolare. La proposta fu immediatamente bocciata prima dal Consiglio dei Ministri e poi dal Consiglio di Stato. Si trattava di un progetto che mirava, anzitutto, a liquidare tanto la Giunta di Salvezza Nazionale quanto il ruolo del Consiglio delle Forze Armate e, soprattutto, dal momento che provvedeva ad eleggere, in primis, il PdR, faceva divenire quest'ultimo l'unico organo legittimamente eletto con sostegno popolare, svelando, così, un impianto più marcatamente presidenzialista o semipresidenzialista, su ispirazione del, l'ormai compiuto, progetto gollista in Francia. Il progetto fu, addirittura, definito dall'avversario leader del Partito Comunista Álvaro Cunhal "golpe Palma Carlos", cfr. Álvaro Cunhal, *A Revolução Portuguesa - O Passado e o Futuro*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 179.

⁵⁹ Sul punto, M. Monteiro, *A lei eleitoral do Presidente da República*, in *Polis*, n. 3/2021, p. 56.

indubbiamente risentiva della stessa precedente Costituzione portoghese del 1933, oltre che dell'influenza di altri ordinamenti - di optare per un'elezione diretta dell'organo di vertice del sistema, e quindi anche al di là dell'influenza dei partiti stessi, mirava a garantire un'equilibrata divisione dei poteri, quanto mai necessaria proprio dopo la lunga esperienza dittatoriale.

La soluzione, dunque, che alla fine prevalse in Assembleia Constituyente fu quella già approvata, il 26 febbraio 1975⁶⁰, dalla V Commissione della stessa Assembleia, competente in materia di organizzazione politica, che prevedeva, appunto, un'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale diretto con doppio turno elettorale⁶¹.

L'ampiezza e il contenuto di questo studio non consentono di affrontare l'articolata questione relativa all'effettivo peso del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale portoghese, soprattutto in rapporto con l'organo di Governo. Appare comunque di interesse sottolineare che la prevalente e costante dottrina portoghese, e non solo, nonostante le numerose revisioni cui la Costituzione è stata sottoposta, continui a definire la forma di governo portoghese come semipresidenziale⁶², pur considerando le

⁶⁰ cfr. *Acta da reuniao da 5 Comissão da Assembleia Constituyente*.

⁶¹ Non prevalse quanto, invece, si era stabilito con la prima Piattaforma Costituzionale tra MFA e Partiti, stipulata il 13 aprile 1975. Quest'ultima stabiliva di far eleggere il PdR da un «*colégio eleitoral, para o efeito constituído pela Assembleia do MFA e a Assembleia Legislativa*», (cfr. *Piattaforma costituzionale MFA/Partiti, Assembleia dell'M.F.A.* 11 aprile 1975, punto D, par. 2, 2.3) La proposta che, sulla scorta dell'accordo, fu approvata anche dalla V Commissione, in data 14 agosto 1975, operando una sintesi tra i progetti dei diversi partiti, accolse, articolandola meglio, la scelta di eleggere il Presidente da parte di un collegio elettorale *ad hoc*. Quest'ultima, tuttavia, non passò mai alla plenaria dell'Assemblea a causa del fallimento del golpe tentato dal Generale Carvalho da parte dell'ala comunista del MFA ed il prevalere, anche nell'esercito, delle forze più moderate. Da ciò scaturì il secondo accordo MFA-Partiti del 26 febbraio 1975. Per una più ampia ricostruzione delle proposte avanzate dai diversi partiti politici in quei convulsi anni di storia politica portoghese, si veda M. Monteiro, *A lei eleitoral do Presidente da República*, cit., p. 59 ss.

⁶² Cfr. J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 7° ediz., Coimbra, 2003, p. 411; C. Blanco de Moraes, *As metamorfoses do semipresidencialismo português*, in *Revista Jurídica*, 1998, p. 141 ss.; M. Rebelo de Sousa, *O Sistema de Governo Português*, 4° ed., Lisbona, p. 14; R. Machado Horta, *A Constituição da República Portuguesa e o regime semipresidencial*, in *Perspectivas Constitucionais, obra colectiva*, I, 1996, p. 515, ss.; V. Canas, *Sistema semipresidencial*, in 1° *Suplement Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1998, p. 490 ss.; in una prospettiva ancora più ampia, V. Franco, *Semipresidencialismo: perspectiva comparada e o caso português: os poderes presidenciais na interação com o governo e com a Assembleia da República*, Lisbona, 2020. Anche nella dottrina portoghese non manca l'opinione di quanti definiscono diversamente tale forma di governo, cfr. V. Moreira, *A eleição direta do Presidente da República na história constitucional portuguesa*, in V. Moreira e J. Domingues (a cura di), *Dois séculos constitucionalismo eleitoral em Portugal, 1820-2020, Atas de conferencia*, Lisbona, 2021, pp. 533-534, definisce quello portoghese come un sistema parlamentare atipico, dopo la riforma costituzionale del 1982, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6° ed., Coimbra, 2002, p. 593, che qualifica il sistema portoghese come misto parlamentare-presidenziale; P. Otero, *Poder de substituição em Direito Administrativo*, Vol. II, Lisbona, 1995, p. 792, lo definisce come un sistema parlamentare razionalizzato; A. Moreira, *O regime: presidencialismo do Primeiro-Ministro*, in M. Baptista Coelho (a cura di), *Portugal - O Sistema Político e Constitucional 1974/87*, Lisbona, 1989, p. 31, parla di un presidenzialismo nelle mani di un Primo Ministro. Nella dottrina italiana, senza pretesa di esaustività, si vedano, G. De Vergottini, *Le origini della seconda repubblica portoghese*, Milano, 1977, pp. 236-238; M. Iacometti, *Il rapporto tra Presidente, Governo e assemblee parlamentari in alcune significative esperienze semipresidenziali: Finlandia e Portogallo*, in L. Pegoraro e A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, 1997, p. 301 ss.; V. Piergigli, *La forma di*

opportune differenze con il sistema che costituisce il modellino di questa forma di governo, cioè quello francese. Ciò essenzialmente per il combinarsi di elementi del sistema presidenziale⁶³ con quelli più tipici di uno parlamentare: l'elezione del Presidente a suffragio diretto, il suo diritto di veto, seppure ridotto con la revisione costituzionale del 1982⁶⁴, e la responsabilità politica del Governo nei confronti del Presidente, cui si somma, dall'altro lato, la nomina del Capo del Governo da parte del Presidente della Repubblica sulla scorta del risultato elettorale, la responsabilità politica del Governo anche nei confronti dell'Assemblea, nonché la controfirma ministeriale di alcuni atti del Capo dello Stato.

Nella sostanza, dunque, per quanto riguarda il peso relativo dei tre organi politici di sovranità nel sistema di governo, la prassi costituzionale ha alternato periodi di grande interventismo del Presidente a periodi di ruolo più attivo del Parlamento, senza inclinarsi definitivamente verso l'uno o l'altro.

Fino agli anni '80 del secolo scorso vi è stata, in effetti, una preminenza del Presidente sugli altri organi, anche con un decisivo interventismo del Capo dello Stato nelle questioni politiche, soprattutto di governo.

Dalla fine degli anni '80, con la fine della presidenza Eanes e l'inizio di quella Soares, si inaugura una stagione in cui il Presidente passa dall'essere emblema di *guerriglia istituzionale* a *magistratura de influência*, vale a dire, figura istituzionale di rappresentanza soprattutto impegnata a evitare e moderare i conflitti senza intervenire direttamente⁶⁵. Dal 1995 in poi, quando per la prima volta nella storia della III Repubblica portoghese la maggioranza parlamentare coincide con il partito di origine del Presidente, l'asse del rapporto Presidente-Governo si è spostato maggiormente verso l'Esecutivo. È interessante osservare che si tratta di una tendenza opposta a quanto accade nel semipresidenzialismo francese dove, invece, la coincidenza dell'appoggio partitico dei due organi politici, si traduce nel periodo di massima espressione dei poteri presidenziali.

governo portoghese nella Costituzione e nell'esperienza della II Repubblica, confluenza di fattori extragiuridici, regole formali e dinamiche politiche, in L. Mezzetti e V. Piergigli (a cura di), *Presidenzialismi, semipresidenzialismi, parlamentarismi: modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997, p. 301 ss.; R. Orrù, *Il Portogallo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, tomo I, Bari, 2014, p. 241, colloca il sistema portoghese in una posizione mediana tra il "semipresidenzialismo apparente" e il "semipresidenzialismo a preminenza del Presidente".

⁶³ Sul punto si veda A. Martins *Presidential Elements in Government The Portuguese Semi-Presidential System About Law in the Books and Law in Action*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2:81-100/2006, pp. 81-100.

⁶⁴ Artt. 195, 196, 197, 198 Costituzione 1976 (attuali artt. 192, 193, 194, 195).

⁶⁵ In tal senso, A. Martins, *Presidential Elements in Government The Portuguese Semi-Presidential*, cit., p. 92.

Il Presidente portoghese è dunque, oggi, soprattutto un moderatore istituzionale che non conduce direttamente la vita politica del Paese, ma può agevolmente ostacolare il Governo nell'attuazione del suo programma politico.

6. L'elezione diretta del Presidente tra Costituzione e legislazione di contorno. Il tormentato caso dell'elettorato attivo e passivo in un paese ex coloniale.

Per quanto attiene specificamente alle condizioni che presiedono all'elezione del Presidente della Repubblica portoghese va preliminarmente segnalato che la Costituzione, pur avendo definito, sin da subito, i principi per l'elezione del futuro Presidente, tra le proprie disposizioni finali e transitorie (artt. 294, nn. 1 e 2 e art. 295, n. 3), ha previsto l'emanazione di un testo *ad hoc* dedicato all'elezione del Capo dello Stato, stabilendo altresì la vigenza di quest'ultimo finché l'Assemblea della Repubblica non avesse legiferato diversamente in materia.

Fu, pertanto, il VI Governo Provvisorio presieduto dal Generale José Baptista Pinheiro de Azevedo ad approvare, con decreto legge n. 319-A/77 del 1976, il testo di riferimento per l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica, tutt'ora vigente.

La base giuridica, dunque, per l'elezione presidenziale risulta dal combinato disposto, anzitutto, del Testo costituzionale, artt. 124-131 (versione originale), artt. 121-128 (versione attuale) e del decreto legge 319-A/76 del 1976 (legge sulle elezioni presidenziali), così come più volte modificato negli anni.

È da notare come, nonostante il considerevole dettaglio già contenuto in materia nella Costituzione, la normativa ordinaria sia articolata in ben 7 titoli (I Capacità elettorale, II Sistema elettorale, III Organizzazione del processo elettorale, IV Compagine elettorale, V Elezione, VI Illeciti elettorali, VII disposizioni finali) e comprende ben 160 articoli.

Si tratta di un testo più volte emendato (23 modifiche fino alla *lei organica* n. 1 del 2021) che è andato adeguandosi anche in base al mutare delle possibilità di uso delle tecnologie, così come alle emergenze del tempo (Covid-19), ma che ha visto il fulcro politico dei propri ripetuti cambiamenti nell'allargamento dell'elettorato attivo, con riferimento ai cittadini portoghesi emigrati all'estero o dotati di doppia nazionalità a seguito del processo di decolonizzazione che ha interessato il Paese lusitano e che ha, pertanto, visto numerosissimi cittadini assumere la nazionalità del nuovo Stato nato dall'ex colonia.

Entrando nel merito della disciplina, anzitutto l'art 121 n. 1 Costituzione stabilisce che «il Presidente della Repubblica è eletto a suffragio universale, diretto e segreto dai cittadini portoghesi elettori, censiti nel territorio nazionale, così come dai cittadini portoghesi residenti all'estero nei termini stabiliti dal numero successivo». Il II comma dello stesso articolo, così come risultante dalla revisione costituzionale del 1997, demanda alla legge il compito di determinare le regole per l'esercizio del voto da parte dei cittadini residenti all'estero, fissando, tuttavia, per essi un criterio generale, vale a dire il tenere conto dell'esistenza di vincoli che attestino l'effettivo legame con la comunità nazionale. La Costituzione stabiliva, altresì, con apposita norma transitoria (art. 297), che si considerassero comunque elettori tutti i cittadini residenti all'estero che risultassero iscritti nelle liste per le elezioni dell'Assemblea della Repubblica fino al 31 dicembre 1996⁶⁶.

La revisione costituzionale del 1997 è stata, successivamente, all'origine di numerose modifiche al decreto legge n. 319-A/76 che hanno tentato di adeguare la normativa ordinaria alla previsione costituzionale, dapprima con una serie di provvedimenti a carattere *provvisorio* e, poi, da ultimo con la legge organica n. 3 del 2010 con una disciplina definitiva⁶⁷.

Come si diceva, il processo di adeguamento alla previsione costituzionale è avvenuto per tappe successive. Così, la legge organica n. 3 del 2000⁶⁸ si limitò, in materia, ad allargare e rendere stabilmente operativo quanto stabilito dalla disposizione transitoria della Costituzione spostando la data di possesso *ex lege* della titolarità del diritto di voto per i cittadini portoghesi non residenti dal 31 dicembre 1996 alla data di pubblicazione della stessa legge n. 3 del 2000. Un ulteriore incisivo intervento sul decreto per l'elezione del Presidente della Repubblica si è avuto con la legge organica n. 5 del 2005 con la quale, da un lato i partiti intesero manifestare la chiara volontà politica di allargare la base elettorale

⁶⁶ In verità, il primo emendamento, oggi non più vigente, al testo venne effettuato ancor prima e sempre in riferimento ai problemi legati all'acquisizione della titolarità attiva di elettore, con il decreto legge n. 472 del 15 giugno 1976 allo scopo di includere nell'elettorato attivo per la Presidenza della Repubblica i cittadini di Macao. Si trattava di un provvedimento reso necessario dalla precedente legge costituzionale n. 1 del 17 febbraio 1976 contenente lo Statuto Organico del territorio di Macao, costituzionalizzato con la disposizione transitoria di cui all'art. 306 della Costituzione. La norma, nonostante Macao fosse considerata (art. 5 n. 4 Costituzione) territorio non nazionale ma solo di amministrazione portoghese, riconosceva dunque il diritto dei cittadini di Macao ad essere elettori del Presidente della Repubblica. Naturalmente la situazione risulta modificata dalla fine dell'amministrazione portoghese sul territorio di Macao nel 1999 e, dunque, ormai abrogata. I suoi abitanti, se dotati di nazionalità portoghese, rientrano nelle normative generali previste della Costituzione.

⁶⁷ Sulle questioni relativi al diritto elettorale dei cittadini emigranti, cfr. J. Caupers, *Breve Reflexão sobre o Estatuto eleitoral dos emigrantes*, Lisbona, 1998.

⁶⁸ Sulle novità introdotte dalla legge organica 3/2000 e dalla successiva 5/2005, si veda J. Miranda, A. Sousa Pinheiro, *Voto dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro na eleição do Presidente da República*, in *Revista O Direito*, ano 132, n. I-II, 2000.

per l'elezione del Capo dello Stato⁶⁹ e, dall'altra, intesero affrontare due problemi di adeguamento della legislazione ordinaria a quella costituzionale, ed in particolare all'art. 15 Costituzione e al già citato art. 121, definendo in che modo si dovesse attestare il legame con la comunità nazionale previsto in quest'ultima disposizione. È da considerare, infatti, che l'art. 15, n. 3, Costituzione, principalmente a seguito della revisione costituzionale del 2001, riconosce, in condizioni di reciprocità, ai cittadini stranieri di lingua portoghese residenti nel territorio nazionale, «diritti non conferiti agli stranieri». Di qui, il vigente comma 3 dell'art. 1 del decreto per l'elezione del Presidente della Repubblica, il quale stabilisce che sono, altresì, «elettori del Presidente della Repubblica anche i cittadini di altri Paesi di lingua portoghese residenti nel territorio nazionale», che siano iscritti nelle liste elettorali nei termini delle convenzioni internazionali e in condizioni di reciprocità.

La legge, poi, in riferimento alla prova del legame con il territorio prevedeva un articolato complesso di ipotesi, ivi compresa in alcuni casi la conoscenza della lingua portoghese, che apparvero sin da subito “*de defícil ou impossível concretização*”⁷⁰. Il testo è stato, di conseguenza, nuovamente novellato sul punto dalla legge organica n. 3 del 2010 che, con brevi norme, ha semplicemente sancito che sono elettori del Presidente della Repubblica anche i cittadini portoghesi residenti all'estero che siano iscritti nelle liste dei censimenti elettorali nazionali. La norma ha, inoltre, chiarito (art. 1, B) che la nazionalità portoghese e l'iscrizione nel censimento elettorale dall'estero costituiscono prove sufficienti dell'effettivo legame alla comunità nazionale. È soddisfatta, in questo modo, con una presunzione *iuris et de iure*, la condizione, diversamente di complessa dimostrabilità, richiesta dall'art. 121 numero 2 della Costituzione per l'accesso dei cittadini portoghesi residenti all'estero al diritto di voto per l'elezione del Capo dello Stato.

Un ulteriore completamento tecnico, correlato alle possibilità consentite dalle moderne tecnologie di questo lungo, quanto inevitabile, percorso di realizzazione dei diritti elettorali di tutti i cittadini portoghesi si è avuto, di fatto, con l'ulteriore legge organica n. 3 del 2018, la quale ha stabilito un regime di censimento elettorale automatico ed eguale per tutti i cittadini portoghesi sia che risiedano nella madrepatria sia che risiedano all'estero. È stata in tal modo cancellata l'ultima differenza che, di fatto, continuava a distinguere i cittadini

⁶⁹ Per una più ampia ricostruzione anche del dibattito che ha condotto all'emanazione di questa novella, cfr. M.F. Abrantes Mendes e J. Miguéis, *Lei eleitoral do presidente da República, Atualizada, anotada e comentada*, III ediz., p.10 ss.

⁷⁰ Sul punto e più ampiamente per una ricostruzione delle novelle al decreto dell'elezione del Presidente della Repubblica sull'elettorato attivo, cfr. M. Monteiro, *A lei eleitoral*, cit., p. 75.

residenti dai non residenti. Fino alla novella del 2018, infatti, l'iscrizione nelle liste elettorali avveniva d'ufficio per i residenti e solo a domanda per gli altri.

Si tratta, dunque, di un regime particolarmente ampio ed inclusivo che privilegia lo *ius sanguinis* nell'acquisizione della qualità di elettore attivo.

Per vero, con riferimento all'elettorato attivo, non va dimenticato che la legge n. 319-A/76 al suo articolo 72, n. 1, prevedeva che il mancato esercizio del diritto di voto, nelle elezioni presidenziali da parte dei cittadini aventi diritto di voto, «salvo motivo giustificato», comportasse per l'elettore la sanzione dell'ineleggibilità tanto per «os organos de soberania», quanto per «os corpos administrativos», e ciò per un periodo di tempo uguale alla durata del mandato del Presidente della Repubblica. Si trattava di sancire, accanto al diritto, un dovere di voto e di stabilire una sanzione di tipo politico-amministrativo che comportava la perdita dell'elettorato passivo per tutta la durata del mandato del Presidente alla cui elezione non si era preso parte. Ciò del resto in consonanza con quanto il legislatore lusitano aveva già fatto con riferimento tanto alle norme elettive per l'Assemblea Costituente⁷¹, quanto a quelle relative alla elezione dell'Assemblea della Repubblica⁷². Né il Governo provvisorio nella sua veste di legislatore aveva ritenuto di tener conto dell'entrata in vigore, nel frattempo (25 aprile 1976), della nuova Costituzione la quale, stabilendo che il voto fosse “*un dover civico*”⁷³ di fatto aveva escluso che si trattasse di un dovere giuridico così da rendere incongrua la previsione di sanzioni giuridiche. Tale disposizione del decreto legge fu dichiarata incostituzionale dal Consiglio della Rivoluzione nell'aprile 1981⁷⁴.

Per quanto riguarda, invece, l'elettorato passivo l'art. 122 della Costituzione, cui si è naturalmente adeguato l'art. 4 del decreto legge n. 319-A/77, stabilisce che «sono eleggibili alla Presidenza della Repubblica i cittadini di origine portoghese⁷⁵ che abbiano compiuto i 35 anni».

⁷¹ Decreto legge n. 621 – C/74 del 1974, art. 8, n. 2

⁷² Decreto legge n. 93 – C/76 del 1976, art. 77, n. 2.

⁷³ Art. 48 n. 2.

⁷⁴ *Resolução do Conselho da Revolução, n.83/81, on Diário da República, I série, n.94, de 23 de abril de 1981*. Il Conselho, creato il 4 marzo 1975 dall'Assemblea dell'F.M.A. al posto della Giunta di Salvezza Nazionale, fu (secondo quanto previsto dal II patto F.M.A./Partiti) costituzionalizzato dagli artt. 142-149 della Costituzione del 1976 con funzioni di vigilanza da parte delle forze armate sull'andamento del processo di democratizzazione e con competenze simili a quelle di un Consiglio di Stato o di una Corte Costituzionale. Fu abolito con la prima revisione costituzionale del 1992.

⁷⁵ Più nel dettaglio sul significato di questa disposizione, cfr. J. De Matos Correia e R. Leite Pinto, *Lições de ciência política e direito constitucional. Teoria general do estado e formas de governo*, Lisboa, 2020, pp. 103-105.

Tale disposizione è da interpretarsi, in combinato disposto con la *lei da nacionalidade* n. 37 del 1981, per effetto della quale nella categoria di «cittadini di origine portoghese» sono inclusi anche coloro che sono nati nei territori portoghesi d'oltre mare sotto l'amministrazione portoghese, dunque prima della decolonizzazione, così come i cittadini nazionalizzati portoghesi, coloro che sono nati da madre o padre nati in Portogallo o nelle isole adiacenti o, ancora, i naturalizzati.

Per quanto attiene specificamente alle modalità di elezione è noto che il Presidente della Repubblica lusitano è eletto a suffragio universale diretto a doppio turno. L'art. 7 del decreto legge n. 319-A/77 stabilisce che ai fini dell'elezione del Presidente esiste un'unica circoscrizione elettorale con sede a Lisbona, e ai sensi dell'art. 9 il Presidente è eletto con lista uninominale.

L'Art. 126 della Costituzione stabilisce che si considera eletto il candidato che ottiene più della metà dei voti validamente espressi, senza contare nel computo le schede bianche. Quest'ultima disposizione è il frutto di un emendamento apportato al decreto del 1977 dalla legge n. 143 del 1985 e, ancor prima, della revisione costituzionale del 1982, a seguito dei dubbi interpretativi che si erano verificati in proposito. In particolare, il *Supremo Tribunal de Justiça* riteneva che fossero voti validamente espressi solo quelli che manifestavano la preferenza per un candidato. A questa interpretazione si opponeva quella della *Comissão Nacional de Eleições* che, al contrario, sottolineava come l'esclusione delle schede bianche determinasse la potenziale vittoria di un candidato che avesse ricevuto un numero di voti potenzialmente inferiore alla maggioranza degli elettori recatisi alle urne. Le accennate modifiche costituzionali e legislative, hanno definitivamente risolto tale dubbio interpretativo.

Qualora nessuno dei candidati risulti eletto al I turno, si procederà a un ballottaggio, entro il 21° giorno successivo alla prima votazione, cui parteciperanno solo i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti. Invero, quella del II turno elettorale è un'eventualità che effettivamente si è verificata solo una volta con le elezioni del 1986, per una certa tendenza dei partiti a unire le forze nel sostenere un candidato.

Il Presidente della Repubblica fissa la data dell'elezione alla Presidenza della Repubblica, con almeno cinquanta giorni di anticipo (art. 11).

7. Le *apresentações de candidaturas*.

348

L'art. 124 della Costituzione, così come il capitolo II del titolo II del decreto per l'elezione del Presidente della Repubblica, è dedicato alla presentazione delle candidature. La candidatura formale avviene, infatti, con una vera e propria *apresentação* da parte di un certo numero di *cidadãos eleitores*, modello al quale si ispira la stessa proposta del *parrainage citoyen* che, come si è visto, è stato più volte prospettato in Francia. Ai fini della *apresentação* per la carica più importante del Paese occorre presentare una domanda che deve essere corredata dal sostegno di un minimo di 7500 a un massimo di 15000 firme di elettori regolarmente iscritti nelle liste elettorali, da autenticare. Tale *apresentação* consiste in una dichiarazione contenente i nominativi, e ogni altro elemento identificativo di coloro che hanno sottoscritto la presentazione. Dunque si tratta di un sostegno che, così come avviene ormai in Francia con il *parrainage*, non è in forma anonima, e deve essere corredata da una adeguata documentazione che attesti il possesso dei requisiti necessari del candidato (raggiungimento del 35esimo anno di età, cittadinanza portoghese e insussistenza di requisiti di ineleggibilità), nonché da una dichiarazione sottoscritta dallo stesso candidato sostenuto che deve confermare di possedere tali requisiti e di accettare la presentazione (art. 15). Ciascun cittadino elettore può sostenere un solo candidato per ogni elezione.

In effetti, più che un vero e proprio filtro, dal momento che la soglia minima delle firme richieste non appare preclusiva, quello della *apresentação* sembra, piuttosto, il segno di una volontà di validare la candidatura con il sostegno popolare che, dunque, precede quello eventuale dei partiti che, infatti, avverrà solo dopo.

Ai sensi dell'art. 124 n.2 Costituzione, le candidature possono essere presentate al Tribunale Costituzionale fino a un massimo di 30 giorni prima della data fissata per l'elezione. Si tratta di un meccanismo immaginato, si può ipotizzare, con la stessa *ratio* del *parrainage* alla francese, cioè rendere meno forte il legame tra partiti e candidati e più forte quello tra candidati e gli stessi elettori. Invero, non pare tuttavia che tale norma, specie negli ultimi anni, abbia prodotto il risultato atteso vista la crescente “*partidarização nas eleições presidenciais*”⁷⁶.

⁷⁶ In tal senso, cfr. M. Rebelo de Sousa e J. de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisbona, 2000, pp. 242-243.

Decorso il termine per la presentazione delle domande, al giudice delegato è affidato il compito, entro tre giorni dalla scadenza del termine, di verificare la regolarità del procedimento, l'autenticità degli atti che lo compongono e l'idoneità dei candidati⁷⁷. Al termine di tale fase viene affisso alla porta del Tribunale l'elenco definitivo dei candidati ammessi.

Risulta di interesse segnalare che ciascun candidato può ritirare, mediante atto da lui sottoscritto e autenticato da un notaio, la propria candidatura entro 72h dal giorno delle elezioni (art. 29, decreto legge n. 319-A/A76). In caso, invece, di morte improvvisa di uno dei candidati il Presidente della Repubblica in carica, dovrà individuare una nuova data delle elezioni che sarà, altresì, preceduta da una nuova fase di presentazione delle candidature (art. 126 e art. 30 Costituzione). Tale disposizione parrebbe riferirsi esclusivamente alla fase precedente il I turno elettorale, e non al ballottaggio, sicché resta aperto l'interrogativo sul da farsi in caso di morte di uno dei due candidati nei giorni precedenti il ballottaggio⁷⁸. Sembra, tuttavia, difficilmente plausibile l'ipotesi che rimanga in campo il solo candidato superstite che quindi sarebbe necessariamente eletto, soluzione che sarebbe, per giunta, in contraddizione con quanto previsto nell'ipotesi in cui tale evento si verifici prima del I turno con la morte di uno solo dei possibili candidati e prima ancora che abbia ricevuto alcun voto.

La legge organica, n.1 del 2021 ha apportato alcune modifiche, tra le altre, alla legge relativa all'elezione del Presidente della Repubblica, anche in considerazione delle misure di contenimento della pandemia da COVID-19. Tali modifiche si sono rivolte principalmente al raggiungimento degli obiettivi di semplificazione, specialmente tramite l'uso di strumenti telematici, e di digitalizzazione, soprattutto in relazione alla fase di presentazione delle candidature, risultato, questo, come si è visto, non ancora raggiunto dall'organizzazione francese. A tal fine, infatti, a seguito delle modifiche apportate all'art. 15 del decreto legge n.319/A-76, il Ministero dell'Interno mette a disposizione una piattaforma *ad hoc* sulla quale i cittadini elettori possono direttamente accedere per sottoscrivere, tramite gli strumenti di identità digitale, la presentazione della candidatura. Inoltre, la stessa presentazione, così come tutte le altre azioni ad essa correlate, devono avvenire ora digitalmente.

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 20 Contro le eventuali decisione di esclusione per irregolarità il candidato o il suo rappresentante possono presentare reclamo entro 24h dalla decisione che saranno decisi dal Presidente entro le successive 24h.

⁷⁸ cfr. M. Rebelo de Sousa e J. de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 250 ss.

8. Regolamentazione dei media e finanziamento della campagna elettorale.

350

Ampio spazio del testo legislativo di riferimento in materia è dedicato alla campagna elettorale, con cui infatti è rubricato il titolo IV. Il periodo vero e proprio di campagna elettorale inizia, ex art. 44, quindici giorni prima dell'appuntamento elettorale e termina alla mezzanotte del giorno precedente. Il periodo antecedente a tale data, che inizia con il decreto del Presidente della Repubblica di fissazione delle elezioni non è, tuttavia, lasciato al caso ma è definito e, dunque, regolamentato dalla legge n. 72-A/2015 del 2015, sulla copertura dei media, in quanto periodo di pre-campagna. La disciplina, infatti, di tutte le norme che attengono al rapporto con ogni mezzo di comunicazione nel periodo elettorale (tv, radio, stampa sia pubblica che privata) è il risultato del combinato disposto della citata legge 72-A/2015, che detta le linee generali in materia, e del decreto legge n. 319-A/76, cui la prima rimanda, in quanto legge specifica per la determinazione delle regole di dettaglio relative allo specifico appuntamento elettorale dell'elezione del Presidente della Repubblica.

Entrambi i testi sono, anzitutto, improntati al rispetto degli artt. 39 e 40 della Costituzione proprio in tema di regolamentazione della comunicazione sociale e di diritti di antenna. Il decreto legge n. 319-A/76, pertanto, impone il rispetto delle regole di pari opportunità dei candidati nell'accesso ai mezzi di comunicazione, nonché di neutralità e imparzialità dei soggetti pubblici durante la campagna elettorale. Allo scopo di garantire il rispetto di tali principi, lo stesso art. 39 Costituzione prevede l'istituzione di un organismo amministrativo indipendente, competente in tema di comunicazione sociale. L'organo preposto è, infatti, *l'Entidade Reguladora para a comunicação social (ERC)*.

Nel periodo di pre-campagna e campagna elettorale, all'Ente di regolamentazione dei media sono affidate speciali responsabilità per la valutazione della copertura giornalistica ai sensi della legge n. 72-A/2015. Quest'ultima stabilisce che i media devono rispettare l'equilibrio, la rappresentatività e l'equità nel trattamento di notizie, segnalazioni, fatti o eventi di valore informativo, relativi alle diverse candidature (artt. 4 e 6). Ciò in ossequio allo stesso art. 113, n. 3, lett. b), Costituzione che, in tema di elezioni a suffragio universale, stabilisce che le campagne elettorali devono ispirarsi, tra gli altri, al principio di «uguaglianza di opportunità e di trattamento delle diverse candidature».

Il decreto sull'elezione del Presidente si occupa, inoltre, di definire nel dettaglio (art. 52) lo spazio che quantitativamente i mezzi di comunicazione devono garantire

all'informazione elettorale durante i periodi di campagna, non solo per la tv pubblica ma anche per le radio e per le stazioni televisive private⁷⁹.

Di interesse è, altresì, la questione relativa alla pubblicazione dei sondaggi durante la campagna elettorale. In origine il decreto legge del 1975 vietava *tout court* dal giorno di inizio della campagna elettorale la pubblicazione di qualsiasi tipologia di sondaggio sui potenziali risultati elettorali o sul rapporto degli elettori stessi con il voto. Tale rigida previsione è stata sostituita dalla legge n. 31 del 1991 sui sondaggi elettorali, la quale prevede, ex art. 8, per tutti gli appuntamenti elettorali, non solo, dunque, quelli dedicati all'elezione del Presidente della Repubblica, il divieto di «pubblicazione, diffusione, commento o analisi di qualsiasi sondaggio, o sondaggio di opinione, direttamente o indirettamente connesso all'atto elettorale» solo nei sette giorni antecedenti alla giornata delle votazioni⁸⁰, prevedendo, dunque, una disciplina decisamente meno rigida che in passato.

Articolato è, altresì, il regime relativo al finanziamento della campagna elettorale.

Preliminarmente va ricordato che in Portogallo, così come previsto dalla legge n.19 del 2003, sono ammessi i finanziamenti pubblici ai partiti politici, sia per il finanziamento dello stesso partito, purché abbiano presentato candidati in un precedente appuntamento elettorale⁸¹, che per il sovvenzionamento delle campagne elettorali. La citata legge ha definitivamente abrogato gli articoli del decreto sull'elezione del presidente della repubblica in tema di finanziamento della campagna elettorale diventando il testo legislativo di riferimento in materia. In passato, infatti, l'art. 67, ormai abrogato, faceva divieto ai candidati di accettare qualsiasi tipo di donazione proveniente sia da persone fisiche che giuridiche, ad eccezione di quelli erogati dai sottoscrittori della candidatura e dai partiti politici che sostenevano i rispettivi candidati. Ad oggi, invece, il regime dell'art. 16 della legge n. 19 del 2003, che si applica anche alle elezioni legislative, così come a quelle regionali e locali, ammette che le attività della campagna vengano finanziate, dai

⁷⁹ Nello specifico, inoltre, la *Radiotevisão Portuguesa* deve dedicare, nei tempi e modi stabiliti dalla La Commissione Elettorale Nazionale, tante trasmissioni a quanti sono i candidati. L'ultimo giorno della campagna, tutti i candidati avranno accesso alle stazioni ufficiali di *Radiodiversão Portuguesa e Radiotevisão Portuguesa* tra le 21:00 e le 24:00 per un intervento di dieci minuti a testa.

⁸⁰ Anche in tal caso la legge istituisce un'apposita autorità preposta alla verifica delle condizioni di svolgimento dei sondaggi, nonché l'esattezza e l'obiettività nella pubblicazione dei loro risultati, l'Alta Autorità per i mezzi di informazione.

⁸¹ L'art. 5 della legge del 20 giugno 2003, n. 19 individua il meccanismo di individuazione dell'ammontare in denaro attribuibile a ciascun partito, coalizione, o gruppo parlamentare che abbia partecipato alle precedenti elezioni legislative. La regola generale è che L'agevolazione consiste in una somma di denaro equivalente alla frazione 1/135 del valore dello IAS (*social support index*), per ogni voto ottenuto nell'ultima elezione dei deputati all'Assemblea della Repubblica.

contributi di partiti politici che presentano o sostengono candidature, dai proventi di eventuali raccolte fondi e anche da donazioni di persone fisiche che sostengono le candidature. Sono, invece, vietate le donazioni da parte di persone giuridiche. Ai sensi dell'art. 17 i candidati hanno, altresì, diritto ad un contributo statale per la copertura delle spese delle campagne elettorali, purché abbiano ottenuto almeno il 5% dei voti espressi. L'ammontare complessivo del contributo statale che viene ripartito tra i diversi candidati è pari a l'80% di 10.000 x IAS (*social support index*)⁸². Tale cifra è ripartita tra i candidati secondo due criteri: 1) il 20% è in parti uguali tra tutti. 2) il restante 80% è ripartito in proporzione ai voti ricevuti.

Anche in questo caso, così come nell'esaminato caso francese, la legge dispone dei limiti di spesa per la campagna elettorale, la quale per l'elezione dell'organo di vertice dell'ordinamento è pari, ex. art. 20, a 10.000 volte l'importo dello IAS (*social support index*), più 2.500 il medesimo importo in caso di candidatura al secondo turno; Naturalmente ciascun candidato deve predisporre un conto appositamente istituito a tale scopo per le entrate e le spese della campagna.

Entro l'ultimo giorno del termine per la presentazione delle domande, i candidati devono trasmettere il proprio bilancio elettorale preventivo a l'*Entidade das Contas e Financiamentos Políticos*. Quest'ultimo è l'organismo indipendente che collabora con la Corte costituzionale e ha il compito di valutare e vigilare sui conti dei partiti politici e sulle campagne elettorali, nonché sull'applicazione delle relative sanzioni.

Volendo, a questo punto, operare un brevissimo cenno alla concreta prassi politica va rilevato come tutti i Presidenti della Repubblica portoghesi eletti dal 1976 siano stati espressione dei diversi partiti politici, ad eccezione del primo, Ramalho Eanes. Tuttavia, nessun singolo partito è riuscito ad eleggere autonomamente il proprio Presidente, sicché si è reso necessario un accordo tra più partiti, ciò ha, nel tempo, realizzato una più forte connessione della figura eletta direttamente con i propri elettori, prima ancora che con il partito stesso, in consonanza, d'altra parte, con quello che probabilmente era l'intento degli stessi costituenti.

In effetti, il principio di maggioranza che impone che attorno al candidato si raccolga, tanto nel primo che nell'eventuale secondo turno, un numero di elettori che rappresenti la

⁸² L'indice di sostegno sociale è un parametro, nato con la legge n. 53-B/2006, del 29 dicembre, periodicamente aggiornato sulla base del PIL e dell'inflazione, che funge da riferimento per la quantificazione di diversi tipi di sostegno statale, tra cui anche i contributi per le campagne elettorali. Attualmente per effetto del decreto ministeriale del 13 dicembre 2021 n.294 il valore attuale dello IAS è pari a 443, 20 euro. sicché il *plafond* complessivo del contributo statale è attualmente pari a € 3.545.600,00.

maggioranza assoluta dei voti validi, secondo la dottrina “*fortalece a independencia do Presidente da Republica face ao partido ou au grupo que tenha apoiado e suportado a sua candidatura*”⁸³.

Tale prassi si è confermata anche con le ultime elezioni presidenziali del gennaio 2021 in cui è stato eletto per un secondo mandato Marcelo Rebelo de Sousa, con il 60,7% delle preferenze. Candidato del Partito social-democratico (Pds), ma appoggiato anche da un’ampia parte del centro sinistra (PS). Non a caso, infatti, il PS non aveva presentato per queste elezioni nessun candidato ufficiale facendo correre, l’iscritta al partito, Ana Gomes, come indipendente.

In un’ottica comparativa, risulta, altresì, di interesse sottolineare come la scelta precisa dei costituenti portoghesi sia stata del tutto opposta a quella, maturata negli anni, dal legislatore francese. Vale a dire, fare in modo che l’elezione del Capo dello stato non sia influenzata dall’elezione per la scelta dei rappresentanti del Parlamento e, conseguentemente del Capo del Governo. Ciò si è realizzato, anzitutto, attraverso la diversa durata dei due mandati, 5 anni quello del Presidente, 4 quello del Parlamento, per cui i due momenti elettorali sono volutamente lontani nel tempo. Il primo, infatti, non può avere luogo nei 90 giorni precedenti o successivi all’elezione per l’Assemblea della Repubblica (art. 125.2 Costituzione). Anche la previsione del semestre bianco, durante il quale è proibito lo scioglimento dell’Assemblea, contribuisce ed evitare tale eventuale vicinanza.

Questa scelta dei costituenti ha inevitabilmente condizionato l’azione dei partiti politici che, da sempre, hanno concentrato maggiori energie e attenzioni all’elezione legislativa, considerata quella realmente decisiva per le sorti politiche del paese. Ciò fa sì che, contrariamente a quanto avviene in Francia, le elezioni presidenziali portoghesi non sono condizionate da meccanismi governativi e non creano, neppure, alcun effetto di *traino* o *trascinamento*”⁸⁴.

9. Il Presidente della Repubblica federale austriaca. Una storia complessa.

La Repubblica federale austriaca costituisce un chiaro esempio di come, non di rado, la mera ricostruzione delle disposizioni costituzionali non possa concludere in maniera

⁸³ Manuel Monteiro, *A lei eleitoral*, cit., p. 69.

⁸⁴ In tal senso M. C. Ponthoreau, *La désignation par le partis politiques des “candidats présidentiels” en Europe Occidentale*, in *Pouvoirs*, n. 138/2011, p. 98.

soddisfacente l'analisi del concreto atteggiarsi della forma di governo. Infatti, non vi è dubbio che l'analisi del *solo* Testo Costituzionale del 1920, così come significativamente modificato nel 1929, non sia sufficiente a completare la descrizione dell'assetto istituzionale di quel Paese.

La Carta fondamentale austriaca, infatti, disegna una distribuzione dei poteri, soprattutto in riferimento al riparto di competenze tra Capo dello Stato e Governo, apparentemente, anche in questo caso, molto vicina a quella del modellino semipresidenziale⁸⁵ e, dunque, alla Costituzione della V Repubblica francese. Ciò soprattutto se si guarda al dato, comune all'esperienza francese, così come a quella portoghese, dell'elezione diretta del Capo dello Stato, unitamente al meccanismo di doppia fiducia che il Governo deve godere da parte sia del Presidente che del Parlamento. E, tuttavia, tale quadro va necessariamente completato con la concreta prassi istituzionale, con particolare riguardo al funzionamento dei partiti nella politica austriaca.

Prima di entrare nei meccanismi del funzionamento dell'organo di vertice del sistema e, segnatamente, della legislazione che fa da contorno all'elezione di quest'ultimo, appare indispensabile fare un breve cenno agli eventi storico-politici che hanno condotto all'emanazione del Testo costituzionale attualmente in vigore, sia per capirne la genesi, sia per individuare le ragioni dei suoi successivi sviluppi e dell'effettiva prassi politica istituzionale in quello Stato.

È noto come la Repubblica austriaca sia nata nel 1918 dalle ceneri della dissoluzione dell'Impero austroungarico travolto dalla sconfitta degli Imperi Centrali alla fine della I Guerra mondiale. In quelle convulse fasi della vita del nuovo Stato, le forze politiche rivoluzionarie, che abbatterono il regime imperiale, ebbero come principale ostacolo il giovane Imperatore Carlo I che rifiutò sempre l'abdicazione. Anche per questo esse si proposero, dunque, come primo obiettivo del nuovo assetto istituzionale, quello di evitare ogni forma monarchica non solo nella forma tradizionale ereditaria, per secoli sperimentata in Austria sotto la dinastia asburgica, ma anche in quella democratica di un *monarca repubblicano* elettivo. Scelta significativa in quanto non si deve dimenticare che anche il

⁸⁵ Dalla lettura, infatti, delle disposizioni costituzionali emergerebbe una figura di un Presidente in posizione di *preminenza* rispetto agli altri organi, non solo in quanto al vertice delle istituzioni dell'ordinamento ma, altresì, per le sue attribuzioni politiche: potere di nomina del Governo, potere di revocare il Cancelliere, o tutto il Governo federale, (art. 70, comma), potere di scioglimento del *Nationalrat* (art. 29, comma 1), adozione di decreti provvisori in deroga alla legge in casi di emergenza (art. 18, comma 3), promulgazione delle leggi federali (art. 43, comma 1), poteri in politica estera, quali ad esempio, la conclusione di trattati internazionali (art. 65). Più ampiamente sul Presidente federale austriaco, si veda per tutti, U. Haider Quercia, *La forma di governo della Grande Coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova, 2019, pp. 153 ss.

nuovo stato austriaco si andava organizzando, non senza difficoltà, come uno Stato federale e, dunque, non mancavano spinte, specie sul versante cattolico sociale, per guardare al modello del federalismo statunitense, nel quale il Presidente *eletto dal popolo* – seppure non con una elezione di primo grado – rappresenta altresì, oltre che una sintesi governativa, un elemento di unità rispetto alla pluralità degli Stati confederati.

Fu così che, nelle prime fasi della vita della Repubblica dell’Austria, le Costituzioni provvisorie che tumultuosamente si succedettero rinunciarono alla stessa classica figura monocratica del Capo dello Stato preferendo affidare le funzioni che la abrogata costituzione del 1867 affidava all’Imperatore, ad organi collegiali ai quali, oltre alle loro funzioni proprie di amministrazione e di legislazione, venivano affidati appunto i compiti tipici dell’Istituzione di vertice del sistema⁸⁶. In effetti, tali funzioni furono affidate in un primo momento dall’art. 3 della legge sulla forma di Stato e di Governo del 2 novembre 1918 al Consiglio di Stato (*Staatsrat*). Nel giro di qualche settimana una nuova legge spostò la funzione presidenziale in capo ad un Direttorio di Stato (*Staatdirektorium*) composto dal Presidente e dai due Vicepresidenti del *Nationalrat*, cioè dell’Assemblea nazionale. Ancora, successivamente, gli artt. 7 e 8 della Costituzione provvisoria del marzo 1919, assegnarono collegialmente le funzioni di Capo dello Stato ai tre Presidenti della Assemblea Nazionale Costituente⁸⁷.

È solo con la Costituzione del 1920, tuttora vigente, per quanto sul punto ampiamente emendata, che il Presidente federale viene individuato come organo monocratico a sé stante. In particolare, la posizione del Presidente, come prevista degli articoli tra il 60 e il 68, del Testo originario della Costituzione austriaca, era quella di un organo espressione del Parlamento in quanto eletto dalla Assemblea federale (organo risultante dall’unione del Consiglio nazionale e dal Consiglio Federale) a scrutinio segreto, la cui durata in carica coincideva con quella dell’assemblea stessa. Si trattava, dunque, di una configurazione essenzialmente di *rappresentanza*, dal momento che tutti gli atti presidenziali dovevano essere compiuti «su proposta del governo federale o dei ministri federali dal medesimo autorizzati» (art. 67 comma 1) e, d’altra parte, tutti gli atti del Presidente della Federazione dovevano altresì «essere controfirmati dal Cancelliere federale o dal ministro federale competente» (art. 67 comma 2).

⁸⁶ Tra questi compiti vi era la promulgazione delle leggi, il giuramento dei membri del Governo di Stato, la destituzione e la nomina del Governo (transitorio) la rappresentanza esterna della Repubblica, l’accreditamento dei diplomatici esteri e la forma dei trattati internazionali.

⁸⁷ Per una riflessione più ampia sul Testo Costituzionale austriaco, quale Costituzione pluritestuale ed estremamente frammentata, cfr. U. Haider Quercia, *100 anni di stabile flessibilità*, in *Percorsi Costituzionali, I cento anni della Costituzione austriaca*, n. 3/2019, pp. 713-730.

Una tale, debole e, per così dire, parlamentarizzata, configurazione del ruolo del Presidente federale corrispondeva, da un lato, come detto, ai timori, particolarmente sentiti dal partito socialdemocratico, che una figura di Presidente della Repubblica particolarmente forte potesse dar luogo a risorgenze monarchiche (il ricordo dell'esperienza francese del II Impero era comunque presente). D'altra parte, il Testo risentiva dell'influenza tecnica, ma anche di ingegneria costituzionale, che la *Reine Rechtelehre*, rappresentata dalla partecipazione di Hans Kelsen ed del suo allievo A.J. Merkel, alla fase elaborativa del processo costituente, vi esercitava.

È noto, infatti, come, chiamato nel maggio 1919 dal Cancelliere Renner a partecipare come consulente alla redazione della nuova Costituzione, Kelsen elaborò ben sei progetti, uno dei quali, anche se in parte modificato, fu effettivamente discusso dall'Assemblea Nazionale che, alla terza votazione (1 ottobre 1920), lo approvò senza modifiche, disponendone la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dello Stato⁸⁸.

In effetti, per quanto interessa il tema di questo lavoro, va sottolineato come l'idea di assegnare al Capo dello Stato funzioni di mera rappresentanza, senza una vera rilevanza politica, coincideva sostanzialmente con il pensiero kelseniano, il quale riteneva che “l'istituto presidenziale avesse radici antiparlamentaristiche ed antidemocratiche, in assoluto contrasto con il parlamentarismo proporzionale considerato, all'epoca, l'unica soluzione istituzionale adatta dar seguito al principio democratico”⁸⁹.

In ogni caso, la Costituzione che ne risultò fu, secondo i più autorevoli studiosi del tempo, un tipico “regime di assemblea”⁹⁰, visto che l'art. 70 prevedeva, secondo il modello svizzero, l'elezione del Governo da parte del Parlamento, comportando in tal modo una

⁸⁸ È ben noto che quello della trasformazione della Corte Suprema Austriaca (già prevista dalla Costituzione imperiale del 1876) in una vera e propria Corte costituzionale costituì, come lo stesso Kelsen ebbe a dichiarare il “suo massimo contributo personale” alla Costituzione del 1920, tuttavia non mancarono certo a quel testo costituzionale altri decisivi apporti dell'autore della *Reine Rechtelehre*. Essi si ritrovano anzitutto nello “stile” della costituzione, la quale si distingue per chiarezza del linguaggio giuridico ideato allo scopo di “approntare norme precise e di evitare, per quanto possibile, il ricorso a dichiarazioni, notifiche, assunzioni, specificazioni”, insomma, al cosiddetto pathos costituzionale. Sul punto si veda, R. Walter, *Hans Kelsen e le origini della Costituzione federale austriaca del 1920*, in *Scienza e Politica per una storia delle dottrine politiche*, v. 3, n. 25/1991, pp. 37-38.

⁸⁹ U. Haider Quercia *La forma di governo della grande coalizione*, cit., p. 158, cfr. altresì in argomento cfr., M. Welan, *Der Bundens president, in System der österreichischen Bundesverfassung in Österreichische Parlamentarische (Hg.) 75 Jare Bundesverfassung Verlag*, 1997, p. 485. Dello stesso autore più diffusamente, *Bundens präsident Kein Kaiser der Republik*, Gottingen, 1992, p. 118. Del resto, anche negli anni successivi, Kelsen prese decisa posizione a favore del parlamentarismo (H. Kelsen, *Das Problem des Parlamentarisms*, Vienna-Lipsia, 1924) sostenendo, altresì, il principio dell'elezione proporzionale dei deputati come l'unico capace di realizzare quel compromesso tra le opinioni che è proprio della democrazia. Sul punto diffusamente in Italia S. Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen. Le origini di Essenza e valore della democrazia*, Genova, 2017, p. 125.

⁹⁰ La definizione è di G. Burdieu: *Le régime parlementaire dans le Constitutions européennes d'après-guerre*, Paris, 1932, pp. 148-166.

sostanziale debolezza dell'esecutivo stesso rispetto a un Parlamento, il quale, a sua volta, si dimostrò costantemente incapace di esprimere una maggioranza organica⁹¹. Ne conseguì che, nel periodo 1920-1929, si succedettero ben 14 governi.

Il tentativo di dare maggiore solidità a un sistema squassato dagli scontri tra i partiti, culminati, tra l'altro, in feroci incidenti nel paese⁹², portò alla riforma costituzionale approvata il 7 dicembre 1929.

Essa si pose lo scopo di dare maggior forza al Presidente federale collocandolo in una posizione costituzionale di forza in quanto eletto direttamente dal popolo e perciò capace di imporsi come fattore di unità nazionale rispetto al Parlamento che appariva eternamente attraversato e paralizzato dalle lotte tra i partiti⁹³. Invero, il tentativo portato avanti sul modello del *Reichpräsident* della Repubblica di Weimar⁹⁴ riuscì solo parzialmente in quanto la proposta di legge avanzata in tal senso dal Governo risultò sostanzialmente ridimensionata in seguito al confronto con l'opposizione socialdemocratica, che continuava a vedere nella figura di un presidente *forte* un pericolo per la sopravvivenza stessa della democrazia.

10. Il presidente della Repubblica austriaca tra teoria e prassi.

Il perimetro tematico del presente lavoro non consente di entrare nel dettaglio del funzionamento dei poteri del Presidente e del rapporto di quest'ultimo con gli altri organi costituzionali e, tuttavia, per sintetizzare i caratteri del Presidente austriaco, così come emerso dopo la riforma del 1929, appare significativo, nonché ancora di piena attualità, la

⁹¹ A tale proposito A. Pelèrika ha usato, non a caso, l'espressione *Konikuzzen democratie*, in *Handbuch des politischen Systems Österreichs: Erste Republik 1918-1933*, Vienna, 1995, p. 63.

⁹² Tra questi si ricorda l'emblematico incendio del *Justizpalast*, il palazzo di giustizia viennese, del 15 luglio 1927 in cui morirono 84 dimostranti e 5 poliziotti.

⁹³ Tale era soprattutto la volontà del partito cristianosociale, partito di maggioranza relativa in Parlamento, di cui il principale esponente il prelado Ignaz Seipel aveva teorizzato tale soluzione (*Der Kampf um die österreichische Verfassung*, Vienna, 1930) come capace di mantenere la continuità dello Stato e rappresentarne l'unità pur in una visione federale come quella cui il partito sociale aderiva.

⁹⁴ La somiglianza non si limitava all'elezione diretta del presidente, giacché non mancavano formulazioni riprese alla lettera dalla Costituzione tedesca, così come il divieto di doppio scioglimento per le stesse ragioni o la procedura di revoca popolare contro il Presidente federale, su iniziativa del Parlamento (artt. 60-6 B-V6). Non mancavano tuttavia importanti e decisive differenze tra cui, in particolare, quella (imposta dai socialdemocratici) per la quale, in caso di stato di eccezione, il governo avrebbe potuto governare ma solo con l'approvazione di una Commissione permanente del Consiglio Nazionale (art. 18 B.V6). Limitazione quest'ultima in aperto contrasto con l'art. 48 della costituzione di Weimar, che fu la chiave di volta delle manifestazioni istituzionali durante la presidenza del Maresciallo Hindenburg.

formula utilizzata da Maurice Duverger, come di un “*géant endormi*”.⁹⁵ La dinamica partitica, infatti, pare aver condotto a una “neutralizzazione”, o comunque a un decisivo ridimensionamento, del potere presidenziale, ben diversamente dal caso francese dove, invece, proprio la prassi politica ha determinato una sempre maggiore centralità del ruolo del Presidente della Repubblica.

È in tale contesto, pertanto, che la dottrina oscilla, nella classificazione del modello austriaco, tra una forma di governo parlamentare *tour court*⁹⁶, una parlamentare a “componenti presidenziali”⁹⁷ o, secondo una classificazione più tradizionale, tra un vero e proprio sistema semipresidenziale⁹⁸ o un semipresidenzialismo apparente⁹⁹.

La figura del Capo dello Stato austriaco si è atteggiato, infatti, in questi anni più come un *custode della Costituzione*, con funzione di garanzia delle istituzioni e della stabilità politica, che come l'altra metà del potere esecutivo. Certo, si potrebbe dire che non pare abbiano trovato soddisfazione gli intenti che avevano fatto da sfondo alla riforma costituzionale del 1929. Vale a dire, il tentativo di correggere quei difetti del sistema parlamentare che avevano caratterizzato la politica austriaca nei pochi anni di storia costituzionale, soprattutto in riferimento alla necessità di ridimensionare il carattere fortemente partitocratico¹⁰⁰.

⁹⁵ M. Duverger, *Autriche*, in M. Duverger, *Droit Constitutionnel et Institutions politique*, vol. I, Parigi, 1990, p. 56.

⁹⁶ A. Lijphart *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001, p. 95, la definisce «certamente parlamentare»; sul punto altresì, J. Linz, *Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference*, in J.J. Linz, A. Valenzuela (a cura di), *The failure of presidential democracy*, Baltimore, 1994, p. 3-87; G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2000, p. 140. La natura parlamentare della forma di governo austriaca è stata sostenuta altresì da S. Ortino, *Governo parlamentare ed elezione diretta del Capo dello Stato: il caso austriaco*, in *Quad. cost.*, 1983, p. 311 ss. e F. Liberati, *Il carattere duale del modello di governo austriaco: tra governo federale e singoli ministeri*, in F. Lanchester (a cura di), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Milano, 2009, p. 1 ss., che definisce la forma di governo austriaca un “sistema di governo parlamentare puro modificato”.

⁹⁷ Di forma parlamentare “con impatto presidenziale” parla, invece, H. Schaffer, *Il modello di governo austriaco, fondamenti costituzionali ed esperienze politiche*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forma di governo; modelli stranieri e riforma costituzionale* Rimini, 1997, p. 167; di “carattere prevalentemente parlamentare” discorre H.G. Hoogers, *Die Präsidentschaftswahl 2016-2019: ich war dabei: how Austria elected Alexander van der Bellen as Federal President in 2016*, in *Journal of Constitutional Law*, n. 4/2017, p. 338.

⁹⁸ In tal senso, A. Rinella, *Le forme di governo semipresidenziali. La circolazione del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997, p. 216 ss. A. Zei, *Forma di governo, legislazione elettorale e sistema dei partiti in Austria alla prova del voto europeo*, in *Federalismi.it*, 28 maggio 2014, p. 2, che definisce la forma di governo austriaca come un “semipresidenzialismo a prevalenza del Governo”.

⁹⁹ Cfr. L. Mezzetti, *La forma di governo austriaca fra semipresidenzialismo apparente e sistema politico compromissorio*, in L. Mezzetti e V. Piergigli (a cura di), *Presidenzialismi, Semipresidenzialismi, parlamentarismi. Modelli comparati e riforme istituzionali in Italia*, Torino, 1997, p. 197; S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, 1997, p. 36. Lo stesso Duverger, se da un lato classifica la forma di governo austriaca come semipresidenziale, dall'altro parla di un “semipresidenzialismo apparente”, in assenza di un ruolo effettivamente “forte” dello stesso, cfr. M. Duverger, *Le concept de régime sémi-présidentiel*, in M. Duverger, (a cura di), *Les régimes semi-présidentiels*, Paris, 1986, p. 15 ss.

¹⁰⁰ Cfr. P. Pernthaler, *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1967, p. 119. Pernthaler ha, infatti, sostenuto che la forma di

Tuttavia, appare necessario rilevare come non si possa escludere che tali condizioni, anche in considerazione dei cambiamenti degli equilibri politici che si sono verificati negli ultimi anni, possano mutare nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad un Governo debole o ad una maggioranza in crisi¹⁰¹.

È, infatti, proprio a seguito delle inedite vicende che si sono verificate dal 2019 con il c.d. scandalo Ibiza¹⁰² che lo stesso Presidente in carica, Alexander Van der Bellen, aveva dichiarato di volere fare uso di tutta la discrezionalità riservatagli dalla Costituzione per far fronte a quella contingenza politica. È così, dunque, che il Presidente ha dimostrato di esercitare una decisiva influenza nella formazione dei numerosi governi che si sono succeduti dal 2019, culminati con la nomina del primo governo tecnico della storia austriaca¹⁰³. Tali vicende hanno, in effetti, dimostrato l'effettiva possibilità di fare pieno utilizzo delle attribuzioni riconosciute al Presidente dalla Costituzione, tra cui il potere di nomina del Governo, certamente il più rilevante delle attribuzioni previste dal Testo fondamentale, dal momento che viene esercitato senza proposta e senza controfirma¹⁰⁴.

governo parlamentare-presidenziale, così come fu definito il sistema venuto fuori dalla riforma del 1929, era stata concepita proprio come limitazione al sistema parlamentare (p. 125).

¹⁰¹ Negli ultimi anni, infatti, gli equilibri politici austriaci paiono essere passati da uno stabile bipartitismo, che ha ruotato per anni attorno ai governi di Grande coalizione, a un multipartitismo esasperato con la presenza di almeno tre partiti e la conseguenza che, per molte proprie attività, il Governo necessita di un consenso, o comunque di una collaborazione, tra maggioranza e opposizione. Sul punto, U. Haider-Quercia, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., p. 371. Tale situazione non si può escludere che si possa, nel tempo, tradurre in un maggiore spazio per il Presidente federale. In tal senso, G. Cerrina Ferroni, *Il Presidente austriaco e il suo ruolo "politico" in tempo di crisi*, in *Percorsi Costituzionali. I cento anni della Costituzione austriaca*, n. 3/2019, p. 765.

¹⁰² Si tratta dello scandalo, occorso nel luglio 2017, che ha visto coinvolti Heinz-Christian Strache e Johann Gudenus rispettivamente segretario e vicesegretario dell'FPÖ (allora all'opposizione), protagonisti di un video registrato con telecamere nascoste nell'isola spagnola di Ibiza. I due vengono mostrati mentre accettano finanziamenti per il partito e per la futura campagna elettorale da parte di una sedicente figlia di un oligarca russo. Gli eventi conducono prima alle dimissioni di Strache, nel frattempo diventato vice cancelliere del governo di coalizione ÖVP- FPÖ, guidato da Sebastian Kunz, e successivamente a una serie di eventi inediti nella politica austriaca: la dimissione di un ministro su proposta del cancelliere federale, la sfiducia parlamentare al Governo in carica e la formazione di un governo transitorio di tipo tecnico. Più ampiamente su queste vicende si veda, U. Haider Quercia, *Le recenti trasformazioni della forma di governo della grande coalizione: transizione politica o attivazione del semipresidenzialismo dormiente?*, in *Nomos*, n. 2/2022, pp. 4-5, la quale sottolinea come in questa fase il Presidente abbia assunto un atteggiamento istituzionale inedito e diverso da quello di mediazione e mantenimento della stabilità dei partiti, tradizionalmente svolto dal Capo dello Stato.

¹⁰³ Si tratta del Governo guidato dall'ex Presidente della Corte Costituzionale austriaca, Brigitte Bierlein, prima donna ad assumere la carica di Cancelliere, nominata a Capo del Governo dal Presidente van Der Bellen nel maggio 2019. In quell'occasione sono stati gli stessi partiti, travolti dallo scandalo Ibiza, a rimettersi nelle mani del Presidente affinché trovasse una figura terza attorno a cui radunare il consenso delle diverse forze politiche in vista delle successive elezioni tenutesi nel settembre 2019. Le elezioni hanno consentito a Sebastian Kunz di ricevere di nuovo l'incarico di Cancelliere alla guida di un Governo di coalizione tra popolari (ÖVP) e verdi. Lo stesso Kunz si dimetterà nel dicembre 2021 a seguito delle indagini di corruzione che lo hanno visto coinvolto.

¹⁰⁴ La previsione costituzionale della proposta e della controfirma (art. 67) per quasi tutti gli atti del Presidente della Repubblica da parte di un Ministro competente o del Cancelliere, sono da sempre apparse come consistenti limitazioni all'esercizio del potere di quest'ultimo, al punto da definire il *Bundespräsident* come

È per queste ragioni che il Presidente austriaco non pare potersi definire un *potere neutro tout court*, non solo in riferimento alla fase di formazione del governo¹⁰⁵, ma in special modo perché il combinato disposto delle attribuzioni costituzionali, insieme con la stabilità e la scarsa alternanza tipiche del sistema politico austriaco¹⁰⁶, non hanno determinato, per lungo tempo, le condizioni di una necessaria ri-espansione delle sue attribuzioni negli equilibri istituzionali¹⁰⁷. E tuttavia, non si può escludere che ciò accada in futuro, proprio come si è verificato in questi ultimi anni, in cui il Presidente ha operato “come centro politico stabilizzatore dell’intero sistema, laddove ne sorga la necessità”¹⁰⁸. Non si può escludere, insomma, che, quando necessario, il gigante si risvegli.

11. L’elezione diretta del Presidente austriaco. Costituzione legislazione e di contorno.

Venendo, più nel dettaglio, alle specifiche modalità di elezione dell’organo di vertice del sistema federale austriaco, è la stessa Costituzione a dettare alcuni principi per lo svolgimento dell’elezione del Presidente. Questi ultimi coincidono con quanto dettato anche per l’elezione del Consiglio Nazionale (art. 26). In sostanza, i principi che la Costituzione detta per l’elezione del Capo dello Stato, sono i medesimi di quelli previsti

“incatenato al Governo”, cfr. M. Welan, *Der Bundespräsident im System der österreichischen Bundesverfassung*, in *Österreichische Parlamentarische Gesellschaft*, (a cura di), *75 Jahre Bundesverfassung*, Wien, 1995, p. 483.

¹⁰⁵ Si tratta della fase istituzionale in cui, sia per prassi che per le previsioni della stessa Costituzione, il Presidente svolge un ruolo particolarmente rilevante. Infatti, quello della nomina del Cancelliere è l’atto, almeno formalmente, più autonomo del Presidente in quanto non soggetto alla proposta e alla controfirma ministeriale cui tutti gli atti del Presidente sono soggetti ex art. 67. Sebbene sia da precisare che, nonostante dalla Costituzione non derivi per il Presidente alcun vincolo formale nella scelta del Cancelliere, non si tratta di una scelta discrezionale ma condizionata dall’effettivo funzionamento del sistema politico e parlamentare, più ampiamente sul ruolo del Presidente nella formazione dei governi e su eventuali prospettive di un ampliamento dei poteri del *Bundespräsident* in questa fase, si veda, U. Haider- Quercia, *Il Bundespräsident e il suo ruolo nella formazione del Governo*, in A. Paris (a cura di) *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, Napoli, 2022, p. 82.

¹⁰⁶ Il funzionamento concreto dell’assetto partitico che ha, a lungo, ruotato attorno alla c.d. Grande Coalizione, tra i due principali partiti politici, basato proprio sull’alleanza tra due partiti ideologicamente divergenti, è stato considerato come un significativo ingrediente verso un modello consociativo, sul rapporto tra l’assetto partitico e la flessibilità della forma di governo austriaca, cfr. R. Chiarelli, *Flessibilità della Costituzione e evoluzioni più recenti del sistema parlamentare austriaco*, in *Percorsi costituzionali, Le attualità della Costituzione kelseniana*, n. 3/2021, p.714.

¹⁰⁷ U. Haider- Quercia, *Il Bundespräsident e il suo ruolo nella formazione del Governo*, in A. Paris (a cura di) *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, cit., p.81.

¹⁰⁸ L’espressione è di G. Cerrina Ferroni, *Il Presidente austriaco e il suo ruolo “politico” in tempo di crisi*, cit., pp. 766-767, la quale, in questo quadro, invita a non rinunciare a riconoscere l’elemento presidenziale nell’impianto sostanzialmente parlamentare della forma di governo austriaca, anche se solo nel momento del bisogno.

per l'elezione degli altri organi di rappresentanza (*Landtage* art. 95 e Consigli Comunali), determinando un generale principio di omogeneità in materia elettorale¹⁰⁹. A tali principi si aggiunge quanto disposto dalla specifica legge n.57 del 1971 sulle elezioni presidenziali c.d. *Bundespräsidentenwahlgesetz* (d'ora in avanti *BPräsWG*) che costituisce principale fonte di regolamentazione della disciplina di contorno di questa specifica elezione.

L'art. 1 della legge stabilisce, anzitutto, che l'elezione del Presidente federale è annunciata dal Governo federale con decreto pubblicato in Gazzetta ufficiale federale. Quest'ultimo deve contenere la fissazione del giorno delle elezioni, da tenersi in una domenica o in un giorno festivo, e anche il giorno a partire dal quale deve intendersi iniziata la campagna elettorale. Ai fini dell'elezione del Presidente federale il territorio è suddiviso in 9 circoscrizioni, tante quanti sono gli Stati che compongono la Repubblica Federale Austriaca (art. 2 *BPräsWG*).

Le regole circa l'elettorato attivo coincidono con quanto previsto dal Codice elettorale per l'elezione del *Nationalrat*. Dunque hanno diritto di voto nelle elezioni per il Presidente della Repubblica coloro che possono votare per il Consiglio Nazionale. Questi ultimi devono comunque essere iscritti nelle liste elettorali, che vengono formate prima di ogni elezione del Presidente federale (artt. 4-5 *BPräsWG*). Vale la pena ricordare che il diritto di voto è fissato a 16 anni.

Allo stesso modo, può essere eletto Presidente qualunque cittadino abbia l'elettorato passivo per il *Nationalrat*, che abbia compiuto i 35 anni il giorno delle elezioni (art. 6 *BPräsWG*).

La Costituzione prevede l'elezione diretta del *Bundespräsident*, «sulla base del voto segreto, personale, diretto ed eguale», con sistema maggioritario a doppio turno per un massimo di due mandati (art. 60 B-VG). La *BPräsWG* ammette il voto per corrispondenza nei casi dettagliatamente previsti dall'art. 5.

Va segnalato come proprio il voto per corrispondenza sia stato all'origine di un evento, fino a quel momento mai verificatosi nella storia costituzionale austriaca, vale a dire l'annullamento del II turno di ballottaggio delle elezioni presidenziali del 2016 da parte del Tribunale Costituzionale¹¹⁰. L'art. 141 I B-VG stabilisce, infatti, che si può giungere alla dichiarazione di invalidità dei risultati elettorali qualora si dimostri che ci sono stati errori

¹⁰⁹ In tal senso, U. Haider Quercia, *La forma id governo della Grande Coalizione*, cit. p. 164.

¹¹⁰ L'art. 21 della *BPräsWG* prevede che entro una settimana dal giorno dell'annuncio della decisione elettorale dell'Autorità Elettorale federale, questa può essere impugnata dinanzi la Corte costituzionale per una qualsiasi presunta illegalità della procedura elettorale da parte del rappresentante autorizzato di una proposta elettorale.

o imprecisioni nella registrazione dei voti e che tali errori abbiano avuto un effetto dimostrabile sull'esito delle elezioni, cosa effettivamente accaduta nelle elezioni 2016¹¹¹.

Occorre ricordare come in realtà, nonostante l'elezione diretta fosse stata introdotta già con la importante riforma costituzionale del 1929, le vicende storico-politiche dell'Austria non hanno consentito che ciò si verificasse fino al 1951¹¹².

Quanto al ballottaggio, questo ha luogo qualora al I turno nessun candidato raggiunga la maggioranza assoluta dei voti, eventualità effettivamente verificatasi in sole quattro occasioni (1951, 1986, 1992, 2016). In caso di parità al I turno tra i due candidati, si procederà all'estrazione a sorte del candidato che accederà al ballottaggio (art. 18 *BPräsWG*). Nell'ipotesi in cui, invero alquanto improbabile, al II scrutinio i due candidati ottengano lo stesso numero di voti, si procederà a un nuovo turno elettorale fin quando uno dei due candidati non raggiunga la maggioranza (art. 20 *BPräsWG*).

È interessante rilevare come, in realtà, l'elezione risulta legittima anche qualora si presenti un solo candidato, ipotesi effettivamente verificatasi due volte, nel 1989 e nel 1998. Fino al 1998, peraltro, era espressamente previsto, ex art. 18 della *Bundespräsidentenwahlgesetz*, che i partiti potessero sostituire un candidato tra il I e II turno, qualora questi non avesse, appunto, raggiunto la maggioranza assoluta al I turno. Tale previsione, che sottolineava il carattere più partitico che popolare di quest'elezione, unitamente a due costanti prassi politiche, di cui si dirà a breve, hanno contribuito a corroborare la tesi di un Presidente *neutralizzato* dalla prassi politica e dalla dinamica partitica¹¹³.

A contribuire alla neutralizzazione della figura Presidente hanno contribuito la consueta scelta dei partiti di non candidare un *leader* politico di spicco alle elezioni presidenziali,

¹¹¹ Il ricorso era stato presentato dall'esponente del *FPö* che aveva corso per le elezioni. Tra i molti profili di illegittimità sollevati dal ricorrente la Corte ha ritenuto fondati solo quelli relativi a un errore nel computo dei voti per corrispondenza. La Corte ha in questo contesto ha effettivamente constatato che il numero di voti espressi, interessati da tali errori, era pari a circa 77.000 e, considerato che lo scarto tra i due candidati era stato di circa 31.000 voti, ha invalidato il risultato elettorale del 17 maggio 2016, dando mandato al Governo di fissare una nuova data. Tale ripetizione del II turno si è tenuta, dopo una serie di ulteriori rinvii, il 4 dicembre 2016 e Van der Bellen ha vinto con il 53,79% dei voti. Su questo inedito evento della politica e delle istituzioni austriache, cfr. H.G. Hoogers, *Die Präsidentenwahl 2016-2019: ich War dabei. How Austria elected Alexander Van der Bellen as Federal President in 2016*, in *Journal of Constitutional Law (TvCR)* n. 4/2017, pp. 336-345; nella dottrina italiana si veda, M. Mazza, *Elezioni presidenziali austriache: primi elementi di riflessione*, in *DPCE online*, n. 2/2016, pp. 135-156.

¹¹² Le vicende storiche dell'Austria in quegli anni, accompagnate da una diffusa diffidenza dei partiti verso la figura del Presidente direttamente eletto dal popolo, hanno condotto all'approvazione di due leggi costituzionali speciali (BGBl 1931/303 e StGBI 1945/232) che hanno previsto proprio la sospensione della previsione dell'elezione diretta.

¹¹³ Sul punto, si vedano, B. Bartolini, *Sistema partitico ed elezione diretta del capo dello Stato in Europa*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1984, p. 210; A. Pelinka e S.K. Rosenberger, *Österreichische politik. Grundlagen-strukturem-trends*, Vienna, 2007, p. 138.

bensi una figura di secondo piano del partito (come il caso di Waldheim, Kirchshlager e Klestil) o la cui carriera politica  considerata gi *consumata* (ad esempio Fisher e Van der Bellen), insieme con l’ulteriore consuetudine dei candidati di non presentare alcun programma politico, depauperando, in effetti, la stessa campagna elettorale, e legittimando, in tal modo, pi che la proposta politica, l’istituzione¹¹⁴.

La concreta prassi politica, in effetti, rivela che il fatto che le diverse formazioni politiche non presentino ufficialmente alcun candidato e la scelta di figure non centrali, o non pi di spicco, del partito, agevola il frequente appoggio alla candidatura da parte di pi partiti. Si tratta di una dinamica politica che trova conferma anche nello stesso gradimento elettorale. Infatti  stato osservato che dal 1974 ottiene la vittoria proprio il candidato meno “politicizzato”¹¹⁵ e che proprio i Presidenti maggiormente disconnessi dalle dinamiche partitiche sono stati, (con l’unica eccezione di Kurt Waldheim) rieletti al II turno, senza neanche passare per il ballottaggio, dimostrando di avere, negli anni del mandato, aumentato il proprio gradimento¹¹⁶.

12. Candidatura, filtro delle *Untersttzungserklrungen* e il ruolo dei partiti.

Per quanto attiene, nello specifico, alla presentazione delle candidature e ai meccanismi con cui queste devono avvenire, l’art. 7 statuisce che esse devono essere presentate all’Autorit elettorale federale (*Die Bundeswahlbehrde*) entro le ore 17.00 del trentasettesimo giorno precedente la data delle elezioni. Le candidature devono essere necessariamente corredate da un totale di 6.000 dichiarazioni di sostegno (*Untersttzungserklrungen*), la dichiarazione deve pervenire da un soggetto iscritto nelle liste elettorali, anche eventualmente residente all’estero. I cittadini aventi diritto di voto possono, infatti, sostenere un candidato compilando un apposito modulo di dichiarazione di sostegno, firmato davanti a un funzionario del Comune in cui  fissata la propria residenza principale, e inviandolo all’indirizzo del candidato.

Come risulta evidente, si tratta, anche in questo caso, di un sostegno che avviene in forma

¹¹⁴ Sul punto e pi in generale sulla neutralizzazione del Presidente austriaco, A.G. Lanzafame, *La vis espansiva della rappresentanza*, Torino, 2019, pp. 197-210, in partic. pp. 204-205.

¹¹⁵ In tal senso W.C. Müller, *Austria*, in R. Elgie (a cura di), *Semi-presidentialism in Europe*, Oxford, 1999, p. 42.

¹¹⁶ Tale dinamica, a parere di taluni, piuttosto che “svuotare” di valore la figura del Capo dello Stato, gli attribuirebbe un valore *super partes* di garanzia all’interno della dinamica istituzionale e politica, in tal senso G. Cerrina Ferroni, *Il Presidente austriaco e il suo ruolo “politico” in tempo di crisi*, cit., p.754.

pubblica, infatti, le candidature contengono le generalità di ciascun sostenitore. Le candidature dovranno, poi, essere presentate all'Autorità elettorale federale e dovranno contenere una serie di elementi fondamentali: anzitutto, naturalmente, le generalità del candidato, la dichiarazione dell'accettazione alla candidatura da parte dello stesso, la conferma da parte del Comune che quest'ultimo, nonché i suoi sostenitori, siano regolarmente iscritti nelle liste elettorali. Inoltre è necessario individuare un soggetto (eleggibile in Consiglio Nazionale), abilitato a rappresentare i firmatari della proposta elettorale, nonché i nominativi di almeno due deputati al Consiglio Nazionale. Alla previsione, dunque, di un sostegno *popolare*; tramite le 6.000 dichiarazioni, si accompagna un sostegno, anche se numericamente molto esiguo, formale di tipo politico istituzionale, da parte di soggetti già eletti in Consiglio Nazionale.

Ai sensi del comma 9 dell'art. 7, contestualmente alla presentazione della candidatura, che deve avvenire da parte del rappresentante autorizzato a tale funzione, dovrà essere versato un contributo per le spese elettorali pari a 3.600 €.

Nell'ipotesi in cui una proposta elettorale sia carente delle 6.000 dichiarazioni richieste dalla legge, o manchi l'accettazione da parte del candidato, verrà concesso un periodo di 3 giorni per colmare tali mancanze, altrimenti la proposta sarà considerata come non presentata (art.8). L'art. 8, commi 4 e 5, BPräsWG si occupa anche dell'ipotesi in cui il candidato muoia o rinunci alla candidatura. Nella prima ipotesi le elezioni saranno rinviate fino a un massimo di 10 settimane dalla data originariamente prevista. In entrambe i casi, però, viene ridata solo al rappresentante autorizzato, che aveva già presentato una candidatura, la possibilità di presentarne una nuova, anche con il sostegno di coloro che si erano già espressi. Queste previsioni paiono collocarsi nella medesima scia di quanto accennato a proposito della possibilità, ormai soppressa, dei partiti di sostituire, tra il I e il II turno, un candidato, nel solco, dunque, di un rilievo che viene dato non tanto al candidato in sé e, dunque, alla sua eventuale capacità di raccogliere consensi, quanto al gruppo che lo sostiene, *rectius* il partito.

Sarà l'Autorità elettorale federale, dopo le opportune verifiche sulla regolarità delle proposte di candidatura presentate, comprese le dichiarazioni di sostegno e i contributi alle spese, a rendere noto l'elenco dei candidati, pubblicandolo sulla bacheca del Ministero dell'Interno e su internet, ciò avverrà il trentunesimo giorno precedente alla data fissata per le elezioni (art. 9 BPräsWG).

Appare di interesse che nell'ipotesi, peraltro consentita, in cui vi sia un solo candidato, la scheda elettorale presenterà un quesito secco, sul modello di quello referendario, in cui

l'elettore dovrà scegliere se il candidato unico possa ricoprire o meno la carica di Presidente Federale (art. 11, commi 4 e 5, BPräsWG). In tale ultimo caso il candidato sarà eletto se la somma dei voti validi espressi con i "sì" supera la somma dei voti validi espressi con i *no*, dunque non è richiesta la maggioranza assoluta (art. 17 BPräsWG).

Altro profilo degno di nota relativo all'elezione del Presidente della Repubblica in Austria riguarda il voto obbligatorio.¹¹⁷ La revisione costituzionale del 1929, accanto all'introduzione dell'elezione diretta del Capo dello Stato prevede, altresì, l'obbligatorietà del voto per questa tipologia di elezioni per tutti i cittadini, lasciando la discrezionalità ai singoli Stati federali sulla possibilità di introdurre o meno tale previsione per le altre tipologie di elezioni. Tale previsione trovò effettivamente applicazione in tutto il territorio austriaco per un trentennio, dal 1951, anno delle prime elezioni dirette del *Bundespräsident*, al 1982.

In effetti, il dibattito sull'introduzione di una siffatta previsione si sviluppò già intorno al 1918, a seguito dell'estensione del voto anche alle donne, per giungere poi a un suo punto di arrivo solo nel 1929. I partiti conservatori, infatti, mostravano preoccupazioni circa la scarsa partecipazione che le donne avrebbero dimostrato rispetto all'appuntamento elettorale, contrariamente, invece, alle sostenitrici dei partiti social democratici che si erano a lungo battute per questo diritto. A ciò si aggiungeva un'ulteriore argomentazione, il voto obbligatorio era visto, come uno strumento necessario in quanto la partecipazione alle decisioni politiche non si configurava solo come un diritto, ma bensì anche come un dovere. Nel 1982 una revisione della Costituzione federale rimise in capo ai singoli Stati federali la scelta sul mantenimento o meno di tale obbligatorietà. Ed in effetti, solo 4 (Vorarlberg, Tirolo, Stiria, e Carinzia, quest'ultima estese l'obbligo anche alle elezioni legislative) dei 9 Stati che compongono la Repubblica austriaca mantennero tale previsione. Su questa linea si sono poi mossi progressivamente anche i diversi territori in cui permaneva tale obbligatorietà, fino ad arrivare al 2010, anno in cui si sono svolte le prime elezioni presidenziali in cui il voto è risultato facoltativo per tutti i cittadini della Repubblica federale austriaca¹¹⁸.

¹¹⁷ Per un'analisi più ampia, anche in chiave comparata, dell'istituto del voto obbligatorio e dei suoi concreti effetti in termini di partecipazione al voto, si veda, F. Lanchester, *Il Voto Obbligatorio Da Principio A Strumento: Un'analisi comparata*, in *Il Politico*, vol. 48, n.1, marzo 1983 pp. 31-53.

¹¹⁸ Il compito di comminare eventuali sanzioni per il mancato esercizio del voto, così come il valore massimo dell'importo, ricadeva in capo alle diverse autorità locali. In realtà, oltre al fatto che le sanzioni avevano un valore piuttosto irrisorio (nel 2004, nell'ultimo Stato in cui permaneva tale obbligo, la sanzione era pari a 72€), queste erano raramente comminate in quanto le cause di giustificazione per il mancato assolvimento dell'obbligo erano numerose (malattie, impegni professionali, questioni familiari urgenti, il trovarsi fuori dall'Austria, etc.) e dimostrabili con semplice autodichiarazione. Per uno studio più ampio sul voto

13. La disciplina dei media e del finanziamento della campagna elettorale.

366

La legge sull'elezione del Presidente, definiti i profili sull'elettorato attivo e passivo, e le modalità di presentazione delle candidature, si occupa di disciplinare nel dettaglio le procedure che devono corredare il momento elettorale vero e proprio, fino ai contenuti e il formato della scheda elettorale. Carente, invece, soprattutto se confrontata con le altre legislazioni oggetto di questo studio, appare la regolamentazione della BPräsWG in fatto di copertura e regolamentazione dei media, compreso il tema legato allo svolgimento dei sondaggi pre elettorali.

Ed infatti, per quanto attiene alla disciplina dei media, questi sono ampiamente autoregolamentati anche durante il delicato periodo della campagna elettorale. Anche se esiste un'autorità indipendente per le telecomunicazioni, la *KommAustria*, che ha il compito di garantire la diversità dei media e la diversità di opinioni e la concorrenza leale nel mercato tra emittenti pubbliche e private, la sua supervisione durante la campagna elettorale è basata solo su eventuali reclami da parte degli interessati e non viene effettuato alcun monitoraggio dei media. Allo stesso modo l'organo di autoregolamentazione per la stampa, il *Presserat*, esamina i reclami contro la stampa, ma non ha potere sanzionatorio. Per quanto attiene, invece, al finanziamento della campagna elettorale la legge sull'elezione del Presidente Federale rimanda anzitutto al Codice elettorale per l'elezione del *Nationarat*. In ogni caso, ai sensi dell'art. 24 a. della BPräsWG, ogni candidato alla carica di Presidente ha un tetto di spesa piuttosto consistente per la campagna elettorale, pari a 7 milioni euro. La legge, inoltre, disciplina nel dettaglio le tipologie di donazioni, soprattutto in riferimento ai donanti, che sono consentite così come il relativo regime di pubblicità.

Occorre precisare che anche in Austria, così come in Portogallo, è previsto il finanziamento pubblico ai partiti, secondo quanto disposto dalla legge federale n. 57 del 2012 sul finanziamento ai partiti politici. L'art. 3 della citata legge stabilisce, infatti, che, sia il Governo federale che i Governi dei diversi Stati, devono stanziare adeguati finanziamenti annuali ai partiti politici per la loro partecipazione alla formazione delle opinioni politiche a livello federale, statale e locale. A tal fine, ai partiti rappresentati nel Consiglio nazionale

obbligatorio in Austria e sul suo reale impatto in termini di partecipazione democratica, cfr. M. Hoffman, G. Léon, M. Lombardi, *Compulsory voting, turnout, and Government Spending: Evidence from Austria*, Barcellona, 2016.

o nei Parlamenti statali deve essere riconosciuto un importo complessivo di almeno 3,10 euro, ma non superiore a 11 euro, per avente diritto di voto. Ai fini della determinazione del numero di questi ultimi occorre prendere in considerazione il numero degli aventi diritto al voto nell'ultima elezione dell'organo di rappresentanza generale.

È da tener presente che in Austria i partiti ricevono, sì, un finanziamento pubblico ma né i candidati né i partiti stessi ricevono alcun rimborso per la campagna elettorale presidenziale, ciò a detrimento degli eventuali candidati indipendenti in corsa per la presidenza. Ciononostante, la prassi politica mostra che, in effetti, nella gran parte dei casi le campagne presidenziali sono finanziate da donazioni degli stessi partiti che appoggiano i diversi candidati.

Nelle ultime elezioni presidenziali del 2022, il Presidente uscente e poi riconfermato, Alexander Van der Bellen, è riuscito, in controtendenza rispetto al passato, a raccogliere 600.000 euro di donazioni da parte di piccoli e grandi donatori privati, oltre che 1,5 milioni di euro dal partito dei Verdi che lo ha da sempre appoggiato, a fronte invece di una donazione di ben 2,2 milioni di euro da parte del partito FPÖ per il suo candidato Rosenkranz.

La BPräsWG prevede, in effetti, una disciplina piuttosto permissiva in fatto di donazioni (art. 24) Non ci sono, infatti, limiti all'importo che può essere donato, anche se alcuni tipi di donazioni sono vietate, tra cui quelle anonime superiori a 1.000 euro, le donazioni estere e in contanti superiori a 2.500 euro e qualsiasi donazione da parte di enti pubblici o comunque enti in qualche modo collegati allo Stato. Per le donazioni superiori a certi importi vi sono numerosi oneri da osservare. Quelle superiori a 3.500 euro devono essere rese note nei rapporti finanziari della campagna, mentre quelle superiori a 50.000 euro devono essere rese pubbliche almeno una settimana prima del giorno delle elezioni, tramite il sito web della campagna e del donatore, indicando il nome e l'indirizzo di quest'ultimo. Inoltre, i candidati e i gruppi che li sostengono sono tenuti a presentare alla Corte dei Conti le relazioni sulle entrate della loro campagna elettorale entro tre mesi dal giorno delle elezioni. Anche i partiti politici che sostengono un candidato sono tenuti a presentare una relazione separata sulle finanze della loro campagna elettorale, all'interno del rendiconto annuale.

Venendo alla concreta prassi politica, il 9 ottobre 2022 si sono tenute le elezioni presidenziali federali. Si è trattato della quattordicesima elezione diretta del Capo di Stato austriaco dal 1951. Questo appuntamento elettorale non ha smentito la consuetudine che vede la riconferma del Presidente uscente. Infatti Alexander Van der Bellen ha ricevuto

oltre la metà dei voti validi espressi nel primo turno di elettorali, risultando quindi rieletto per i prossimi sei anni senza bisogno di ricorrere al ballottaggio.

A conferma della scarsa politicizzazione di questa elezione in Austria Van der Bellen si è candidato ufficialmente come indipendente, sebbene sia noto quanto egli sia da sempre vicino al partito dei verdi che lo ha, infatti, sostenuto anche economicamente. Quanto alla condotta e all'effettivo coinvolgimento dei principali partiti austriaci, l'SPÖ ha deciso di sostenere la rielezione del Presidente uscente, ma solo sul piano politico e non organizzativo o finanziario. L'ÖVP, ha deciso di non presentare un proprio candidato nella competizione, ma ha anche rifiutato un appoggio formale al Presidente per la sua rielezione. Tra i partiti presenti in Parlamento, solo l'FPÖ ha presentato un candidato alternativo, Walter Rosenkranz, tutti gli altri 5 candidati a questo ultimo appuntamento elettorale hanno raccolto le dichiarazioni di sostegno da indipendenti (Michael Brunner, Gerald Grosz, Heinrich Staudinger, Tassilo Wallentin e Dominik Wlazny, alias Marco Pogo)¹¹⁹.

13. Considerazioni conclusive.

L'analisi che si è tentato di condurre in queste pagine sui meccanismi elettorali, con particolare riferimento alla normativa *di contorno*, dell'elezione diretta dei Presidenti della Repubblica di alcuni sistemi europei definiti comunemente semipresidenziali – sia pure con i noti *distinguo* necessari, da fare caso per caso, si ritiene, non priva di interesse per il giuspubblicista, in specie per il comparatista. Ciò a dimostrazione, semmai ve ne fosse la necessità, dell'importanza che il sistema elettorale nel suo complesso, gioca nella concreta determinazione del funzionamento di una specifica forma di governo.

Lo sguardo comparato svela come, in effetti, pure nell'analogia del *piatto forte*, vale a dire l'elezione diretta a suffragio universale del Capo dello Stato, le differenze si registrano proprio in ordine al minore o maggiore grado di dettaglio di tutta la disciplina che fa da sfondo all'elezione dell'organo di vertice del Paese, apparendo quasi come speculare il grado di dettaglio di questa disciplina e la minore o maggiore rilevanza del Presidente della Repubblica in quello specifico ordinamento.

Tutti e tre gli ordinamenti qui analizzati, Francia, Portogallo, Austria, presentano un tessuto

¹¹⁹ Per una ricostruzione delle vicende legate alle ultime elezioni presidenziali, cfr. A. De Petris, *La rielezione di Alexander Van der Bellen a Presidente Federale: un fattore di stabilità istituzionale in tempi di crisi politica*, in *Nomos*, n. 3/2022.

normativo che è il frutto non solo, e naturalmente, del dettato costituzionale, ma anche di una normativa ordinaria (legge organica, legge ordinaria o decreto legge) che disciplina la materia. E, tuttavia, proprio qui si coglie, si ritiene, secondo la metodologia propria del diritto comparato fondata su analogia e differenze, lo specifico atteggiarsi dei diversi ordinamenti, che rivelano un grado di dettaglio che, invero, differisce di sistema in sistema. È così, dunque, che la Francia presenta una disciplina che appare, sin da subito, particolarmente ricca e articolata, sin dalla previsione del c.d. *parrainage*, e la cui funzione e regolamentazione non sembra potersi raffrontare con gli altri sistemi qui presi in considerazione. Né, infatti, le 6.000 dichiarazioni di sostegno popolare, ex art. 7 della *Bundespräsidentenwahlgesetz* austriaca, né le 1500 *presentazioni* sufficienti (massimo 7.000) ex art. 124 della Costituzione portoghese, sembrano raffrontabili alla *ratio* del meccanismo francese, concepito come un vero e proprio *filtro* alle candidature, che, di norma, richiede al candidato di cercare, anzitutto il sostegno dal partito di provenienza, ma che, talvolta, impongono allo stesso di cercare un appoggio che va oltre il partito, come nel caso di candidati c.d. *outsider* o provenienti da piccole formazioni partitiche. Un *filtro* alle candidature, quello francese, che ha la forma di un *patrocinio* che differisce da quello austriaco e portoghese, oltre che per il dato numerico (500 *parrainages* in Francia), soprattutto per la provenienza di tale sostegno, istituzionale e poi anche partitico nel caso francese, popolare negli altri due casi.

Ed è proprio sulla scorta di questi due importanti elementi differenziali, la *ratio* e la provenienza del sostegno, che appare, altresì, più comprensibile la differenza, seppure ormai eliminata, ma che tuttavia costituisce ancora fonte di dibattito, sull'anonimato dei *parrains*, laddove, invece, la pubblicità dei nomi dei sostenitori non è mai parsa in discussione nel sistema lusitano e austriaco. Nel primo caso, infatti, risultano chiamati personaggi *noti*, già passati per il filtro di elezioni più o meno impegnative ed in quanto tali potenzialmente interessati a mantenere – attraverso l'anonimato – la propria autonomia di immagine pubblica rispetto al candidato Presidente. Negli altri casi si tratta più semplicemente di cittadini elettori, in genere strettamente collegati al partito politico che esprime il candidato, e perciò assolutamente liberi nel presentarne ufficialmente la candidatura. In ogni caso il principio di trasparenza, così indispensabile in materia, ha eguagliato il regime di pubblicità.

Più articolato ed intenso appare, poi, il regime di regolamentazione dei media durante la campagna elettorale in Francia e in Portogallo, rispetto al caso austriaco, dove è prevista, sì, la presenza, come negli altri due sistemi, di un'autorità di regolamentazione, ma che

tuttavia fonda la propria supervisione sulla base di reclami da parte degli interessati, senza godere di alcun potere sanzionatorio.

Tutti e tre gli ordinamenti esaminati disciplinano, poi, con un certo grado di rigore e dettaglio il rapporto tra la campagna elettorale e i flussi finanziari. La *ratio* a cui si ispirano i sistemi considerati appare quella di disciplinare in maniera rigorosa la possibile incidenza del denaro nella campagna elettorale, prevenendo in tutti e tre i casi uno specifico tetto di spesa per la campagna elettorale, consentendo le donazioni, elemento che potenzialmente conferisce la possibilità a un candidato di avvantaggiarsi rispetto ad un altro anche grazie alla minore o maggiore capacità degli stessi di raccogliere denaro, ma corredano tale possibilità di precisi e dettagliati vincoli. Sembra, invece, ispirata al più egualitario principio di *pari chances* la previsione dell'ordinamento, sia francese che portoghese, di prevedere un rimborso elettorale da parte dello Stato, parametrato sulla scorta dei risultati ottenuti dai candidati.

E, d'altra parte, tali differenze in relazione anche e, soprattutto, al diverso atteggiarsi del ruolo del Capo dello Stato nelle diverse forme di governo trovano riscontro in ulteriori elementi sia formali che di prassi. Così, nonostante quanto ebbe a dichiarare lo stesso De Gaulle al Cancelliere austriaco Kreisky¹²⁰, sull'ispirazione che la Costituzione austriaca fu per il modello della V Repubblica francese, l'evoluzione di questi due modelli si è rivelata per molti aspetti diversa.

Così, ad esempio per la consuetudine austriaca di scegliere per l'elezione presidenziale una figura politica non di spicco per la presidenza, accanto a quella per cui il candidato non presenta alcun programma politico, sono il chiaro sintomo di un'interpretazione del ruolo presidenziale diametralmente opposta a quella dell'omologo francese. È come se durante la fase elettorale, nel caso francese tutta l'attenzione dell'elettorato sia sul candidato Presidente, sulla sua *leadership* e sul suo programma. Mentre nel caso austriaco, l'attenzione dell'elettore è richiamata sul partito o sugli appoggi politici di cui dispone, i quali espongono un candidato la cui *leadership* non è elemento decisivo del risultato finale. La conseguenza di una tale impostazione elettorale non può non risentirsi nei successivi rapporti istituzionali.

Da richiamare, altresì, la previsione costituzionale della Costituzione portoghese (art. 125) relativa alla necessaria distanza temporale che deve intercorrere tra il rinnovo dell'Assemblea federale e l'elezione del Presidente che, insieme con la diversa durata del

¹²⁰ Cfr., M. Welan, *Der Bundespräsident. Kein Kaiserin der Republik*, Vienna, 1997, *passim*.

mandato dell'organo legislativo e del Capo dello Stato, prevista sia dalla Costituzione portoghese che da quella austriaca, rispondono alla volontà di tenere quanto più è possibile distanti, e non solo nel tempo, i due momenti elettorali per evitare che l'elezione del Presidente della Repubblica influisca sulla seconda, determinando un possibile effetto di traino anche del ruolo del Capo dello Stato su quello, in definitiva, del Governo. Scelta volutamente differente e di segno opposto, com'è noto, a quella del costituente francese che si è, al contrario, voluto assicurare proprio del verificarsi di tale possibile risultato. Ancora un esempio, di quanto la legislazione in materia elettorale, apparentemente, di contorno influisca, e decisamente, non solo sul risultato elettorale ma perfino sulla stessa forma di governo.

Abstract: Obiettivo del presente lavoro è sviluppare un'analisi sullo specifico tema dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica, in tre ordinamenti europei, Austria, Francia e Portogallo, anche e, soprattutto, relativamente ad un ambito della legislazione elettorale, quella definita *di contorno*, raramente oggetto di studio specie in relazione all'elezione di un organo monocratico.

Abstract: The aim of this work is to develop an analysis on the specific subject of the direct election of the President of the Republic in three European legal orders, Austria, France and Portugal, also and above all with reference to an area of electoral legislation that is often not the subject of analysis, with particular regard to a monocratic body, such as that legislation that is known as the *contour* legislation.

Parole chiave: Presidente della Repubblica – elezione diretta – sistema elettorale – legislazione elettorale di contorno.

Key words: President of Republic – direct election – electoral system – “outline” electoral legislation

UN COLLEGAMENTO PIÙ FORTE TRA POLITICA DI COESIONE DELL'UNIONE EUROPEA E SOLIDARIETÀ: IL PACCHETTO DI ASSISTENZA ALLA RIPRESA PER LA COESIONE E I TERRITORI D'EUROPA (REACT-EU)*.

di Alessandro Rosanò**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La reazione dell'UE alla crisi COVID-19 e la struttura di Next Generation EU. – 3. Politica di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione europea e pandemia di COVID-19. – 4. La disciplina relativa a REACT-EU. – 5. Considerazioni critiche su REACT-EU. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, è stato riconosciuto da tempo che la solidarietà si configura come un principio generale, il quale si colloca a fondamento di tutto il sistema dell'Unione¹. Esso risulta sotteso al sistema giuridico dell'Unione, strettamente connesso al principio di leale cooperazione e idoneo a produrre effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri e delle istituzioni europee². Al riguardo,

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore a tempo determinato, lett. a) in Diritto dell'Unione europea – Università della Valle d'Aosta.

¹ Per una prima affermazione, Corte di Giustizia, 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione / Francia*, punti 16-17. Si vedano poi i riferimenti subito *infra*. In generale, sul principio di solidarietà nella giurisprudenza della Corte, D. Schiek, *Solidarity in the Case Law of the European Court of Justice. Opportunities Missed?*, in H. Krunke, H. Petersen e I. Manners (a cura di), *Transnational Solidarity. Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 252 ss. Inoltre, si possono vedere F. de Witte, *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2015; J. Czuczai, *The Principle of Solidarity in the Eu Legal Order – Some Practical Examples after Lisbon*, in J. Czuczai e F. Naert (a cura di), *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 145 ss.; R. Coman, L. Fromont e A. Weyembergh (a cura di), *Les solidarités européennes entre enjeux, tensions et reconfigurations*, Bruxelles, Bruylant, 2019; P. Mengozzi, *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, Bologna University Press, 2022.

² Corte di Giustizia, 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania / Polonia*, punti 37 ss., resa a seguito dell'impugnazione proposta avverso Tribunale dell'Unione europea del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia / Commissione* (sul tema della solidarietà, si veda in particolare il punto 69). Su questa causa, T.M. Moschetta, *La solidarietà interstatale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commissione*, in *I Post di AISDUE*, 31 dicembre 2019 e M. Münchmeyer, *The principle of energy solidarity: Germany v. Poland: case C-848/19 P*, in *Common Market Law Review*, n. 3/2022, p. 915 ss.

alcuni Avvocati generali hanno fornito ulteriori indicazioni, chiarendo per esempio che la solidarietà è uno dei valori che caratterizzano il modello europeo di società e che, pertanto, enti che perseguono tale valore contribuiscono attivamente alla costruzione di una società europea in linea con lo spirito dei Trattati³. Altri hanno parlato di un valore di base ed esistenziale dell'Unione e ragion d'essere e finalità del progetto europeo⁴, nonché di principio strutturale dell'Unione⁵.

Simili affermazioni appaiono sicuramente condivisibili se si fa riferimento alle origini del processo di integrazione europea, oltre che ai suoi sviluppi. Fu proprio il concetto di solidarietà a contraddistinguere l'idea di costituire la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), come riconosciuto sia dalla dichiarazione resa da Robert Schuman il 9 maggio 1950, sia dal preambolo del Trattato CECA. Infatti, Schuman affermò, tra l'altro, che l'Europa non si sarebbe fatta in una sola volta, tutta insieme, ma sarebbe invece sorta a partire da realizzazioni concrete che avrebbero creato anzitutto una solidarietà di fatto⁶. Nel preambolo del Trattato CECA si confermava tale affermazione⁷. In seguito, nel preambolo del Trattato di Maastricht, gli Stati membri espressero la volontà di intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni.

Considerando la situazione successiva alla riforma realizzata mediante il Trattato di Lisbona, va detto che l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE) colloca la solidarietà tra i valori fondativi dell'Unione e l'art. 3, par. 3, individua tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione la promozione della coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri. Inoltre, la solidarietà è uno dei principi ispiratori della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (art. 24, par. 3, TUE), della politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne (art. 67, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)), della politica economica per quel che

³ Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, 27 febbraio 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 40.

⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 26 luglio 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Slovacchia / Consiglio*, punti 17-18.

⁵ Presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott, 26 ottobre 2012, causa C-370/12, punto 142.

⁶ Dichiarazione Schuman, 9 maggio 1950.

⁷ Va detto però che, in origine, questa dimensione del processo di integrazione non assunse grande rilievo. Come è stato notato da M. Dani, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 2/2017, p. 404 con riferimento alla fase iniziale di tale processo, "absent the social and political preconditions sustaining constitutional democracy at the national level, such as a thick collective identity and a reasonably strong sense of solidarity, the possibility of establishing a fully-fledged pan-European political community appears foreclosed. Instead, European integration begins as a purely intergovernmental and rather unspectacular undertaking. The pursuit of peace and prosperity are the ideals justifying the establishment of supranational institutions. In particular, economic motives seem to motivate European integration" (corsivo aggiunto).

riguarda le misure da assumere in presenza di una situazione di difficoltà in uno Stato membro, soprattutto ove essa riguardi l'approvvigionamento di determinati prodotti (art. 122, par. 1) e della politica energetica (art. 194, par. 1, TFUE). Ulteriormente, l'art. 222 TFUE individua una clausola di solidarietà in forza della quale l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. Può infine ricordarsi che il preambolo della Carta dei diritti fondamentali menziona la solidarietà quale valore indivisibile e universale su cui si fonda l'Unione e che il capo IV della Carta, rubricato appunto *Solidarietà*, riconosce una serie di diritti concernenti il lavoro, la salute e la protezione dei consumatori.

A livello di diritto derivato, preme fare presente almeno che con il Regolamento 2012/2002 è stato istituito il Fondo di solidarietà dell'Unione europea, poi modificato con il Regolamento 661/2014, funzionale a fornire assistenza agli Stati membri – e agli Stati con cui siano in corso i negoziati di adesione – che siano stati colpiti da catastrofi naturali, le quali generino serie ripercussioni per lo sviluppo economico e sociale⁸. Al riguardo, si riconosce che tramite esso l'Unione europea intende disporre di uno strumento solido e flessibile che le consenta di dimostrare solidarietà, di dare un chiaro segnale politico e di fornire un'assistenza reale ai cittadini⁹.

Sul piano giurisprudenziale, oltre ai riferimenti di ordine generale di cui sopra, può richiamarsi l'orientamento della Corte di giustizia concernente le interazioni tra diritto della concorrenza e regimi di protezione sociale, basato sul riferimento alla solidarietà al fine di definire un bilanciamento tra economia di mercato ed esigenze di politica sociale. Sul punto, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che, per quanto certi effetti restrittivi della concorrenza contraddistinguano gli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, «gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro» e che pertanto gli accordi in parola, in

⁸ Regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea e Regolamento (UE) n. 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea.

⁹ Considerando n. 2 del Regolamento 661/2014.

ragione della loro natura e del loro oggetto, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo ora menzionato¹⁰.

È innegabile allora che la solidarietà, quale principio poliedrico, attraversi e accompagni il processo di integrazione europea dalle sue origini sino ai giorni nostri¹¹.

Nel corso degli ultimi quindici anni, l'Unione europea si è dovuta confrontare con una serie di eventi che hanno posto in rilievo l'esigenza di solidarietà tra Stati membri. Può pensarsi alla crisi economico-finanziaria del 2007-2008¹², nonché alla crisi migratoria che investì Grecia, Italia e Spagna nel 2015 e al tentativo (sostanzialmente fallito) di realizzare una ripartizione per quota dei migranti tra gli Stati membri¹³. Considerando gli ultimi tre anni, è inevitabile il riferimento alla crisi determinata a livello sanitario, prima, ed economico-sociale, poi, dalla pandemia di COVID-19¹⁴, nonché alla crisi che ha fatto seguito all'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa¹⁵.

¹⁰ Si veda Corte di Giustizia, 4 dicembre 2014, causa C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, punti 22-23 e giurisprudenza ivi citata. Per delle indicazioni dottrinali, J. Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving EU*, London, Hart Publishing, 2000; G. De Burca (a cura di), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005; M. Dougan e E. Spaventa (a cura di), *Social Welfare and EU Law: Essays in European Law*, London, Hart Publishing, 2005.

¹¹ E. Triggiani, *Il principio di solidarietà nella Carta*, in *I Post di AISDUE*, 17 dicembre 2020, p. 20. Per aspetti di carattere classificatorio, si può vedere anche P. Van Cleynenbreugel, *Typologies of solidarity in EU law: a non-shifting landscape in the wake of economic crises*, in A. Biondi, E. Dagilytė e E. Küçük, (a cura di), *Solidarity in EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 13 ss.

¹² Tuttavia, in questo caso, "la risposta normativa all'euro-crisi risulta ispirata pressoché totalmente al mantra dell'austerità. L'insistenza posta sulle riforme strutturali ha acuito il malessere sociale dei settori più vulnerabili dei cittadini degli Stati membri, sicché i partiti populistici hanno avuto gioco facile nel trarre vantaggio da questa situazione, dirottando la rabbia popolare contro il processo integrativo sovranazionale in quanto tale" (G. Guerra, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2021, p. 552). Per un'introduzione alla crisi in questione, M. Ruffert, *The European debt crisis and European Union law*, in *Common Market Law Review*, n. 6/2011, p. 1777 ss.; F. Fabbrini, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in *Berkley Journal of International Law*, n. 1/2014, p. 64 ss.; B. de Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3/2015, p. 434 ss.; T. Beukers, B. de Witte e C. Kilpatrick (a cura di), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹³ Sul tema, J. Borg-Barthet e C. Lyons, *The European Union Migration Crisis*, in *The Edinburgh Law Review*, n. 2/2016, p. 230 ss.; M. Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; L. Marin, S. Penasa e G. Romeo, *Migration Crises and the Principle of Solidarity in Times of Sovereignism: Challenges for EU Law and Polity*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1/2020, p. 1 ss.

¹⁴ Sui profili di carattere sanitario, F. Casolari, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Eurojus*, n. 1/2020, p. 95 ss.; F. Rolando, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale di *Eurojus*, 2020, p. 1 ss.; I. Goldner Lang, *EU COVID-19 Certificates: A Critical Analysis*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 2/2021, p. 298 ss. Quanto alle iniziative adottate per fare fronte alle conseguenze economiche del COVID-19, si veda *infra*.

¹⁵ Per un'introduzione, S. Poli, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SIDIBlog*, 22 marzo 2022 e M. Lossani, *Gli effetti economici delle sanzioni imposte alla Russia: una prima valutazione*, in *SIDIBlog*, 13 aprile 2022.

In particolar modo, queste ultime due crisi hanno reso l'Europa non solo economicamente più povera, ma anche più diseguale per quel che riguarda crescita, innovazione, lavoro e sviluppo dei territori¹⁶. Esse allora assumono grande rilievo per quel che attiene alla politica di coesione economica, sociale e territoriale, visto che, tramite essa, l'Unione mira a promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione stessa e, soprattutto, a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite. Come già ricordato in precedenza, l'art. 3, par. 3, TUE, collega la politica di coesione con il principio di solidarietà e, in effetti, alla luce delle finalità perseguite da tale politica, sembra possibile concordare con chi individua in essa una "island of solidarity" nel diritto dell'Unione europea¹⁷.

Sotto questo punto di vista, e dal punto di vista della reazione dell'Unione europea alla crisi COVID-19 e a quella provocata dalla guerra in Ucraina, assume rilievo un'iniziativa che si colloca nell'ambito di *NextGeneration EU*. Si tratta del Pacchetto di Assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa, denominato REACT-EU, il quale va a integrare il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il Fondo sociale europeo (FSE) e il Fondo europeo per gli aiuti agli indigenti (FEAD) per il periodo 2014-2020 al fine di promuovere le capacità di ripresa dalla crisi e contribuire a una ripresa dell'economia verde, digitale e resiliente, anche per quel che riguarda la creazione di posti di lavoro, l'occupazione giovanile, il sostegno alle piccole e medie imprese e ai sistemi sanitari.

Scopo del presente articolo è illustrare questa iniziativa. A tal fine, si procede offrendo una panoramica quanto alle misure adottate dall'Unione europea in generale per fare fronte alle ricadute della crisi COVID-19 sul piano economico (paragrafo 2), per poi concentrarsi su quelle concernenti la politica di coesione (paragrafo 3). In seguito, viene presentato REACT-EU (paragrafo 4) e si prendono in considerazione alcuni profili concernenti la capacità di assorbimento delle risorse e i criteri di ripartizione (paragrafo 5). Le conclusioni sono dedicate all'utilizzo dei fondi resi disponibili da REACT-EU in Italia (paragrafo 6),

¹⁶ Con riferimento alla crisi COVID-19, G.P. Manzella, *La politica regionale 2021-2027. Tra diseguaglianze, «doppia transizione» e Covid-19*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4/2021, p. 954.

¹⁷ P. Hilpold, cit., il quale richiama K. Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, in R. St. John Macdonald e D.M. Johnston (eds), *Towards World Constitutionalism*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2005, p. 804.

2. La reazione dell'UE alla crisi COVID-19 e la struttura di Next Generation EU.

È un dato ormai acquisito che l'impatto che il COVID-19 ha avuto a livello globale è stato devastante. A livello sanitario, si sono registrati più di 685 milioni di casi e più di 6 milioni e ottocentomila decessi¹⁸, il che ha provocato gravissime difficoltà per i sistemi sanitari dei diversi Stati, chiamati a gestire la situazione di emergenza¹⁹.

Sul piano economico, è da ricordare che, nel 2020, quando gli Stati membri dell'Unione europea furono colpiti duramente dalla pandemia, il ricorso al lockdown e a misure restrittive della libertà di spostamento determinarono gravi limitazioni quanto allo svolgimento di attività produttive, con un conseguente crollo del prodotto interno lordo (-3,0% nel primo quadrimestre dell'anno; -11,2% nel secondo quadrimestre)²⁰. Pur con delle differenze da Stato membro a Stato membro, è innegabile che la pandemia interessò tutti gli Stati membri dell'Unione. Sul punto, i Presidenti di Consiglio europeo e Commissione europea ebbero modo di rilevare che “the shock of the pandemic is symmetric; it is important to avoid the recovery becoming asymmetric. Not all have suffered in the same way, not all have the same leverages to use and not all regions will be able to restart their economies quickly. The EU's recovery plan must therefore be based on solidarity, cohesion and convergence”²¹.

La prima iniziativa assunta dalla Commissione europea consistette nel quadro temporaneo

¹⁸ Si veda <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (dati aggiornati al 24 aprile 2023).

¹⁹ L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha predisposto una serie di policy brief al riguardo, reperibili nel sito <https://www.oecd.org/health/covid-19.htm>.

²⁰ <https://ec.europa.eu/eurostat/web/covid-19/economy#vis>.

²¹ Presidente del Consiglio europeo e Presidente della Commissione europea, *Roadmap for recovery – Towards a more resilient, sustainable and fair Europe*, 21 aprile 2020, p. 2.

in materia di aiuti di Stato²², modificato sei volte nel corso del tempo²³, giunto a conclusione il 30 giugno 2022, tranne che per le misure di sostegno agli investimenti e alla solvibilità²⁴. Attraverso esso fu chiarito quali misure adottate dagli Stati membri avrebbero esulato dal campo di applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato, furono definite la cornice e le condizioni perché le imprese potessero beneficiare delle nuove misure di sostegno e fu semplificato il compito della Commissione al fine dell'autorizzazione di quelle misure²⁵. Con tale iniziativa si dava un sostanziale via libera agli Stati membri affinché intervenissero al fine di salvare le loro economie. Tuttavia, ove l'Unione europea si fosse limitata a fare ciò, l'esito sarebbe stato inevitabilmente asimmetrico, date le disparità intercorrenti tra i mezzi di cui potevano disporre gli Stati membri più ricchi e quelli utilizzabili dagli Stati membri più poveri. In questo si identifica la ragione alla base delle ulteriori misure definite dall'Unione europea²⁶.

Pertanto, si intervenne a ulteriori livelli. La Commissione europea propose l'attivazione della clausola generale di salvaguardia del Patto di stabilità e crescita²⁷. Ciò avrebbe

²² Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, 20 marzo 2020. Si tratta di un tipo di iniziativa già assunta in passato per fare fronte alla crisi economico-finanziaria del 2007-2008 (Comunicazione della Commissione, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, 7 aprile 2009) e ora utilizzata nuovamente per contrastare gli effetti economicamente negativi derivanti dalla guerra in Ucraina (Comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, 23 marzo 2022). Per un commento sul quadro temporaneo, J.L. Buendia e A. Dovalo, *State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 1/2020, p. 3 ss.; A. Biondi, *State Aid Control and COVID-19: a Map to the Temporary Framework*, in D. Utrilla e A. Shabbir (a cura di), *EU Law in Times of Pandemic. The EU's Legal Response to Covid-19*, Granada, EU Law Live Press, 2021, p. 363 ss.; M. Merola e A. Cogoni, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Eurojus*, n. 1/2021, p. 49 ss.; D. Lypalo, *Competition Law in Times of War: Response to the Russian Invasion of Ukraine*, in *Kluwer Competition Law Blog*, aprile 2022.

²³ https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/coronavirus/temporary-framework/amendments_en

²⁴ Commissione europea, *Statement - State aid: Commission will phase out State aid COVID Temporary Framework*, 12 maggio 2022.

²⁵ In questi termini, F. Rossi Dal Pozzo, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus*, n. 1/2021, p. 61.

²⁶ Per una panoramica, G. Contaldi, *La solidarietà europea in campo economico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3/2020, p. 444 ss.; E. Castellarin, *The European Union's Financial Contribution to the Response to the Covid-19 Crisis: An Overview of Existing Mechanisms, Proposals Under Discussion and Open Issues*, in *European Papers*, n. 5/2020, p. 1021 ss.; M.L. Sánchez-Barrueco, *El nuevo marco presupuestario de la Unión europea para la recuperación postpandemia*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 2/2021, p. 555 ss.

²⁷ Come previsto dall'art. 5, par. 1, e dall'art. 9, par. 1, Regolamento (CE) 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, «qualora si produca un evento inconsueto al di fuori del controllo dello Stato membro interessato che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale di detto Stato o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione, gli Stati membri possono essere autorizzati ad allontanarsi temporaneamente dal percorso di aggiustamento all'obiettivo di bilancio a medio termine di cui al terzo comma, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne

permesso agli Stati membri di derogare ai limiti normalmente derivanti dalle regole di bilancio europee e di adottare misure per affrontare la crisi²⁸. Il Consiglio dell'Unione europea approvò la proposta della Commissione²⁹.

Fu attivato il Fondo di solidarietà dell'Unione europea, il cui regolamento istitutivo venne opportunamente emendato per assicurare assistenza qualora si producano serie ripercussioni sulle condizioni di vita dei cittadini, sulla salute umana, sull'ambiente naturale o sull'economia di una o più regioni di uno Stato ammissibile a seguito del verificarsi di una catastrofe naturale grave o regionale o di una grave emergenza di sanità pubblica sul territorio dello stesso Stato ammissibile³⁰. Inoltre, mediante l'Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus, furono mobilitati 37 miliardi di euro di risorse non utilizzate nell'ambito della politica di coesione per consentire agli Stati membri di spendere per garantire l'assistenza sanitaria e per sostenere regimi di riduzione dell'orario lavorativo e le piccole e medie imprese³¹. Venne in seguito istituito lo Strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione (SURE) per fornire assistenza finanziaria consistente in prestiti concessi dall'Unione agli Stati membri in modo da finanziare principalmente regimi di lavoro a orario ridotto o misure analoghe volte a proteggere i lavoratori dipendenti e autonomi³².

La Banca europea per gli investimenti stanziò 40 miliardi di euro per fornire garanzie alle

risultati compromessa». Ai sensi dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 5, par. 2, Regolamento (CE) 1467/97 del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, «in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione il Consiglio può decidere, su raccomandazione della Commissione, di adottare una raccomandazione rivista ai sensi dell'articolo 126, paragrafo 7, TFUE, a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti compromessa». Sul Patto di stabilità e crescita, F. Amtenbrink e J. de Haan, *Reforming the Stability and Growth Pact*, in *European Law Review*, n. 3/2006, p. 402 ss.; J.-V. Louis, *The Review of the Stability and Growth Pact*, in *Common Market Law Review*, n. 1/2006, p. 85 ss.; M. Barbero, *Il nuovo patto europeo di stabilità e crescita alla prova dei fatti: i recenti casi di Francia, Germania e Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6/2007, p. 1315 ss.

²⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, 20 marzo 2020.

²⁹ Council of the EU – Press release, *Statement of EU ministers of finance on the Stability and Growth Pact in light of the COVID-19 crisis*, 23 marzo 2020.

³⁰ Si veda il già citato Regolamento (UE) 2020/461.

³¹ Sull'Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus, si veda il terzo paragrafo.

³² Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19 (SURE). Per un commento, F. Costamagna, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione della pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; H.A. Pertzold, *The SURE Initiative, Short-Time Work Compensation, and State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, n. 2/2020, p. 161 ss.; A. Pitrone, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I Post di AISDUE*, 23 maggio 2020.

piccole e medie imprese³³ e creò un fondo per concedere prestiti alle aziende in difficoltà³⁴, mentre la Banca centrale europea lanciò il Programma di acquisto per l'emergenza pandemica, così da comprare titoli del settore pubblico e privato fino a 750 miliardi di euro, poi aumentati a 1350 miliardi di euro e infine a 1850 miliardi di euro³⁵. Nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità fu istituita una linea di sostegno per le crisi pandemiche per sostenere gli Stati membri nel finanziamento dei costi diretti e indiretti legati all'assistenza sanitaria, alla cura e alla prevenzione³⁶.

Di fondamentale importanza furono due iniziative. La prima riguardò la decisione della Commissione europea guidata da Ursula von der Leyen di ritirare la proposta di quadro finanziario pluriennale formulata nel 2018 dalla Commissione Juncker³⁷ e di presentarne una nuova, elaborata alla luce del mutato contesto sanitario ed economico, in modo da rendere il quadro finanziario pluriennale un mezzo per la ripresa³⁸. Il Regolamento, approvato a dicembre 2020, definisce uno strumento da 1074 miliardi di euro, il quale si contraddistingue per una particolare attenzione ai programmi a finanziamento diretto quali meccanismi per promuovere l'agenda politica della Commissione europea, *in primis* per quel che riguarda la transizione ecologica e digitale³⁹.

La seconda è *Next Generation EU*, un'iniziativa temporanea diretta a reperire risorse sui

³³ <https://www.eib.org/en/press/all/2020-086-eib-group-will-rapidly-mobilise-eur-40-billion-to-fight-crisis-caused-by-covid-19>.

³⁴ <https://www.eib.org/en/press/all/2020-126-eib-board-approves-eur-25-billion-pan-european-guarantee-fund-to-respond-to-covid-19-crisis.htm>.

³⁵ <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html>. Per un commento, L. Lionello, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, in *SIDIBlog*, 28 marzo 2020 e C. Pesce, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, 16 aprile 2020.

³⁶ <https://www.esm.europa.eu/content/europe-response-corona-crisis>. Su questa linea del Meccanismo europeo di stabilità, E. Pistoia, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in *I Post di AISDUE*, 28 aprile 2020 e M. Bursi, *La linea sanitaria del Meccanismo Europeo di Stabilità: né leviatano, né panacea*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2021, p. 108 ss. In generale sul Meccanismo europeo di stabilità, M.F. Cucchiara, *Fiscal compact e meccanismo europeo di stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2015, p. 91 ss.; J. Atik, *From 'No Bailout' to the European Stability Mechanism*, in *Fordham International Law Journal*, n. 5/2016, p. 1201 ss.; N. Ruccia, *Analogie, differenze e interazioni tra il Meccanismo europeo di stabilità e il Meccanismo di risoluzione unico*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2-3/2016, p. 407 ss.

³⁷ Comunicazione della Commissione, *Un bilancio moderno al servizio di un'Unione che protegge, che dà forza, che difende. Quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, 2 maggio 2018, COM(2018) 321 final e allegato, SWD(2018) 171 final, nonché proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce un quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027, 2 maggio 2018, COM(2018) 322 final.

³⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, COM(2020) 442 final, 27 maggio 2020.

³⁹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio del 17 dicembre 2020 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027. Sulle trattative relative al quadro finanziario pluriennale, A. Rosanò, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *Federalismi.it*, 5 agosto 2020.

mercati finanziari nel periodo 2021-2024 per un ammontare di 750 miliardi di euro. Le non facili negoziazioni che permisero infine l'approvazione del regolamento 2020/2094 portarono a definire la ripartizione delle risorse derivanti da tale meccanismo in favore delle diverse componenti⁴⁰, individuate in:

- Dispositivo per la ripresa e la resilienza, munito di 672,5 miliardi di euro da attribuire agli Stati membri mediante prestiti (312,5 miliardi) e sovvenzioni (360 miliardi) per realizzare riforme strutturali, soprattutto per quanto concerne rivoluzione verde e digitale;
- Assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa (REACT-EU), finanziata con 47,5 miliardi di euro in modo da sostenere l'azione del FESR, del FSE e del Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD);
- Orizzonte Europa, il programma quadro dell'Unione europea in materia di ricerca e innovazione, sostenuto con 5 miliardi di euro, ulteriori rispetto ai 94 miliardi già previsti dal quadro finanziario pluriennale;
- Fondo per la transizione giusta, a cui vanno 40 miliardi di euro per fare fronte alle conseguenze economico-sociali della transizione verso la neutralità climatica, in modo da – per esempio – favorire la riqualificazione dei lavoratori;
- Sviluppo rurale, con 7,5 miliardi di euro;
- Meccanismo di protezione civile dell'Unione (RescEU), a cui sono stati assegnati 1,9 miliardi di euro.

L'iniziativa ha un carattere sicuramente rivoluzionario, visto che si prevede l'emissione da parte della Commissione europea di titoli di credito destinati ad andare a maturazione in un periodo compreso tra i tre e i trent'anni. Viene dunque a definirsi per la prima volta nella storia del processo di integrazione europea una situazione in cui la Commissione europea può ottenere denaro sui mercati finanziari e trasferirlo agli Stati membri, secondo una modalità che appare simile a quella di un sistema federale⁴¹. Questo rende ancora più peculiare la natura *sui generis* dell'Unione europea quale organizzazione internazionale, visto che, come è stato notato, “going into debt was considered something possible only for the Member States, because only within the national community there is a sufficient

⁴⁰ Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19. Sui negoziati, J. Echebarria Fernández, *A Critical Analysis on the European Union's Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, in *European Papers*, n. 3/2020, p. 1399 ss.

⁴¹ F. Fabbrini, *The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 1/2022, p. 196.

solidarity to create joint financial obligations among its members”⁴². A ciò si aggiunge il fatto che la capacità della Commissione europea di intervenire nelle scelte di politica economica degli Stati membri ne esce rafforzata, dato che l’attribuzione di risorse è funzionale all’avanzamento di priorità di ordine politico, economico e sociale rilevanti per la Commissione stessa, per esempio in materia di transizione verde e transizione digitale⁴³. Infine, deve considerarsi che l’approvazione di *NextGeneration EU* ha portato e sta portando a una riforma del sistema di risorse proprie dell’Unione europea. Infatti, come chiarito all’art. 5 della decisione del Consiglio 2020/2053, tutte le passività determinate dal potere della Commissione di contrarre prestiti devono essere rimborsate al più tardi entro il 31 dicembre 2058 e per intero⁴⁴. Pertanto, si è reso necessario introdurre nuove fonti di risorse proprie per fare fronte al debito derivante da *NextGeneration EU*⁴⁵, e così rafforzare la capacità fiscale dell’Unione europea⁴⁶.

3. Politica di coesione economica, sociale e territoriale dell’Unione europea e pandemia di COVID-19.

Nel preambolo del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (TCEE) si riconosceva l’esigenza di rimuovere le barriere che dividono l’Europa, di rafforzare l’unità delle economie degli Stati membri e di assicurarne lo sviluppo armonioso, riducendo le

⁴² L. Lionello, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, n.1/2020, p. 23. Ulteriormente, sulle conseguenze costituzionali di *NextGeneration EU*, F. Fabbrini, *Next Generation Eu: Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n.1/2022, p. 1 ss. e P. Leino-Sandberg e M. Ruffert, *Next Generation EU and its Constitutional Ramifications*, in *Common Market Law Review*, n.2/2022, p. 433 ss.

⁴³ F. Costamagna, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *I Post di AISDUE*, 15 dicembre 2021, p. 45.

⁴⁴ Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom.

⁴⁵ Dal 1 gennaio 2021 è in vigore una nuova categoria di risorse proprie basata su contributi nazionali calcolati sulla base dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati (si veda l’art. 2 della decisione 2020/2053). Altre risorse proprie sono prefigurate nell’Accordo interistituzionale del 16 dicembre 2020 tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia per l’introduzione di nuove risorse proprie. Queste sono identificate in un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera, un prelievo sul digitale, una risorsa propria basata sul sistema di scambio di quote di emissione, un’imposta sulle transazioni finanziarie e un contributo finanziario collegato al settore societario o una nuova base imponibile comune per l’imposta sulle società. Sul tema, A. Cordewener, *The COVID-19 Crisis: An Opportunity for EU Budget and Tax Reform*, in *EC Tax Review*, n. 6/2020, p. 258 ss.

⁴⁶ L. Lionello e G. Rossolillo, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?*, in *Il Federalista*, n. 3/2019, p. 179 ss.

disparità fra le differenti regioni e il ritardo di quelle meno favorite⁴⁷. All'art. 2 TCEE si confermava il fatto che la Comunità aveva l'obiettivo di promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche e un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita. Nonostante queste e ulteriori previsioni che attestano l'esistenza già all'epoca di una consapevolezza circa la necessità di colmare il gap tra territori più e meno economicamente avanzati⁴⁸, solo nel 1975 si arrivò all'istituzione del FESR, tramite il quale correggere i principali squilibri regionali nella Comunità, in particolare ove risultanti dalla prevalenza delle attività agricole, dalle trasformazioni industriali e da una sottoccupazione strutturale⁴⁹, e solo nel 1986, con l'Atto unico europeo, fu introdotto nel TCEE un titolo dedicato alla politica di coesione economica e sociale⁵⁰.

Come si evidenziava *supra*, nell'attuale sistema dei Trattati, l'art. 3, par. 3, TUE individua tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione la promozione della coesione economica, sociale e territoriale. Essa rientra tra le materie di competenza concorrente ai sensi dell'art. 4, par. 2, TFUE, e al tema è dedicato il titolo XVIII del TFUE (artt. 174-178). In particolar modo, all'art. 174 si ribadisce che l'Unione intende promuovere uno sviluppo armonioso e ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite, aggiungendosi un riferimento al fatto che, tra le regioni interessate, un'attenzione particolare è rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali quelle più settentrionali con bassissima densità demografica e quelle insulari, transfrontaliere e di

⁴⁷ Indicazioni dello stesso tenore trovano spazio ora nel preambolo del TFUE.

⁴⁸ Si pensi per esempio al fatto che già all'epoca si stabiliva, all'art. 92 TCEE, che potessero essere considerati compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione. *Ex art. 130 TCEE*, la Banca europea per gli investimenti era chiamata a facilitare, mediante la concessione di prestiti e garanzie e senza perseguire scopi di lucro, il finanziamento di progetti contemplanti la valorizzazione delle regioni meno sviluppate (*inter alia*). Ai sensi dell'art. 131 TCEE, venivano associati alla Comunità i paesi e i territori non europei che mantenevano con il Belgio, la Francia, l'Italia e i Paesi Bassi delle relazioni particolari, al fine di sostenere gli interessi degli abitanti di quei paesi e territori e la loro prosperità e in modo da condurli allo sviluppo economico, sociale e culturale. Nel Protocollo concernente l'Italia si sottolineava che il governo italiano era impegnato nell'esecuzione di un programma decennale di espansione economica, diretto a sanare gli squilibri strutturali dell'economia nazionale, in particolare sostenendo le zone meno sviluppate nel Mezzogiorno e nelle isole e creando nuovi posti di lavoro.

⁴⁹ Regolamento (CEE) 724/75 del Consiglio del 18 marzo 1975 che istituisce un Fondo europeo di sviluppo regionale, in GUCE L 73/1975, p. 1 ss.

⁵⁰ Sull'evoluzione della politica di coesione, C. Blumann, *Historique de la politique communautaire de cohésion économique et sociale*, in S. Leclerc (a cura di) *L'Europe et les régions: quinze ans de cohésion économique et sociale*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5 ss.; N. Staeck, *The European Structural Funds – Their History and Impact*, in H. Heinelt e R. Smith (a cura di), *Policy networks and European structural funds*, Aldershot, Avebury, 1996, p. 46 ss.; A.E. Evans, *The EU Structural Funds*, Oxford, Oxford University Press, 1999; R. Sapienza, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

montagna. Gli articoli successivi riguardano principalmente i fondi strutturali e il ruolo da essi rivestito nel promuovere la politica di coesione dell'Unione⁵¹. Come noto, essi intervengono, mediante programmi pluriennali, a complemento delle azioni nazionali, regionali e locali, per realizzare la strategia dell'Unione per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e le specifiche missioni che contraddistinguono l'azione di ciascun fondo. La gestione, a natura concorrente, vede il coinvolgimento, a livello nazionale, non solo di autorità statali, ma anche regionali e locali, al fine della preparazione ed esecuzione dei programmi, in modo da concentrare il sostegno sugli interventi che apportano il maggiore valore aggiunto in relazione agli obiettivi dell'Unione⁵².

In maniera specifica, possono considerarsi il FESR, il FSE (ora Fondo sociale europeo Plus, FSE+) e il FEAD⁵³. Per quanto riguarda il FESR, tramite esso l'Unione mira a finanziare il sostegno destinato a rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale, eliminando le principali disparità regionali nell'Unione tramite lo sviluppo sostenibile e l'adeguamento strutturale delle economie regionali, compresa la riconversione delle regioni industriali in declino e delle regioni in ritardo di sviluppo. Le priorità di investimento riguardano, *inter alia*, il rafforzamento della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dell'innovazione, il miglioramento dell'accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il sostegno alla transizione verso un'economia a bassa emissione di carbonio, la promozione dell'adattamento al cambiamento climatico, la prevenzione e la gestione dei rischi, la tutela dell'ambiente e l'uso efficiente delle risorse, la promozione dei sistemi di trasporto sostenibili e la promozione dell'occupazione sostenibile e di qualità e della mobilità dei lavoratori⁵⁴.

Il FSE sostiene gli Stati membri e le regioni nel conseguire livelli elevati di occupazione, una protezione sociale equa, una forza lavoro qualificata e resiliente e società inclusive e

⁵¹ Sul punto, M. Vellano, *La cooperazione regionale nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁵² Si veda al riguardo Regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, in GUUE L 347/2013, p. 320 ss. Va ricordato comunque che il FSE+ presenta una componente a gestione concorrente e un'altra a gestione diretta e indiretta.

⁵³ In questa sede, si concentra l'attenzione su FESR, FSE e FEAD in ragione del fatto che – come già detto e come si avrà modo di ripetere – a essi si ricollega l'azione di REACT-EU.

⁵⁴ Regolamento (UE) n. 1301/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e a disposizioni specifiche concernenti l'obiettivo *Investimenti a favore della crescita e dell'occupazione* e che abroga il Regolamento (CE) 1080/2006, in GUUE L 347/2013, p. 289 ss.

coese. Si identificano pertanto numerosi obiettivi specifici connessi alla promozione dell'occupazione e della mobilità professionale, dell'istruzione, della formazione e dell'inclusione sociale⁵⁵.

Il FEAD, infine, promuove la coesione e l'inclusione sociale al fine di eliminare la povertà nell'Unione, prestando un'assistenza non finanziaria alle persone indigenti mediante prodotti alimentari e/o assistenza materiale di base e sostenendo attività a favore dell'integrazione di dette persone. In particolar modo, per assistenza materiale di base si intende beni di consumo di base di valore limitato forniti ai soggetti in questione per uso personale, come ad esempio vestiario, calzature, prodotti per l'igiene, materiale scolastico e sacchi a pelo⁵⁶.

In ragione di quanto detto finora, si capisce perché la politica di coesione, “originariamente ritenuta poco più di un rimborso finanziario agli Stati”⁵⁷, abbia assunto notevole importanza nell’ambito della politica economica dell’Unione⁵⁸, venendo individuata come un meccanismo di riequilibrio e di redistribuzione tra gli Stati membri, espressione di una solidarietà tra questi ultimi e i loro popoli⁵⁹, con la conseguenza che è possibile parlare di una vera e propria politica di sviluppo⁶⁰, la quale concorre “all’azione di politica industriale dell’Unione, divenendone il suo sempre più essenziale «ultimo miglio»”⁶¹.

Le misure assunte al fine di contenere la diffusione della pandemia hanno avuto un impatto sulla realizzazione dei progetti finanziati tramite questa politica, visto che, per esempio, esse hanno comportato l'impossibilità – o l'estrema difficoltà – di spostarsi, l'interruzione forzata delle attività *in loco* e forti ritardi nelle forniture. Con specifico riferimento al FSE, le limitazioni hanno reso difficile il reclutamento, in quanto canali abituali quali centri e

⁵⁵ Regolamento (UE) 2021/1057 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 che istituisce il Fondo sociale europeo Plus (FSE+) e che abroga il Regolamento (UE) 1296/2013, in GUUE L 231/2021, p. 21 ss.

⁵⁶ Regolamento (UE) 223/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2014 relativo al Fondo di aiuti europei agli indigenti, in GUUE L 72/2014, p. 1 ss.

⁵⁷ G.P. Manzella, *Europa e «sviluppo armonioso». La strada della coesione europea: dal Trattato di Roma al Next Generation EU*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 171.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 2 aprile 2009, C-166/07, *Parlamento / Consiglio*, punto 85.

⁶⁰ E. Sacco, *Dalle politiche negoziali italiane alla coesione europea: evoluzioni, progressi e arretramenti negli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2/2022, p. 441. Ulteriormente, si veda A. Mairate, *The 'added value' of European Union Cohesion policy*, in *Regional Studies*, n. 2/2006, p. 169, ove si afferma “the policy is also based on redistribution: the method of distributing funding concentrates more than two-thirds of the funds on the poorest regions, which comprise about one-quarter of the European population but less than 20% of EU Gross Domestic Product (GDP). However, it also performs a key allocative function, in that it contributes towards high levels of investment in physical and human capital in order to improve competitiveness and the long-run growth potential”.

⁶¹ G.P. Manzella, *Europa e «sviluppo armonioso»*, cit., p. 14.

servizi per l'impiego o altre istituzioni non hanno potuto operare e non è stato possibile organizzare eventi di presentazione. Si sono quindi registrati gravi ritardi nell'attuazione dei progetti per ragioni concernenti il difficile adattamento agli strumenti digitali, il passaggio ai quali è stato imposto dalle restrizioni, o per il fatto che le autorità di gestione hanno dovuto far fronte a un fenomeno di riorganizzazione, derivante dall'esigenza di gestire fondi nazionali connessi all'emergenza pandemica. A questo si aggiunga che alcuni programmi hanno registrato una diminuzione del numero di domande ricevute nei primi mesi del 2020, soprattutto per quanto concernente gli inviti a presentare proposte nell'ambito delle misure rivolte alle imprese, a causa della mancanza di capacità di esse di cofinanziare i progetti per via della crisi economica generata dalla pandemia⁶².

Non stupisce, quindi, che una reazione importante alla crisi dovuta al COVID-19 da parte dell'Unione si sia verificata anche con riferimento alla politica di coesione⁶³. Tramite l'Iniziativa di investimento in risposta al Coronavirus si è previsto che il FESR sostenesse il finanziamento del capitale circolante delle piccole e medie imprese al fine di rispondere in modo efficace a una crisi sanitaria pubblica e che, per i programmi sostenuti dal FESR, dal Fondo di coesione e dal FSE, lo Stato membro potesse trasferire durante il periodo di programmazione un importo fino all'8% della dotazione di una priorità al 1° febbraio 2020 ed entro il limite del 4% del bilancio del programma a un'altra priorità dello stesso fondo a favore dello stesso programma, senza bisogno di una decisione di modifica da parte della Commissione europea⁶⁴.

In seguito, si è ritenuto di concedere agli Stati membri un supplemento ulteriore di flessibilità, aumentando la possibilità di mobilitare i fondi inutilizzati e stabilendosi che le risorse disponibili per la programmazione dell'anno 2020 per l'obiettivo *Investimenti in favore della crescita e dell'occupazione* potessero essere trasferite, su richiesta di uno Stato membro, tra FESR, FSE e Fondo di coesione. Inoltre, sempre su richiesta di uno Stato

⁶² Per queste e ulteriori informazioni, Parlamento europeo, *Research for REGI Committee – The impacts of the COVID-19 pandemic on EU cohesion and EU cohesion policy - Part I: Overview and first analysis*, Brussels, p. 16-17.

⁶³ Sul tema, G. Centurelli, *Fondi strutturali europei e misure di contrasto al Covid-19: le azioni per reindirizzare ed accelerare gli investimenti, stato dell'arte e sviluppi futuri*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2/2020, p. 381 ss. e G.P. Manzella, *Politica di coesione e Covid: dalla Iniziative di Investimento al Dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2-3/2021, p. 631 ss.

⁶⁴ Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di COVID-19 (Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus), in *GUUE L* 99/2020, p. 5 ss.

membro, avrebbe potuto essere applicato un tasso di cofinanziamento del 100% alle spese dichiarate nelle domande di pagamento nel periodo contabile tra il 1° luglio 2020 e il 30 giugno 2021 per uno o più assi prioritari di un programma sostenuto dal FESR, dal FSE o dal Fondo di coesione⁶⁵.

Con *NextGeneration EU*, si è stabilito di assegnare fino a 47,5 miliardi di euro a prezzi del 2018 per i programmi strutturali e di coesione del quadro finanziario pluriennale 2014-2020, quali rafforzati fino al 2022, ossia di realizzare il pacchetto di Assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa (REACT-EU), di cui si parlerà *infra*.

Infine, con il nuovo Regolamento relativo alle disposizioni comuni applicabili ai fondi strutturali, sono stati introdotti molteplici cambiamenti in materia. In generale, va notato che sono stati compattati gli obiettivi perseguiti, si è cercato di realizzare una semplificazione della struttura e del contenuto dell'accordo di partenariato, dei programmi operativi e degli oneri informativi in capo ad amministrazioni e beneficiari ed è stata eliminata la figura dell'autorità di certificazione. In particolare, vanno menzionate almeno due previsioni. Ai sensi dell'art. 20, qualora il Consiglio, dopo il 1° luglio 2021, abbia riconosciuto il prodursi di un evento inconsueto al di fuori del controllo di uno o più Stati membri che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria delle pubbliche amministrazioni oppure di una grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione o ancora di eventi economici sfavorevoli impreveduti con importanti conseguenze negative per le finanze pubbliche, la Commissione può, mediante una decisione di esecuzione e per un periodo massimo di diciotto mesi: su richiesta di uno o più Stati membri interessati, aumentare i pagamenti intermedi di 10 punti percentuali in aggiunta al tasso di cofinanziamento applicabile, senza superare il 100%; consentire alle autorità di uno Stato membro di selezionare, per ricevere sostegno, le operazioni portate materialmente a termine o pienamente attuate prima che la domanda di finanziamento a titolo del programma sia debitamente presentata all'autorità di gestione, a condizione che l'operazione costituisca una risposta alle circostanze eccezionali; prevedere che le spese per le operazioni che costituiscono una risposta a tali circostanze siano ammissibili a partire dalla data in cui il Consiglio ha confermato il verificarsi di tali circostanze; prorogare al massimo di tre mesi i termini per la presentazione di documenti e la trasmissione di dati

⁶⁵ Regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica i regolamenti (UE) 1301/2013 e (UE) 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di COVID-19, in GUUE L 130/2020, p. 1 ss.

alla Commissione. Ai sensi dell'art. 26, gli Stati membri possono chiedere, nell'accordo di partenariato o in una richiesta di modifica di un programma previo accordo del comitato di sorveglianza del programma, di trasferire un importo che va fino al 5% della dotazione nazionale iniziale di ciascun fondo a qualsiasi altro strumento, se tale possibilità è prevista nell'atto di base di tale strumento. Nell'accordo di partenariato o nella richiesta di modifica di un programma gli Stati membri possono inoltre domandare di trasferire un importo supplementare che va fino al 20% della dotazione nazionale iniziale per fondo tra il FESR, il FSE o il Fondo di coesione entro i limiti delle risorse globali dello Stato membro per l'obiettivo *Investimenti a favore dell'occupazione e della crescita*. Gli Stati membri il cui tasso medio di disoccupazione totale per il periodo 2017-2019 è inferiore al 3% possono fare richiesta di trasferire un importo supplementare che va fino al 25% della dotazione nazionale iniziale⁶⁶.

4. La disciplina relativa a REACT-EU.

Nel contesto ora descritto si colloca anche REACT-EU quale iniziativa prevista con lo scopo di evitare un aumento delle disparità e una disomogeneità della ripresa economica dell'Unione attraverso un sostegno a breve e medio termine in favore, in particolar modo, di quegli Stati e di quelle regioni la cui economia è stata maggiormente colpita dalla pandemia e che hanno minore capacità di riprendersi. Propriamente, tramite REACT-EU, si è inteso rendere disponibili per i fondi strutturali risorse aggiuntive da suddividere tra gli Stati membri alla luce della prosperità relativa di questi e dell'impatto della crisi sulle loro economie e società, in modo da utilizzarle nell'ambito dell'obiettivo *Investimenti in favore della crescita e dell'occupazione* a carico del FESR o del FSE o da aumentare la dotazione dei programmi sostenuti dal FEAD⁶⁷.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, in GUUE L 231/2021, p. 159 ss.

⁶⁷ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda le risorse aggiuntive straordinarie e le modalità di attuazione nel quadro dell'obiettivo Investimenti in favore della crescita e dell'occupazione per fornire assistenza allo scopo di promuovere il superamento degli effetti della crisi nel contesto della pandemia di*

Sulla base del Regolamento istitutivo di REACT-EU⁶⁸, gli Stati membri assegnano ai programmi operativi o ai programmi di cooperazione transfrontaliera le risorse di REACT-EU disponibili per la programmazione nell'ambito del FESR e del FSE, coinvolgendo anche le autorità regionali e locali.

Quanto al FESR, le risorse devono essere utilizzate *in primis* per sostenere investimenti in prodotti e servizi a carattere sanitario o in infrastrutture sociali, investimenti che contribuiscano alla transizione verso un'economia verde e digitale e investimenti nelle infrastrutture che consentano la prestazione di servizi di base ai cittadini e misure economiche nelle regioni più dipendenti dai settori maggiormente colpiti dalla crisi dovuta al COVID-19. Ulteriormente, tramite esse è possibile fornire sostegno sotto forma di capitale di esercizio o sostegno agli investimenti delle piccole e medie imprese in settori con un elevato potenziale in termini di creazione di posti di lavoro.

Con riferimento al FSE, le risorse sono dirette a supportare l'accesso al mercato del lavoro mantenendo i posti di lavoro dei dipendenti e dei lavoratori autonomi, anche attraverso regimi di riduzione dell'orario lavorativo, a creare posti di lavoro e di occupazione di qualità, in particolare per le persone in situazioni di vulnerabilità, e ad ampliare le misure a favore dell'occupazione giovanile.

Le risorse di REACT-EU possono inoltre esse utilizzate a favore dei sistemi sociali nel contrasto alla discriminazione e alla povertà, con particolare riferimento a quella minorile, e per migliorare l'accesso paritario ai servizi sociali di interesse generale, anche per i minori, gli anziani, le persone con disabilità, le minoranze etniche e le persone senza fissa dimora. Al riguardo, è previsto che gli Stati membri possano proporre che una parte delle risorse venga destinata ad aumentare il sostegno al FEAD.

Le risorse sono ripartite tra gli Stati membri tenendo conto di un fattore relativo al PIL, uno concernente la disoccupazione e un altro ancora inerente alla disoccupazione giovanile. In deroga rispetto alle regole tradizionali dei fondi strutturali, può essere applicato un tasso di cofinanziamento fino al 100% e concesso un prefinanziamento fino all'11% e non si applicano le disposizioni relative alle condizionalità *ex ante* previste in relazione ai singoli

Covid-19 e preparare una ripresa verde, digitale e resiliente dell'economia (REACT-EU), COM(2020) 451 final, p. 1-2.

⁶⁸ Regolamento (UE) 2020/2221 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 dicembre 2020 che modifica il regolamento (UE) 1303/2013 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 (REACT-EU), in GUUE L 437/2020, p. 30 ss.

fondi, all'adozione di una strategia di comunicazione e a una serie di oneri amministrativi. La data ultima di ammissibilità è individuata nel 31 dicembre 2023, coerentemente a quanto previsto per il periodo di programmazione 2014-2020.

Sulla base di una decisione di esecuzione del febbraio 2021 che stabilisce la ripartizione per Stato membro delle risorse REACT-EU per l'anno 2021, i maggiori beneficiari sono stati l'Italia e la Spagna, che hanno ricevuto più di dieci miliardi di euro, e la Francia, che ha ottenuto poco meno di tre miliardi⁶⁹. Il dato è stato confermato quanto all'anno 2022, con riferimento al quale l'Italia e la Spagna hanno ricevuto poco più di tre miliardi di euro e la Francia poco meno di novecento milioni di euro⁷⁰.

Per permettere agli Stati membri di far fronte al significativo afflusso di migranti provenienti dall'Ucraina a causa dell'aggressione della Federazione russa, si è previsto, in relazione al FESR, che gli Stati membri possano inserire tra le spese dichiarate nelle domande di pagamento un costo unitario collegato alle necessità di base e al sostegno alle persone che ricevono protezione temporanea o altra protezione, pari a quaranta euro a settimana per ogni settimana completa o parziale trascorsa da ciascuna di tali persone nello Stato membro interessato. Il costo unitario può essere utilizzato per un massimo di tredici settimane, a decorrere dalla data di arrivo della persona nell'Unione. Inoltre, in aggiunta ai prefinanziamenti già previsti, la Commissione europea versa, quale prefinanziamento iniziale aggiuntivo nel 2022, il 4% delle risorse di REACT-EU assegnate ai programmi per l'anno 2021. Per i programmi negli Stati membri che hanno registrato un livello di arrivi di persone dall'Ucraina superiore all'1% rispetto alla popolazione nazionale tra il 24 febbraio 2022 e il 23 marzo 2022, la percentuale è aumentata al 34%⁷¹.

5. Considerazioni critiche su REACT-EU.

La decisione dell'Unione europea di non lasciare agli Stati membri la responsabilità di contrastare e superare gli effetti determinati sul piano economico dalla pandemia e, quindi,

⁶⁹ Decisione di esecuzione (UE) 2021/182 della Commissione del 12 febbraio 2021 che stabilisce la ripartizione per Stato membro delle risorse REACT-EU per l'anno 2021, in GUUE L 53/2021, p. 103 ss.

⁷⁰ Decisione di esecuzione (UE) 2021/2055 della Commissione del 23 novembre 2021 che modifica la decisione di esecuzione (UE) 2021/182 al fine di stabilire la ripartizione per Stato membro delle risorse REACT-EU per l'anno 2022, in GUUE L 420/2021, p. 123 ss.

⁷¹ Regolamento (UE) 2022/613 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 aprile 2022 recante modifica dei regolamenti (UE) 1303/2013 e (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'aumento del prefinanziamento a titolo delle risorse REACT-EU e l'istituzione di un costo unitario, in GUUE L 115/2022, p. 38 ss.

di intervenire per evitare una risposta che necessariamente sarebbe stata asimmetrica non può che essere vista favorevolmente. Questo vale, in generale, per le misure adottate dall'Unione e, in primo luogo, per *NextGeneration EU* e, dunque, si applica anche a REACT-EU quale seconda componente maggiormente finanziata di quell'iniziativa.

Un intervento specifico relativo alla politica di coesione era quanto mai necessario per evitare che le criticità che giustificano l'esistenza di tale politica finissero per aggravarsi ulteriormente. Con ciò si intende fare riferimento al fatto che, come già ricordato, la politica di coesione mira a promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione e, in particolare, a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite. Evidentemente, si è inteso fare in modo che la promozione dello sviluppo armonioso dell'Unione potesse continuare, che il divario tra le regioni meno economicamente avanzate e quelle più avanzate non divenisse più ampio e che il ritardo delle regioni meno favorite non si aggravasse ulteriormente.

Sotto questo punto di vista, vanno valutati in maniera sostanzialmente positiva il complesso del pacchetto REACT-EU e, soprattutto, certi aspetti che lo contraddistinguono e che attengono, oltre che al superamento di alcuni oneri di carattere burocratico, al cofinanziamento. Come rilevato in passato dalla Corte dei conti europea, un aumento del tasso di cofinanziamento sostiene gli Stati membri, di modo che essi possano incrementare il tasso di assorbimento (ossia, la capacità di fare buon uso dei fondi europei, arrivando a spendere effettivamente) e riduce l'ammontare dei fondi a rischio di mancato utilizzo. In questo modo, uno Stato membro può essere rimborsato in base al nuovo tasso di cofinanziamento per tutte le spese già dichiarate, si favorisce l'assorbimento immediato e rapido di fondi con effetto retroattivo e si allenta la pressione sul bilancio nazionale, in quanto diminuisce il contributo degli Stati membri⁷². Fermo questo, si ritiene comunque che qualche considerazione critica possa essere svolta.

In apertura del presente scritto, si è ritenuto di offrire una rapida panoramica circa il ruolo del principio di solidarietà nell'ordinamento dell'Unione europea. Su di un piano etico e sociale, va ricordato che il termine *solidarietà* sta a indicare il rapporto di fratellanza e di reciproco sostegno che intercorre tra i membri di una collettività in ragione dell'appartenenza a una medesima società e della consapevolezza quanto alla sussistenza

⁷² Corte dei conti europea, *La Commissione e gli Stati membri, con le azioni degli ultimi anni dei programmi del 2007-2013, hanno affrontato il problema del basso tasso di assorbimento dei fondi, senza però prestare sufficiente attenzione ai risultati*, Relazione speciale n. 17/2018, punti 54-55.

di interessi e finalità comuni⁷³. Il reciproco sostegno si manifesta nel comportamento di chi aiuta quanti si trovino in situazioni di difficoltà, e faccia questo anche laddove non siano responsabili di esse⁷⁴. Tuttavia, come è stato detto con riferimento al rapporto tra principio di solidarietà e politica economica dell'Unione europea in relazione alla crisi del 2007-2008, "in campo economico [...] il principio di solidarietà non identifica una dazione di denaro senza contropartita, quanto piuttosto un prestito soggetto ad una 'rigorosa condizionalità'. In altri termini, il percipiente dell'aiuto economico non riceve una somma senza assumere a propria volta impegni, ma è tenuto a garantire due condizioni: la prima è, appunto, restituire il prestito, seppure in un lasso temporale e ad un costo più contenuti di quelli imposti dal ricorso al mercato dei capitali; la seconda è la disponibilità ad effettuare determinate riforme che consentano di rendere il sistema produttivo maggiormente efficiente e competitivo"⁷⁵. Dunque, contrariamente a quanto si sia indotti a credere sulla base del buon senso, la solidarietà dell'Unione non opererebbe in maniera disinteressata. In tal caso, infatti, si starebbe parlando di altruismo quale atteggiamento gratuito di amore per il prossimo. La solidarietà dell'Unione non funziona così e, invece, sembra riguardare la sussistenza di una comune esigenza circa la risoluzione di determinati problemi, così da realizzare obiettivi comuni⁷⁶. Dunque, può affermarsi, come è stato fatto, che "solidarity expects solidarity"⁷⁷, o quantomeno che la solidarietà – qualificata da alcuni come solidarietà competitiva⁷⁸ – richiede responsabilità⁷⁹.

⁷³ <https://www.treccani.it/vocabolario/solidarieta/>

⁷⁴ U. Steinvorth, *Applying the Idea of Solidarity to Europe*, in A. Grimm e S. My Giang (a cura di), *Solidarity in the European Union. A Fundamental Value in Crisis*, Cham, Springer, 2017, p. 10.

⁷⁵ G. Contaldi, op. cit., p. 447.

⁷⁶ M. Kotzur, *Solidarity as a Legal Concept*, in A. Grimm e S. My Giang (a cura di), cit., p. 40.

⁷⁷ P. Hilpold, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, n. 1/2015, p. 262 e G. Morgese, *Solidarietà di fatto... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale di *Eurojus*, 2020, p. 78.

⁷⁸ Al riguardo, W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1/2020, p. 3 ss.

⁷⁹ Vi è chiaramente chi, da un punto di vista più generale, che prescinde dalla considerazione della sola esperienza dell'Unione europea, critica quest'interpretazione della nozione di solidarietà, rilevando che essa mirerebbe a favorire l'eguaglianza di tutti i consociati nell'appartenenza a una certa comunità, realizzando una redistribuzione delle risorse all'interno del gruppo sociale considerato, imposta con finalità correttiva da parte dello Stato così da permettere il superamento di situazione di sottoprotezione sociale, ossia di dipendenza economica (in questi termini, S. Giubboni, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, pp. 30-37). È su tali considerazioni che si fonderebbero i sistemi di protezione sociale (S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012). Pertanto, la solidarietà dovrebbe essere intesa come solidarietà sociale e generale, avente natura di principio costitutivo dell'ordine costituzionale nazionale, operante al fine di ridurre le disuguaglianze che ledono la dignità dell'individuo (S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2014, pp. 32, 39-41). Ulteriormente sul tema si possono leggere F. Polacchini,

Calando queste riflessioni nel concreto della politica di coesione, viene facile fare riferimento al tema della capacità di assorbimento degli Stati membri. La questione non è affatto nuova, se si considera che i dati a disposizione in relazione al periodo 2014-2020 confermano che, considerando tutti gli Stati membri, solo il 69% delle risorse stanziata è stato speso⁸⁰, e che elementi di critica al riguardo sono stati formulati dalla Corte dei conti europea con riferimento sia alla programmazione 2014-2020, sia alla programmazione 2006-2013. Secondo la Corte dei conti, per quanto vi siano delle ragioni ascrivibili ai ritardi nell'approvazione dei quadri finanziari pluriennali, le difficoltà nell'assorbire le risorse messe a disposizione dal bilancio dell'Unione sono da ricondursi essenzialmente alle mancanze degli Stati membri, che tendono a concentrare l'assorbimento alla fine del periodo di programmazione⁸¹.

Per ovvie ragioni, il problema si pone anche per quel che riguarda REACT-EU, come la Corte dei conti europea non ha mancato di rimarcare. Infatti, a opinione della Corte, «conferire finanziamenti agli Stati membri non è di per sé sufficiente: essi devono anche disporre del tempo e della capacità amministrativa necessari per trarne vantaggio [...] La Corte osserva, in particolare, che alcuni degli Stati membri probabilmente più colpiti dalla pandemia di COVID-19 rientrano anche tra quelli che registrano i tassi di assorbimento più bassi per l'attuale periodo di programmazione [...] Permane il rischio che alcuni Stati membri non siano in grado di spendere i fondi che hanno a disposizione e di assicurare un valido impiego delle risorse»⁸². Pertanto, sarà necessario che gli Stati membri riescano a utilizzare appieno i fondi derivanti da REACT-EU per confermare di essere meritevoli della solidarietà ricevuta. Questo richiede un'adeguata preparazione a livello statale, regionale e

Doveri costituzionali e principio di solidarietà, Bologna, Bologna University Press, 2017 e B. Bertarini, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia. Un nuovo ruolo dell'impresa per uno sviluppo economico inclusivo e sostenibile*, Torino, Giappichelli editore, 2020;

⁸⁰ L'informazione è ricavata dal sito Internet https://cohesiondata.ec.europa.eu/cohesion_overview/14-20.

⁸¹ Corte dei conti europea, *La Commissione e gli Stati membri, con le azioni degli ultimi anni dei programmi del 2007-2013, hanno affrontato il problema del basso tasso di assorbimento dei fondi, senza però prestare sufficiente attenzione ai risultati*, Relazione speciale n. 17/2018.

⁸² Corte dei conti europea, *Parere n. 4/2020 sulla proposta 2020/0101 (COD) di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda le risorse aggiuntive straordinarie e le modalità di attuazione nel quadro dell'obiettivo Investimenti in favore della crescita e dell'occupazione per fornire assistenza allo scopo di promuovere il superamento degli effetti della crisi nel contesto della pandemia di COVID-19 e preparare una ripresa verde, digitale e resiliente dell'economia (REACT-EU), nonché sulla proposta modificata 2018/0196 (COD) di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti*, punto 8.

locale, per gestire e utilizzare le risorse ottenute, la quale presuppone sia stabilità sul piano politico, sia idonee capacità amministrative. Infatti, da un lato, le crisi di governo, dall'altro, il mancato sviluppo da parte del personale degli enti pubblici coinvolti di competenze idonee possono rallentare l'attuazione dei progetti finanziati.

Ulteriormente, si ritiene di svolgere una riflessione per quanto attiene ai criteri di ripartizione delle risorse fissati dal Regolamento istitutivo di REACT-EU. Si è già detto che essi consistono in un fattore relativo al PIL, uno riguardante la disoccupazione e un altro attinente alla disoccupazione giovanile. Se, in linea generale, la scelta di tali criteri non pare contestabile, il problema sembra sorgere se si considera che essi devono essere valutati su base nazionale. Il PIL, infatti, è evidentemente il PIL di ciascuno Stato membro, ma anche la disoccupazione e la disoccupazione giovanile devono essere intese in tale ottica. Propriamente, il fattore relativo alla disoccupazione impone di prendere in considerazione la quota di disoccupati dello Stato membro rispetto al totale dei disoccupati a gennaio 2020 per tutti gli Stati membri considerati e la quota attribuibile allo Stato membro dell'aumento totale del numero di disoccupati tra gennaio 2020 e la fine del periodo di riferimento applicabile per tutti gli Stati membri considerati. Quanto alla disoccupazione giovanile, parimenti si fa riferimento alla quota di giovani disoccupati dello Stato membro rispetto al totale dei giovani disoccupati a gennaio 2020 per tutti gli Stati membri considerati e alla quota attribuibile allo Stato membro dell'aumento totale del numero di giovani disoccupati tra gennaio 2020 e la fine del periodo di riferimento applicabile per tutti gli Stati membri considerati.

È chiaro che il COVID-19 abbia rappresentato un problema per le economie nazionali e, pertanto, si comprende perché i criteri di ripartizione siano stato così formulati. Il dato risulta evidente se si pone attenzione, oltre ai criteri, al considerando n. 5 del preambolo, ove si mette in evidenza che la ripartizione delle risorse di REACT-EU per ciascuno Stato membro dovrebbe avvenire applicando un metodo di assegnazione fondato sui più recenti dati statistici obiettivi disponibili riguardanti la prosperità relativa degli Stati membri e la portata degli effetti della crisi COVID-19 sulle loro economie e società. Ulteriormente, dal considerando n. 8 risulta che le assegnazioni dovrebbero essere stabilite dalla Commissione a livello di Stati membri. Dunque, si è ritenuto di prendere in considerazione, quale livello di riferimento, quello statale.

Secondo alcuni, alla base di tale scelta vi sarebbe la volontà di garantire flessibilità agli

Stati membri circa l'allocazione delle risorse⁸³. Tuttavia, va ricordato che la *raison d'être* della politica di coesione si ricollega alle peculiarità delle singole regioni e dei singoli territori e impone di prendere in considerazione dette peculiarità per conseguire i suoi obiettivi.

A conferma di ciò che si sta sostenendo, si richiama quanto è oggi previsto dal Regolamento 2021/1060, recante disposizioni comuni a una serie di fondi europei, tra i quali il FESR e il FSE+. All'art. 108, par. 1, si afferma che il FESR, il FSE+ e il Fondo di coesione sostengono l'obiettivo *Investimenti a favore dell'occupazione e della crescita* in tutte le regioni corrispondenti al livello 2 della classificazione comune delle unità territoriali per la statistica, ossia regioni di livello NUTS 2. Con tale espressione si intende richiamare il sistema di nomenclatura che permette la suddivisione del territorio economico degli Stati membri. Le regioni di livello NUTS 2 sono, nell'ordinamento italiano, le Regioni e le Province autonome⁸⁴. Al par. 2, si chiarisce che le risorse del FESR e del FSE+ per l'obiettivo *Investimenti a favore dell'occupazione e della crescita* sono ripartite fra tre categorie di regioni NUTS 2: le regioni meno sviluppate, il cui PIL *pro-capite* è inferiore al 75% della media del PIL *pro-capite* dell'Unione europea a 27; le regioni in transizione, il cui PIL *pro-capite* è compreso tra il 75% e il 100% della media del PIL *pro-capite* dell'Unione europea a 27; le regioni più sviluppate, il cui PIL *pro-capite* è superiore al 100% della media del PIL *pro-capite* dell'Unione europea a 27⁸⁵.

All'art. 110, dedicato (anche) alle risorse per l'obiettivo *Investimenti a favore dell'occupazione e della crescita*, si prevede che la maggior parte delle risorse venga ripartita attraverso un medesimo criterio. Infatti, il 61,3% è destinato alle regioni meno sviluppate, il 14,5% alle regioni in transizione e l'8,3% alle regioni più sviluppate.

Tale impostazione era peraltro già presente e praticata nella programmazione 2014-2020, come risulta dal Regolamento 1303/2013, con il quale era stata introdotta la disciplina comune ai vari fondi nell'ambito di quel quadro finanziario pluriennale. La formulazione

⁸³ In questo senso, J. Bachtler, C. Mendez e F. Wishade, *The Recovery Plan for Europe and Cohesion Policy: An Initial Assessment*, in *European Regional Policy Research Consortium Paper*, 20/1, p. 51.

⁸⁴ Si veda il Regolamento (CE) 1059/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, relativo all'istituzione di una classificazione comune delle unità territoriali per la statistica (NUTS), come modificato dal Regolamento (UE) 2016/2066 della Commissione, del 21 novembre 2016, che modifica gli allegati del regolamento (CE) 1059/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'istituzione di una classificazione comune delle unità territoriali per la statistica (NUTS).

⁸⁵ Al par. 2 si aggiunge che l'inserimento delle regioni in una delle tre categorie è determinato in base al rapporto tra il PIL *pro-capite* di ciascuna regione, misurato in standard di potere di acquisto e calcolato in base ai dati dell'Unione per il periodo 2015-2017, e il PIL medio *pro-capite* dell'Unione europea a 27 per lo stesso periodo di riferimento.

degli artt. 90 e 92 era la stessa degli ora evocati artt. 108 e 110 del nuovo Regolamento⁸⁶. Dunque, per quel che riguarda REACT-EU, la suddivisione tra regioni e territori è stata rimessa alla valutazione degli Stati membri, il che rischia di portare ad allocazioni non coerenti con le finalità della politica di coesione. Sembra così confermata l'opinione di chi ha rilevato che "il NextGenerationEU, che ha valore indubbiamente coesivo, deve ancora mostrare la sua effettiva capacità di affrontare le urgenze della questione territoriale"⁸⁷. Un parziale correttivo può ravvisarsi nel fatto che il Regolamento istitutivo di REACT-EU prevede che gli Stati membri attribuiscono le risorse coinvolgendo le autorità regionali e locali, le organizzazioni che rappresentano la società civile e le parti sociali. Si tratterà allora di verificare se le decisioni assunte da parte degli Stati membri siano coerenti con questa indicazione e con le finalità della politica di coesione. La scelta del governo italiano di assegnare più del 60% delle risorse a iniziative per il Sud Italia sembra andare nella giusta direzione⁸⁸.

6. Conclusioni.

È innegabile che *NextGeneration EU*, in generale, e REACT-EU, in particolare, siano espressivi di un principio di solidarietà europea, che può essere inteso come il denominatore di qualsiasi intervento diretto a fare fronte a crisi che investano più Stati membri, se non tutti⁸⁹.

Come già detto, però, nell'ottica dell'Unione la solidarietà non va confusa con l'altruismo e, dunque, è necessario che gli Stati membri, soprattutto quelli che hanno ottenuto più risorse, diano prova di meritarsi tale solidarietà, gestendo e utilizzando al meglio quanto ricevuto. Per l'Italia, si tratta di una delle tante sfide importanti di questo periodo, che vale indubbiamente con riferimento ai 191,5 miliardi del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, ma anche in relazione ai 14 miliardi di REACT-EU.

Come già evidenziato, più del 60% di essi andranno a sostegno di iniziative per il Sud Italia.

⁸⁶ Nel caso dell'art. 92, concernente (anche) le risorse per l'obiettivo relativo a investimenti in favore della crescita e dell'occupazione, cambiano ovviamente le percentuali.

⁸⁷ G.P. Manzella, *Le tre facce della politica industriale europea*, in *Huffington Post*, 28 marzo 2022.

⁸⁸ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche di coesione, *Programmazione delle risorse REACT-EU: quadro generale, linee di intervento e risorse*, 7 aprile 2021.

⁸⁹ Così M.C. Girardi, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 22 maggio 2021, pp. 338-339.

Il governo ha deciso che le risorse provenienti da REACT-EU dovranno essere utilizzate per quattro finalità: rafforzare il contributo della politica di coesione al superamento della crisi pandemica attraverso il finanziamento di interventi per l'emergenza sanitaria, sociale e occupazionale; favorire il perseguimento degli obiettivi di riequilibrio territoriale e socio-economico e di rafforzamento strutturale del Mezzogiorno; costituire un ponte tra programmazione 2014-2020 e programmazione 2021-2027 della politica di coesione, finanziando iniziative in grado di contribuire alla transizione e alla ripresa verde, digitale e resiliente dell'economia; concentrare le risorse su un numero limitato di interventi di natura orizzontale che si caratterizzino per efficacia, strategicità, semplicità e rapidità nell'attuazione⁹⁰.

La salute è la prima delle linee di intervento individuate dall'esecutivo. A essa vanno 1,7 miliardi di euro per permettere, in particolar modo, l'assunzione a tempo determinato di personale impegnato nel contrasto alla pandemia e l'acquisto di vaccini contro il COVID-19 e di farmaci per la cura dei pazienti con COVID-19⁹¹. Segue l'occupazione, alla quale sono assegnati 4,5 miliardi di euro per contribuire a finanziare la riduzione del 30% dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro del settore privato per i rapporti di lavoro dipendente nel Mezzogiorno e il potenziamento degli incentivi all'assunzione e all'occupazione stabile di giovani e donne⁹². Si prevedono poi, tra l'altro, interventi funzionali a sostenere la digitalizzazione delle scuole e delle imprese⁹³, l'esenzione delle tasse universitarie per gli studenti le cui famiglie rientrano in una fascia di reddito fino a 13.000 euro⁹⁴, l'erogazione di borse di studio, per un importo complessivo pari a 43 milioni di euro, per gli studenti delle regioni del Mezzogiorno⁹⁵, interventi di efficientamento energetico di edifici pubblici⁹⁶, il potenziamento dei percorsi ciclabili⁹⁷, e interventi per ridurre le perdite della rete di distribuzione idrica del Mezzogiorno⁹⁸.

Per il 2022, è stato chiarito che, fermi restando gli obiettivi generali e i criteri già stabiliti, va data priorità al completamento del finanziamento di alcune delle misure previste nella proposta iniziale di impiego delle risorse. Gli ambiti principali di intervento sono stati

⁹⁰ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche di coesione, cit., pp. 2-3.

⁹¹ *Ivi*, p. 7.

⁹² *Ivi*, pp. 9-10.

⁹³ *Ivi*, pp. 13 e 17.

⁹⁴ *Ivi*, p. 18.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ivi*, p. 20.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 20-21.

individuati nella mobilità sostenibile, nella riduzione delle perdite idriche, nella riqualificazione e nell'ammodernamento degli ambienti per l'apprendimento e nel rafforzamento del Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese e degli interventi per la sostenibilità dei processi produttivi e l'economia circolare⁹⁹.

Queste indicazioni sono certamente positive, ma va considerato che i dati relativi alla capacità di assorbimento dell'Italia dei fondi strutturali, per quanto siano andati certamente migliorando, passando dall'1% del 2015 al 57% del 2022, rimangono lontani dall'essere ottimali¹⁰⁰.

Mutatis mutandis, si consideri che la Commissione europea ha deciso di ritardare la propria decisione relativa alla richiesta di pagamento della terza *tranche* delle risorse del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, per via di perplessità connesse alla realizzazione della riforma delle concessioni portuali, a interventi sulle reti di teleriscaldamento e a progetti consistenti nella costruzione di un centro sportivo e culturale a Venezia e nella ristrutturazione dello stadio di Firenze¹⁰¹. Nonostante il rinvio sia stato disposto, secondo quanto riferito da una rappresentante della Commissione, di comune accordo con l'esecutivo italiano, va comunque sottolineato che da parte del governo si è iniziato a porre in evidenza che certi obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza potrebbero non essere realizzati¹⁰². I dati a disposizione indicano che, a oggi, soltanto il 6% dei finanziamenti è stato speso e appena l'1% dei progetti è stato completato e che il 65% dei progetti riguarda i Comuni e il 60% di questi i Comuni con meno di 5.000 abitanti¹⁰³, i quali mancano delle risorse umane necessarie per fare fronte a simili impegni. Per ovviare a tale situazione, erano stato indetti concorsi dal governo Draghi, i quali sono andati tendenzialmente deserti¹⁰⁴.

Tutto ciò legittima forti dubbi circa la possibilità di conseguire i risultati perseguiti

⁹⁹ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche di coesione, *Programmazione delle risorse REACT-EU: Linee di intervento per le risorse relative all'annualità 2022 e quadro complessivo*, 16 marzo 2022.

¹⁰⁰ Si veda il già menzionato sito Internet https://cohesiondata.ec.europa.eu/cohesion_overview/14-20.

¹⁰¹ M. Perrone e G. Trovati, *Pnrr, un altro rinvio sulla terza rata: pesano porti, energia e città*, in www.ilsole24ore.com, 28 marzo 2023. Alla fine di aprile 2023, la Commissione europea ha escluso l'eleggibilità degli interventi relativi a Venezia e Firenze ai fini del piano nazionale di ripresa e resilienza (<https://www.governo.it/it/articolo/pnrr-la-commissione-europea-esclude-dalle-risorse-lo-stadio-di-firenze-e-il-bosco-di>).

¹⁰² *La Commissione rinvia di un mese la decisione sulla terza tranche del Pnrr*, in www.ansa.it, 28 marzo 2023.

¹⁰³ The European House - Ambrosetti, *Osservatorio PNRR, in un anno e mezzo speso solo il 6% delle risorse*, in www.ambrosetti.eu, 1 aprile 2023.

¹⁰⁴ T. Oldani, *L'impossibilità di realizzare il Pnrr è figlia delle politiche di austerità Ue che hanno reso inefficienti molti Comuni*, in www.italiaoggi.it, 4 aprile 2023.

attraverso *NextGeneration EU*, in generale, e REACT-EU, in particolare.

Abstract: Tra le iniziative che compongono *NextGeneration EU*, l'attenzione dell'opinione pubblica e dei commentatori si è concentrata maggiormente sul Dispositivo per la ripresa e la resilienza, data tra l'altro la consistenza economica di questo. Scopo del presente articolo è illustrare la seconda iniziativa più finanziata, alla quale sono stati assegnati 47,5 miliardi di euro. Si tratta del pacchetto per l'assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa, denominato REACT-EU, il quale va a integrare il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il Fondo sociale europeo (FSE) e il Fondo europeo per gli aiuti agli indigenti (FEAD) per il periodo 2014-2020 al fine di promuovere le capacità di ripresa dalla crisi e contribuire a una ripresa dell'economia verde, digitale e resiliente. Si procede offrendo una panoramica quanto alle misure adottate dall'Unione europea in generale per fare fronte alle ricadute della crisi COVID-19 sul piano economico per poi concentrarsi su quelle concernenti la politica di coesione. In seguito, viene presentato REACT-EU e si prendono in considerazione alcuni profili concernenti la capacità di assorbimento delle risorse e i criteri di ripartizione. Le conclusioni sono dedicate all'utilizzo dei fondi resi disponibili da REACT-EU in Italia.

Abstract: Among the initiatives that make up *NextGeneration EU*, the focus of public opinion and commentators has been on the Recovery and Resilience Facility, given (*inter alia*) its economic size. The purpose of this article is to illustrate the second most funded initiative, to which EUR 47.5 billion has been allocated. This is the Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe, known as REACT-EU, which complements the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Fund for European Aid to the Most Deprived for the period 2014-2020 in order to promote resilience from the crisis and contribute to a green, digital and resilient economy. The article provides an overview of the measures taken by the EU in general to cope with the economic fallout of the COVID-19 crisis and then focuses on those related to cohesion policy. Afterwards, REACT-EU is presented and some issues concerning the absorption capacity of resources and distribution criteria are considered. The conclusions are devoted to the use of the funds made available by REACT-EU in Italy.

Parole chiave: REACT-EU – NextGeneration EU – COVID-19 – politica di coesione – principio di solidarietà.

Key words: REACT-EU – NextGeneration EU – COVID-19 – cohesion policy – principle of solidarity.

L'ORDINAMENTO PUBBLICO EUROPEO DEL CREDITO: PROFILI EVOLUTIVI*.

di Roberta Lo Conte**

401

Sommario. 1. L'evoluzione degli strumenti normativi: dall'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea. – 2. I caratteri peculiari dell'ordinamento pubblico europeo del credito. – 3. Indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU). – 4. Verso una funzione di vigilanza bancaria di tipo *sostanzialistico*. – 5. Integrazione europea e diritto dei contratti bancari: il caso *Lexitor* dinanzi alla Corte costituzionale.

1. L'evoluzione degli strumenti normativi: dall'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea.

L'integrazione economica europea ha progressivamente portato, negli scorsi decenni, all'emersione di un nuovo ordinamento pubblico del credito nei singoli Stati membri, caratterizzato, fra l'altro, dai principi generali della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi¹. Dopo la conquistata *neutralità* degli ordinamenti finanziari nazionali dall'indirizzo politico, dietro la spinta determinante del formante comunitario², a seguito delle recenti crisi finanziarie³ è stata avviata la nuova architettura della supervisione finanziaria in Europa, con l'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF, che comprende le tre Autorità europee di vigilanza, il Comitato europeo per il rischio sistemico e le Autorità nazionali di vigilanza e che ha il compito di assicurare una

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia – Università di Roma "La Sapienza".

¹ Cfr. F. Capriglione, *La finanza come fenomeno di dimensione internazionale*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2019, p. 61 ss.

² Cfr. F. Capriglione, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, Cedam, 1994, *passim*; D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 1/2016, p. 189 ss. La necessità di conformazione all'ordinamento europeo ha riguardato, negli anni più recenti, oltre al mercato bancario, anche i mercati finanziari: cfr. D. Siclari, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 4/2016, p. 481 ss.; D. Siclari e G. Sciascia, *Innovazione finanziaria e rafforzamento del mercato unico per i servizi finanziari retail: sfide, rischi, risposte della regolazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2016, p. 184 ss.

³ Per cui v., da ultimo, D. Rossano (a cura di), *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, Atti del Convegno di Capri 17-18 giugno 2022, Padova, Cedam, 2023.

vigilanza finanziaria micro e macroprudenziale coerente e adeguata in tutta l'Unione⁴), l'avvio dell'Unione Bancaria Europea⁵, del Meccanismo Unico di Vigilanza e del Meccanismo unico di risoluzione delle crisi, sulla scia dell'emersione dell'interesse sovranazionale alla stabilità finanziaria⁶. Tale nuovo ordinamento pubblico europeo del credito appare, tuttora, alla ricerca di un assetto stabile⁷, di modo che pare possibile evidenziarne taluni profili che ne sembrano caratterizzare l'evoluzione.

Un primo profilo evolutivo ha riguardo agli strumenti normativi che il legislatore europeo ha inteso utilizzare, soprattutto a seguito della crisi finanziaria del 2007/2008⁸ e della conseguente crisi del debito sovrano del 2011, per passare da un'armonizzazione minima delle regole alla diretta applicabilità della disciplina europea mediante l'utilizzo del regolamento⁹.

Si è voluto, in tale direzione, procedere ad una limitazione degli ambiti di discrezionalità dei legislatori nazionali promuovendo una sempre più completa armonizzazione delle regole, sulla base della considerazione che la discrezionalità fino ad allora riconosciuta ai rispettivi ordinamenti nazionali era in realtà stata utilizzata per favorire la competitività delle banche dei singoli Stati membri, causando un notevole problema di arbitraggio regolamentare al ribasso nel contesto di una evidente disparità concorrenziale (la cosiddetta *race to the bottom*)¹⁰.

⁴ Sull'approccio macroprudenziale che si è imposto come nuovo paradigma delle politiche di vigilanza e regolazione finanziaria a livello europeo v. G. Sciascia, *La regolazione giuridica del rischio sistemico. Stabilità finanziaria e politiche macroprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁵ Cfr., *ex multis*, M.P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, Pacini, 2016; M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶ Sui correlati nuovi profili pubblicistici nella regolazione del credito v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 64 ss.

⁷ Cfr. A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, Il Mulino, 2022.

⁸ Sulla risposta regolamentare a tale crisi v. D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2009, p. 45 ss.

⁹ Sull'armonizzazione comunitaria e i relativi costi e benefici v., in generale, R. Costi e L. Enriques, *Il mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 2004, p. 22 ss.

¹⁰ Ricorda S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia n. 81, 2016, pp. 38-39, che "un esempio di siffatto arbitraggio e delle esternalità negative che ne derivano è offerto, durante la crisi, dalle diverse definizioni di capitale ai fini di vigilanza adottate in ciascun Stato membro: in molte banche gli strumenti finanziari che negli anni precedenti la crisi erano stati qualificati dalle autorità nazionali come 'capitale regolamentare' si rivelano all'emergere della crisi del tutto inadeguati – per la loro configurazione contrattuale – ad assorbire le perdite con il necessario tempismo. Ciò costringe i corrispondenti Stati membri a intervenire con iniezioni di capitale pubblico che non solo

Uno dei fattori non secondari della crisi finanziaria era stato infatti individuato nella corsa da parte degli operatori bancari a individuare, pur sempre nel contesto europeo, sistemi regolamentari nazionali ove fossero previsti requisiti meno stringenti, ad esempio in termini di requisiti di capitale delle banche e degli intermediari finanziari, che comportavano così una tutela meno effettiva del risparmio ivi depositato e maggiori rischi sul piano prudenziale.

Preso atto di tale problema, il legislatore europeo interviene emanando, in sostituzione del quadro regolamentare precedente, strumenti normativi di armonizzazione massima delle regole in materia di requisiti di capitale e di obblighi di comunicazione al mercato, quali il Regolamento n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation*, CRR), direttamente applicabile e che non permette se non ridotti margini di discrezionalità ai singoli Stati membri, e la direttiva n. 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive*, CRD IV), contenente norme puntuali e dettagliate ad esempio in materia di governo societario e disciplina delle sanzioni, che è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, contenente modifiche al Testo unico bancario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) e al Testo unico della finanza di cui al d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF), in attuazione della delega contenuta negli artt. 1 e 3 della legge n. 154/2010 (Legge di delegazione europea 2013).

Un ulteriore strumento normativo che l'ordinamento pubblico europeo del credito utilizza nella sua evoluzione verso un'armonizzazione massima delle regole è il cosiddetto *Single Rulebook*, vale a dire un corpo unico di regole direttamente applicabile nei singoli Stati membri, evitando quindi il rischio che il recepimento successivo possa creare regole

finiscono con il tenere indenni dalle perdite i suddetti strumenti (il c.d. *bail-out*) ma anche, e soprattutto, innescano a loro volta un generale clima di sfiducia sulla effettiva solidità degli strumenti di capitale di tutte le banche in Europa, provocando quindi *spill-over* negativi ed esigenze di ricapitalizzazione su scala europea. Ma la crisi dimostra altresì che l'armonizzazione minima e il mutuo riconoscimento sono un fattore di fragilità del Mercato unico anche quando la diversità delle legislazioni nazionali che ne scaturisce non è riconducibile a ragioni di arbitraggio regolamentare. Il profilo è evidente se solo si pensa alle significative differenze nelle definizioni utilizzate da ciascuna vigilanza nazionale ai fini della misurazione degli aggregati prudenziali. Differenze che non solo comportano nella fase fisiologica costi ingiustificati e duplicazioni per l'operatività dei gruppi transfrontalieri ma, ancor peggio, nel momento della crisi impediscono alle vigilanze e ai mercati di avere un quadro chiaro circa le effettive condizioni finanziarie ed economiche dei gruppi bancari transfrontalieri. Si consideri per esempio la mancanza di una definizione europea unica per grandezze fondamentali quali i *non performing loans*, i crediti soggetti a *forbearance*, gli *unencumbered asset* [...]. Tale frammentazione precludeva alle vigilanze di avere dati affidabili per ciascuna banca su base transfrontaliera, ne aveva compromesso la comparabilità da parte degli analisti, minando in maniera indistinta la fiducia dei mercati nelle banche, a prescindere dalle effettive condizioni di ciascuna”.

diverse da Stato a Stato. A seguito del cosiddetto *Rapporto De Larosière* del 2009, non solo si pongono regole uniformi a livello europeo, ma ci si preoccupa anche di uniformare le prassi amministrative di attuazione di tali regole da parte delle Autorità di vigilanza dei singoli Stati membri: viene così istituita l'*European Banking Authority* (EBA), deputata a curare il *Single Rulebook* e ad assicurare prassi applicative omogenee da parte delle Autorità di vigilanza bancaria nazionali.

Appare interessante evidenziare come il *Single Rulebook* si componga, ad un primo livello, di direttive e regolamenti emanati mediante la procedura ordinaria di codecisione del Consiglio dell'Unione e Parlamento europeo, contenenti regole essenziali e scelte di indirizzo generale, conferendo una delega all'adozione di ulteriori atti normativi di secondo livello, i quali possono assumere la forma giuridica di norme tecniche *di regolamentazione o di esecuzione* adottate dalla Commissione mediante regolamenti, direttamente applicabili nei singoli Stati membri, ovvero di regolamenti delegati ai sensi dell'art. 290 Trattato UE o esecutivi ai sensi dell'art. 291 TFUE, adottati dalla Commissione o dal Consiglio¹¹. L'EBA può anche emanare *guidelines* o raccomandazioni, su iniziativa propria ovvero sulla base di una delega ai sensi dell'art. 16 del proprio Regolamento, e rendere nota la sua interpretazione degli strumenti normativi mediante le cosiddette *Questions and Answers*, ai sensi dell'art. 29, c. 2, del proprio Regolamento secondo cui essa «può sviluppare, se del caso, nuovi strumenti pratici e di convergenza per promuovere approcci e prassi comuni in materia di vigilanza».

Le norme tecniche così emanate sono state utilizzate per eliminare le divergenze fra i sistemi di regole nazionali e conseguire un effettivo *level playing field*, anche se si può riscontrare ancora un certo numero di divergenze dovute a opzioni e discrezionalità tuttora devolute dalla CRR e dalla CRD IV ai legislatori nazionali, in ordine alle quali l'EBA svolge una permanente attività di monitoraggio delle modalità di esercizio di tali opzioni e discrezionalità regolamentari.

Evidentemente, l'attribuzione all'EBA del compito di provvedere a definire un *corpus* unico di norme sui servizi bancari e finanziari priva, nelle concretezze, delle corrispettive

¹¹ Su tale meccanismo di delega v. già A. Esposito, *Il modello decisionale europeo nel settore dei servizi finanziari*, in C. Rossano e D. Siclari (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, Cedam, 2006, p. 123 ss.

competenze regolamentari il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, quale residuo organismo nazionale di tipo politico¹².

Successivamente, nel 2014, sotto la spinta della recente crisi finanziaria¹³ l'istituzione della *Banking Union*¹⁴ reca un sistema di integrazione delle vigilanze nazionali sulle banche e della gestione delle loro crisi che si aggiunge al sistema di armonizzazione massima delle regole perseguita con l'istituzione dell'EBA¹⁵: al meccanismo di produzione regolamentare si affianca, quindi, un meccanismo di vigilanza amministrativa accentrata, basato sul *Single*

¹² Già da tempo parte della dottrina rileva la sostanziale inutilità del CICR: v. F. Belli, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004, p. 261. Sul CICR v., in generale, M. Clarich, *Artt. 2-4, in Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, Giuffrè, 2010, p. 12 ss.

¹³ Osserva G. Sciascia, *La vigilanza europea su base consolidata: neutralità e stabilità*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2020, p. 77, come “la crisi ha dato luogo a una complessiva riorganizzazione degli assetti della vigilanza, sancendo innovazioni creative nell’articolazione del governo pubblicistico della finanza: nel contesto europeo, queste hanno trovato la massima espressione nella creazione dell’unione bancaria, agganciando ancor di più l’integrazione monetaria all’integrazione delle prassi di controllo sugli operatori. In una prima fase, il processo di unificazione e coesione ha trovato slancio nella graduale crescita del tasso di accentramento della regolazione finanziaria, con la definizione di un quadro integrato e multilivello di fonti regolatorie dettagliate, e l’attribuzione a tre agenzie settoriali (EBA – ESMA - EIOPA) istituite sulla base dell’art. 114 TFUE di poteri di regolazione e controllo sull’implementazione della normativa in questione. Solo all’interno dell’Eurozona, poi, l’accentramento ha trovato la sua massima espressione con la definizione di un apparato amministrativo dedicato alla corretta applicazione della disciplina di riferimento, ancorché limitatamente al settore bancario: pur con qualche mitigazione, l’unitarietà del meccanismo di vigilanza (e di risoluzione) verso gli enti creditizi ha rappresentato la via prescelta per prevenire frammentazioni capaci di incidere sulla stabilità finanziaria complessiva dell’area monetaria comune, nonché per scongiurare il rischio di applicazioni disomogenee del *single rulebook* in un perimetro geografico connotato da marcate sinergie”.

¹⁴ Per cui v., in generale, M.P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L’unione bancaria europea*, Pisa, 2016; E. Chiti e G. Vesperini (a cura di), *The administrative architecture of financial integration. Institutional design, legal issues, perspectives*, Bologna, 2015; C. Brescia Morra, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 73 ss.; M. Macchia, *L’architettura europea dell’unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1579 ss.; A. Magliari, *I procedimenti amministrativi di vigilanza bancaria nel quadro del Single Supervisory Mechanism. Il caso dell’applicazione dei diritti nazionali da parte della BCE*, in *Riv. dir. bancario*, n. 11/2015, p. 1 ss.; R. Perez, *Il meccanismo europeo di vigilanza finanziaria e la ripartizione delle competenze*, in *Giornale dir. amm.*, n. 5/2015, p. 589 ss.; M. Mancini, *La Banking Union: il riparto delle funzioni di regolazione e di vigilanza*, in M. Mancini, A. Paciello, V. Santoro e P. Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2016, p. 571 ss.; G. Ferrarini (a cura di), *The European Banking Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015, *passim*; S. Cappiello, *The EBA and the Banking Union*, in *European Business Organization Law Review* n. 16/2015, p. 433 ss.

¹⁵ Sulle prospettive dell’Unione bancaria v., da ultimo, il Rapporto annuale del Parlamento europeo: *Report on Banking Union – Annual report 2021* (2021/2184(INI)).

Supervisory Mechanism (SSM) e sul *Single Resolution Mechanism* (SRM)¹⁶, composti da componenti centrali (il Consiglio di Vigilanza presso la BCE) e componenti nazionali (le singole Autorità di vigilanza dei singoli Stati membri)¹⁷.

Il Meccanismo Unico di Vigilanza così creato è basato sul ruolo centrale della BCE, nell'ambito del quale le Autorità nazionali svolgono funzioni decentrate, sebbene tale impostazione non abbia ricevuto la piena condivisione, ad esempio, del *Bundesverfassungsgericht* tedesco secondo cui, come noto, con riguardo specifico

¹⁶ Sull'ambito di applicazione *ratione materiae* e la separazione funzionale tra vigilanza, risoluzione e regolamentazione v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 94 ss.

¹⁷ Cfr. R. D'Ambrosio, *La responsabilità della BCE e delle autorità nazionali competenti nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 78/2015, *passim*. Osserva S. Cappiello, *Il meccanismo di adozione delle regole e il ruolo della European Banking Authority*, cit., p. 41, come “in primo luogo l'obiettivo perseguito con il *Single Rulebook* rimane valido anche in presenza della BU perché la creazione di un corpo unico di regole europee è un elemento decisivo per il buon funzionamento della BU stessa, al proprio interno. Ciò in quanto entrambe le attuali colonne della BU, il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM), sono sistemi a raggiera, composti da componenti centrali e componenti nazionali, che continuano a dover fare riferimento alle legislazioni nazionali per alcuni rilevanti aspetti dell'operatività delle banche vigilate. Il permanere di differenze nazionali su questi aspetti rappresenta chiaramente un rischio per il buon e omogeneo funzionamento della BU. Si pensi ad esempio alle aree di competenza dell'SSM tuttora rimesse alle opzioni legislative nazionali previste dalla legislazione europea, composta dalla direttiva 2013/36/EU (in prosieguo CRD IV) e dal regolamento 575/2013 (in prosieguo CRR). E si consideri altresì come ai sensi del regolamento 806/2014 istitutivo del *Single Resolution Mechanism* (SRM) e del *Single Resolution Board* (SRB) gli schemi di risoluzione adottati dal SRB devono essere eseguiti in ciascuno Stato membro sulla base di quanto le legislazioni nazionali prevedono in attuazione della direttiva BRRD (cfr. articolo 29 del regolamento). Maggiore sarà quindi la capacità dell'EBA di favorire e portare avanti l'armonizzazione massima anche su queste aree mediante il *Single Rulebook*, minore sarà il rischio di incongruenze e rallentamenti nel cammino della BU. La funzione del *Single Rulebook* assume inoltre, con la creazione della BU, un nuovo connotato, quello di assicurare la tenuta del Mercato Unico rispetto al rischio di una polarizzazione tra la BU, da un lato, e gli Stati Membri che non vi fanno parte, dall'altro. La presenza di un corpo unico di regole valide per l'intera area del Mercato Unico rappresenta infatti un collante, un argine rispetto al rischio di frammentazione che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, si pone ogni qual volta si apra la possibilità di introdurre varianti nazionali nell'attuazione di regole europee. Come intende visualizzare la figura qui in calce (fig. 1), la presenza di un sostrato normativo unico che disciplini allo stesso modo l'attività bancaria e garantisca la parità delle condizioni competitive (*level playing field*) sull'intero Mercato Unico – all'interno e fuori dalla BU – è una condizione imprescindibile per rendere possibile l'operatività delle banche su base transfrontaliera, e con essa la circolazione dei finanziamenti all'economia reale che il Mercato Unico si prefigge di agevolare. La presenza di questo nuovo attore istituzionale, la BU, non fa dunque venire meno l'importanza del *Single Rulebook* e dei compiti al riguardo assegnati all'EBA. Comporta piuttosto una diversa contestualizzazione delle funzioni del *Single Rulebook*, accompagnata da una ricalibrazione delle aree di azione”.

all'esercizio della funzione di politica monetaria¹⁸, la BCE non avrebbe beneficiato di una piena cessione di sovranità da parte degli Stati membri su tali ordini di competenze¹⁹.

2. I caratteri peculiari dell'ordinamento pubblico europeo del credito.

Nell'ambito della *governance* economica multilivello europea, è stato correttamente osservato come l'ordinamento pubblico europeo del credito e, in particolare, l'Unione bancaria si stia progressivamente plasmando sul modello delle figure organizzative composite, che presenterebbero i seguenti caratteri: “concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un'amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, né in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell'organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote)”²⁰. Più nel dettaglio, tale ordinamento in divenire sarebbe caratterizzato da un sistema composito di norme, un sistema composito di amministrazioni, un sistema composito di rimedi giustiziali e quasi giustiziali²¹.

Quanto al sistema normativo, esso appare composito poiché vi si rinvencono sia norme giuridiche di rango legislativo o amministrativo sia norme sociali di tipo autodisciplinare

¹⁸ V. *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del 5 maggio 2020, ricorsi riuniti 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 980/16; 2 BvR 2006/15, relativa al programma *Quantitative Easing* della BCE, ove i ricorrenti contestavano la costituzionalità delle decisioni adottate dalla BCE (decisione (UE) 2015/774, come modificata dalla decisione (UE) 2017/100) poiché non conformi alla ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, sostenendo che non rientrassero nel mandato della BCE e che, in particolare, violassero il divieto di finanziamento monetario. Osserva M. Macchia, *Banche centrali in funzione europea e attuazione della politica monetaria*, in *Giornale dir. amm.*, n. 4/2020, p. 481, come “la decisione del Tribunale mina l'unitarietà e l'uniforme applicazione delle politiche monetarie a livello nazionale. Non solo. Mette altresì in crisi la dislocazione delle attribuzioni, dal momento che nel SEBC la *Bundesbank* è un organo nazionale operante in funzione europea. Si tratta di una evidente marcia indietro proprio in un segmento amministrativo in cui la forma federale è ampiamente riconosciuta”.

¹⁹ Cfr. R. D'Ambrosio e D. Messineo, *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 9/2021.

²⁰ S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 75/2014, p. 19.

²¹ M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 14.

ovvero statutario e contrattuale, che si articolano variamente all'interno di quel sistema delle fonti. Ad esempio, l'Accordo di Basilea sui requisiti di capitale delle banche ha una valenza disciplinare di tale materia, a livello sostanziale, almeno equivalente alle norme della CRR sui requisiti prudenziali, così come le raccomandazioni dell'ABE e i *regulatory technical standards* o gli *implementing technical standards* dettati dalla stessa Autorità e recepiti dalla Commissione europea.

L'ordinamento europeo del credito appare composito anche poiché articolato ancora sui diversi livelli europeo e nazionale, essendo tuttora talune materie a disciplina sostanzialmente di diritto interno: si pensi, ad esempio, alla normativa in materia di antiriciclaggio²², dal cui ambito è esclusa la competenza della BCE, ovvero il diritto societario, che governa ancora a livello solo nazionale le forme giuridiche dell'impresa che esercita l'attività bancaria o finanziaria²³, anche se la *governance* bancaria risulta sempre più soggetta a conformazione²⁴.

Con riguardo al sistema composito di amministrazioni, si è assistito ad una attribuzione progressiva di funzioni alle Autorità europee, che ha ricalcato il processo progressivo di

²² Sulle origini di tale disciplina v. A. Urbani, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, Cedam, 2005.

²³ Osserva infatti M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 19-20, che “quanto al regime societario dei soggetti vigilati, infatti, l'ordinamento bancario europeo continua essenzialmente ad accogliere le soluzioni nazionali secondo il criterio di collegamento dello Stato membro di costituzione: ciò che non solo finisce con l'“importare” entro l'ordinamento bancario, in relazione ai profili organizzativi dell'ente, le molte disarmonie che connotano i differenti diritti societari degli Stati membri ma sembra consentire anche – come testimoniato dalla recente riforma italiana delle banche popolari – a ciascuno Stato membro di definire in autonomia il grado di utilizzabilità per l'esercizio dell'attività bancaria delle diverse forme societarie da esso previste. L'efficienza di questa soluzione (che, visto il radicamento dei diritti nazionali e la resistenza alla loro uniformazione, sembra destinata a perdurare a lungo nel tempo) appare tuttavia limitata nella prospettiva dell'ordinamento bancario: non a caso, nella più recente disciplina europea, si è reso necessario dettare norme speciali di diritto societario per le banche sia in relazione ai dispositivi di *governance* (art. 91 della direttiva 2013/36/UE) sia in relazione ai contratti di assistenza finanziaria infragruppo (art. 16 e ss. della direttiva 2013/59/UE). Restano tuttavia privi di una uniforme regolamentazione, solo a fare qualche esempio tra i tanti possibili, la complessiva disciplina (civilistica) di gruppo, complesso l'adattamento delle regole bancarie nazionali dettate in relazione a profili organizzativi dei soggetti societari di diritto interno ai tipi della SE e della SCE, e probabilmente ancora penalizzante il regime (pur armonizzato) delle fusioni transfrontaliere, che pur dovrà probabilmente svolgere un ruolo non di secondo piano nell'assecondare i processi di ristrutturazione e consolidamento continentale dell'industria bancaria europea.

²⁴ Cfr. F. Capriglione, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2014, p. 66 ss.; F. Capriglione e A. Sacco Ginevri, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, Utet, 2019, *passim*.

cessione della sovranità monetaria al sistema europeo di banche centrali²⁵: proprio per tale motivo il Regolamento n. 1093/2010 ha demandato all'ABE la funzione di vigilanza regolamentare ma non l'esercizio della vigilanza prudenziale²⁶. Ancora, si è potuto riscontrare la ripartizione progressiva di funzioni tra il livello europeo e il livello nazionale²⁷, considerando, ad esempio, che la BCE delega le sue competenze esclusive previste dall'art. 4, Regolamento n. 1024/2013, con riguardo agli specifici compiti di natura micro e macroprudenziale attribuiti ai sensi dell'art. 127, par. 6, TFEU, alle Autorità

²⁵ Per un confronto fra i modelli del Meccanismo Unico di Vigilanza e il Sistema europeo delle banche centrali v. A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit., p. 160 ss.

²⁶ Ricorda, tuttavia, M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 23, come in relazione a tale scelta un ruolo significativo lo abbia svolto anche la questione della base giuridica, in quanto "l'utilizzo infatti dell'art. 95 Trattato CEE (poi art. 114 TFEU) poneva all'epoca incognite circa la sua 'tenuta' già in relazione alla costituzione stessa di agenzie di regolamentazione delegata. Ove si fosse inteso attribuire anche funzioni di supervisione – ciò su cui, peraltro, non vi era all'epoca neppure il necessario consenso politico – si sarebbe potuto trattare di un 'doppio salto nel vuoto', specialmente secondo coloro che interpretavano le risalenti decisioni della Corte di Giustizia nei casi 'Meroni' e 'Romano' come ostative ad ogni disegno del legislatore europeo che volesse investire di poteri decisori vincolanti, da esercitare sulla base di complesse valutazioni tecniche, autorità non previste dal Trattato. Questa stessa preoccupazione, come è noto, ha significativamente influito nella scelta, qualche anno dopo, della diversa base giuridica dell'art. 127(6) TFEU per l'istituzione del sistema unico di vigilanza in capo alla BCE, malgrado tale diversa base giuridica – pur avendo il pregio, politicamente assai apprezzabile nell'attuale contingenza, di consentire l'istituzione dell'Unione bancaria su base geografica più ristretta, confinata ai paesi dell'Eurosistema – evidenziasse altri limiti. Non consentiva infatti di estendere il meccanismo di vigilanza alle assicurazioni, costringeva ad accentrare presso l'autorità monetaria competenze di vigilanza micro e macro prudenziale tra loro in potenziale conflitto, rendendo così necessario definire una più articolata, e per vero alquanto 'bizantina', architettura di *governance* della BCE, non consentiva la devoluzione alla BCE di tutte le funzioni ma solo di 'specifici compiti' e presentava comunque talune incognite in relazione alla sua compatibilità con l'art. 65(1)(b) TFEU e con il principio di sussidiarietà (specie una volta che risultò chiaro l'intendimento di attrarre entro la competenza 'esclusiva' della BCE anche le banche 'non significative')".

²⁷ Secondo M. Macchia, *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, in L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. IV: *La tecnificazione* (a cura di S. Civitarese Matteucci e L. Torchia), Firenze, 2016, p. 208, "il rapporto tra BCE e banche centrali nazionali nell'esercizio della vigilanza è costruito secondo un modello di integrazione amministrativa. Le autorità nazionali agiscono in qualità di agenti della BCE dentro un quadro operativo europeo e centralizzato". Secondo F. Morlando, *La valutazione della significatività degli enti creditizi nel Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giur. it.*, n. 5/2018, p. 1065, "l'MVU realizza un articolato sistema di vigilanza che, fondato su una cooperazione tra i vari attori che in esso operano, ha modo di dispiegarsi secondo una pluralità di schemi di azione amministrativa. In un tale sistema, il riparto di competenze segue un criterio 'ibrido' (legato in parte alla materia e in parte al soggetto vigilato) che non sempre agevola un'immediata comprensione dei ruoli assegnati alle autorità nazionali e sovranazionali. In esso è possibile scorgere quella divergenza di opinioni sorta in sede di predisposizione del Regolamento riguardo all'estensione della supervisione da affidare alla BCE".

nazionali rispetto alle banche non significative²⁸.

3. Indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU).

Un ulteriore profilo evolutivo di interesse riguarda la progressiva e necessaria costruzione di meccanismi di *accountability* che accompagnino e bilancino l'indipendenza che connota, in massimo grado, le istituzioni dell'ordinamento pubblico europeo del credito²⁹: ciò, oltre al rispetto della *rule of law*, assicurata fra l'altro dalla predeterminazione delle finalità della vigilanza. Al riguardo, si è proposta una classificazione delle diverse forme di *accountability* della BCE e delle Autorità nazionali nell'ambito del Meccanismo Unico di Vigilanza in termini di *accountability* nei confronti delle altre istituzioni dell'Unione, di *accountability* nei confronti dei Parlamenti nazionali, di *accountability* nei confronti del mercato, di *accountability* nei confronti dei cittadini dell'Unione, di *accountability* amministrativa della BCE nei confronti dell'ABE, di *accountability* delle Autorità nazionali nei confronti della BCE³⁰.

Dal punto di vista dell'*accountability* regolamentare, in particolare, la Commissione europea provvede a pubblicare ogni tre anni una relazione sull'applicazione del regolamento sul Meccanismo di Vigilanza Unico, con particolare riguardo al monitoraggio dell'impatto potenziale di tale regolamento sul corretto funzionamento del mercato interno. Appare interessante rilevare, poi, come la stessa BCE si preoccupi di evidenziare come essa provvede a rendere conto delle attività condotte dal Consiglio di Vigilanza, quale organo apicale del Meccanismo di Vigilanza Unico, anche dinanzi ai cittadini europei tramite il Parlamento europeo, i Parlamenti nazionali e il Consiglio dell'Unione europea, indicando espressamente i principali canali per l'esercizio della responsabilità politica da

²⁸ Considera se la vigilanza nazionale sui soggetti meno significativi e l'attuazione decentrata possa considerarsi un'ipotesi di decentramento organico A. Magliari, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, cit., p. 141 ss.

²⁹ Al riguardo, osserva E. Chiti, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: un passo avanti e tre problemi*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2013, p. 1025, come un problema "è quello della *accountability* del nuovo meccanismo. La normativa istitutiva del MVU prevede istituti della *rule of law* amministrativa, controlli delle istituzioni politiche dell'Unione, incluso il Parlamento europeo, forme di controllo reciproco tra le varie componenti del MVU. Manca, però, un disegno che permetta di individuare il responsabile finale. Il diritto amministrativo europeo offre le tecniche organizzative e procedurali per raggiungere questo scopo".

³⁰ R. D'Ambrosio, *Il Meccanismo di Vigilanza Unico: profili di indipendenza e di accountability*, in R. D'Ambrosio (a cura di), *Scritti sull'Unione Bancaria*, cit., p. 94 ss.

parte della BCE: «1. Il Presidente del Consiglio di vigilanza partecipa ad audizioni periodiche e scambi di opinioni *ad hoc* presso il Parlamento europeo e presso l'Eurogruppo in presenza dei rappresentanti di tutti gli Stati membri partecipanti all'MVU. Anche i parlamenti nazionali possono invitare il Presidente o un altro membro del Consiglio di vigilanza, insieme a un rappresentante della rispettiva ANC. 2. La BCE fornisce alla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo i verbali di tutte le riunioni del Consiglio di vigilanza, compresi un resoconto completo e pertinente dei dibattiti del Consiglio di vigilanza e un elenco commentato delle decisioni. 3. I membri del Parlamento europeo e dell'Eurogruppo possono rivolgere interrogazioni scritte al Presidente del Consiglio di vigilanza. Inoltre, i parlamenti nazionali possono chiedere alla BCE di rispondere a eventuali osservazioni o quesiti. 4. La BCE presenta al Parlamento europeo, al Consiglio dell'UE, all'Eurogruppo, alla Commissione europea e ai parlamenti nazionali degli Stati membri partecipanti un rapporto annuale, accessibile al pubblico, sullo svolgimento dei propri compiti di vigilanza»³¹.

Al riguardo, l'apposito Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la BCE sulle modalità pratiche dell'esercizio della responsabilità democratica vale a definire i contorni di tale regime di responsabilità, al quale si accompagna anche uno specifico *memorandum* d'intesa sottoscritto fra la BCE e il Consiglio dell'Unione europea. Sono altresì previsti altri momenti di *accountability* anche con diverse istituzioni, anche internazionali: ad esempio, il Fondo monetario internazionale svolge le usuali verifiche periodiche ricomprese nel suo programma ordinario di valutazione del settore finanziario (*Financial Sector Assessment Programme*), al fine di valutare l'efficacia dell'architettura della supervisione finanziaria nell'Unione europea.

Con riguardo all'*accountability* della BCE nei confronti dei Parlamenti nazionali, che trova la sua *ratio*, secondo il Considerando n. 56 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza, nel «potenziale impatto delle misure di vigilanza sulle finanze pubbliche, sugli enti creditizi e i rispettivi clienti e dipendenti, nonché sui mercati degli Stati membri partecipanti», essa consiste, ai sensi dell'art. 21 del medesimo regolamento, nella contestuale trasmissione ai Parlamenti nazionali della relazione indirizzata al Parlamento europeo, nonché nella possibilità di formulare osservazioni da parte dei Parlamenti nazionali su tale relazione e nelle richieste che essi possono rivolgere alla BCE su

³¹ Banca Centrale Europea, *Manuale di vigilanza dell'MVU. Vigilanza bancaria europea: funzionamento dell'MVU e approccio di vigilanza*, Francoforte sul Meno, marzo 2018, p. 10.

osservazioni o quesiti e nel possibile invito rivolto al presidente o a un membro del Consiglio di vigilanza, insieme a un rappresentante dell'Autorità nazionale, a scambiare opinioni in relazione alla vigilanza delle banche nel relativo Stato membro.

Tali meccanismi di *accountability* risultano necessari per bilanciare l'indipendenza funzionale sia della BCE (che, ai sensi del *Considerando* n. 75 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza, per assolvere efficacemente al suo mandato istituzionale «dovrebbe esercitare i compiti di vigilanza attribuiti in piena indipendenza, in particolare libera da indebite influenze politiche e da qualsiasi ingerenza degli operatori del settore, che potrebbero comprometterne l'indipendenza operativa») sia dei membri del Consiglio di Vigilanza e del Comitato direttivo, che l'art. 19 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza richiede che agiscano in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione, senza chiedere né ricevere istruzioni dai Governi degli Stati membri né dalle Istituzioni o dagli organi dell'Unione, richiedendo inoltre che le istituzioni e gli organi dell'Unione europea e i Governi degli Stati membri o altri soggetti pubblici o privati non cerchino di influenzarli. Va qui ricordato che tali garanzie si applicano anche alle Autorità di vigilanza nazionali, assoggettate ai regolamenti, alle linee guida e alle raccomandazioni della BCE, quando vigilano sulle banche meno significative, ovvero alle relative istruzioni, nei casi in cui esercitano poteri nei confronti delle banche significative, ai sensi dell'art. 6 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza.

Quanto ai meccanismi di *accountability* nei confronti del mercato, è previsto dall'art. 4 del regolamento sul Meccanismo Unico di Vigilanza che la BCE debba effettuare consultazioni pubbliche e analizzare costi e benefici potenziali su ogni nuova proposta regolamentare, a meno che tali consultazioni e analisi siano non proporzionate in rapporto alla portata e all'impatto del regolamento in questione, ovvero in relazione alla particolare urgenza della questione, di cui va dato conto. In realtà, un tale forma di *accountability* verso gli operatori del mercato era stata già introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, di riforma della tutela del risparmio e della disciplina dei mercati finanziari³², ove l'art. 23, c. 2, ha previsto che «nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso

³² Su tale legge di riforma, preceduta dall'Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio condotta dal Parlamento italiano nella XIV legislatura, v. F. Capriglione, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio (l.n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/2006, p. 125 ss.; D. Siclari, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, Cedam, 2007, p. 325 ss.

come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con minore sacrificio degli interessi dei destinatari» dovendo a tal fine consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei risparmiatori³³. In questo senso, si può affermare come l'ordinamento italiano sia stato, sul punto, positivo precursore degli sviluppi regolamentari a livello europeo.

4. Verso una funzione di vigilanza bancaria di tipo *sostanzialistico*.

Gli sviluppi normativi dell'ordinamento pubblico europeo del credito evidenziano poi, sul piano dei contenuti della regolazione, una evidente tendenza ad una ri-regolazione e ad un rafforzamento delle aree direttamente disciplinate da norme prescrittive, in sostituzione di una diffusa disciplina di mercato finora basata anche sull'autoregolamentazione degli intermediari: ciò costituisce la tradizionale risposta del legislatore e dei vari regolatori, internazionali e domestici, agli eventi di crisi dei mercati³⁴, tornandosi così a valorizzare strumenti anche di tipo strutturale che incidono direttamente sull'autonomia dei soggetti vigilati³⁵.

In particolare, vengono rafforzati i presidi della *governance* bancaria, in quanto la CRD IV provvede ad introdurre strumenti più incisivi di conformazione dell'organizzazione del governo delle società che esercitano l'attività bancaria, recepiti dalla Banca d'Italia con le relative Disposizioni emanate nel 2014, in sostituzione delle prime regole nazionali dettate

³³ Con riguardo alla previsione di principi generali riguardanti i procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali da parte dell'Autorità di vigilanza bancaria nella legge n. 28 dicembre 2005, n. 262, v. D. Siclari, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, cit., p. 386 ss.

³⁴ Cfr. D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, cit., *passim*.

³⁵ Cfr. G. Gabbi, *Il ripensamento della vigilanza prudenziale: un ritorno a strumenti standard e strutturali*, in A. Brozzetti (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, cit., p. 69 ss.

in materia nel 2008³⁶, a seguito della riforma generale del diritto societario del 2003³⁷. Ad esempio, la citata direttiva europea richiede che le banche siano dotate di solidi dispositivi di *governance*, ivi compresa una chiara struttura dell'organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposte, e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio, completi e proporzionati alla natura, all'ampiezza e alla complessità dei rischi inerenti al modello imprenditoriale e alle attività esercitate in concreto dall'intermediario³⁸.

Ancora, si richiede che l'organo di gestione della società bancaria approvi e riesami periodicamente le strategie e le politiche riguardanti l'assunzione, la gestione, la sorveglianza e l'attenuazione dei rischi ai quali l'intermediario è o potrebbe essere esposto, compresi quelli derivanti dal contesto macroeconomico nel quale esso opera, in relazione alla fase del ciclo economico, dedicando tempo sufficiente all'analisi di questioni connesse con i rischi e partecipando attivamente alla gestione di tutti i rischi sostanziali nonché alla valutazione delle attività, all'utilizzo dei *rating* di credito esterni e ai modelli interni relativi a detti rischi.

Le nuove regole prevedono anche l'istituzione obbligatoria di nuovi organi all'interno della *governance* della banca, richiedendosi in particolare che gli intermediari significativi per le loro dimensioni, organizzazione interna e per la natura, ampiezza e complessità delle loro attività istituiscano un comitato dei rischi, composto da membri dell'organo di gestione

³⁶ Cfr. in tema F. Martorano, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. I/2008, p. 118 ss.; G. Rescio, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. I/2008, p. 734 ss.; F. Vella, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, n. I/2008, p. 1287 ss.; P. Marano, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a.*, diretta da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, p. 2188 ss.; A. Minto, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012; R. D'Ambrosio e M. Perassi, *Il governo societario delle banche*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di Vietti, Torino, 2014, p. 237 ss.; A. Del Pra, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 3/2015, p. 525 ss.

³⁷ Cfr. F. Capriglione, *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in *Nuovo diritto societario e intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova, 2003, p. 34 ss.

³⁸ Direttiva n. 2013/36, art. 74.

che non esercitano funzioni esecutive e che devono possedere conoscenze, competenze ed esperienze adeguate per comprendere a fondo e sorvegliare la strategia in materia di rischi e la propensione al rischio della banca. Il comitato dei rischi presta consulenza all'organo di gestione sulla propensione al rischio e sulla strategia in materia di rischio globale e assiste l'organo di gestione nel controllare l'attuazione di tale strategia da parte dell'alta dirigenza, pur conservando l'organo di gestione la responsabilità ultima in materia di rischi³⁹.

Considerato, poi, che anche politiche di remunerazione orientate a incentivare risultati immediati o, quanto meno, da ottenere nel brevissimo periodo (*short termism*) possono comportare l'assunzione di rischi eccessivi da parte del management bancario, la CRD IV prescrive che la politica di remunerazione, quale componente importante della *governance* bancaria⁴⁰, deve riflettere e promuovere una gestione sana ed efficace del rischio e non deve incoraggiare un'assunzione di rischi superiori al livello di rischio tollerato dall'intermediario, dovendo configurarsi in linea con la strategia aziendale, gli obiettivi, i valori e gli interessi a lungo termine dell'intermediario e comprendere misure intese ad evitare i conflitti d'interessi. Allorché la remunerazione viene legata ai risultati, la valutazione dei risultati va effettuata in un quadro pluriennale, in modo da assicurare che il processo di valutazione sia basato sui risultati a lungo termine e che il pagamento effettivo delle componenti della remunerazione basate sui risultati sia ripartito su un periodo che tenga conto del ciclo di attività dell'intermediario e dei suoi rischi d'impresa, dovendosi poi escludere che la componente variabile complessiva della remunerazione possa limitare la capacità della banca di rafforzare la propria base di capitale⁴¹.

Prevedendo in generale la CRD IV un sistema sanzionatorio maggiormente incisivo⁴², nell'ordinamento italiano è stato introdotto, nel novero dei poteri esercitabili dall'Autorità di vigilanza, il potere di rimuovere uno o più esponenti aziendali, nonché uno o più

³⁹ Direttiva n. 2013/36, art. 76.

⁴⁰ Cfr. in tema S. Capiello, *La remunerazione degli amministratori. "Incentivi azionari" e creazione di valore*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*; S. Capiello e U. Morera, *Del merito e delle ricompense dei vertici dell'impresa bancaria*, in *Analisi giur. econ.*, n. 2/2007, p. 409 ss.; A. Nigro, *La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche*, in *Dir. banche merc. fin.*, n. I/2012, p. 11 ss.

⁴¹ Direttiva n. 2013/36, art. 94.

⁴² Cfr. R. Costi, *Le sanzioni pecuniarie nel mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, n. I/2013, p. 331 ss.; R. Lener, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori di Banca d'Italia e Consob (fra giudice ordinario e TAR)*, in C. Amatucci (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 133 ss.

dirigenti, quando la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca⁴³, similmente a quanto previsto dall'art. 16, Regolamento n. 1024/2013 sul Meccanismo Unico di Vigilanza, che riconosce tale potere di rimozione alla BCE (dibattendosi se si tratti di una misura avente natura sanzionatoria o meno⁴⁴). In attuazione della CRD IV sono state poi introdotte altre misure amministrative, diverse dalla sanzione amministrativa pecuniaria tradizionale, come l'ordine di porre termine a eventuali condotte lesive (*cease and desist order*) e l'interdizione temporanea degli esponenti bancari dall'esercizio delle funzioni (*temporary ban*).

5. Integrazione europea e diritto dei contratti bancari: il caso *Lexitor* dinanzi alla Corte costituzionale.

Nelle linee evolutive del diritto europeo dei contratti bancari e finanziari si è registrata oramai da anni, come noto, una progressiva conformazione non solo delle forme contrattuali, ma anche dei contenuti, mediante ad esempio l'applicabilità degli istituti dell'inserzione automatica di clausole e della nullità virtuale⁴⁵. In particolare, la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali nei confronti della clientela⁴⁶ ha avuto una torsione in senso sostanzialistico con le previsioni della *Markets in Financial Instruments*

⁴³ Cfr. F. Annunziata, *Notarelle a margine della nuova disciplina sulla rimozione degli esponenti di banche e intermediari*, in G. Carcano e M. Ventoruzzo (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore: atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia, 13-14 novembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016; F. Ciruolo, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, n. 9/2017. Da ultimo, con riferimento al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato sulla vicenda della rimozione forzata degli esponenti del Credito di Romagna, v. L. Lippolis, *Il removal della Banca d'Italia e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, n. 1/2023, p. 82 ss.

⁴⁴ A favore della natura sanzionatoria della misura v. F. Ciruolo, *La Banca d'Italia e il potere di rimozione degli esponenti aziendali*, in *Banca impr. soc.*, n. 1/2016, il quale ritiene che il *removal* può essere considerato, alla luce dei criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenza 8 giugno 1976, n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, *Engel and Others v. the Netherlands*), come un provvedimento di natura sanzionatoria con cui si intendono colpire i soggetti responsabili, singolarmente o collettivamente, di una gestione della banca non conforme al criterio della sana e prudente gestione.

⁴⁵ Cfr. G. Mazzei, *La trasparenza dei contratti e dei mercati bancari e finanziari*, Bari, Cacucci, 2018, p. 55 ss.

⁴⁶ Per cui v. P. Gaggero, *La trasparenza del contratto*, Milano, Giuffrè, 2011.

Directive – MiFID I⁴⁷ e II⁴⁸ e, più di recente nel settore assicurativo, della *Insurance Distribution Directive* – IDD⁴⁹, ove mediante l'introduzione della procedura di *Product and Oversight Governance* si è previsto l'obbligo in capo agli intermediari di individuare un processo di approvazione dei prodotti commercializzati, proporzionato e appropriato alla natura del prodotto stesso, idoneo ad assicurare la corrispondenza con i bisogni assicurativi di un determinato *target* di clientela⁵⁰.

Tuttavia, a tale processo di conformazione da parte del formante eurounitario pone tuttora talune resistenze il legislatore nazionale, come testimoniato dalla recente vicenda *Lexitor* in materia di restituzione delle spese al cliente in conseguenza del rimborso anticipato nel contratto di credito al consumo⁵¹, da ultimo risolta dalla Corte costituzionale che ha dovuto censurare l'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, introdotto in sede di conversione nella legge 23 luglio 2021, n. 106, e riaffermare così la piena prevalenza delle norme europee su quelle difformi successivamente introdotte dallo Stato italiano⁵².

Il caso *Lexitor* riceve infatti la sua disciplina normativa a livello europeo da uno strumento di armonizzazione piena, la direttiva n. 2008/48/CE, che disciplina i contratti di credito ai consumatori, finalizzata a garantire «a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente dei loro interessi e che crei un vero mercato interno»⁵³ e prevedendo, all'art. 22, par. 1, che «nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite». In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 16, par. 1, prevede che «il consumatore ha il diritto di adempiere in

⁴⁷ Dir. n. 2004/39.

⁴⁸ Dir. n. 2014/65. In tema cfr. G. Berti de Marinis, *La nuova trasparenza pre e post negoziale alla luce della direttiva MiFID II e del regolamento MIFIR*, in V. Troiano e R. Motroni (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, Cedam, 2016, p. 287 ss.

⁴⁹ Dir. n. 2016/97.

⁵⁰ Al riguardo, sia consentito il rinvio a R. Lo Conte, *La Product Oversight and Governance nel diritto assicurativo. Evoluzioni delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato*, Milano, Giuffrè, 2022, *passim*.

⁵¹ Cfr. A. Zoppini, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2020, 1 ss.; G. Liace, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor*, in *Giur. comm.*, n. 5/2020, p. 997 ss.; G. Alpa, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2/2021, p. 220 ss.

⁵² Corte costituzionale, sentenza n. 263/2022, sulla quale v. S. Pagliantini, *Lexitor atto secondo: il (prezioso) decalogo della Consulta sull'interpretazione euroconforme*, in *Giur. it.*, n. 2/2023, p. 279 ss.; E.R. Restelli, *Il primato del diritto europeo. La sentenza Lexitor è davvero così importante?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2023, p. 84 ss.

⁵³ Considerando n. 9.

qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto», venendo poi definito il «costo totale del credito» all'art. 3, par. 1, lett. g), con riguardo a «tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

Nell'ordinamento italiano la disciplina del rimborso anticipato è stata recepita nell'art. 125-*sexies* TUB, ove si prevedeva che «il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». Nella prassi applicativa e nell'interpretazione giudiziale di tale norma, il diritto alla riduzione dei costi, conseguente al rimborso anticipato, è stato sempre riferito alle sole voci soggette a maturazione nel tempo (costi cosiddetti *recurring*), con esclusione di quelle relative alle attività finalizzate alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (costi cosiddetti *up-front*)⁵⁴. Anche le norme secondarie emanate dalla Banca d'Italia confermavano una tale interpretazione, secondo la quale gli intermediari avrebbero dovuto restituire, a fronte del rimborso anticipato del credito, soltanto i costi *recurring*⁵⁵.

⁵⁴ Una tale prassi applicativa veniva motivata anche facendo ricorso alla teoria della giustificazione causale delle attribuzioni, ritenendosi recuperabili i costi riferiti a prestazioni che conferiscono utilità collegate con la durata del contratto e, invece, non recuperabili dal cliente i costi relativi a prestazioni di cui ha già beneficiato.

⁵⁵ Nella Sezione VII (Credito ai consumatori, paragrafo 5.2.1, lettera q, nota 3) del provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 febbraio 2011, serie generale, n. 38 – supplemento ordinario n. 40) è riportato che «nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». In successive Sezioni si precisa poi che le procedure interne dell'intermediario devono quantificare «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente

A seguito, quindi, della sopravvenuta sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia⁵⁶, che ha interpretato l'art. 16, par. 1, direttiva n. 2008/48/CE nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato include tutti i costi posti a carico del consumatore, i giudici italiani hanno iniziato a conformarsi a tale sentenza, il che ha suscitato la reazione del legislatore che, in sede di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 nella legge 23 luglio 2021, n. 106, ha introdotto l'art. 11-*octies*, il cui comma 2 ha previsto testualmente che l'art. 125-*sexies* TUB, come sostituito per adeguarlo alla sentenza *Lexitor*, si applica tuttavia soltanto «ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

Il legislatore interno ha così cercato di limitare nel tempo gli effetti della sentenza della Corte europea, onde tutelare l'affidamento degli intermediari bancari sull'interpretazione preesistente della norma⁵⁷, anche se non può evidentemente essere consentita una modulazione temporale degli effetti da parte del singolo Stato membro ove si tratti di una direttiva che comporta una armonizzazione piena (fra l'altro, potendo solo la Corte di giustizia modulare gli effetti temporali di una sentenza che decide su un rinvio pregiudiziale, e comunque nell'ambito della stessa pronuncia)⁵⁸.

Nell'evoluzione dell'ordinamento del credito, quindi, come oramai armonizzato a livello europeo, è stato compito della Corte costituzionale censurare il comportamento del

al finanziatore» (Sezione VII-*bis*, «Cessione di quote dello stipendio, del salario o della pensione», e Sezione XI, «Requisiti organizzativi», paragrafo 2, c. 1, terzo alinea, nota 1).

⁵⁶ CGUE, sentenza 11 settembre 2019, in causa C-383/18, sulla quale v., *ex multis*, G. De Cristofaro, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 2/2020, p. 280 ss.

⁵⁷ Cfr. F. Gigliotti, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull'art. 125-*sexies* t.u.b. (tra sentenza "Lexitor" e decreto sostegni-bis)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/2022, p. 198 ss.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C 154/15, C 307/15 e C 308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punto 70; sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37; 28 settembre 1994, in causa C-57/93, *Vroege*, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 309/85, *Barra e altri*, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato*, punto 18; sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, *Meilicke e altri*, punto 37.

legislatore interno, aderendo anche in tal caso ad un indirizzo di regolazione che provvede a tutelare in modo sostanzialistico i consumatori dei servizi bancari, incidendo direttamente sul contenuto dei rapporti contrattuali e non limitandosi più a porre obblighi di mera trasparenza delle condotte delle parti: come osserva la Consulta, infatti, è la stessa sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia «che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito»⁵⁹.

Abstract: La progressiva emersione di un nuovo ordinamento pubblico europeo del credito costituisce il portato del processo di integrazione economica europea e delle recenti crisi finanziarie, dopo le quali è stata avviata la nuova architettura della supervisione e l'Unione Bancaria Europea, caratterizzata da un chiaro interesse sovranazionale alla stabilità finanziaria. Diversi sono, quindi, i profili che connotano l'evoluzione di tale nuovo ordinamento, dagli strumenti di armonizzazione delle regole all'indipendenza e *accountability* del Meccanismo di Vigilanza Unico, ai caratteri “sostanzialistici” della funzione di vigilanza bancaria come modellata dalla regolazione unionale fino al diritto dei contratti bancari, nel prisma dell'interesse pubblico alla tutela dei consumatori.

Abstract: The progressive emersion of a new European credit regulatory system is the result of the process of European economic integration and of the recent financial crises, after which the new supervisory architecture and the European Banking Union were launched, characterized by a clear supranational interest to financial stability. Therefore, the profiles that characterize the evolution of this new regulatory system are different, from the tools for harmonizing the rules to the independence and accountability of the Single Supervisory Mechanism, to the “substantive” characteristics of the banking supervisory function as modeled by the Union regulation up to the law of banking contracts, in the prism of

⁵⁹ Punto 12.1. Con riguardo invece alla normativa europea in materia di credito immobiliare ai consumatori, la Corte di giustizia, a differenza di quanto statuito nella sentenza *Lexitor*, ha da ultimo ritenuto non ripetibili tutti i costi indipendenti dalla durata del contratto di credito immobiliare, sia quelli versati dal consumatore all'istituto di credito, sia quelli versati a terzi (sentenza 9 febbraio 2023, causa C-555/21, *Unicredit Bank Austria*), giustificando tale diverso esito rispetto alla sentenza *Lexitor* sulla base della specificità della normativa in materia di credito immobiliare ai consumatori, rispetto ai contratti di credito al consumo, poiché il rischio di manipolazione dei costi in danno del consumatore sarebbe notevolmente ridotto e si potrebbe verificare agevolmente se «un tipo di costo è oggettivamente connesso alla durata del contratto».

consumer protection.

Parole chiave: credito – regolazione – Unione Bancaria europea – Meccanismo di Vigilanza Unico – armonizzazione massima – accountability – contratti bancari.

Key words: credit – regulation – European Banking Union – Single Supervisory Mechanism – maximum harmonization – accountability – banking contracts.

WHAT REFORMS FOR EUROPE WITHOUT A REFORM FOR EUROPEAN REPRESENTATIVE DEMOCRACY?

THE CASE OF THE PARLIAMENTARY INITIATIVE FOR LEGISLATIVE ACTS*.

I believe that we should reflect on how to strengthen the European Parliament's capacity and centrality, particularly as regards its power of initiative. Like any national parliament, the right of initiative should be conferred on the European Parliament so that our institution can make proposals [...] and not just be the recipient.

This would help give it a greater role

(D. Sassoli, Speech by the President of the European Parliament on the Future of Europe, 9 May 2021)

422

by Antonio Ignazio Arena**

Summary. 1. Introduction: autonomy of the European Parliament and protection of minorities in the formation of European legislative acts: the case of the parliamentary initiative. – 2. The (almost complete) absence of a parliamentary initiative of legislative acts at European level: a matter of interpretation? – 3. Parliamentary legislative initiative, the constitutional norms of the Member States and the (possible) revision of the Treaties. – 4. The possible attribution of the legislative initiative to the European Parliament or its components: a quick examination of some adverse arguments. – 5. Conclusions: *a*). General remarks. – *b*). Some broader considerations on the *future of Europe*. Strategic pragmatism and constitutional pragmatism. – *c*). *Eurospeak as Newspeak?* The process of European integration: the nationalist misunderstanding and liberalism under attack.

1. Introduction: autonomy of the European Parliament and protection of minorities in the formation of European legislative acts: the case of the parliamentary initiative.

Also following the changes made in Lisbon, the European Treaties retain (as a rule) the submission of proposals for European legislative acts as an exclusive competence of the Commission.

In Article 294, par. 2, TFEU, where the disciplinary of the ordinary legislative procedure is found, it is stated that «the Commission shall submit a proposal to the European Parliament and the Council».

* *Subjected to blind review.* The work presented here is the version, duly revised and accompanied by notes, of the speech made on the occasion of the Ventotene Conference, *La 'nuova' Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, 27 June 2022.

** Ricercatore t.d., lett. *b*) in Diritto costituzionale – Università di Messina.

Even more explicit the wording in Article 17, par. 2, TEU: «Union legislative acts may only be adopted on the basis of a Commission proposal, except where the Treaties provide otherwise».

Of course, it is significant that Parliament has the power of initiative in the *upmost legislative procedure*: the revision of the Union's Treaties¹. The power of initiative that the European Parliament does not have for ordinary legislation, is instead attributed to it for the revision of the treaties, i.e. the modification of the primary law of the Union.

In special legislative procedures for the adoption of a regulation, directive or decision the power of initiative is then sometimes attributed to others, including Parliament itself. It exercises the initiative to regulate its organisation² (not unlike the ECB, the EIB, and the Court of Justice of the Union) and the procedure for electing its members. In that regard, Article 223 TFEU reads as follows: «The European Parliament shall draw up a proposal to lay down the provisions necessary for the election of its Members by direct universal suffrage in accordance with a uniform procedure in all Member States or in accordance with principles common to all Member States».

In any case, the scope for Parliament to exercise initiative is rather limited. Special legislative procedures cover various degrees of parliamentary participation. Under the *consent procedure* Parliament must give its consent before the Council can adopt legislative acts. Under the *consultation procedure* Parliament is not entitled to do that, but it merely

¹ N. Lupo and A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, Luiss University Press, 2019, p. 84.

² See Article 223, par. 2, TFEU («The European Parliament, acting by means of regulations on its own initiative in accordance with a special legislative procedure after seeking an opinion from the Commission and with the consent of the Council, shall lay down the regulations and general conditions governing the performance of the duties of its Members»); Article 226 TFEU («In the course of its duties, the European Parliament may, at request of a quarter of its component Members, set up a temporary Committee of Inquiry [...] the detailed provisions governing the exercise of the right of inquiry shall be determined by the European Parliament, acting by means of regulations on its own initiative in accordance with a special legislative procedure, after obtaining the consent of the Council and the Commission»); and Article 228, par. 4, TFEU («The European Parliament acting by means of regulations on its own initiative in accordance with a special legislative procedure shall, after seeking an opinion from the Commission and with the consent of the Council, lay down the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties»). As it has been noted, «one of these provisions, on the statute of the Members, has not been used in this post-Lisbon form. In another case, concerning the statute of the Ombudsman, an EP proposal was adopted in February 2019. Agreement was reached on 10 May 2021, leading to adoption of the EP draft regulation on 10 June 2021. On 18 June, the Council gave its consent and the Commission its opinion. The first-ever EP 'regulation on its own initiative' was adopted on 23 June 2021. On the other hand, the EP's proposal on the exercise of the right of inquiry has been blocked, and the EP's current position over the right of initiative may partly reflect frustration with these arrangements»: E. Best, *The European Parliament and the Right of Initiative: Change Practice, not Powers*, in *EIPA Paper*, June 2021, p. 5.

needs to be consulted. In these special procedures, as in the ordinary procedure, Parliament has not initiative power.

The question arises as to whether the rules in force can be balanced with the separation of powers (and therefore with the autonomy of Parliament), which can also be regarded as a principle of European law³ and as a salient aspect of constitutionalism, understood as a historical movement and a legal, political, and philosophical doctrine⁴.

The answer seems to be no. Parliament cannot, as a rule, decide to initiate the legislative procedure. This means that its autonomy is not fully guaranteed. In fact, Parliament cannot decide what to deal with. Regarding the formation of legislative acts, an assembly can be defined as autonomous if it can initiate the procedure that leads to their approval (this is of course a necessary condition, even if it is not sufficient). The power of initiative implies that it is necessary to identify which issues Parliament should be dealing with. In the absence of this power, Parliament finds itself paralysed, even when faced with urgent issues (that is to say, issues that parliamentarians consider to be urgent).

As a rule, the European Parliament must await the exercise of *external* initiative. Such a condition makes the legislative body inherently weak and dependent on other powers. In fact, while the *non*-parliamentary legislative initiative (governmental, popular, etc.) may or may not be foreseen – since, if foreseen, it constitutes an interference functional to the realization of the separation of powers according to the model of balance and mutual control or an institution aimed at the realization of the pluralist principle on the level of institutional structure –, the parliamentary initiative of the laws is, instead, a corollary of the separation of powers and its absence is purely and simply a violation of this same principle⁵.

Furthermore, under no circumstances shall an individual Member of Parliament or a minority be admitted to submit proposals for legislative acts. Therefore, even in the limited cases in which the initiative is referred to Parliament, parliamentary minorities are not safeguarded. Parliament's initiative implies, in fact, the decision of the majority. Therefore,

³ See R. Schütze, *European Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 58-59. See also S. Fabbrini, *Compound Democracies. Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 187 (“Although not defined by a formal constitution, the EU governs through a system of separation of powers, functionally preserved by an internal mechanism of checks and balances”).

⁴ *Ex plurimis*, M. Elliott and R. Thomas, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 87-97.

⁵ C. Schmitt, *Constitutional Theory*, translated and edited by J. Seitzer, foreword by E. Kennedy, Durham and London, Duke University Press, 2008, pp. 286-301.

it is not allowed for those who are in a minority (and for the smallest of minorities, the individual Member of Parliament) to submit a proposal for a legislative act⁶.

It is hardly appropriate to recall that the protection of minorities is also one of the principles of European law⁷ and an essential aspect in order to be able to consider an institutional system to be compatible with the liberal (not just majoritarian) model of democracy⁸.

Indeed, the absence of initiative from individual Members (or minorities) could have a negative impact on the formation of European legislation. The input of each representative in Parliament could be a valuable element in identifying the problems to be addressed through the adoption of European legislative acts. In this sense, the lack of attribution in question makes the European Parliament less able to reflect social pluralism and less responsive to the needs emerging from the communities.

There are also those who believe that the absence of legislative initiative, as a competence of MEPs, is one of the reasons for the weak link between MEPs and the electorate⁹.

2. The (almost complete) absence of a parliamentary initiative of legislative acts at European level: a matter of interpretation?

In the light of what has been observed, it is natural to wonder whether there is scope for an interpretation of European law guided by the principles referred to and which can therefore

⁶ Of course, the power of initiative is conferred to a minority in other circumstances: see Article 226, par. 1, TFEU («The European Parliament may, *at the request of a quarter of its component Members*, set up a temporary Committee of Inquiry, to investigate, without prejudice to the powers conferred by the Treaties on other institutions or bodies, alleged contraventions or maladministration in the implementation of Union law, except where the alleged facts are being examined before a court and while the case is still subject to legal proceedings»). See also Article 143, Rules of Procedure of the European Parliament, («Any Member may table a motion for a resolution on a matter falling within the spheres of activity of the European Union. That motion may not be more than 200 words long») and Article 144, Rules of Procedure of the European Parliament («A committee, an interparliamentary delegation, a political group or Members reaching at least the low threshold may ask the President in writing for a debate to be held on an urgent case of a breach of human rights, democracy and the rule of law»).

⁷ See S. Carrera, E. Guild, L. Vosyliūtė and P. Bard, *Towards a comprehensive EU protection system for minorities*, Directorate-general for internal policies policy department for citizens' rights and constitutional affairs civil liberties, justice and home affairs, Bruxelles, 2017, pp. 91-104.

⁸ R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 363 («Majority rule is not fair or valuable in itself: it is fair and valuable only when certain conditions are met, including requirements of equality among participants in the political process through which majority will is determined»).

⁹ On the weak electoral connection and its consequences see S. Hix and B. Høyland, *Empowerment of the European Parliament*, in *Annual Review of Political Science*, n. 16/2013, p. 184 («It is not a major overstatement to claim that the electoral connection in the European Parliament is almost nonexistent»).

lead to the recognition of the power of initiative to Members of Parliament.

Indeed, the same Statute for Members of the European Parliament (Decision 2005/684/EC, Euratom of 28 September 2005) provides that «each Member shall be entitled to table proposals for Community acts» (Article 5) and, indeed, states in the *whereas clauses* that «the right of initiative referred to in Article 5 is the key right of every Member. Parliament's Rules of Procedure may not render that right nugatory» (point 6).

What actually happens is precisely what (according to the Statute) should not happen: the Rules of Procedure of the European Parliament (RPEP) strip the statement in Article 5, par. 1 of its content. Moreover, it is the same Article 5, par. 2, RPEP to provide that «Parliament shall lay down in its Rules of Procedure the conditions for the exercise of this right».

Besides, the provisions of the RPEP are in line with what is found in the Treaties. As stated before, *only* the Commission normally exercises the initiative of legislative acts.

Therefore, the Statute for Members of the European Parliament does not appear to be suitable for establishing the power of initiative, contrary to what the Treaties (original sources of the Union and, moreover, amended after the adoption of the Statute) and the Rules of Procedure of the European Parliament provide.

On the other hand, it could be observed that the Statute has its 'legal basis' in the Treaties and precisely in art. 223, par. 2, TFEU¹⁰. Therefore, the Statute could be said to integrate the regulation of the initiative provided for in the Treaties by virtue of the 'coverage' they offer.

It could also be attempted to enhance the remark of Article 17, par. 2, TEU («except where the Treaties provide otherwise») also for other profiles. After all, the Treaties state that «the functioning of the Union shall be founded on representative democracy» (Article 10, par. 1, TEU) and that «citizens are directly represented at Union level in the European Parliament» (Article 10, par. 2, TEU).

There is therefore no lack of *virtuality* inherent in current European law. It contains principles in relation to which the exclusion of parliamentary initiative ends up appearing to be contradictory.

However, in the face of what the Treaties expressly provide, to derive a recognition of the parliamentary initiative from the *coverage* of the Statute *pursuant* to Article 223 TFEU and from the *key principles* (representative democracy, autonomy of Parliament, separation of powers, protection of minorities) would still be an interpretative stretch.

¹⁰ R. Schütze, *European Constitutional Law*, cit., p. 85.

The reference to Article 10, par. 2, TEU seems to be too generic to establish the attribution of a power. In any case, we would be faced with a creative operation, which cannot compete (at least not only) with doctrine.

On the other hand, there is still a possibility that an innovative *interpretation* could be offered by the European Parliament itself. It is not unprecedented, in fact, the case of parliamentary claims of attributions previously reserved to others. Just think of the way in which, in different contexts, the form of parliamentary government has been established¹¹.

3. Parliamentary legislative initiative, the constitutional norms of the Member States and the (possible) revision of the Treaties.

It is undeniable that, as far as ownership of the initiative is concerned, the distance between national parliaments and the European Parliament is significant. Although the initiative of individual parliamentarians is not always provided (as in Italy and in France¹²), in national legal systems at least the initiative of the legislative body (or of a certain number of parliamentarians, or of groups or committees) is generally contemplated (as in Spain¹³, Germany¹⁴ and others member States)¹⁵.

¹¹ *Ex plurimis*, see B. Aguilera-Barchet, *A History of Western Public Law. Between Nation and State*, Cham, Springer, 2015, pp. 287-318.

¹² See Article 71 of the Italian Constitution and Article 39 of the French Constitution.

¹³ See Article 87 of the Spanish Constitution («The Government, the Congress and the Senate are competent to propose legislation, in accordance with the Constitution and the Standing Orders of the Houses»).

¹⁴ See Article 76 of the German Basic Law and Rule 76 of the Rules of Procedure of the German *Bundestag* («Items of business submitted by Members of the *Bundestag*» – bills included – «shall be signed by a parliamentary group or five per cent of the Members of the *Bundestag*, unless the Rules of Procedure prescribe or permit otherwise»).

¹⁵ See A. Maurer and M.C. Wolf, *The European Parliament's Right of Initiative*, Study requested by the AFCO Committee, Bruxelles, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 2020, p. 75: «Concerning the legislative branch, almost every EU Member State [...] provides for specific rights of initiative in the Constitution». See pp. 75-88. In Austria, both the individual members of the *Nationalrat* (Article 41, Federal Constitutional Law) and the commissions have the legislative initiative. In Belgium, the individual members of the House of Representatives (as well as the latter, as such) have the legislative initiative (see Articles 75 and 132 of the Constitution). In Bulgaria, every deputy has the power to initiate legislation (Article 87 of the Constitution). In Cyprus the representatives can present bills (Article 80 of the Constitution). In Croatia, the initiative lies with individual deputies, committees, and parliamentary groups (Article 85 of the Constitution). In Denmark, legislative initiative is attributed to individual MEPs. In Estonia the same prerogative is attributed (Article 103 of the Constitution) to members of Parliament, parliamentary groups, and parliamentary committees. In Finland, the initiative lies with individual MEPs (Article 70 of the Constitution). In Greece, the initiative is held by the Parliament (Article 73 of the Constitution). The members of the Irish *Dáil* also have the initiative (they can present the so-called 'Private Member's Bills'; see Articles 20-27 of the Constitution). In Latvia, the power of initiative belongs to at least five deputies (Article 65 of the Constitution). In Lithuania it is up to the members of the Parliament (Article 68 of the Constitution). In Luxembourg it is up to the Parliament (Article 47 of the Constitution) and its members. In Malta too,

This gap between supranational and national legal systems, especially in the light of the so-called *primacy* of European law, poses problems: the ever-increasing importance of European legislative acts clashes with a European legislative procedure in which, so to speak, the autonomy of Parliament is not guaranteed *from the beginning to the end*¹⁶.

Of course, the (almost) complete exclusion of the parliamentary initiative of legislative acts can be explained with the origin of supranational institutions. Even if the EP has progressively acquired an organization and competences similar to those of national parliaments, it is not exactly a legislative body of a (federal) State. Initially the European Parliament was a purely consultative body with members seconded from national parliaments. It has been directly elected since 1979. It is true, of course, that the European Parliament is now vested with significant legislative, control, and budgetary powers. It shapes EU laws, particularly through the co-decision procedure; is involved in the appointment of the Commission and can force the latter to resign; and decides on the EU's annual budget with the Council¹⁷. Despite of this, it is not a parliament of a federal State, as the consideration of the normative concerning the legislative initiative clearly shows. Comparing national constitutional law with EU law poses methodological challenges, even if a cross-level comparative analysis can contribute to the current understanding of the EU institutional system.

It can be noted, however, that it would certainly be possible – also acceding to the theory of the existence of substantial limits to the revision of the Treaties – to modify the regulation of the legislative initiative at European level: the near-monopoly of the initiative by the Commission does not, in fact, constitute an unchangeable aspect of the Union's

parliamentarians have the initiative, which they exercise by presenting a motion, with only the title of the proposal (see in any case Articles 72-74 of the Constitution). In the Netherlands, the initiative belongs to the lower house (or to the Parliament in joint session: the States General), on the proposal of one or more members (articles 82-83 of the Constitution); in reality, the latter consider themselves owners of the initiative. In Poland, deputies have the right of initiative (Article 118 of the Constitution). In Portugal, the parliamentary initiative of laws belongs to individual deputies and parliamentary groups (Article 167 of the Constitution). In the Czech Republic, the initiative lies with deputies and groups (Article 41 of the Constitution). In Romania to individual parliamentarians (art. 74 of the Constitution) and so also in Slovakia (art. 87 of the Constitution) and Slovenia (art. 88 of the Constitution). In Sweden the members of the *Riksdag* have the initiative, in Hungary the parliamentary commissions and individual deputies (Article 25 of the Constitution).

¹⁶ See P. Dann, *Looking through the Federal Lens: the Semi-parliamentary Democracy of the EU*, New York, NYU School of Law, 2002, p. 46 ("Speaking of a 'parliamentary system' is often misunderstood as meaning a parliamentary system as known from the UK or continental democracies. Yet, the EU surely is not a parliamentary system in this sense. But it is neither a presidential system. What is it then, this system based on federal thus consensual grounds, but with a strong legislature which is not dominating but nonetheless stamping the system?").

¹⁷ T. Raunio, *The European Parliament*, in E. Jones, A. Menon and S. Weatherill (editors), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford Academic, 2012, pp. 365-379.

institutional set-up. Those who argue that there are substantial limits to the revision want to exclude a regression in the *stage* of integration, not only in terms of the Union's competences, but also in terms of the inversion of principles¹⁸. However, this could hardly be seen in a revision aimed at widening the range of bodies empowered to submit proposals for legislative acts, *a fortiori* if in the sense of strengthening the role of the European Parliament.

4. The possible attribution of the legislative initiative to the European Parliament or its components: a quick examination of some adverse arguments.

Some arguments have been put forward against the possible attribution of the legislative initiative to the European Parliament or its components.

The first of these is that the typical categories of national parliamentary and constitutional law cannot be used at European level. This would mean embracing an approach, critically called "institutional mimicry"¹⁹, without realizing the differences between the supranational and national levels.

This argument can imply a preliminary closure towards an interpretation only because it takes up issues dear to constitutionalism already in relation to national legal systems. It is not difficult to argue, however, that regardless of the origin or value of an interpretation at national level, it is necessary to explain *in the merit* why there would be such significant differences with the European level. In these terms, the point of focus moves from the genesis of interpretation, and its affinities with what is usually supported by national legal systems, to its merit.

And, in fact, a second argument against the attribution of the legislative initiative to the European Parliament or its components relies on the importance, in the supranational

¹⁸ See R. Passchier and M. Stremmer, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n. 2/2015, pp. 361-362 and A. Ruggeri, *Le fonti del diritto europolitano ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 298.

¹⁹ The expression is generally ascribed to the Belgian politician (and former professor of political science) Paul Magette. See P. Magette, *What is the European Union? Nature and Prospects*, Houndmills Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 1-10. See also B. Guastaferrro, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in *Europeanrights.eu*, 10 July 2012, p. 6.

context, of the initiative normally referred to the Commission²⁰.

The Commission's near-monopoly would be justified for three reasons.

First of all, the proposals made by the Commission would lead to the approval of acts that are qualitatively superior in comparison to those approved on the basis of parliamentary initiatives within institutional systems, in which the members of legislative assemblies are recognised as having the power to submit legislative proposals. The Commission's near-monopoly would ensure, according to part of the doctrine, the activation of the legislative procedure only when necessary and would make it possible to include a long-term perspective in the legislative process²¹.

It is also argued that a parliamentary initiative would create the risk of *duplication* (including difficulties encountered in practice, in the exceptional cases where the Commission does not have a monopoly on the initiative)²².

Finally, the Commission's near-monopoly should be maintained because of the need for legislative proposals from an 'impartial' body towards the Member States²³: "The Commission has a near-monopoly of legislative initiative in the EU. This power was given to it in order to ensure that the *general interest* would be adequately taken into account in negotiations; to serve as a counterweight to differences in site between member countries;

²⁰ R. Schütze, *European Constitutional Law*, cit., p. 122: "The Commission is tasked to 'promote the general interest of the Union' through initiatives. It is to act as a 'motor' of European integration. In order to fulfil this – governmental – function, the Commission is given the (almost) exclusive right to *formally* propose legislative bills. The Commission's prerogative to propose legislation is a fundamental characteristic of the European constitutional order. Through it the Commission 'leads' the legislative process within the Union".

²¹ R. Corbett, F. Jacobs and M. Schackleton, *The European Parliament*, London, Harper, 2007, p. 238.

²² E. Best, *The European Parliament and the Right of Initiative: Change Practice, not Power*, cit., p. 10 ff.

²³ See A. Menon and J. Peet, *Beyond the European Parliament: Rethinking the EU's Democratic Legitimacy*, London, Centre for European Reform Essays, 2010, p. 6: "The point of the Commission is partly to act as an impartial referee, ensuring that national governments abide by the rules of the EU game, and partly too to carry out certain, limited executive functions. These latter – such as its ability to propose EU legislation – also depend on its being perceived to be truly impartial in its dealings with the member-States (the whole point of giving this power to the Commission in the first place was to prevent certain countries dominating the legislative agenda). Elections creating a direct link between the Parliament and the Commission would serve to lower, not raise, trust in this impartiality, not merely because it would mean selecting the Commission on the basis of a partisan majority in Strasbourg, but also because there would always be the lingering suspicion that its actions in office were about re-election. Already there are complaints that the Commission is too supine to the whims of MEPs. Giving the EP even more control over it would raise all the problems of political interference that led national governments to delegate tasks to non-elected EU institutions in Brussels in the first place"; and S. Russack, *EU Parliamentary Democracy: How Representative*, in *CEPS Policy Insights*, n. 7/2019, pp. 3-4: "Despite the significant increase in power in terms of legislative procedure and budgetary questions, as well as in exercising control over the executive, the EP lacks a central conventional parliamentary prerogative: the right of initiative, the right to propose new legislation. According to the treaties, the sole right to initiate legislative proposals lies with the European Commission (Article 17(2) TEU) [...] At the EU level, this right was granted to the Commission alone so that Community law-making would be more likely to arise out of the general interest, rather than that of specific member States, so as to avoid the dominance of larger member States [...] Despite this solid reason, the non-existent right to propose new laws constitutes the most significant lack of EP power compared to national parliaments".

and to promote policy coherence”²⁴.

All this is rather questionable. In many cases, above all, European regulations and directives have been criticized precisely for the high rate of obscurity that could hardly be said to be lower than that of national (or sub-national) legislation.

No less questionable is the claim that any *duplication* caused by the pluralism of initiative is a serious problem, which is widely disproved by national practice. This problem could arise only if the initiative act was wrongly configured as a request, with the result that Parliament would be obliged to carry out the procedure. However, since this is a proposal, it does not give rise to any obligation to debate or even to deliberate on the part of the European Parliament. Moreover, the risk of duplication is an argument adverse not to parliamentary initiative, but to the pluralism of the initiative. In other words it should lead, for the sake of consistency, to support the need for a monopoly of the initiative always and only in the hands of a single entity.

The idea that the exercise of legislative initiative should then be entrusted to an impartial body is strictly connected with the origin of EU, but it is an idea that clashes with the political nature of the decisions to be taken in a legislative procedure, even more so if it takes place in a context of «representative democracy» (art. 10 TUE).

A third argument against the provision of parliamentary initiative at supranational level is based on the consequent possible claims by the Council of Ministers of the Union. The recognition of parliamentary initiative is considered problematic as it could lead the Council of Ministers to claim the same power.

This, however, does not need necessarily to be regarded as negative. The decisive question – which naturally falls outside the scope of this paper – is whether or not this body is destined to take on the role of *Chamber of States* at European level. If that were the case, it would be expected to give this body, or its members, legislative initiative as well.

A fourth argument used against the provision of legislative initiative to the European Parliament relies on the formal (resolutions) and informal channels (such as the so-called *trilogues*) through which (also) Parliament can request the initiative of the Commission²⁵.

As is clear, however, soliciting initiatives from others is one thing, being able to exercise

²⁴ E. Best, *The European Parliament and the Right of Initiative: Change Practice, not Power*, cit., p. 4.

²⁵ A. Hérítier, K.L. Meissner, C. Moury and M.G. Schoeller, *European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the EU*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, p. 187.

the initiative independently is another²⁶. It is underlined that Parliament's requests are often related to issues that already represent a subject of attention for the Commission. This, in any case, does not show that parliamentary initiative must be excluded.

Finally, a fifth argument against providing for a parliamentary initiative for European legislative acts is that, unlike national systems, the supranational system is too complex. However, this is clearly at odds with the experience of the United States. In fact, members of Congress are holders – indeed, exclusive holders – of the power of legislative initiative²⁷, in a federal system in which laws valid for a large number of States and citizens are approved, on a territory larger than the European one and marked by a rate of no less 'complexity' from a cultural, economic, political and institutional point of view²⁸.

5. Conclusions: a). General remarks.

Today the EU is not a parliamentary (and federal) State. The almost complete exclusion of

²⁶ On the Parliament's formal and informal channels of influence on the EU governance see A. Héritier, C. Moury, M.G. Schoeller, K.L. Meissner and I. Mota, *The European Parliament as a Driving Force of Constitutionalisation*, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, europarl.europa.eu, October 2015, p. 76.

²⁷ *Ex plurimis*, see V. Heitshusen, *Introduction to the Legislative Process in the U.S. Congress*, Washington D.C., November 2020, p. 3 ("Only Members of the House or Senate may introduce legislation, though occasionally a Member introduces legislation by request of the President. Members and their staff typically consult with nonpartisan attorneys in each chamber's Legislative Counsel office for assistance in putting policy proposals into legislative language. Members may circulate the bill and ask others in the chamber—often via Dear Colleague letters—to sign on as original co-sponsors of a bill to demonstrate a solid base of support for the idea. In the House, a bill is introduced when it is dropped in the hopper (a wooden box on the House floor). In the Senate, the bill is submitted to clerks on the Senate floor. Upon introduction, the bill will receive a designation based on the chamber of introduction, for example, H.R. or H.J.Res. for House-originated bills or joint resolutions and S. or S.J.Res. for Senate-originated measures. It will also receive a number, which is typically the next number available in sequence during that two-year Congress").

²⁸ See S. Fabbrini, *Compound Democracies. Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, cit., pp. 203-205 ("The EU is a supranational polity with a necessary degree of institutional ambiguity. This ambiguity has brought some scholars to wonder about its uniqueness and others to assume it is exceptional [...] This theory should be disputed. Primarily, in methodological terms. The unique or exceptionalist argument is always theoretically sterile [...]. If exceptionalism is interpreted as a combination of specific historical and institutional features, then each and every political system is exceptional. But specificity does not mean uniqueness, since specificity can be recognized as such only through comparison [...] But it is in empirical terms, especially, that the uniqueness argument is anything but convincing. Sure, the EU does indeed have an institutional structure and a functional logic quite different from those of the individual European nation-States [...] the EU can be fruitfully compared with – especially – federal, noncentralized, or decentralized European nation-States [...] but the notion of federalism cannot capture the complex nature of the EU [...] If the comparative framework is enlarged to include America as well, it is possible to counter the exceptionalist argument by showing that the EU has evident similarities with the institutional structure and the logic of functioning of the US compound democracy [...] The latter, in fact, is the only existing democracy whose structural size and political features are comparable with those of the EU").

a parliamentary initiative reflects the *hybrid* nature of the EU, neither a federal State nor an international organization, and the origins of the European institutional system²⁹. The EU is the outcome of an *aggregation*: “It combines confederal and federal, intergovernmental and Community institutional properties. It is a *supranational* polity which combines [...] inter-states and supra-states properties. The EU is the answer to a centuries-long fight between European nationalism, a fight which produced two hot wars and a cold war on the European continent in the twentieth century. Also the EU [...] is a ‘peace pact’, an attempt to create a new political order in Europe, first among the countries of its Western part and then among the latter and the countries of its Eastern and Southern parts [...] It is an international organization with institutional properties of a domestic one”³⁰.

In the light of what has been observed, it therefore seems that – since interpretative stretches are not possible – the interpreter is left with nothing but to notice that only a process of historical claim of attribution developed by the European Parliament itself, in practices or in the form of a revision of the Treaties, could lead to a parliamentary legislative initiative (and consequently to strengthen parliamentary democracy at European level).

At the same time, the interpreter can critically observe³¹ that the almost complete exclusion of a parliamentary initiative is contradictory to the provision according to which the functioning of the Union is based on representative democracy (Article 10 TFEU), and with the principles of European Law that reveal the *federal ambitions* of the Union. It is no coincidence that the near-monopoly of the initiative has been the subject of (so far in vain) objections by MEPs.

It is clear that a distortion of the importance of parliamentary legislative initiative is not at issue here. The mere recognition of the power to submit proposals for legislative acts to MEPs would certainly not be enough: a broader revision of primary law should be requested to bring about an overall transformation of the supranational institutional set-up. And yet, the exclusion of parliamentary legislative initiative – considering the significance

²⁹ *Ex plurimis*, see S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 112; J. Habermas, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *The European Journal of International Law*, n. 2/2012, p. 345; F. Snyder, *The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes, and Culture*, in J.H.H. Weiler and M. Wind (editors), *Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 67.

³⁰ S. Fabbrini, *Compound Democracies. Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, cit., p. 173. See also A. von Bongdandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, p. 700.

³¹ See A. Patroni Griffi, *Il diritto costituzionale e l'Europa: note sparse sul ruolo dei costituzionalisti*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, n. 1/2019, p. 24.

it assumes in the law-making process – is undoubtedly indicative of the level of *parliamentarisation* in the European legal system³². Unless, of course, the importance of the institution in question is contested also with reference to the national (and sub-national) context. However, this is clearly an issue on which it is not possible to elaborate in this paper, since it is beyond its scope.

If you look at the literature on the institutional set-up of the Union, the issue of the democratic *deficit* is now a classic one³³. However, whether constructive or destructive, the criticism of the *institutional framework* is, at least predominantly, of a general nature. In other words, these studies are not often specifically devoted to individual aspects of the current system.

On the contrary, it seemed necessary, here, to abandon, as it were, the *macro-criticism*, the assessment of the rate of democracy of the Union as a whole, to embrace the *micro-criticism*, analysing the consistency with the basic principles of European law of a single aspect of the supranational institutional framework.

Precisely in this context, it did not seem pointless to question the possibility of granting Members of the European Parliament (or minorities) the legislative initiative and to stress

³² A. Héritier, C. Moury, M.G. Schoeller, K.L. Meissner and I. Mota, *The European Parliament as a Driving Force of Constitutionalisation*, cit., p. 107 (“We may conclude that there are some features of parliamentarisation in the EU to the emergence of which EP contributed, but other features are absent: With the advent of co-decision-making as the ordinary legislative procedure, the EP together with the Council, is now responsible for legislation in almost all areas. However, there is no organized opposition in the EP to systematically criticize the Commission as would be the case in a parliamentary democracy with the opposition. Moreover, the Commission holds the formal right of legislative initiative, not the EP as would be the case in a parliamentary democracy. With an important role in the control of the implementing powers of the Commission (former comitology) the EP has carved out an important role for itself in specifying legislation. Parliamentary features in the sense of co-decision of the EP are missing in the budgetary process on the revenue side. In the decision on who supplies EU financial resources, the member States are still clearly in the driving seat”).

³³ *Ex plurimis* see A. Ballangé, *La démocratie communautaire. Généalogie critique de l'Union européenne*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2022, *passim*; R. Bellamy, *Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from the democratic 'inputs' provided by competitive parties and majorities rule?*, in *Journal of European Public Policy*, n. 1/2010, p. 2; R. Bellamy and D. Castiglione, *Democracy by Delegation. Who Represents Whom and How in European Governance*, in *Government and Opposition*, n. 1/2011, p. 101; J. Coultrap, *From Parliamentarism to pluralism: models of democracy and the European Union's 'Democratic Deficit'*, in *Journal of Theoretical Politics*, n. 1/1999, p. 107; P. Craig, *Integration, Democracy, and Legitimacy, in the Evolution of EU Law*, edited by P. Craig and G. De Burca, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 13; C.E. De Vries, *How Foundational Narratives Shape European Union Politics*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 6/2022, p. 11; G. Majone, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, in *European Law Journal*, n. 1/1998, p. 5; D. Marquand, *Parliament for Europe*, London, Cape, 1979, p. 64; R. Schütze, *Models of Democracy: Some Preliminary Thoughts*, in *EU Working Paper Law*, n. 8/2020, p. 19; J.H.H. Weiler, *The Political and Legal Culture of European Integration: An Exploratory Essay*, in *Icon*, nn. 3-4/2011, p. 678; J.H.H. Weiler, U. Haltern and F. Mayer, *European Democracy and its Critique*, in *West European Politics*, n. 3/1995, p. 4; D. Wincott, *Does the European Union Pervert Democracy? Questions of Democracy in New Constitutional Thought on The Future of Europe*, in *European Law Journal*, n. 4/1998, p. 419.

how problematic is that the procedure for the formation of European legislative acts does not contemplate an initiative by Members and only envisages, in limited exceptional cases, an initiative by Parliament.

b). Some broader considerations on the *future of Europe*. Strategic pragmatism and constitutional pragmatism.

However, what has just been said, at the same time, makes it possible to make some broader considerations on the *future of Europe*. In fact, there is a link, if one can say so, between *micro-* and *macro-criticality*.

The development model of European integration – *even* in recent decades – seems to respond to the project of a *sui generis* political community, neither an intergovernmental organisation nor a federal State. Giddens wrote in 2007 that federalism is an “anachronistic conception” for the contemporary world, and it is not the best way to decipher the future developments of the European Union. But the driving force behind the European project cannot be a “willing and active cooperation between independent sovereign States”. From this point of view, the European Union (although it is not a mere international organisation) is not in place – and is not destined to become – a federal State. The implications of this are clear in Giddens’ approach. To exclude the prospect of federalism also means that “the democratic nature of the European Union is not primarily representative, but deliberative”³⁴.

This idea of integration development – according to a model that is both non-federal and non-representative (at least not predominantly) – seems to have come back again recently during the Conference on the Future of Europe (see the proposals contained in the *report* of 9 May 2022)³⁵. However, it is open to criticism.

For reasons related to the global economic context as well as strategic and geo-political, the process of European integration requires, in the contemporary world, to be developed in the sense of an increasingly broad sharing of fundamental political choices at the supranational level. The impact on *territories*, on citizens, of European policies (as also the

³⁴ A. Giddens, *Europe in the Global Age*, Malden (Ma), Polity Press, 2007, p. 210.

³⁵ Conference on the Future of Europe, *Report on the Final Outcome*, May 2022, consilium-europa.eu, p. 5 (“the Conference has constituted an unprecedented experience of transnational deliberative democracy”). See also the *Joint Declaration on the Conference on the Future of Europe* signed on 10 March 2021.

implementation of the *Recovery Plan* demonstrates) increases.

Just think of the crisis management determined by the pandemic emergency³⁶ and the invasion of Ukraine³⁷. The decisions taken, in relation to these problems, at European level, end up having a serious impact on the lives of citizens of the Member States: they not only determine (or at least contribute to determining) – to name a few examples – the cost of petrol, the interest rate of loans, financing opportunities for home renovation, etc.; but, in reality, they also involve more than this: maintaining and promoting peace, safeguarding health, combating climate change³⁸. These *keywords* of the European political agenda refer to objectives of the activity of public power on which, to a large extent, the quality of life of European citizens depends and will increasingly depend in the future.

Such an increase in integration must be accompanied, from a liberal-democratic perspective, by a reflection on the legitimacy of the supranational institutional set-up.

The extension, in terms of quantity and quality, of the intervention of the European institutions in the social field requires – while taking into account the peculiarities of the supranational level of government and the related difficulties – a reconsideration of the institutional structure. The instruments of participatory and deliberative democracy are surely important but cannot compensate an incomplete realization of the democratic-representative model³⁹.

In this sense, the reference to US history as an element of comparison – sometimes evoked in the context of public debate – is relevant not because we must accept, in a simplistic way, the idea (utopia?) of the *United States of Europe*, but because it is not useless to observe the affinities between two processes of institutional transformation – the one that

³⁶ See A. Oleart and N. Gheyle, *Executive gladiators in the European arena: discursive intergovernmentalism in the politicization of the Covid-19 EU recovery plan*, in *Journal of European Integration*, n. 8/2022, pp. 1095-1111; A.M. Porras-Gómez, *The EU Recovery Instrument and the Constitutional Implications of its Expenditure*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1/2023, pp. 1-24; L. Quaglia and A. Verdun, *The European Central Bank, the Single Supervisory Mechanism and the COVID-19 related economic crisis: a neofunctionalist analysis*, in *Journal of European Integration*, n. 1/2023, pp. 139-156; L. Schramm and W. Wessels, *The European Council as a crisis manager and fusion driver: assessing the EU's fiscal response to the COVID-19 pandemic*, in *Journal of European Integration*, n. 2/2023, pp. 257-273; J. White, *Constitutionalizing the EU in an Age of Emergencies*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 3/2023, pp. 781-796.

³⁷ See D. Fiott, *In every crisis an opportunity? European Union integration in defence and the War on Ukraine*, in *Journal of European Integration*, n. 3/2023, pp. 447-462; P. Genschel, L. Leek and J. Weyns, *War and integration. The Russian attack on Ukraine and the institutional development of the EU*, in *Journal of European Integration*, n. 3/2023, pp. 343-360; M.A. Orenstein, *The European Union's transformation after Russia's attack on Ukraine*, in *Journal of European Integration*, n. 3/2023, pp. 333-342.

³⁸ See M. Giuli and S. Oberthür, *Third time lucky? Reconciling EU climate and external energy policy during energy security crises*, in *Journal of European Integration*, n. 3/2023, pp. 395-412.

³⁹ See J.L. Newell, *European Integration and the Crisis of Social Democracy*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, pp. 123-157.

occurred at the end of the eighteenth century overseas and the one in progress in the Old Continent – obviously very different, and yet both driven by pressing material needs, in particular economic and military⁴⁰.

As can be seen from the pages of *The Federalist*, the principles of representative democracy and the (vertical and horizontal) separation of powers were affirmed in the American constituent phase due to the need to define an adequate institutional structure to face complex challenges (such as, at the time, the defence of territorial integrity and sovereignty and the protection of economic interests of the new American States against the European powers), without, however, jeopardizing freedom⁴¹.

From this historical experience it seems to be possible to draw an important lesson. It is impossible to dissociate the *strategic pragmatism* inherent in the dynamics of European integration (the idea that a united Europe is indispensable to ensure prosperity, well-being, security and peace for the peoples of Europe) from the *constitutional pragmatism* (the idea that the increase in European competences implies a system in which political choices are made in a manner consistent with liberal democratic principles, thus ensuring participation and providing suitable mechanisms to allow a control, including of a political nature, that only parliamentary representation is able to offer).

c). *Eurospeak* as *Newspeak*? The process of European integration: the nationalist misunderstanding and liberalism under attack.

It could be argued, however, that these arguments for a complete affirmation of representative democracy constitute the product of a criticisable ideological concept. *Eurospeak* and *Newspeak* are the expressions used, in this regard, a few years ago, by Scruton: the “talks about a united Europe” would be, according to the philosopher, part of a more general trend of our time to uncritically consider everything that is “novelty” and “change” as something positive. The Europeanist ideals, in a similar reconstruction, have therefore been combined with a desire (considered dangerous) for change. In other words, Europeanism would be a form of reformist radicalism, it would belong culturally to all

⁴⁰ See again S. Fabbrini, *Compound Democracies: Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, cit., pp. 203-204.

⁴¹ See A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, New York, Random House, 2012, p. 55.

those doctrines for which “transformation” is synonymous with “improvement”, with “progress”⁴².

However, the adverse nationalist reaction to the European project – or in other cases, at least, to its development – is misleading. The process of European integration puts national communities at risk, it is said. If, however, the reference to national communities to be preserved is to be taken seriously, it should not refer to any context of social life, but to specific forms of cohabitation. The national political communities to be preserved are people who, among other things, live by recognising each other’s equal dignity and freedom. The fear of losing all this is understandable and legitimate⁴³. And it is true, moreover, that change and progress do not necessarily identify with this.

We must, however, recognise that the global problems to be tackled require decisions taken at supranational level (“there are no local solutions to global problems”⁴⁴) and that many economically and militarily important countries, whose political choices can also have a major impact on the lives of European citizens, have non-liberal and democratic constitutions. As today is also recognized by those who years ago advocated the definitive triumph of the liberal-democratic model, liberalism is subject to serious threats all over the world⁴⁵.

So, what do we do then? Is it really true that preserving national communities and strengthening European integration are objectives that must be placed at the opposite end of the spectrum of political positions? Looks like the answer is no.

If this is correct, that between nationalism and Europeanism is a sterile, *trivial* opposition. Institutions are tools for man: Europeans today need supranational institutions no less than national institutions⁴⁶. The real problem is how to ensure that they are not simply effective and efficient, but preserve a lifestyle based also on the sharing of the values of liberal democratic constitutionalism. Can nationalists and Europeanists meet on this ground?

⁴² R. Scruton, *A Political Philosophy. Arguments for Conservatism*, London, New York, Continuum, 2006, pp. 166-167.

⁴³ J. Habermas, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, cit., pp. 338-339 (“For a long time, the dense network of supranational organizations has aroused fears that the connection between civil rights and democracy assured by the nation State is being dissolved and that the democratic sovereign is being dispossessed by executive powers operating independently at the global level [...] However, I would like to use the example of the European Union to refute a proposition that today provides the main support for political defeatism, namely, the claim that a trans-nationalization of popular sovereignty cannot be accomplished without lowering the level of legitimation”).

⁴⁴ Z. Bauman, *Society under siege*, Malden (Ma), Polity, 2002, p. 84.

⁴⁵ F. Fukuyama, *Liberalism and its Discontents*, London, Profile Books, 2022, p. 19.

⁴⁶ See J. Habermas, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, cit., pp. 344-345.

Abstract: The essay is dedicated to the (almost complete) absence of a parliamentary initiative of legislative acts at European level. This absence reflects the origin of EU and the ‘hybrid nature’ of the European institutional system (neither federal State nor international organization). Nevertheless, in the paper, it is argued that the absence of a parliamentary initiative of legislative acts is not coherent with some fundamental principles of the EU Law. Without the legislative initiative (at least as a rule), the European Parliament is not autonomous and therefore the principle of separation of powers is not respected. Moreover, the individual members of the European Parliament or the parliamentary minorities are unable to take the initiative. In the conclusions, it is observed that the eventual further development of European integration should require the full realisation of the representative democracy in Europe.

Abstract: L’articolo è dedicato alla (quasi completa) assenza di un’iniziativa parlamentare degli atti legislativi a livello europeo. Questa assenza riflette l’origine dell’UE e la “natura ibrida” del sistema istituzionale europeo (né Stato federale né organizzazione internazionale). Ciò nondimeno, in questo lavoro, si sostiene che l’assenza di un’iniziativa parlamentare degli atti legislativi non è coerente con alcuni principi fondamentali del diritto dell’UE. Senza iniziativa legislativa (almeno di regola), il Parlamento europeo non è autonomo e dunque il principio della separazione dei poteri non è rispettato. Perdi più, i singoli componenti del Parlamento europeo o le minoranze parlamentari sono prive della possibilità di esercitare l’iniziativa. Nelle conclusioni, si osserva che l’eventuale ulteriore sviluppo dell’integrazione europea dovrebbe richiedere la piena realizzazione di una democrazia rappresentativa europea.

Key words: Representative democracy – parliamentary democracy – European Parliament – legislative initiative – separation of powers.

Parole chiave: Democrazia rappresentativa – democrazia parlamentare – Parlamento europeo – iniziativa legislativa – separazione dei poteri.

RICERCA SCIENTIFICA E RESILIENZA DI GENERE: NUOVI SCENARI PER VECCHI PROBLEMI*.

di Iole Pia Di Ciommo**

Sommario. 1. La dimensione costituzionale della ricerca scientifica tra diritto e genere. – 2. La disciplina giuridica europea della ricerca. – 3. L'impegno europeo per l'uguaglianza di genere: il caso dei *Gender Equality Plans*. – 4. Ricerca e genere nelle recenti riforme: a che punto è la parità di genere scientifica? – 5. Conclusioni.

1. La dimensione costituzionale della ricerca scientifica tra diritto e genere.

Nel 1972, Mario Nigro scriveva che “la scienza è fortemente collegata al proprio tempo, al proprio tempo culturale, al proprio tempo sociale”¹. Così anche la ricerca scientifica – che della scienza costituisce logica premessa – ha una natura evolutiva e relazionale, che varia a seconda dei tempi, dei luoghi e soprattutto dei contesti socio-culturali.

Lo statuto giuridico della ricerca scientifica – in particolare quello costituzionale – rispecchia questo aspetto. Basti pensare, tra le varie norme che – direttamente o indirettamente – interessano il fenomeno scientifico, alle due previsioni che elevano la libertà di ricerca a baluardo dell'ordinamento democratico. L'art. 9, c. 1, Cost. («La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica») mette in luce la funzione eminentemente *sociale* della scienza, affidata al ruolo propulsivo dello Stato; l'art. 33, c. 1, Cost. («L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento»)²

*Sottoposto a referaggio. Il contributo è la versione, rivista e accompagnata dalle note, della relazione tenuta in occasione della Conferenza Internazionale e Summer School di Ventotene, *La 'nuova' Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, 27 giugno 2022.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza.

¹ M. Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1972, p. 742.

² Come noto, durante i lavori dell'Assemblea costituente, molteplici furono le voci contrarie all'introduzione di una disposizione del tenore dell'art. 33, reputandola meramente ripetitiva dell'art. 9. Fu Costantino Mortati a sottolineare la valenza precettiva di tale norma, sotto il profilo dell'interpretazione adeguatrice e di attuazione delle previsioni legislative ordinarie vigenti. Cfr. S. Cassese, *Commento all'art. 33 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 29-34. Rapporti etico-sociali*, Roma-Bologna, 1976, p. 210 ss.; G. Bianco, *Ricerca scientifica (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 358. Secondo altri commentatori (R. Lucifredi, *La nuova Costituzione italiana*

ne tratteggia, invece, la dimensione più spiccatamente *individuale*, quella che costituisce il nucleo duro della libertà scientifica³. Dalla lettura combinata di queste due disposizioni – che fondano quello che è stato definito lo “Stato di cultura” o la “Costituzione culturale”⁴ – si desume già una delle principali caratteristiche della libertà scientifica, la sua natura di “diritto a più dimensioni”⁵.

Peraltro, la complessità e la conseguente inafferrabilità della nozione giuridica di ricerca scientifica giustificano anche la disorganicità del quadro regolatorio nazionale⁶: alle norme che prendono in considerazione le molteplici interazioni tra ricerca scientifica e ordinamento giuridico (si pensi ai profili relativi al trattamento dei dati personali e al consenso informato, alla tutela della proprietà intellettuale, alla disciplina del reclutamento dei ricercatori e del finanziamento della ricerca) si affianca la dimensione dell'autoregolazione, mediante la quale la comunità scientifica elabora principi e regole, al pari di ogni formazione collettiva che si riconosca nella concezione tradizionale di autonomia⁷.

In estrema sintesi, però, si può dire che l'ordinamento giuridico tenta di regolamentare il fenomeno scientifico bilanciando due esigenze: da un lato, la spinta verso il progresso; dall'altro lato, la necessità di non comprimere illegittimamente i diritti individuali e gli altri

raffrontata con lo Statuto albertino e vista nel primo triennio di sua applicazione, Milano, 1952, p. 264), l'art. 33 appariva un po' troppo pretenzioso, quando non addirittura superfluo, essendo connaturale ad uno Stato che si definisce democratico il perseguimento di fini culturali.

³ V. A. Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Le Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di P. Barile, Padova, 1990, p. 96.

⁴ E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961.

⁵ G. Endrici, *Poteri pubblici e ricerca scientifica. L'azione di governo*, Bologna, 1991, p. 19.

⁶ F. Merloni, (voce) *Ricerca scientifica (organizzazione)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 393, per il quale l'assenza di una definizione chiara sarebbe imputabile essenzialmente a due ordini di fattori: al carattere strumentale dell'attività di ricerca rispetto ad altre funzioni e interessi pubblici, che giustificerebbe un'attenzione ai prodotti finali e al loro utilizzo piuttosto che alla disciplina dell'attività di ricerca e ai processi che la caratterizzano, e al carattere di attività libera che connota la ricerca scientifica.

⁷ Sui complessi rapporti tra evoluzione scientifica e regolazione giuridica si veda, anche per i richiami ivi contenuti, L. Busatta, *Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 132 ss. Sui vantaggi assicurati dalle forme di autoregolazione in materie connotate da fluidità si veda L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 271, il quale sottolinea che una adeguata regolamentazione professionale, in alternativa a quella legislativa, sarebbe in grado di disciplinare con maggiore competenza tecnica i vari settori della ricerca, “di contro alla incapacità del legislatore di rappresentarli all'interno di norme con l'adeguata precisione e competenza, accanto alla garanzia di una celerità di reazione di fronte alla rapida evoluzione”. L'Autore sottolinea al contempo i rischi sottesi alle scelte autoregolamentative, a cominciare dalla “sottrazione ad un controllo dell'opinione pubblica” e dal difetto di trasparenza dei processi decisionali.

interessi giuridicamente rilevanti variamente coinvolti nel processo della ricerca scientifica⁸.

È alla luce di queste premesse che va valutato il rapporto tra ricerca scientifica e uguaglianza di genere. Benché infatti la *libertà scientifica* si inserisca apparentemente nel circuito costituzionale dei diritti neutrali⁹, essa in realtà sul piano concreto veicola ancora gravi disparità economiche, sociali e, per quel che interessa in questo scritto, anche di genere. A ben vedere, *il principio universalista* che permea la teoria giuridica dei “diritti fondamentali” rende necessario approfondire se e in che termini la *libertà di ricerca scientifica* sia realmente *neutra* ed effettiva, a prescindere cioè dal genere dei soggetti coinvolti¹⁰.

La considerazione secondo cui la scienza è per definizione astratta, è puro e rigoroso metodo scientifico, ha portato infatti a ritenerla tradizionalmente avulsa dalle dinamiche di genere. Questa visione parziale del fenomeno conduce a conclusioni necessariamente errate e ad una distorsione della realtà scientifica nel suo complesso. Contribuisce, in altri termini, ad erigere quel “soffitto di cristallo”¹¹ che impedisce alle donne di essere protagoniste nella scienza al pari dei colleghi di sesso maschile, con conseguente perdita di un importante potenziale formativo ed umano rilevante per la ricerca.

Nel campo della ricerca scientifica, tracciare il rapporto tra diritto e genere appare complesso, per un duplice ordine di ragioni¹². *In primis* poiché, alla luce delle osservazioni condotte, appaiono decisamente sfumati i confini della dimensione della ricerca scientifica e “su tutto grava l’ombra della definizione giuridica di scienza”¹³. In secondo luogo, questo tema è stato oggetto di indagine soltanto di recente; pertanto, i dati che verranno riportati nel prosieguo non consentono di avere una visione d’insieme, anche in prospettiva diacronica. Si tratta, ad ogni modo, di dati preoccupanti che evidenziano *bias* e

⁸ Su cui si veda R. Bin, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico. Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011.

⁹ Ossia di quei diritti che sembrano porsi *prima facie* in maniera assolutamente indifferente rispetto alle dinamiche di genere, B. Caravita, *L’autonomia universitaria oggi*, in *Federalismi.it, Editoriale*, n. 25/2021.

¹⁰ V. Bonini, V. Calderai, E. Catelani, A. Sperti e E. Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Napoli, 2022, p. 8.

¹¹ L’espressione *glass ceiling* è stata coniata dai sociologi americani per far riferimento a quel processo di emarginazione delle carriere femminili in molteplici settori del lavoro, come quello del giornalismo e dell’informazione.

¹² Più in generale, sulla relazione tra diritto e genere, B. Pezzini (a cura di), *Genere e diritto: come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012, *passim* che evidenzia come il principio di antisubordinazione di genere, identificato all’interno della Carta costituzionale, agisce trasversalmente interessando tutti gli ambiti dell’esperienza umana e giuridica presi in considerazione.

¹³ A. Orsi Battaglini, op. cit., p. 89.

discriminazioni di genere che investono molteplici ambiti della scienza: dall'immatricolazione ai corsi di laurea (soprattutto negli ambiti STEM¹⁴) all'assegnazione dei fondi di ricerca, dalle progressioni di carriera al reclutamento delle ricercatrici, sino a coinvolgere anche i criteri di valutazione della ricerca¹⁵. Dati che in altri termini tendono a smentire, sul piano empirico, l'affermazione teoricamente corretta di *neutralità* della libertà di scienza.

Sembra peraltro che la pandemia da poco superata abbia esasperato tali disparità¹⁶, imponendo un ripensamento delle modalità tradizionali di lavoro. Il contesto lavorativo della ricerca scientifica, caratterizzato dal necessario confronto individuale e costante dei soggetti che vi operano, ha avuto effetti non trascurabili anche sul versante del *gender gap*¹⁷. Come si intuisce, l'impatto di questi mutamenti è stato infatti maggiormente avvertito dal genere femminile, al punto tale da dar luogo a discriminazioni multiple, che hanno accentuato e riportato alla luce vecchi problemi: la maggiore precarietà del lavoro femminile, le disparità salariali, il *gender gap* occupazionale¹⁸, l'equilibrio tra lavoro agile e vita domestica¹⁹.

Nelle pagine che seguono si intende quindi contribuire al dibattito sul rapporto tra libertà di scienza e discriminazioni di genere. Prima di esaminare nel dettaglio tali problematiche nell'ambito accademico e i recenti interventi del legislatore italiano volti a fronteggiarle, è bene tuttavia dare atto di quella che è la dimensione europea della ricerca, per verificare se

¹⁴ Secondo il Documento Studio del MEF, *Le disuguaglianze di genere in Italia e il potenziale contributo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per ridurle*, 2021, nonostante il tasso di giovani donne con titolo universitario sia cresciuto rapidamente (nella fascia di età 30-34 anni sono più del 33% nel 2019, a fronte del 23% nel 2009), resta scarsa la partecipazione femminile a corsi di laurea nelle materie STEM, con la conseguenza che le laureate STEM rappresentano il 5,8 per mille della popolazione compresa tra i 20 e i 29 anni nel 2009 e i laureati il 9,2 per mille.

¹⁵ Su quest'ultimo aspetto, v. I. Picardi, "Scienza, genere e società. Prospettive di genere in una società che si evolve", 2015, p. 51 ss., visionabile su <http://epub.irpps.cnr.it/index.php/mono/article/view/978-88-98822-08-9>.

¹⁶ Sul tema, cfr. L. Busatta, *Tra scienza e norma*, cit.

¹⁷ Per questi aspetti, si veda l'interessante analisi di Z. Blasko, E. Papadimitriou e A.R. Manca, *How will the COVID-19 crisis affect existing gender divides in Europe*, EUR 30181 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, disponibile online <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC120525>. Cfr. anche S. Oertelt-Prigione, *The impact of sex and gender in the COVID-19 pandemic*, 2020. Luxembourg: Publications Office of the European Union, disponibile all'indirizzo <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4f419ffb-a0ca-11ea-9d2d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-274958116>.

¹⁸ Questo dato è stato drammaticamente influenzato dalla pandemia: secondo l'Istat, circa l'80% dei posti di lavoro persi nei primi mesi del 2020 erano occupati da donne. Nel dicembre 2020, su 101.000 posti di lavoro persi ben 99.000 erano occupati da donne.

¹⁹ Tutti questi aspetti sono affrontati nel recente volume E. Catelani e M. D'Amico (a cura di), *Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione*, Bologna, 2022.

ed in che modo essa abbia influenzato il fenomeno culturale e soprattutto le dinamiche di genere, anche alla luce del *Next Generation EU*.

2. La disciplina giuridica europea della ricerca.

Nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri, la prima può intervenire in materia di ricerca scientifica soltanto in via sussidiaria²⁰. Nonostante gli intenti virtuosi perseguiti a livello europeo negli ultimi anni, una dimensione europea della ricerca stenta ad affermarsi e la realizzazione di una *European scientific community*²¹ è ostacolata principalmente da quel fenomeno di *path dependency*²² che porta gli Stati ad operare in autonomia, chiudendosi all'interno dei ristretti confini nazionali. Tale atteggiamento conduce a concepire l'attività scientifica europea come mera sommatoria delle politiche di investimento in Ricerca e Sviluppo (R&S) varate dai singoli Stati membri. Le politiche di ricerca degli Stati e quelle dell'Unione sono così avanzate per lungo tempo in parallelo, senza rinvenire un denominatore comune che ne consentisse uno sviluppo coerente.

Un radicale cambio di paradigma c'è stato con l'elaborazione di uno Spazio Europeo della Ricerca (SER o ERA, *European Research Area*), che ha avvio con la Strategia di Lisbona e con l'elaborazione dei programmi quadro di ricerca e innovazione, *Horizon 2020* (2014-2020) e *Horizon Europe* (2020-2027)²³. Una volta acquisita la consapevolezza che l'attività di ricerca europea non è «che la semplice somma delle attività dei quindici Stati membri e di quella dell'Unione» e che «le ripercussioni negative dovute al fatto che tali attività

²⁰ Alle politiche in materia di ricerca e sviluppo sono oggi dedicati gli artt. 179-190 TFUE (ex artt. 163-173 TCE). Questo criterio di riparto è il risultato di un percorso lungo e tortuoso, ricostruito nelle sue tappe essenziali da P. Fariselli, *Parte prima: ricerca, scienza e innovazione nell'Unione europea*, in P. Fariselli, M. Forti, A.Q. Curzio (a cura di), *Fondazioni, enti e reti nello spazio europeo della ricerca*, Bologna, 2009. Cfr. anche A. Accardo, *Ricerca scientifica e università nella prospettiva europea*, Padova, 1993.

²¹ Á. De Elera, *The European Research Area: on the way towards a European scientific community?*, in *European Law Journal*, 2006, 560 ss.

²² E. Longo, *L'UE e la "quinta libertà". Prospettive costituzionali per la ricerca scientifica europea*, in A. Iannuzzi (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli, 2015, p. 3. Anche A. von Bogdandy, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. un. eur.*, n. 2/2012, p. 228 mette in luce le ragioni storiche di un tale fenomeno, evidenziando che «la comunità del sapere si è finora sviluppata, nell'insieme, principalmente su basi nazionali» e che «la vita accademica che oggi conosciamo si è forgiata nel diciannovesimo e ventesimo secolo sulla base di sistemi nazionali nel quadro degli Stati nazionali».

²³ *Horizon 2020* è lo strumento di finanziamento alla ricerca scientifica e all'innovazione varato dalla Commissione europea, con un budget stanziato pari a quasi 80 miliardi per sette anni (2014-2020). Alla scadenza, la Commissione ha lanciato un nuovo Programma quadro, *Horizon Europe*, di durata settennale ma con una dotazione finanziaria maggiore, pari a 95,5 miliardi, in cui sono inclusi i 5,4 miliardi destinati al *Next Generation EU*.

risultano frammentate, all'isolamento e alla segregazione in cui operano i sistemi nazionali di ricerca ed alle differenze nei regimi regolamentari ed amministrativi scoraggiano anche il più piccolo investimento a livello globale nella conoscenza»²⁴, l'Unione si è proposta l'obiettivo di rafforzare le proprie basi tecnologiche e scientifiche attraverso il conseguimento di uno Spazio Europeo della Ricerca, nel quale possano circolare liberamente ricercatori, conoscenze scientifiche e tecnologiche.

Come si desume dal vigente art. 179 TFUE²⁵, le azioni e le politiche europee in materia di ricerca e sviluppo sono per lo più strumentali all'affermazione delle quattro libertà fondamentali su cui si fonda l'UE; in altri termini, la libera circolazione della conoscenza si sviluppa come mera proiezione trasversale della libertà di movimento, non riuscendo ad essere elevata a "quinta libertà europea"²⁶. A tal fine, la definizione di un approccio europeo in materia di ricerca presuppone non solo un aumento della mobilità dei ricercatori in Europa ma anche un maggiore coordinamento nell'attuazione dei programmi di ricerca nazionali. Presuppone altresì delle politiche di R&S che favoriscano la presenza ed il ruolo delle donne in questi settori; l'UE prende infatti atto della sottorappresentazione delle donne nel campo della scienza e nel 1999 il Consiglio invita formalmente la Commissione ad incoraggiare una maggiore partecipazione delle donne, coinvolgendo gli Stati membri nel perseguimento di questo obiettivo²⁷.

Analogamente a quanto è accaduto per la ricerca scientifica, anche la dimensione europea della parità di genere nasce connaturata all'esigenza di garantire le quattro libertà fondamentali su cui si fonda l'instaurazione del mercato comune e, in particolare, la libertà di circolazione dei lavoratori, garantita dall'aspettativa di una retribuzione equa. Il Trattato istitutivo del 1957 non conteneva l'affermazione di un generalizzato principio di uguaglianza, ma prevedeva singoli divieti di discriminazione in alcune materie di competenza comunitaria²⁸. Questa impostazione – che confina l'ambito applicativo della parità di genere al mercato del lavoro ed all'esigenza di assicurare un'equa retribuzione tra

²⁴ Così la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni - *Verso uno spazio europeo della ricerca*, COM/2000/0006.

²⁵ L'art. 179 TFUE (ex art. 163 TCE) prevede testualmente che «L'Unione si propone l'obiettivo di rafforzare le sue basi scientifiche e tecnologiche con la realizzazione di uno spazio europeo della ricerca nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente, di favorire lo sviluppo della sua competitività, inclusa quella della sua industria, e di promuovere le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi dei trattati».

²⁶ Cfr. E. Longo, *L'UE e la "quinta libertà"*, cit., *passim*.

²⁷ Risoluzione del Consiglio del 20 maggio 1999 su donne e scienza.

²⁸ Per un'analisi dettagliata delle singole materie cfr. A. Sciortino, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, pp. 20-58.

uomini e donne – resta consolidata per lungo tempo, principalmente per ragioni di ordine economico e sociale²⁹. Dal primo punto di vista, la necessità di salvaguardare la concorrenza giustifica disposizioni che mirano a correggere il possibile effetto distorsivo derivante da divari nelle retribuzioni tra donne e uomini a livello dei singoli Stati. Allo stesso tempo, la previsione esplica una funzione sociale, atteso che il principio della parità retributiva rientra tra «gli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'Unione economica, ma deve garantire al tempo stesso [...] il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei»³⁰. Questa duplice finalità, al contempo economica e sociale, rappresenta il filo conduttore dell'impegno europeo per la realizzazione giuridica dell'eguaglianza di genere, come dimostra il tenore del vigente art. 157 TFUE (ex art. 141 TCE).

La progressiva emancipazione della parità di genere dalla tradizionale matrice lavoristica si deve principalmente alle pronunce della Corte di Giustizia: a partire dagli anni Settanta, la Corte inizia a riconoscere che il principio di parità di trattamento nel mondo del lavoro è una delle condizioni essenziali per la garanzia di effettività del diritto dell'Unione e ad emancipare il principio della parità tra i sessi da una logica di mera salvaguardia della concorrenza intracomunitaria, affermando che esso rappresenta l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana³¹. L'allargamento della portata applicativa del principio di uguaglianza viene realizzato a livello normativo con il Trattato di Maastricht, prima, e con quello di Amsterdam, dopo, mediante i quali si attua un significativo ampliamento delle competenze dell'Unione verso le politiche sociali.

Il Trattato di Lisbona rappresenta un punto di svolta nella promozione della parità di genere nella ricerca scientifica, che viene elevata ad obiettivo strategico per lo sviluppo dell'Unione europea e anche dei singoli Stati. L'elaborazione di uno Spazio Europeo della Ricerca impone all'Unione di realizzare una politica di *gender mainstreaming* a tutto campo (art. 8 TFUE), ossia «una strategia che mira a rendere gli interessi e le esperienze delle donne così come degli uomini parte integrante della progettazione, dell'implementazione, del monitoraggio e della valutazione delle politiche e dei programmi

²⁹ V. Bonini, *Diritto e genere*, cit., p. 47 ss.

³⁰ Corte Giust., C-43/75, 8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, nota come sentenza *Defrenne II*.

³¹ In questo senso, oltre alla sentenza *Defrenne II*, in nota prec., v. Corte Giust., 15 giugno 1978, C-149/77 *Defrenne III* e Corte Giust., 6 febbraio 2003, C-25/02 *Rinke c. Artekammer Hamburg*; da ultimo cfr. Corte Giust., 10 febbraio 2000, cause riunite C-270/97 e C-271/97, *Deutsche Post AG c. Elisabeth Sievers e c. Brunhilde Schrage*.

di azione, in ogni settore delle sfere politica, economica e sociale»³². La progressiva costruzione dell'eguaglianza di genere nello Spazio Europeo della Ricerca implica l'esigenza di informare tutte le politiche europee al principio della parità tra donne e uomini, non confinandolo soltanto all'interno e all'esterno del mercato del lavoro, ma garantendo l'uguale partecipazione ai processi decisionali ed alle funzioni dirigenziali, soprattutto negli apparati pubblici e nella ricerca.

È con questa affermazione che prende avvio la progressiva costruzione dell'eguaglianza di genere nello Spazio Europeo della Ricerca. Il *deficit* di rappresentanza femminile si coglie in numerosi ambiti scientifici, che riguardano, tra gli altri, la progressione delle carriere, la presenza delle donne nelle posizioni accademiche di vertice, l'accesso ai finanziamenti, la produttività delle ricercatrici rispetto ai ricercatori³³.

L'ascesa delle donne nella scala accademica viene comunemente descritta con la metafora della *leaky pipeline*, ad indicare una conduttura che, per ogni grado della carriera scientifica, perde proporzionalmente più donne che uomini³⁴. La segregazione di genere nella ricerca scientifica si coglie anche sul piano dei contenuti: a prescindere dal campo di studio, infatti, soltanto il 2% delle pubblicazioni scientifiche elaborate tra il 2015 e il 2019 contiene un'analisi di genere, che valuti i risultati raggiunti sia sulla popolazione maschile che su quella femminile³⁵. La ricerca scientifica continua quindi ad essere tendenzialmente

³² Questa è la definizione fornita dall'ECOSOC nel 1997. In realtà, l'espressione inglese «gender mainstreaming» trova un significato univoco solo nella lingua svedese (*jämtegrering* che si traduce con integrazione ed eguaglianza tra i sessi). Per questa ragione, la Commissione pari opportunità istituita presso il Parlamento europeo si era mostrata contraria all'utilizzo di questo termine, ritenendo che «il concetto di mainstreaming [...] non è forse dei più felici, nella misura in cui rende il concetto fondamentale delle pari opportunità un po' fluido agli occhi degli stessi soggetti che da questo sono interessati» (Parlamento europeo, *Rapporto sulla comunicazione della Commissione "Integrare le pari opportunità tra donne e uomini nel complesso delle politiche e delle azioni comunitarie – mainstreaming"*, COM(96) 67 finale).

³³ Su questi aspetti, si veda lo studio pubblicato nel 2022 dall'*European Institute for Gender Equality* (EIGE), *Gender in research*, disponibile al link <https://eige.europa.eu/publications/gender-research-0>.

³⁴ La metafora della *leaky pipeline*, adoperata per la prima volta da Berryman nel 1983, è quantomai attuale ed il divario – maggiormente evidente nei settori STEM – riguarda anche il tasso di produttività. Se le ricercatrici, nelle prime fasi della carriera, pubblicano un numero analogo di scritti rispetto ai colleghi uomini, con l'aumentare dell'anzianità si allarga il divario nelle pubblicazioni, con la conseguenza che le donne in posizioni di ricerca più elevate pubblicano decisamente meno degli uomini nelle stesse posizioni. Anche la percentuale di successo delle donne nell'accesso ai finanziamenti per la ricerca è inferiore di quasi quattro punti percentuali rispetto ai ricercatori di sesso maschile. Sul fenomeno della «*leaky pipeline*» v. D. Polkowska, *Women Scientists in the Leaky Pipeline: Barriers to the Commercialisation of Scientific Knowledge by Women*, in *Journal of Technology Management and Innovation*, n. 2/2013, pp. 156-165. I dati riportati sono stati elaborati dall'EIGE, nel rapporto cit. in nota prec. e dal CNR, nello studio *supra cit.*, S. Avveduto, M.L. Paciello, T. Arrigoni, C. Mangia e L. Martinelli (a cura di), *Scienza, genere e società. Prospettive di genere in una società che si evolve*, 2015, visionabile su <http://epub.irpps.cnr.it/index.php/mono/article/view/978-88-98822-08-9>.

³⁵ Dati elaborati dal CNR, nello studio citato, *Scienza, genere e società. Prospettive di genere in una società che si evolve*, 2015.

gender blind e questa circostanza ha un impatto tutt'altro che marginale sulla qualità della ricerca a livello globale, poiché l'efficacia di alcune indagini scientifiche – specialmente in ambito medico – finisce per risultare seriamente compromessa dalla parzialità dei dati considerati³⁶.

3. L'impegno europeo per l'uguaglianza di genere: il caso dei *Gender Equality Plans*

La reazione dell'Unione europea al perdurante *gap* di genere nella scienza si concretizza principalmente nell'elaborazione di strategie quinquennali volte a promuovere la parità di genere, affiancate da una varietà di studi e relazioni³⁷. La più recente (*Strategia europea sull'uguaglianza di genere 2020-2025*³⁸), pubblicata dalla Commissione europea nel marzo 2020, si propone, tra le altre cose, di arginare il *deficit* di rappresentanza delle donne nel settore della ricerca scientifica³⁹, perseguendo tre obiettivi principali: bilanciare la presenza di uomini e donne nei *teams*, realizzare un equilibrio tra i sessi anche nei processi decisionali e dare maggiore attenzione alle dinamiche di genere nell'ambito dei prodotti della ricerca, mediante azioni chiave che favoriscano l'inclusione nella scienza e

³⁶ Su questo aspetto v. l'interessante report del CNR, S. Avveduto (a cura di), *Il mondo nuovo: la ricerca nell'anno della pandemia. Rapporto GETA 2020*, 2021, disponibile online https://www.cnr.it/sites/default/files/public/media/attivita/editoria/GETA2020_finale.pdf.

³⁷ Degno di nota è il rapporto *She Figures*, pubblicato dalla Commissione europea con cadenza triennale (il primo risale al 2003), in cui si confronta lo stato di attuazione della parità di genere nella materia “*research and innovation*” tra i vari Stati membri. Nello studio del 2021 (<https://op.europa.eu/en/web/eu-law-and-publications/publication-detail/-/publication/058103b5-4da0-11ec-91ac-01aa75ed71a1>) si registrano significativi miglioramenti di genere nell'ambito dei dottorati, che vengono conseguiti da un numero quasi equivalente di donne e uomini, con marginali differenze nei settori STEM. Ciononostante, le donne continuano ad essere sottorappresentate nel contesto lavorativo. Le laureate superano numericamente i laureati, ma guadagnano in media il 16% in meno degli uomini; le donne rappresentano appena l'8% degli amministratori delegati nelle principali imprese europee. Cfr. *European Research Area progress report*, 2018 visionabile all'indirizzo <https://op.europa.eu/en/web/eu-law-and-publications/publication-detail/-/publication/5641328c-33f8-11e9-8d04-01aa75ed71a1>.

³⁸ Cfr. COM (2020), 5 marzo 2020, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>.

³⁹ Secondo le statistiche del report *She Figures 2021*, le ricercatrici di sesso femminile rappresentano solo il 33% del totale dei ricercatori – e questo dato è fermo dal 2015 –, sebbene il tasso di crescita annuo sia del 3,9% per le donne e del 3,3% per gli uomini. In altri termini, ciò implica che il numero delle ricercatrici aumenta più velocemente di quello dei ricercatori ma la differenza tra i tassi di crescita annuali non è così significativa da condurre ad un aumento percentuale delle donne tra tutti i ricercatori degli Stati membri.

nell'innovazione, prendendo atto anche dell'impatto della pandemia⁴⁰.

Nell'ambito della Strategia 2020-2025, l'implementazione della parità di genere nel settore della ricerca viene in rilievo mediante l'elaborazione di Programmi Quadro di ricerca e innovazione. La base giuridica di questo peculiare strumento normativo si rinviene nell'art. 182 TFUE, che prevede l'adozione di un programma quadro pluriennale, istituito mediante un atto legislativo adottato secondo la procedura ordinaria⁴¹.

Il Regolamento UE 2021/695 ha istituito *Horizon Europe*, il Programma Quadro di ricerca e innovazione per il periodo 2021-2027, che ha fatto seguito ad *Horizon 2020*⁴². La parità di genere riveste un'importanza preminente nell'ambito di questi Programmi quadro: già con *Horizon 2020* l'Unione dimostra di considerare prioritario implementare le politiche di genere nell'ambito scientifico, suggerendo l'elaborazione di strumenti atti a garantire un bilanciamento in termini di capitale umano nei gruppi di ricerca⁴³. Tra questi, degno di nota per la sua innovatività è il Piano per l'Uguaglianza di Genere, meglio noto come *Gender Equality Plan* (GEP), un insieme di azioni volte a rendere la scienza e la ricerca meno androcentriche, mediante l'individuazione dei pregiudizi di genere all'interno di università ed enti di ricerca e l'elaborazione di strategie per correggerli⁴⁴.

Tuttavia, sebbene lodevole nell'intento, l'approccio adottato nell'ambito di *Horizon 2020*

⁴⁰ V. Bonini, *Diritto e genere*, cit., pp. 101-102. Gli Autori si pongono in senso critico nei confronti di queste strategie, principalmente per il rischio di genericità che le accompagna. Viene invero notato che la costruzione dell'eguaglianza di genere nello spazio giuridico europeo dimostra un certo divario tra "il (buon) livello di attuazione normativa delle previsioni contenuti in strumenti di *hard law* [...]" e la (minore) capacità armonizzatrice degli strumenti di *soft law*, ed in particolare del progetto di trasversalità del *gender mainstreaming*, che non in tutti gli ordinamenti statali presenta la stessa forza pervasiva".

⁴¹ L'attuazione del programma quadro si articola poi in programmi specifici, adottati dal Consiglio secondo la procedura legislativa speciale di consultazione, nell'ambito della quale il ruolo prioritario spetta agli Stati, mentre il Parlamento europeo può limitarsi a fornire un parere preventivo, non vincolante. Nella prassi, tuttavia, l'elaborazione dei programmi quadro non avviene propriamente in sede legislativa: piuttosto, l'adozione degli atti esecutivi (*implementing act*) è rimessa alla comitologia. Infatti, sia per *Horizon 2020* che per *Horizon Europe* è stato istituito un Comitato di Programma, composto da differenti articolazioni tematiche, in cui gli Stati membri discutono e si esprimono sui programmi di lavoro prima che abbia avvio la procedura legislativa.

⁴² Per maggiori approfondimenti, si può visitare il sito dell'Agenzia per la Promozione della Ricerca Europea (APRE) all'indirizzo <https://horizoneurope.apre.it/>.

⁴³ Cfr. L. Pisacane e G. Declich, *La questione di genere nella transizione tra Horizon 2020 e Horizon Europe: verso un sistema europeo di certificazione per la gender equality?*, *Il mondo nuovo: la ricerca nell'anno della pandemia. Rapporto GETA 2020*, cit., p. 29 ss.

⁴⁴ Come si legge sul sito dello *European Institute for Gender Equality* (EIGE), «A GEP is a set of actions that aim to promote gender equality through institutional and cultural change in research and innovation (R&I) organisations». Le azioni previste nei GEPs possono includere valutazioni di impatto per identificare i *bias* di genere, l'implementazione di soluzioni innovative per combatterli e il monitoraggio dei progressi in vista del raggiungimento dell'equilibrio di genere. In generale, sullo strumento dei Piani per l'Uguaglianza di Genere cfr. la pagina dedicata della Commissione europea (https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/democracy-and-rights/gender-equality-research-and-innovation_it?etran=it#gender-equality-plans-as-an-eligibility-criterion-in-horizon-europe).

per realizzare la parità di genere a livello scientifico non è riuscito in maniera soddisfacente a sradicare gli squilibri di genere, stante il carattere volutamente non prescrittivo delle disposizioni che prevedono i GEPs.

Con *Horizon Europe* (2021-2027) viene perciò compiuto un importante passo in avanti⁴⁵. Il Regolamento europeo 695/2021 che istituisce il nuovo Programma Quadro sottolinea infatti la necessità «che le attività sviluppate nell'ambito del programma mirino a eliminare i pregiudizi e le disparità di genere, a migliorare l'equilibrio tra vita professionale e vita privata e a promuovere la parità tra donne e uomini nel settore della R&I, in tutte le fasi del ciclo di ricerca»⁴⁶. A tal fine, la vera novità è compendiata dall'art. 28 (*Criteri di attribuzione e selezione*). Se i criteri di valutazione dei progetti scientifici presentati dagli Stati rimangono a) l'eccellenza, b) l'impatto della ricerca e c) la qualità e l'efficienza dell'attuazione, si specifica, al paragrafo 3, che, a parità di punteggio, l'equilibrio di genere può diventare un elemento dirimente⁴⁷.

Invero, il nuovo Programma Quadro varato dalla Commissione europea ribadisce la necessità di adottare GEPs che si traducano non in mere dichiarazioni di impegno sul tema della parità di genere ma in misure concrete, la cui mancanza inciderà sulla valutazione delle proposte e, in caso di esito positivo, sulla stipulazione dell'accordo di finanziamento. In particolare, dal 2022, determinati soggetti giuridici (nella specie enti pubblici, enti di ricerca e istituti di istruzione superiore) devono obbligatoriamente presentare un GEP al momento della proposizione della domanda per ottenere i fondi *Horizon Europe*⁴⁸. L'adozione di un piano per la parità di genere diviene quindi a tutti gli effetti un criterio di

⁴⁵ Il nuovo Programma Quadro *Horizon Europe* è in realtà uno strumento innovativo anche sul piano delle fonti: accanto al Programma Quadro e al Programma Specifico, viene infatti introdotto un livello intermedio tra i testi legislativi settennali e i Programmi di lavoro biennali: si tratta del Piano strategico, un documento quadriennale predisposto dal Comitato di Programma – nel caso di HE è stato adottato dalla Commissione a marzo 2021 dopo una procedura travagliata e interrotta a causa della pandemia - e volto a garantire un allineamento tra priorità generali dell'UE e singoli Programmi di lavoro.

⁴⁶ Cfr. *Considerando* 53 del Reg. (UE) 2021/695 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021 che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte Europa.

⁴⁷ Articolo 28, «Criteri di attribuzione e di selezione»: «1. Le proposte sono valutate sulla base dei seguenti criteri di attribuzione: a) eccellenza; b) impatto; c) qualità ed efficienza dell'attuazione. [...] 3. Il programma di lavoro stabilisce ulteriori dettagli circa l'applicazione dei criteri di attribuzione di cui al paragrafo 1, compresi eventuali coefficienti di ponderazione, punteggi minimi e, se del caso, norme relative al trattamento delle proposte con parità di punteggio, tenendo conto degli obiettivi dell'invito a presentare proposte. Le condizioni per il trattamento delle proposte con parità di punteggio possono comprendere, senza limitarsi, i seguenti criteri: PMI, genere e diversità geografica. [...]»

⁴⁸ Più correttamente, l'organizzazione può non avere ancora un GEP nella fase di presentazione della proposta, avendo tempo di elaborarlo fino al momento della sottoscrizione dell'atto di sovvenzione. Queste informazioni sono disponibili sul sito della Commissione europea, https://research-and-innovation.ec.europa.eu/strategy/strategy-2020-2024/democracy-and-rights/gender-equality-research-and-innovation_it?etran=it#gender-equality-plans-as-an-eligibility-criterion-in-horizon-europe.

ammissibilità della proposta e deve soddisfare quattro requisiti obbligatori: a) essere un documento pubblico, sottoscritto e diffuso all'interno dell'istituzione; b) disporre di risorse dedicate per la progettazione, l'attuazione e il monitoraggio; c) includere disposizioni per la raccolta e il monitoraggio dei dati; d) prevedere campagne di sensibilizzazione e attività di formazione sulla parità di genere. Sono inoltre raccomandati altri criteri di adeguamento dei GEPs, che favoriscano: a) l'equilibrio tra vita professionale e privata; b) un bilanciamento di genere nei processi decisionali; c) la parità di genere nelle assunzioni e nella progressione di carriera; d) l'integrazione della dimensione di genere nei contenuti della ricerca e dell'insegnamento; e) delle misure specifiche contro la violenza di genere. Lo strumento dei GEPs è paradigmatico dello stato di attuazione della parità di genere a livello scientifico nei vari Stati dell'Unione. Sebbene la strategia sottesa a *Horizon Europe* sia stata ideata per dare luogo ad un meccanismo di adozione spontanea di tali piani ai fini dell'ottenimento dei finanziamenti europei alla ricerca, sono pochi gli Stati che si sono adeguati alle prescrizioni dell'UE regolamentando a livello interno i GEPs. Nello specifico, un'analisi condotta dallo *Standing Working Group on Gender in Research and Innovation*⁴⁹ mostra che tra venticinque dei ventisette Paesi membri – Bulgaria e Lussemburgo non hanno fornito alcuna risposta all'indagine – soltanto nove (Portogallo, Spagna, Francia, Germania, Austria, Svezia, Finlandia, Norvegia e Irlanda) hanno introdotto mediante leggi o atti di diversa natura una disciplina dei GEPs conforme ai requisiti richiesti da *Horizon Europe*⁵⁰. L'Italia figura tra gli Stati in cui manca una strategia nazionale che regolamenti i piani per la parità di genere, sia a livello normativo che amministrativo. Ciononostante, la mancata adozione di GEPs non implica necessariamente l'assenza di interesse per queste tematiche. Nella maggior parte degli Stati UE, invero, sono stati ottenuti progressi importanti anche in via indiretta, grazie alla partecipazione ai bandi *Horizon Europe*. L'Italia figura tra questi e richiede alle autorità pubbliche nazionali, regionali e locali e alle organizzazioni non-profit di dotarsi di un Piano di Azione Positiva di durata triennale volto a rimuovere gli ostacoli alla piena realizzazione delle pari opportunità sul lavoro. Tuttavia,

⁴⁹ Si tratta di un Gruppo di Lavoro istituito dallo *European Research Area and innovation Committee* (ERAC), comitato consultivo la cui funzione principale è riferire tempestivamente a Consiglio, Commissione e Stati membri sullo stato di attuazione del SER nei Paesi UE e su questioni connesse in materia di ricerca e innovazione. Il lavoro, intitolato *Gender Equality Plans as a catalyst for change* è consultabile al link <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1202-2021-INIT/en/pdf>.

⁵⁰ Nello specifico, il Gruppo di Lavoro ha valutato la presenza (o l'assenza) di GEPs nell'ambito di istituti di istruzione superiore pubblici e privati, enti pubblici e privati che svolgono attività di ricerca e organizzazioni di finanziamento della ricerca, autorità pubbliche nazionali, servizi pubblici, aziende del settore privato con un certo numero di dipendenti.

come segnala il report, «this requirement does not provide any guidelines, budget, building blocks or sanctions. In addition, there are no specific provision for R&I organisations».

Il percorso per l'implementazione dei GEPS è quindi solo agli esordi. Manca un'adozione generalizzata dei piani da parte dei vari Stati europei, e ciò vale soprattutto nel campo della ricerca e dell'innovazione: raramente le università e gli enti di ricerca hanno elaborato dei piani per l'uguaglianza di genere e, anche in questi casi, sovente finiscono per rendere difficilmente accessibili le informazioni ivi contenute, così vanificando gli obiettivi perseguiti con questo strumento. Anche a livello europeo, tuttavia, è necessaria una spinta propulsiva che non necessariamente si concretizzi nell'imposizione coattiva dei GEPS (come pure auspicato da alcuni⁵¹), ma si sostanzia ugualmente nello sviluppo di campagne informative e nella predisposizione di linee guida e modelli tipo che consentano di uniformare il contenuto dei piani tra i vari ordinamenti. Ciò che emerge, in altre parole, è la mancanza di una definizione univoca e completa dei GEPS da parte dell'Unione, cui consegue una eccessiva differenziazione e frammentazione delle normative nazionali, laddove adottate. Mentre alcuni Paesi disciplinano rigorosamente gli elementi costitutivi dei piani in conformità alle prescrizioni europee o predispongono finanche dei meccanismi di monitoraggio circa la loro attuazione, nel complesso va segnalata la necessità per tutti gli Stati membri di sviluppare una comprensione comune di questo innovativo strumento, senza disconoscere l'opportunità di approcci variabili. In definitiva, l'impressione è che, nonostante le virtuose iniziative attuate dall'Unione per implementare la parità di genere anche nel contesto scientifico, le specificità nazionali continuino ad impedire l'affermazione di una politica comune, lasciando spazio a frammentarie iniziative, nel solco di quel radicato fenomeno di *path dependency*.

4. Ricerca e genere nelle recenti riforme: a che punto è la parità di genere scientifica?

Nell'ambito del pacchetto *Next Generation EU*, il Regolamento UE 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e resilienza (RRF) porta avanti la politica europea del *gender mainstreaming*, prevedendo specifiche misure. In particolare, alla luce dell'impatto del

⁵¹ Cfr. il rapporto *Gender Equality Plans as a catalyst for change* del Gruppo di Lavoro istituito dall'ERAC, cit., p. 35 ss.

Covid-19 sul *target* femminile⁵², si rendono necessari interventi *ad hoc* per far fronte alle implicazioni socio-economiche della crisi pandemica. In tal senso, l'Unione europea impone che venga specificamente indicato il contributo per il raggiungimento dell'uguaglianza di genere nell'ambito dei singoli Piani di Ripresa e Resilienza predisposti dagli Stati per beneficiare dei fondi RRF⁵³. Lo sviluppo di politiche che implementano la parità di genere non rappresenta solo una questione sociale e di equità, ma comporta una serie di benefici economici a livello globale⁵⁴.

A livello europeo, l'effettiva attuazione dell'uguaglianza di genere è ancora lungi dal realizzarsi, come conferma la Relazione della Corte dei conti europea sull'integrazione della dimensione di genere nel bilancio dell'UE⁵⁵.

⁵² Cfr. *Considerando n. 28* «Le donne sono state particolarmente colpite dalla crisi COVID-19, dato che rappresentano la maggior parte degli operatori sanitari in tutta l'Unione e combinano il lavoro di assistenza non retribuito con le loro responsabilità lavorative. La situazione è particolarmente difficile per i genitori soli, l'85 % dei quali è costituito da donne. È opportuno che l'uguaglianza di genere e le pari opportunità per tutti e l'integrazione di tali obiettivi siano tenute in considerazione e promosse durante l'intera preparazione e attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza presentati ai sensi del presente regolamento. Gli investimenti in solide infrastrutture di assistenza sono essenziali anche per garantire la parità di genere e l'emancipazione economica delle donne, costruire società resilienti, combattere il precariato in un settore a prevalenza femminile, stimolare la creazione di posti di lavoro nonché prevenire la povertà e l'esclusione sociale, e hanno un effetto positivo sul prodotto interno lordo (PIL) in quanto consentono a un maggior numero di donne di svolgere un lavoro retribuito».

⁵³ Cfr. *Considerando n. 39* «Il piano per la ripresa e la resilienza dovrebbe indicare il contributo previsto per l'uguaglianza di genere e le pari opportunità per tutti, nonché riportare una sintesi del processo di consultazione condotto con i portatori di interessi nazionali». Nello stesso senso, l'art. 18, par. 4, lett. o) del Reg. prevede che «una spiegazione del modo in cui le misure del piano per la ripresa e la resilienza dovrebbero contribuire alla parità di genere e alle pari opportunità per tutti, come pure all'integrazione di tali obiettivi, in linea con i principi 2 e 3 del pilastro europeo dei diritti sociali, nonché con l'obiettivo di sviluppo sostenibile dell'ONU 5 e, ove pertinente, la strategia nazionale per la parità di genere».

⁵⁴ Secondo uno studio elaborato dallo *European Institute for Gender Equality (EIGE)*, si stima che il miglioramento della parità potrebbe portare ad un aumento del PIL pro capite dell'UE compreso tra il 6,1 % e il 9,6% entro il 2050, con un impatto potenziale sul PIL in determinati Stati membri. In questo studio, l'Italia è classificata tra i Paesi c.d. «ad impatto elevato», in cui l'aumento del PIL potrebbe raggiungere circa il 12% entro il 2050. L'EIGE è un'agenzia dell'Unione europea istituita nel 2006 con l'obiettivo di raccogliere, analizzare e diffondere dati e strumenti metodologici per promuovere la parità di genere in tutte le politiche europee e nazionali. Ha iniziato ad operare attivamente dal 2010. Ha elaborato a tal fine uno specifico indice (*Index for gender equality*) che ogni anno utilizza una scala da 1 a 100, in cui 1 sta ad indicare la disuguaglianza totale e 100 l'uguaglianza totale. I punteggi si fondano sul divario tra sesso maschile e sesso femminile e sui livelli di rendimento in sei settori principali: *work; money; knowledge; time; power; health*. Peraltro, l'ambito *knowledge* è l'unico in cui si è registrato un lieve decremento in termini di educazione e formazione rispetto al 2021 (meno lo 0.2%). Lo studio cui si fa riferimento nello scritto è intitolato *Economic Benefits of Gender Equality in the European Union* ed è disponibile all'indirizzo <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/economic-and-financial-affairs/economic-benefits-gender-equality>.

⁵⁵ Nella richiamata Relazione, disponibile online (<https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/gender-10-2021/it/>) la Corte dei conti europea ha ritenuto non sufficienti gli sforzi compiuti dalla Commissione europea dal 2014 al 2021 per promuovere la parità di genere, anche nell'ambito del NGEU. In particolare, l'*audit* pubblicato rileva che non solo non si è adeguatamente tenuto conto della dimensione della parità di genere nel ciclo di bilancio dell'UE ma, più in generale, il quadro istituzionale europeo non ha promosso a sufficienza l'integrazione dell'uguaglianza tra i sessi. Si ritiene infatti necessario adottare analisi di genere lungo tutto il ciclo programmatico delle politiche europee, mediante la predisposizione di valutazioni di

Peraltro, secondo il citato studio dell'EIGE, saranno necessari più di sessant'anni perché si realizzi una effettiva uguaglianza di genere nel contesto europeo e pertanto «the European Union has a long way to reach gender equality»⁵⁶. Per quanto riguarda l'Italia, i dati raccolti dall'EIGE – che la collocano al quattordicesimo posto tra i Paesi europei – sembrerebbero far ben sperare, se si ha riguardo all'incremento di 11.7 punti rispetto al 2010. Ciononostante, nel settore del lavoro si registra un drammatico peggioramento, poiché l'Italia si colloca costantemente all'ultimo posto della classifica, a causa dei gravi divari in termini di partecipazione (tasso di occupazione equivalente a tempo pieno e durata della vita lavorativa) e condizioni (segregazione settoriale, percezione di flessibilità oraria e prospettive lavorative)⁵⁷.

Nel campo accademico, le disuguaglianze di genere rappresentano una realtà radicata negli atenei italiani. Prendendo in considerazione un modello particolarmente rappresentativo, secondo un'analisi stilata nel 2010 dal Cnr⁵⁸, il 59% della popolazione studentesca dell'Università Sapienza di Roma è di genere femminile, ma l'avanzamento della carriera accademica porta a scontrarsi con il soffitto di cristallo, secondo il già menzionato fenomeno della *leaky pipeline*. Nel corso dell'Anno Accademico 2010-2011, nel passaggio da ricercatore a professore associato e ad ordinario la popolazione femminile della Sapienza registra una presenza pari al 46% tra i ricercatori, 38% tra gli associati e appena 24% tra gli ordinari e questi dati crescono lentamente considerando che, nell'Anno Accademico 1998-1999, le percentuali erano rispettivamente pari a 43%, 30% e 11%⁵⁹. Questi dati denotano anche un problema di *confidence gap* che caratterizza il sesso femminile, naturalmente incline a sottovalutarsi, anche nelle aspettative di successo

impatto *ex ante* ed *ex post* di azioni e programmi per donne e uomini, che richiedono dati affidabili «disaggregati per genere». Al medesimo link è possibile reperire anche la risposta della Commissione alle osservazioni della Corte dei conti europea.

⁵⁶ Secondo i dati elaborati dall'EIGE, nel 2021 l'UE raggiunge un punteggio di 68.6 su 100 in termini di parità e registra livelli di crescita decisamente bassi (appena 0.5 punti dal 2017 e 4.1 punti dal 2010, dunque un punto ogni due anni). I dati, distinti per singoli Stati, sono reperibili al link su <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2022/country>.

⁵⁷ Nell'indice elaborato dall'EIGE, nel settore *work* l'Italia ha ottenuto un punteggio di 63.5 su 100. Tale punteggio è inferiore alla media dell'UE di 4.4 punti. Per info più dettagliate <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2020-italy>.

⁵⁸ E. Baumgartner, T. Catarci, A. D'Orazio, R. Lamedica, G. Salinetti e A. Simonazzi, *Dalla realizzazione dello spazio europeo della ricerca allo sviluppo economico. Verso il superamento degli squilibri di genere: il caso dell'Università La Sapienza*, studio del CNR, *Scienza, genere e società. Prospettive di genere in una società che si evolve*, cit., p. 37 ss.

⁵⁹ I dati sono frutto di analisi condotte dal CNR, i cui risultati sono riferiti nello scritto *cit.* in nota prec. Gli Autori segnalano tuttavia che si tratta di dati non aggiornati, anche alla luce dei crescenti prepensionamenti, ma comunque idonei a dimostrare il *gender gap* accademico, non mitigato neppure dalla netta preponderanza di donne che accedono alle facoltà umanistiche.

lavorativo. Lo conferma, ad esempio, il fatto che in ambito universitario le ricercatrici si ritirino più frequentemente dal processo di abilitazione scientifica nazionale rispetto agli uomini⁶⁰.

All'indomani della pandemia, alcuni progressi sono stati innegabilmente compiuti, anche nell'ottica di dare attuazione agli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Una priorità dichiaratamente trasversale al PNRR (insieme a Giovani e Mezzogiorno) è il superamento del *gender gap* nelle sue molteplici declinazioni sociali e istituzionali⁶¹. In relazione alle misure volte a promuovere una maggiore partecipazione femminile al mercato del lavoro, sono previsti interventi di vario genere finalizzati a ridurre le asimmetrie di genere sin dall'età scolastica e favorire l'occupazione femminile (sostegno all'occupazione e all'imprenditoria femminile, facilitazione dell'accesso al credito per PMI a totale o prevalente partecipazione femminile, misure di potenziamento dei servizi educativi per l'infanzia e di conciliazione vita-lavoro). Sono altresì stabilite misure che agevolino l'ingresso e la permanenza delle donne nel mondo del lavoro – anche accademico –, come quelle funzionalizzate ad un *empowerment* delle donne nelle posizioni dirigenziali di alto livello e, più in generale, nel reclutamento dei dipendenti pubblici, ovvero quelle finalizzate a potenziare le politiche attive del lavoro, riducendo il numero di NEET, fra i quali si registra un significativo divario di genere.

L'attenzione del nostro ordinamento al tema del riequilibrio di genere nel contesto post-pandemico è dimostrata da numerosi interventi legislativi ed amministrativi. Il Governo italiano, sul modello dell'UE, ha annunciato nel PNRR e poi adottato ad agosto 2021 una *Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026*⁶²: ivi vengono definiti una serie di indicatori volti a misurare alcuni aspetti del fenomeno delle disparità di genere, confrontando i valori attuali con ipotetici valori target da raggiungere al fine di rendere l'Italia un Paese competitivo. Anche nell'ambito di questa Strategia, la promozione del

⁶⁰ A. Baccini e A. Roselli, *Abilitazione scientifica nazionale, miglioramenti da migliorare*, su <https://www.ingenere.it/articoli/abilitazione-scientifica-nazionale-miglioramenti-da-migliorare>. Le valutazioni degli Autori, riferite al sistema di reclutamento introdotto nel 2013, non sembrano superabili neanche con la riforma delle carriere varata con d.l. 30 aprile 2022, n. 36 (su cui *infra*).

⁶¹ Si stima che, nell'ambito del PNRR, 114 miliardi dei complessivi 191,5 dovrebbero contribuire all'affermazione della parità di genere. Cfr. Corte dei conti, *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, visionabile su <https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/UfficiCentraliRegionali/UffSezRiuniteSedeControllo/RelstatoPNRR>.

⁶² Si tratta di un documento redatto dal Ministero delle pari opportunità e presentato in Consiglio dei ministri all'esito di un processo di consultazione che ha coinvolto le amministrazioni centrali ma anche territoriali, oltre a soggetti attivi nella promozione della parità di genere.

gender mainstreaming è un obiettivo di carattere trasversale, che dovrebbe essere attuato in plurimi contesti (valutazione di impatto di genere delle iniziative legislative⁶³, promozione degli strumenti del *Gender Responsive Public Procurement*, potenziamento del linguaggio inclusivo e della medicina di genere...) ⁶⁴.

La tematica ha decisamente riscosso una minore risonanza nel settore scientifico ed accademico. In tal senso, meritano di essere menzionate le *Linee guida per le iniziative di sistema della Missione IV del PNRR* emanate dal MUR⁶⁵, le quali prevedono l'obbligatorietà del GEP a tutti i progetti finanziati nell'ambito del PNRR ed estendono anche al reclutamento universitario le soglie stabilite per i contratti pubblici dall'art. 47, comma 4, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108, in tema di *Pari opportunità, generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC*⁶⁶. A parte ciò, tuttavia, la cd. riforma delle carriere universitarie varata con il d.l. 30 aprile 2022, n. 36 (c.d. *Decreto PNRR bis*) si è rivelata deludente da questo punto di vista. Il legislatore, infatti, non ha mostrato alcuna attenzione alla questione del *gender gap* in ambito accademico⁶⁷, se si eccettua l'art. 5, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, genericamente dedicato al *Rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere*⁶⁸.

Va però ricordato che alcuni Atenei italiani stanno iniziando effettivamente a dedicare

⁶³ Al riguardo, va segnalato che, nel corso della discussione sulla legge di bilancio 2021, è stato accolto uno specifico ordine del giorno (9/2790-bis-AR/301 D'Uva, Spadoni, Palmisano, Ascari) in cui si impegna il Governo a valutare l'opportunità di prevedere che nell'ambito dell'AIR e della VIR, il cui contenuto è attualmente definito dal d.P.C.M. n. 169/2017, «sia introdotta una specifica voce relativa all'analisi di impatto di genere sugli atti di iniziativa normativa del Governo».

⁶⁴ Su questi aspetti v. il già citato Documento Studio del MEF, *Le disuguaglianze di genere in Italia e il potenziale contributo del Piano di Ripresa e Resilienza per ridurle*.

⁶⁵ Cfr. MUR, *Linee Guida per le iniziative di sistema. Missione 4: Istruzione e ricerca; Componente 2: dalla ricerca all'impresa*, reperibili sul sito del Ministero all'indirizzo https://www.gea.mur.gov.it/docs/Itc/Decreto%20Ministeriale%20n.1141%20del%2007-10-2021%20-%20Linee%20Guida_MUR_PNRR_M4C2.pdf.

⁶⁶ In particolare, le Linee Guida richiedono che almeno il 40% del personale assunto a tempo determinato debba essere di genere femminile e che almeno il 40% delle borse di dottorato venga assegnato a ricercatrici. Critica nei confronti di simili prescrizioni è O. Bonardi, *Accesso all'accademia mediante concorso e progressione di carriera: una lettura di genere*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2022. L'Autrice segnala la difficoltà di conciliare la predetta soglia del 40% dei posti sia con le vigenti procedure di reclutamento delle università sia con le regole previste dall'art. 48 del Codice delle pari opportunità per l'accesso ai pubblici impieghi.

⁶⁷ *Ibidem*, in senso critico, evidenzia il rischio che tali innovazioni - non accompagnate da un'adeguata visione di genere - possano condurre ad uno slittamento verso il basso della soglia di selezione, ostacolando l'accesso delle donne alla carriera da ricercatrici.

⁶⁸ La norma, il cui ambito applicativo eccede il contesto accademico, si limita a ribadire la necessità di applicare il principio della parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle PP.AA. e rinvia a Linee guida da adottare in concerto tra il Dipartimento della funzione pubblica e quello delle pari opportunità che sono state effettivamente pubblicate ad ottobre 2022, consultabili all'indirizzo

https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Linee_guida_sulla_Parita_di_Gener_e.pdf.

maggior attenzione alle tematiche di genere, in linea con le indicazioni fornite a livello ministeriale⁶⁹. Le università italiane, in attuazione dell'art. 8, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, hanno cominciato ad elaborare bilanci di genere, nel rispetto delle Linee Guida del gruppo CRUI. Inoltre, l'Università di Roma La Sapienza è stata tra i primi poli universitari a dotarsi di un piano per la parità di genere pubblicato alla fine del 2021, liberamente accessibile online e rispettoso dei requisiti prescritti dall'Unione europea per i GEPs.

Ad una visione d'insieme, tuttavia, il raggiungimento della parità di genere a tutti i livelli della carriera accademica rappresenta una prospettiva ancora utopistica.

5. Conclusioni.

Il quadro brevemente illustrato consente di individuare numerose criticità nell'attuale assetto della ricerca scientifica. Tra queste, è bene sottolinearne due.

La prima è data dalla difficoltà di ricostruire uno statuto giuridico unitario per la ricerca scientifica, comune agli Stati membri dell'Unione europea; difficoltà peraltro accentuata dal forte radicamento delle dimensioni nazionali (*path dependency*).

Ciò non significa tuttavia che la ricerca scientifica non abbia una rilevanza giuridica autonoma. Al contrario, essa ha acquistato un'autonoma dimensione tanto a livello nazionale quanto sovranazionale: a livello delle costituzioni nazionali, ciò è avvenuto ancorando la libertà di ricerca a previsioni che – esplicitamente o implicitamente⁷⁰ – la elevano a valore fondamentale degli ordinamenti giuridici, ovvero rimettendone il riconoscimento all'elaborazione giudiziale delle Corti costituzionali nazionali⁷¹; a livello europeo, parallelamente, l'intenzione di dare vita ad uno spazio europeo della ricerca è divenuta un obiettivo primario nell'ambito della Strategia di Lisbona, che però ha operato prevalentemente attraverso strumenti giuridici non vincolanti.

⁶⁹ Per questo aspetto, anche in relazione a casi di studio, cfr. M. Sangiuliano e A. Cortesi, *Institutional Change for Gender Equality in Research*, Venezia, 2019.

⁷⁰ Per un esame analitico delle previsioni costituzionali dei vari Stati membri che riconoscono la libertà di ricerca scientifica cfr. G. Toggenburg, *The 13th of all EU-rights: the freedom of arts and sciences and how the Charter contributes*, 2020, reperibile su https://www.eurac.edu/en/blogs/eureka/the-13th-of-all-eu-rights-the-freedom-of-arts-and-sciences-and-how-the-charter-contributes#_ftnref2.

⁷¹ Come è avvenuto nell'ordinamento francese, in cui il riconoscimento della libertà della scienza e delle arti è avvenuto ad opera del *Conseil Constitutionnel* ancorandolo all'art. 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789. Per una ricostruzione più analitica si veda G. Demuro, *Science and the European Dimension of Freedom of the Arts and Science*, in M. Seckelmann, L. Violini, C. Fraenkel-Haeberle e G. Ragone, *Academic Freedom Under Pressure? A comparative perspective*, Cham, 2021, pp. 15-26.

In altri termini, il materiale per una armonizzazione c'è, ciò che manca è una visione comune. Il *deficit* di regolazione e le politiche nazionali frammentarie hanno indubbiamente rallentato l'elaborazione di un quadro di riferimento della ricerca scientifica condiviso a livello europeo, attesa l'obiettivo difficoltà di comporre ad unità, in maniera costruttiva, dimensioni nazionali così diverse.

La seconda criticità, legata alla prima, riguarda i divari di genere. L'opacità dello statuto giuridico della ricerca scientifica a livello europeo rappresenta il maggior freno a declinare i valori e i principi costituzionali in un'ottica di genere: la riduzione delle disuguaglianze a livello nazionale – particolarmente marcate, come visto, nel contesto italiano – non può che passare per una armonizzazione delle regole che governano la ricerca sotto la regia dell'Unione europea.

Da questo punto di vista, le pronunce della Corte di Giustizia hanno già depotenziato progressivamente i patrimoni costituzionali contrastanti con la visione europea della donna, censurando discipline e prassi cristallizzate che accentuavano le disparità. Ciononostante, le problematiche di genere risultano oggi enfatizzate dalla necessità di ripensare le identità costituzionali nazionali.

Non v'è dubbio che l'attuale assetto riformista e le politiche di *gender mainstreaming* avviate in seno all'Unione europea – da ultimo grazie al dispositivo di ripresa e resilienza – devono ingenerare una riflessione più profonda sullo stato di attuazione della parità di genere nel mondo scientifico affinché, anche attraverso l'implementazione di importanti strumenti quali i *Gender Equality Plans*, si raggiunga la consapevolezza che la stagione del rilancio non può in alcun modo essere *gender blind*.

Abstract: Nel presente scritto verrà analizzato il tema della ricerca scientifica nella prospettiva di genere: in particolare, dopo alcune considerazioni introduttive sulla dimensione costituzionale ed europea della ricerca, questa sarà declinata in un'ottica di genere, analizzando taluni dati relativi alla presenza delle donne nel mondo accademico. La sottorappresentazione del genere femminile nel contesto scientifico costituisce un problema vecchio, inevitabilmente aggravato dalla crisi pandemica. Le politiche di *gender mainstreaming* varate dall'Unione europea negli ultimi anni mostrano di considerare l'uguaglianza un obiettivo prioritario, anche nella scienza, come dimostra l'implementazione di strumenti quali i *Gender Equality Plans*. A livello nazionale, il Piano di Ripresa e Resilienza investe espressamente sia sulla ricerca scientifica che sul

superamento del *gender gap*, ma entrambe le priorità vengono perseguite in parallelo, senza essere messe a sistema.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the topic of scientific research from a gender perspective: after some introductory remarks on the constitutional and European dimension of research, the topic will be declined from a gender perspective, with a focus on the presence of women in academia. The underrepresentation of the female gender in the scientific context is an old problem, even exacerbated by the pandemic. Gender mainstreaming policies launched by the European Union in recent years consider equality a priority goal, also in the scientific context, as the implementation of instruments such as Gender Equality Plans shows. At national level, the Recovery and Resilience Plan explicitly invests in both scientific research and gender gap, but both priorities are pursued in parallel, without a systemic overview.

Parole chiave: Ricerca scientifica – parità di genere – politiche europee – Piano Nazionale di Ripresa e resilienza – accademia.

Key words: Scientific research – gender equality – European policies – Recovery and Resilience Plan – accademia.

THE EVOLUTION OF THE STATE IMMUNITY LAW IN THE LIGHT OF THE CASE *GERMANY V. ITALY* (2): WHERE DO WE STAND?*

di Anna Fazzini**

Sommario. 1. Introduction. – 2. The *Germany v. Italy* dispute: a long story (part 1). – 2.1. The *Germany v. Italy* dispute: a long story (part 2). – 3. The new appeal before the International Court of Justice and the Italian reaction: future scenarios. – 4. Which role for Judgment 238/2014 in the evolution of the State immunity rule? The rulings of the courts in Seoul, Brasilia and beyond. – 4.1. On the principles of domestic law as a circumstance precluding wrongfulness, and the right to justice. – 5. Conclusions.

1. Introduction.

As is well known, the long-running German-Italian dispute over State immunity has recently undergone significant developments, with the filing on 29 April 2022 of a new action by the Federal Republic of Germany against the Italian State before the International Court of Justice (ICJ)¹. Germany claims that, despite the famous *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy: Greece intervening*) ruling of 2 February 2012², Italy has

* Submitted to a peer blind review.

** Post-doc researcher in International Law – University of Naples L'Orientale.

¹ Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures (29 April 2022), *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property* (*Germany v. Italy*); see, also, International Court of Justice (ICJ), Order of 10 May 2022, which placed on record the withdrawal of the request for provisional measures by the German State (see *infra*). Among the first comments on the case, see A. Franzina, *Jurisdictional Immunities: Germany v. Italy, Again*, in *The European Association of Private International Law*, 4 May 2022, <https://eapil.org/>; L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, in *Ejil:Talk!*, 10 May 2022, <https://www.ejiltalk.org/>; G. Berrino, *Un'istantanea del nuovo ricorso della Repubblica federale tedesca alla Corte internazionale di giustizia per violazione delle immunità giurisdizionali da parte dello Stato italiano*, in *SIDIBlog*, 16 May 2022, <http://www.sidiblog.org/>; R. Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *Questions of International Law*, 31 July 2022; P. Rossi, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment No. 238/2014*, in *Questions of International Law*, 31 July 2022, <http://www.qil-qdi.org/>.

² ICJ, Judgment of 2 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy: Greece intervening*); on the case see, *ex multis*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, contributions from B. Conforti, *The Judgment of The International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, p. 133; R. Pavoni, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State*, p. 143; C. Espósito, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at The International Court Of Justice: A Conflict Does Exist*, p. 161; M. Sossai, *Are*

violated and continues to violate the jurisdictional immunities of the German State: 1) by allowing compensation claims to be brought against Germany for the violations of humanitarian law committed by the troops of the Third Reich during the Second World War in Italy; 2) by taking, or threatening to take, coercive measures against German State-owned properties intended for public purposes located on the Italian territory (including the German Archaeological Institute, the German Historical Institute, the Goethe Institut and the Germanic School)³. Furthermore, precisely because of this last point, the application issued by Germany was accompanied by a request for the indication of provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court, in order to ensure that the seized state assets would not be authorised for public auction and that no further measures of constraint would be undertaken⁴.

The case, however, was bound to have unexpected developments.

Germany indeed withdrew this last request, following the immediate reaction on the part of the Italian Government, which, the day after the filing of the appeal, adopted the Decree-Law No. 36 of 30 April 2022 (later converted into law under Law No. 79 of 29 June 2022)⁵. Article 43 of the decree establishes a Fund at the Ministry of Economy and Finance «for the compensation of damages suffered by the victims of war crimes and crimes against humanity for the violation of inviolable personal rights, committed on Italian territory or in any case to the detriment of Italian citizens by the forces of the Third Reich in the period between 1 September 1939 and 8 May 1945». This Fund is intended to satisfy those who

Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?, p. 175; R. Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto fra norma di ius cogens e la regola dell'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 6/2012, p. 310.

³ Germany requests that the ICJ ascertains these violations, as well as the obligation for Italy to ensure that the decisions taken in violation of immunities cease to have effect and that national courts stop examining claims for compensation; finally, it requests guarantees of non-repetition and reparation of the damages caused, see the Application (note No. 1).

⁴ On this point see K. Oellers-Frahm, *Questions relating to the request for the indication of provisional measures in the case Germany v Italy*, in *Questions of International Law*, 31 July 2022.

⁵ Decree-Law No. 36 of 30 April 2022, *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana No. 100 of 30 April 2022, 1, converted into law by Law No. 79 of 29 June 2022, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana No. 150 of 29 June 2022, 1; for more details see G., Boggero, *La reazione del Governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell'art. 43 d.l. 30 aprile 2022, n. 36*, in *SIDIBlog*, 25 May 2022, <http://www.sidiblog.org/>; G. Berrino, *The impact of Article 43 of Decree-Law No. 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State-owned assets*, in *Questions of International Law*, 31 July 2022, <http://www.qil-qdi.org/>.

have obtained a final judgment awarding damages against Germany⁶ (excluding foreign victims who have obtained a foreign sentence for crimes committed abroad); moreover, pursuant to Article 43(3), it is intended to prevent the commencement or continuation of all enforcement proceedings based on such judgments (and, as clarified in its conversion into law, this also concerns foreign judgments⁷). The aim is to make payment through the Fund the only possible form of redress thus protecting Germany from all enforcement actions against its assets. Believing, therefore, that by setting up the Fund, Italy had intended to meet the *central concern* expressed by the request for provisional measures⁸, Germany withdrew this specific claim. The appeal, however, still stands and the case is far from being over, since the provision establishing the Fund was subject to a question of constitutional legitimacy at the end of 2022⁹, which makes the future of the dispute even more uncertain.

The latest developments, therefore, reopen the “never-ending story”¹⁰ of the *Germany v. Italy* dispute and raise multiple questions as to the fate of the appeal as well as the impact of these events on the evolution of the rule of State immunity. We clearly refer to the central issue highlighted by the *Germany-Italy* affair, which concerns the possibility of limiting the State immunity from foreign civil jurisdiction in the case of a State conduct leading to the violations of *jus cogens*¹¹.

⁶ If the judgment results from proceedings which began before the entry into force of the decree or within a period of 180 days from such a date (the period was extended by the conversion of the decree into law).

⁷ The critical issues related to this differential treatment will be highlighted in section No. 3 of the present article.

⁸ As we learn from the statements of the German authorities in the ICJ Order of 10 May 2022 (see note No. 1).

⁹ See Order No. 154/22 of 1 December 2022 (*G.M.T. v. Federal Republic of Germany and others* 3), by which a judge of the Court of Rome raised a question of constitutional legitimacy on Article 43 c. 3 of the decree-law No. 36 of 30 April 2022, and on law No. 79 of 29 June 2022 – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* – that entered into force on 30 June (for more details see section No. 3).

¹⁰ The expression is taken from K. Oellers-Frahm, *A Never-Ending Story: The International Court of Justice – The Italian Constitutional Court – Italian Tribunals and the Question of Immunity*, in *ZaöRV*, n. 76/2016, p. 193.

¹¹ In this regard, it is recalled that the State immunity rule has been progressively eroded over time. In particular, from the conception of absolute immunity, which was classically held to be enjoyed by States by virtue of the principle *par in parem non habet iudicium*, the development of the theory of relative immunity came along, spurred by the Italian and Belgian jurisprudence following the First World War. According to this theory, which today corresponds to customary international law, immunity from civil jurisdiction applies only to acts *jure imperii*, i.e., acts through which the State exercises its public functions, and it does not apply to acts *jure gestionis*, i.e., acts of a private nature. This gradual evolution has also affected other areas such as employment disputes (see in this regard P. Rossi, *Controversie di lavoro e immunità degli Stati esteri: tra codificazione e sviluppo del diritto consuetudinario*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2019, p. 5; P.

In this article, in addition to offering some thoughts on the future scenarios of the dispute, we will consider the current state of development of the rule of immunity, and we will take into account the contributions made in this regard thanks to the jurisprudential direction dictated by the Italian domestic courts¹². Specifically, we believe that the issue should be assessed from several points of view: in particular, one should ask what contribution Italian jurisprudence has provided to 1) the evolution of the customary rule of immunity (with respect to its limitation on the basis of serious violations of human rights and humanitarian law); 2) the practice of invoking constitutional principles as a circumstance precluding wrongfulness; 3) the formation of a specific international norm protecting the right to justice.

To achieve this end, it will be necessary to start from the beginning.

2. The *Germany v. Italy* dispute: a long story (part. 1).

A snapshot of the long-standing dispute between Germany and Italy can be well represented by these three key rulings: the *Corte di Cassazione* Judgment *Ferrini v. Federal Republic of Germany* of 2004¹³, in which the Supreme Court affirmed the Italian jurisdiction over Germany in relation to the compensation claims of a victim of international crimes committed by the troops of the Third Reich during World War II in Italy; the aforementioned judgment of the ICJ of 2012, in which the Hague judges firmly established that in customary law there is no exception to the immunity of States even in the presence of conduct contrary to *jus cogens*; the well-known judgment 238/2014 of the

Busco and F. Fontanelli, *Shunning Conventional Wisdom – Italian Courts and State Immunity in Employment Disputes*, in *Ejil: Talk!*, 28 December 2021, <https://www.ejiltalk.org/>.

¹² For a recent collection of Italian court rulings concerning the immunity of a foreign State from civil jurisdiction in proceedings concerning war crimes and crimes against humanity, see L. Baiada, E. Carpanelli, A. Lau, J. Lau and T. Scovazzi, *La giustizia civile italiana nei confronti di stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Naples, Editoriale Scientifica, 2023 (forthcoming).

¹³ *Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili)*, Judgment No. 5044 of 6 Nov. 2003, registered 11 Mar. 2004; on the case, see, *inter alia*, A. Gianelli, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 87/2004, p. 643; M. Iovane, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, p. 165; A. Gattini, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224; P. De Sena and F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *The European Journal of International Law*, n. 1/2005, p. 89.

Italian Constitutional Court¹⁴, which, resorting to the theory of *counter-limits*, held that the rule on immunity should be considered inoperative within the national legal system in the case of conducts corresponding to international crimes, since it is incompatible with the fundamental constitutional principle of the judicial protection of human rights.

It should be recalled that, in the leading case *Ferrini*, the Supreme Court had courageously noted an exception to the application of the customary rule on State immunity, due to its contrast with *jus cogens*. The Court, at first, had qualified the conduct of the German occupation forces during the Second World War as a conduct of extreme gravity, such as to constitute international crimes (Mr. Ferrini had been subjected to forced deportation). Then, by reconceiving the norms which prohibit international crimes as *jus cogens* norms, i.e., the inalienable values of our society, the Court affirmed that such crimes

si concretano nella violazione [...] dei diritti umani fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme *inderogabili* che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, *prevalendo* su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario¹⁵

¹⁴ Constitutional Court, Judgment No. 238 of 22 October 2014; on the judgment see, *ex multis*, L. Gradoni, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *SIDIBlog*, 27 October 2014; P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in *Diritti comparati*, 28 October 2014; R. Pisillo-Mazzeschi, *Access to justice in constitutional and international law: the recent judgment of the Italian constitutional court*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 9; M. Bothe, *The Decision of the Italian Constitutional Court Concerning the Jurisdictional Immunities of Germany*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 25; G. Cataldi, *A Historic Decision of the Italian Constitutional Court on the Balance between the Italian Legal Order's Fundamental Values and Customary International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 37; P. Palchetti, *Can State Action on Behalf of Victims be an Alternative to Individual Access to Justice in case of Grave Breaches of Human Rights?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 53; E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1/2015, p. 126; L. Gradoni, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2014, p. 905; P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *Questions of International Law*, 2014, p. 17; among those who had anticipated the outcome of the Supreme Court ruling there were: G. Cataldi, *The Implementation of the ICJ's Decision in the Jurisdictional Immunities of the State Case in the Italian Domestic Order: What Balance Should Be Made between Fundamental Human Rights and International Obligations?*, *ESIL Reflections*, 24 January 2013; R. Pavoni, *The Law of International Immunities after Germany v. Italy, Mothers of Srebrenica and Jones: The Best Is Yet to Come*, *ESIL Newsletter*, March 2014; F.M. Palombino, *Italy's Compliance with ICJ Decisions vs. Constitutional Guarantees: Does the 'Counter-Limits' Doctrine Matter?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 187.

¹⁵ *Corte di Cassazione (Sezioni Unite Civili)*, Judgment No. 5044, cit., par. 9.

Ferrini's *dictum* had thus kicked off a series of civil lawsuits against Germany, relating to the damage caused by *acta iure imperii* that took the form of international crimes¹⁶; moreover, the Italian courts had granted *exequatur* against certain decisions of the Greek courts that had condemned Germany¹⁷.

As a result of the direction taken by the Italian courts, and especially following the initiation of enforcement actions on German real estate located in Italy (concerning, for example, the famous Villa Vigoni)¹⁸, in 2008 the Federal Republic of Germany brought an action before the ICJ, claiming that Italy had breached the international obligation to respect its jurisdictional immunities enjoyed under customary law.

As is well known, the ICJ fully agreed with Germany, finding, in the light of *practice* and *opinio juris*, that the rule on the immunity of States from civil proceedings and enforcement actions is applicable even in the presence of serious violations of human rights and international humanitarian law. While it is undeniable that the findings of the 2012 judgment were widely supported in the international community, especially in Common Law countries, there is no shortage of authoritative criticism, which described it as a *missed opportunity* and a deeply *conservative* judgment¹⁹. From this point of view, in fact, the judgment reflects a traditionalist view of the international order, in which the pre-eminence of State sovereignty is confirmed, whereas the transformative thrust of the protection of human rights and the role they have acquired as fundamental values within our legal system is not recognised.

¹⁶ It is recalled, *inter alia*, the case involving Milde, a member of the S.S., who was sentenced to life imprisonment for the Civitella (Val di Chiana) massacre by the Criminal Court of La Spezia, and also to compensation for damages against the rightful claimants together with Germany. Following the German State's appeal against this part of the decision, there was a judicial process ending with the 21 October 2008 ruling of the Court of Cassation (No. 1072), which rejected the argument of Germany's lack of jurisdiction and confirmed Ferrini's findings; see on the case A. Ciampi, *The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction Over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War: The Civitella Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 3/2009, p. 597; M. Frulli, *La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2009.

¹⁷ See for example the *Distomo* case, Court of Appeal of Florence, decree of 5 May 2005, confirmed by Court of Cassation, Judgment of 29 May 2008, No. 14199; on this case: M. Bordoni, *L'ordine pubblico internazionale nella sentenza della Cassazione sulla esecuzione della decisione greca relativa al caso Distomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2/2009, p. 496.

¹⁸ The enforcement actions on German property located on Italian territory initially concerned the German-Italian Centre for European Dialogue, based at Villa Vigoni, following the *exequatur* by the Court of Appeal of the sentence issued by the Greek Court of Cassation concerning the compensation due to the victims of the 1944 Distomo massacre, see *supra*.

¹⁹ B. Conforti, *The Judgment of The International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, cit.

Specifically, one cannot deny the critical aspects of the arguments put forward by the ICJ, which have been widely noted in doctrine. We shall recall, in particular, the distinction made by the Court between the rules on immunity, of a *procedural* nature (which therefore come into play in a preliminary and autonomous way), and the rules of *jus cogens*, of a *substantive* nature, on the basis of which it was established that there could be no conflict between them. According to the Court, in fact «the two sets of rules address[ing] different matters. The rules of State immunity are procedural in character and [...] do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful»; therefore «recognising the immunity of a foreign State in accordance with customary international law does not amount to recognising as lawful a situation created by the breach of a *jus cogens* rule»²⁰. As has been argued, this is an entirely formalistic assessment, which threaten to empty *jus cogens* of all practical meaning²¹.

The Court also rejected the Italian argument of a possible application of the so-called *tort exception*²², provided for by Article 11 of the 1972 *European Convention on State Immunity*²³ and Article 12 of the 2004 *UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*²⁴, as well as by the domestic legislation of various States²⁵, arguing that, regardless of the existence of a customary rule on the matter²⁶, it applies only to ordinary torts and not to torts committed *pendente bello*²⁷. Finally, the Court also rejected the so-called *last resort argument* put forward by the Italian defence, according to which the victims of Nazi crimes, having been unable to obtain any compensation in Germany, risked being deprived of the fundamental right to justice. While expressing regret for the lack of alternative remedies for the victims, the ICJ only stated that the argument does not affect the application of the immunity rule and that a negotiation between Germany and

²⁰ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit, par. 93.

²¹ See, among others, C Espósito, *Jus Cogens and the Jurisdictional Immunities of States in the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*, cit.

²² According to which the immunities of the foreign State are excluded in case of actions for compensation for damage to persons and property provided that the action took place in the territory of the forum State.

²³ *European Convention on State Immunity*, Basel, 16.V.1972.

²⁴ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York, 2 December 2004.

²⁵ See the national legislations of the countries listed in para. 70 of the Judgment.

²⁶ The Court observes that it is not called upon to resolve the question of the existence, in customary international law, of a *tort exception* to State immunity applicable to *acta jure imperii* in general. It is also noted that the two aforementioned conventions are not applicable, as Italy had not ratified them at the time of the events; see ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit, paras. 62-79.

²⁷ On the criticality of asserting such a *counter-exception* to the *tort exception*, see ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Gaja.

Italy to solve the issue is always possible²⁸. On this aspect, which was strongly criticised because it risks leading to a denial of justice²⁹, the Court's omission of some important precedents endorsing, instead, the *alternative remedy* test as a condition for granting immunity was also noted³⁰. There were also those who found the Court's investigation into the current state of customary law on State immunity to be very deficient in other respects, especially its treatment of the US practice, which was considered incomplete and misleading³¹.

In any case, following the ICJ ruling, the Italian courts discontinued the ongoing proceedings against Germany, that had been initiated by the victims (or their descendants) of Nazi crimes. Moreover, as required by the ICJ, which also asked for the intervention of the national legislature to ensure that the decisions of the domestic courts ceased to have effect, Italy adopted the law of accession to the aforementioned 2004 UN Convention, Law No. 5/2013³², whose Article 3 provided that Italian courts must decline jurisdiction in any proceedings against foreign States whenever the ICJ had excluded Italy's jurisdiction in such cases.

2.1 The *Germany v. Italy* dispute: a long story (part. 2).

Notoriously, the historic *turning point* that reignited the controversy came along in 2014 with the Italian Constitutional Court's ruling No. 238. Interpreted by commentators as an

²⁸ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., paras. 98-104.

²⁹ See Dissenting Opinions of Judges Cançado Trindade and Yusuf.

³⁰ See B. Conforti, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, cit. The author cited judgments of domestic courts that, in admitting immunity of jurisdiction of the foreign State in compensation for gross violations of human rights, argue that such a pronouncement is practicable *because* victims can turn to the courts of the State invoking immunity, as well as judgments admitting the immunity of international organisations because there is a court within them to which they can turn.

³¹ R. Pavoni, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice*, cit. The author criticises the lack of an accurate reconstruction of US practice in many respects, especially regarding the issue of the *tort exception*, since, in his opinion, it would have supported the Italian side's defence argument. Moreover, about the relationship between immunity and human rights violations, it is worth recalling that the United States introduced an exception for acts of terrorism in its law on immunity of foreign States from jurisdiction (the FSIA, *Foreign Sovereign Immunities Act*) as early as 1996. Canada went in the same direction in 2012 with the amendment of its *State Immunity Act* (SIA).

³² Law No. 5 of 13 January 2013, *Accession of the Italian Republic to the United Nations Convention on the Immunity Courts of States and their Property*.

expression of “robust dualism”³³, the ruling gave rise to an intense debate among those who favoured it and disapproved it³⁴. Referring to the following paragraphs for further considerations in this regard, we would like to summarise here the content of the judgment. It is recalled that the Constitutional Court, responding to questions of constitutionality raised by a judge of the Court of Florence³⁵, had declared that the international rule on the immunity of States is incompatible, on the subject of compensation for damages caused by war crimes and crimes against human rights, with Article 24 (right to a judge) in conjunction with Article 2 (protection of human rights) of the Constitution.

To be precise, the Constitutional Court did not intend to question the interpretation provided by the Hague judges (not having, by the way, the authority to do so), noting, «(with concern) that the scope of the norm has been so defined by the ICJ»³⁶. However, it asserted that the rule on immunity, as interpreted by the ICJ, does not allow for the operation of the so-called *permanent transformer* constituted by Article 10(1) of the Constitution, through which the Italian legal system adapts to customary law. The rule on immunity rather (in the part covering the actions for damages caused by international crimes) encounters a *limit to entry*, represented by the contrast with the principle of the judicial protection of fundamental rights guaranteed by the Italian Constitution in Articles 2 and 24³⁷.

³³ R. Kolb, *The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Questions of International Law*, 2014, p. 5.

³⁴ See the doctrine in note No. 14. This aspect is dealt with in sections No. 4 and 4.1 of the present article.

³⁵ See Orders No. 84, 85 and 113 of 21 January 2014, by which the Court of Florence raised the question of the constitutionality 1) of the norm created in our legal order by the incorporation, by virtue of Article 10, para. 1 of the Constitution, of the international custom on State immunity, as found by the ICJ in its Judgment of 3 February 2012; 2) of Article 1 of Law No. 848 of 17 August 1957 (Execution of the United Nations Charter, signed in San Francisco on 16 June 1945), insofar as, through the incorporation of Article 94 of the U.N. Charter, it obliges the national judge to comply with the ICJ Judgment; 3) of Article 1 (*recte*: Article 3) of Law No. 5 of 14 January 2013 (Accession by the Italian Republic to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, signed in New York on 2 December 2004, as well as provisions for the amendment of the domestic legal order), insofar as it obliges the national judge to comply with the ICJ Judgment, in relation to Articles 2 and 24 of the Constitution.

³⁶ Constitutional Court, Judgment No. 238/2014, par. 3.1.

³⁷ It is recalled that as early as 1979, with the *Russell* Judgment of 18 June 1979, No. 48, the Court had adopted the principle that the adaptation mechanism is interrupted in the case of customary rules that are incompatible with the fundamental principles of the State. Moreover, see the Judgment of 22 March 2001, No. 73, *Baraldini*, where the Court further clarified its thinking by stating that «I ‘principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale’ e i ‘diritti inalienabili della persona’ costituiscono infatti limite all’ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento italiano ‘si conforma’ secondo l’art. 10, primo comma, Cost. [...]; quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall’art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni» (par. 1.2).

In the Court's view, in fact, the victims' rights, given the impossibility for them to obtain equivalent protection, would have suffered an *absolute sacrifice*. In particular, the Court affirmed:

in an institutional context characterized by the centrality of human rights, emphasized by the receptiveness of the constitutional order to external sources (...), the denial of judicial protection of fundamental rights of the victims of the crimes at issue (now dating back in time), determines *the completely disproportionate sacrifice of two supreme principles of the Constitution*. They are indeed sacrificed in order to pursue the goal of not interfering with the exercise of the governmental powers of the State even when, as in the present case, state actions can be considered war crimes and crimes against humanity, in breach of inviolable human rights, and as such are excluded from the lawful exercise of governmental powers³⁸.

For this reason, the Court concluded that the customary rule on immunity requires the domestic bodies to respect it for acts *jure imperii*, excluding acts such as deportation, forced labour, massacres and in general acts that result in the violation of fundamental rights and that are recognised as international crimes.

Therefore, the Court qualified as *not founded* the question of constitutional legitimacy advanced by the judge *a quo* of the rule introduced into the domestic legal order corresponding to the customary rule on immunity. In fact, in the Court's view, since the rule does not enter the legal system at all and is therefore not really reproduced in domestic law by Article 10 of the Constitution, it does not operate *ab initio*, so the problem of its constitutional legitimacy does not arise³⁹. Furthermore, again on the basis of the contrast with Articles 2 and 24 of the Constitution, the Court declared the constitutional illegitimacy of the aforementioned Article 3 of Law 5/2013, as well as of Article 1 of Law 848/1957 (*Execution of the Charter of the United Nations*, signed in San Francisco on 26 June 1945), limited to the execution given to Article 94 of the Charter of the United Nations,

³⁸ Constitutional Court, Judgment No. 238/2014, par. 3.4.

³⁹ The Court's reasoning on this point has given rise to an intense debate, especially as to what the object of the Court's assessment is: there are those who argue that if the rule does not enter into the domestic legal system (and is therefore non-existent), the Court should declare the question inadmissible and not unfounded (see A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti"*, cit.); on the other hand, there are those who maintain that, in this case, the Court is expressing an *atypical judgment*: the object of the assessment is certainly an international rule, alien to the domestic legal system, but the Court is entitled to analyse it, in order to subject the rule itself to the test of the counter-limits (see L. Gradoni, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *SIDIBlog*, 15 December 2014, <http://www.sidiblog.org/>).

exclusively in the part in which it obliges the Italian judge to comply with the ruling of the ICJ of 3 February 2012.

Judgment 238/2014 has thus once again opened the way for proceedings before Italian courts against Germany for war crimes and crimes against humanity committed by the Third Reich, resulting, overall⁴⁰, in the disavowal of the German State's immunity from Italian jurisdiction.

As regards immunity from execution, however, some developments only emerged later. It is recalled, in fact, that Judgment 238/2014 ruled only on the issue of the jurisdiction to examine the claim for compensation for damages and not also on the issue of enforcement action. In this regard, there have been conflicting developments in the case law of merit, with trends aimed at restricting the waiver of immunity to cognitive proceedings only⁴¹ and attempts to make Germany's convictions executive⁴². The latest of these attempts concerned the seizure of the above-mentioned real estate (the German Archaeological Institute, the German Historical Institute, the Goethe Institut and the Germanic School)⁴³. This case is, in fact, the one that prompted Germany to present the new appeal before the

⁴⁰ It should be recalled in this regard that, under Italian constitutional procedure law, the judgments with which the Court declares unfounded the appeals challenging the constitutionality of a law (the so-called *sentenze di rigetto*, are binding only on the judge *a quo*, whereas they have an exhortatory effect for all the other judges, unlike the so-called *sentenze di accoglimento*). This has been commented on as somewhat of a limitation to the effectiveness of the judgment, but it should be noted that the judges have generally conformed to the direction indicated by the Constitutional Court (see the case law commented by S. Forlati, *Judicial decisions – Immunities*, in *Italian Yearbook of International Law*, n. 1/2016, p. 497).

⁴¹ This was the case, for instance, in the Villa Vigoni affair (see note No. 18): in the ruling of the *Corte di Cassazione* of 8 June 2018 No. 1488, it was decided that it would not be possible to subject the assets of a foreign State intended for public functions located on Italian territory to coercive measures (see O. Lopes Pegna, *Giù le mani da Villa Vigoni. Quale tutela "effettiva" per les vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, no. 4/2018, p. 1237); it should also be recalled that, aiming at limiting the effects of Judgment 238/2014 once again, the Italian Government adopted Decree-Law No. 132 of 12 September 2014, converted by Law No. 162 of 10 November 2014, by which, in Article 19 bis, it provided that sums intended for the exercise of public functions deposited in bank or postal accounts in Italy belonging to foreign States could not be subject to enforcement actions (see B. Conforti and M. Iovane, *Diritto internazionale*, 12th edition, Naples, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 369-370).

⁴² See the unsuccessful attempt to seize the receivables that the German railways, Deutsche Bahn Aktiengesellschaft, had from Trenitalia s.p.a. and Rete Ferroviaria s.p.a., on the case G. Berrino, *The Court of Cassation returns to the subject of jurisdictional immunities of states and their assets*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2020, p. 844.

⁴³ Germany attempted to oppose the attachment several times. In this regard, it is worth noting the order of 12 July 2021 of the Court of Rome, which rejected the German petition and disallowed Germany's immunity also from enforcement action, since the forced execution of the judgment (in the event of lack of spontaneous fulfilment) must always be guaranteed, so that the judicial protection under Article 24 of the Italian Constitution is effective; following a further complaint, Germany's immunity was instead recognised but the public purpose of the real estate was deemed unproven (see G. Berrino, *Un'istantanea del nuovo ricorso*, cit.). Following the further rejection, Germany brought the appeal before the ICJ.

ICJ on 29 April 2022, together with the request for provisional measures, which was later withdrawn.

3. The new appeal before the International Court of Justice and the Italian reaction: future scenarios.

A possible solution to the dispute at hand, as repeatedly observed⁴⁴, lies in the diplomatic domain, considering that in this case international and domestic courts “have seemingly settled on non-dialectical conflicting positions, whereas governments’ stances tend to converge in the effort to stabilise the legal framework of their mutual relations”⁴⁵.

In this view, there is no doubt that the establishment of the Fund under Decree-Law No. 36/2022 constitutes a political and pragmatic attempt by the Italian government to favour the settlement of the dispute, addressing, in particular, the implications of lifting Germany’s immunity in enforcement proceedings. Of course, the Italian response leaves the issue of Germany’s immunity from cognitive proceedings unaltered, even more so because it is based precisely on the assumptions established by Judgment 238/2014. The functioning of the Fund indeed presupposes that trials have been held against Germany (contrary, therefore, to the international obligations established by the ICJ in its 2012 judgment), since – it should be recalled – under Article 43 (2), only those who obtain a final judgment establishing an infringement and assessing the extent of the resulting damage can turn to it. Therefore, it is clear that the Fund does not resolve all the issues raised by the new complaint against Germany; however, as has been observed⁴⁶, the Italian government could not have gone any further, without putting itself at odds with Judgment 238/2014 and thus violating the Constitution itself.

In any case, it should be noted, first of all, that the Italian response actually converges with what has already been put forward in doctrine by those who support, as a rational way out

⁴⁴ L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, cit.; R. Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, cit.; P. Rossi, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment No. 238/2014*, cit.

⁴⁵ L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, cit.

⁴⁶ P. Rossi, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment No. 238/2014*, cit.

of the problem, the idea that Italy should directly assume the burden of compensating the victims of Nazi war crimes⁴⁷. Secondly, the establishment of the Fund, should it be implemented unhindered, could indeed trigger a more accomplished diplomatic effort to end the dispute.

In this regard, it has been observed that now it could be Germany to take the second step, waiving its immunity in the civil proceedings, the financial consequences of which would now fall on Italy alone⁴⁸. Such a diplomatic strategy would not interfere with the application of *Ferrini-Judgment* 238/2014 beyond the Nazi crimes case, in which, for example, foreign States other than Germany are involved. Therefore, it would entail for Germany the waiver of immunity from jurisdiction only for a specific category of proceedings and it could lead to the withdrawal of the action before the ICJ, since the waiver of immunity would result in the termination of the tort⁴⁹. The will to reach a political agreement is also proved by the fact that Germany has agreed with Italy a fairly long time for the filing of pleadings before the ICJ, so as to probably allow Italy to take the necessary measures to ensure the proper functioning of the Fund⁵⁰. Completely uncertain, on the other hand, (and according to some unlikely⁵¹) is the possibility that Germany might contribute economically to the Fund, on the basis of new agreements with Italy.

In any case, as things stand, such a scenario is linked to the outcome of various questions, which concern not only Germany's possible diplomatic efforts, but also and above all the

⁴⁷ See, *inter alia*, P. Palchetti, *Can State Action on Behalf of Victims Be an Alternative to Individual Access to Justice in Case of Grave Breaches of Human Rights?*, cit.; E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, cit., p. 131; F. Francioni, *Access to Justice and Its Pitfalls: Reparation for War Crimes and the Italian Constitutional Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 3/2016, p. 629; G. Gaja, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, p. 1035; J. Weiler, *Editorial: Germany v Italy: Jurisdictional Immunities – Redux (and Redux and Redux)*, in *EJIL: Talk!*, 18 October 2021, <https://www.ejiltalk.org/>. However, the idea that Italy should bear the burden of compensating individuals whose right of access justice is restricted due to international immunity law still predates this case, see G. Gaja, *L'esecuzione su beni di Stati esteri: l'Italia paga per tutti?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985, p. 345.

⁴⁸ L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, cit.

⁴⁹ Always on the condition that Germany thereby is also satisfied with respect to the claim for damages caused by the Italian conduct. In fact, Germany could discontinue the proceedings before the ICJ by waiving a sum that might not be too high, since Italy bears the burden of paying the reparations, see L. Gradoni, *supra*.

⁵⁰ G. Berrino, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2022, p. 827.

⁵¹ *Ibidem*.

uncertain future of the Fund. In fact, several criticisms have been highlighted⁵² with respect to the functioning of the Fund on which the Constitutional Court is called upon to rule, because of the questions of constitutionality raised of Article 43 of Decree-Law 36/2022⁵³. In particular, the Constitutional Court will have to assess its conformity with the judicial protection of the rights under Articles 2 and 24 of the Constitution, since, as the judge *a quo* contests, the rule denies a specific category of creditors the right to proceed to forced execution by reason of convictions obtained in the judgment, when, on the contrary, «l'azione esecutiva è, invero, fattore *complementare e necessario* dell'effettività della tutela giurisdizionale»⁵⁴. Furthermore, the judge *a quo* contests: a violation of Article 111 in relation to the principle of equality of the parties in the process, by creating an imbalance between the parties, in favour of the German State alone, which is exempted from the prejudicial effects of the judicial sentence; and a violation of Article 3 (principle of equality) since access to the Fund is excluded for foreign citizens who have been victims of crimes committed abroad⁵⁵.

In this regard, it is especially noteworthy how the first question will lead the Court to dwell on the issue of immunity from enforcement action (and its relationship to Articles 2 and 24), a subject on which it had avoided ruling in Judgment 238/2014. The difference, however, with the 2014 scenario is that a victim compensation Fund has now been established. Thus, the question to be assessed will be whether or not, in such a case, that *absolute sacrifice* of the judicial protection of fundamental rights, deemed incompatible with immunity from civil jurisdiction, occurs: the provision of the Fund could play a role in the balance test and thus not lead to the waiver of immunity from enforcement proceedings; at the same time, it is to be assessed whether the Fund can guarantee effective equivalent protection, considering that it will most likely provide lump sum payments⁵⁶.

⁵² See the analysis of G., Boggero, *La reazione del Governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell'art. 43 d.l. 30 aprile 2022, n. 36*, cit.; G. Berrino, *The impact of Article 43 of Decree-Law No. 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State-owned assets*, cit.; G. Berrino, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, cit.

⁵³ Order No. 154/22 of 1 December 2022 (see note No. 9).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ As mentioned above, foreign victims with a foreign conviction do not have access to the Fund, but at the same time (as specified in the conversion of the law) enforcement proceedings are stopped even in the case of foreign judgments; on this point see G. Berrino, *The impact of Article 43 of Decree-Law No. 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State-owned assets*, cit.

⁵⁶ *Ibidem*.

Of course, also the different treatment of the victims of Nazi crimes is very critical, insofar as Article 43 of the Decree precludes any enforcement proceedings against German assets in Italy on the basis of a foreign judgment, and, therefore, any form of compensation for those victims⁵⁷.

There are, in fact, many question marks that suggest that the diplomatic route will also be fraught with obstacles. However, especially in the light of the analysis that will be carried out in the following paragraph, we believe that diplomatic mediation would be preferable to the continuation of the appeal before the ICJ, since any new ruling would certainly have an impact on the jurisprudence *Ferrini-Judgment 238/2014*⁵⁸. Indeed, it must be considered that the international community is still very reluctant to the idea of admitting a limitation of State immunity based on human rights. At the same time, it is widely believed⁵⁹ that the ICJ would not come to a different conclusion from the 2012 judgment, condemning Italy once again for the violation of Germany's jurisdictional immunities. This could cause the Italian government to take action to ensure that the findings of the ICJ are respected, as well as the abandonment of this jurisprudence by domestic courts (even in cases of claims against other foreign States accused of serious human rights violations). Consequently, this could also have a significant impact on the jurisprudential practices of other domestic jurisdictions, which show signs of alignment with the *Ferrini-Judgment 238/2014* jurisprudence.

In other words, from the perspective of those who advocate the need for a new conception of State immunity that takes into account fundamental human rights, perhaps it would be better to *buy time*, hoping for a diplomatic solution to the *Germany v. Italy* dispute and waiting for an increasing number of national courts to align themselves with the perspective outlined by the Italian courts.

In any case, as the following analysis will show, we believe that there are important jurisprudential developments and sound legal arguments that the ICJ should not ignore when reassessing the rule of State immunity. We will try to summarise these aspects by wondering whether and what contribution Italian case law has made to the development of the immunity rule, with Judgment 238/2104.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ R. Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, cit.

⁵⁹ L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, cit.

4.1 On the principles of domestic law as a circumstance precluding wrongfulness, and the right to justice.

As is well known, Article 25 of the 1969 Vienna Convention⁶⁰ states that domestic law may not be invoked as a justification for non-compliance with the rules of the Convention. The Draft Articles on the International Responsibility of States⁶¹, moreover, do not contemplate the invocation of the fundamental principles of a State's Constitution among the circumstances precluding wrongfulness, while Article 32 makes clear the irrelevance of a State's internal law to compliance with the obligations of cessation and reparation.

It is clear, therefore, that the impossibility to invoke constitutional principles as a circumstance precluding wrongfulness stands guard over the rigid dualistic division between domestic and international law⁶². Judgment 238/2014 has been criticised precisely because it would have risked compromising the *principle of supremacy* of international law. It could have led to relativist drifts with the consequence of weakening international legality and its jurisdictional guarantees⁶³. The *short-circuit* consists in the fact that, if on the one hand the judgment, from a constitutionalist perspective, legitimately indicates the principles of law to be invoked within the national legal system, on the other hand this does not justify the violation of the international obligation, the consequences of which the State would in any case have had to answer for.

⁶⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, done in Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980.

⁶¹ International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* 2001.

⁶² See the analysis of L. Acconciamezza, *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale*, in *SIDIBlog*, 6 May 2021, <http://www.sidiblog.org/>.

⁶³ See, *inter alia*, F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 24 October 2014, <https://verfassungsblog.de/>; A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 November 2014; G. Guarino, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta Online*, 2014; A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti"*, in *Consulta Online*, 2014; A. Gattini, *"E qui comando io. E questa è casa mia": la Corte costituzionale italiana, i limiti, i controlimiti e le giurisdizioni internazionali*, in A. Annoni, S. Forlati and P. Franzina (eds.), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno Jovene*, 2021; for a recent critical view of the judgment see C. Focarelli, *State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court Seven Years On*, cit.

However, it would be appropriate to completely reverse this view by assuming a non-formalistic and rigid perspective about the principle of supremacy, but rather a substantial and functional one, considering the possibility that international and constitutional law operate “in a fluent state of interaction and reciprocal influence, *based on discourse and mutual adaptation, but not in a hierarchical relationship*”⁶⁴.

It is possible, in fact, to look at the question not on the level of the conflict between legal systems, the domestic and international ones, but rather on the level of the conflict between international obligations and values. In other words, the conflict between the two systems and the principle of supremacy would not really come into play when the principles of domestic law, coinciding with the international ones, are invoked⁶⁵. When such an alignment happens – and here one must refer to George Scelle’s theory of *dédoublement fonctionnel*⁶⁶ – the national courts, in the domestic sphere, act, from a functional point of view, as international organs, thus serving the rule of law. The only conflict that arises, therefore, is between the international values at stake, and it must be resolved at an international level. The limit to the so much feared relativist drifts is given by the reason why the internal organs would be promoting meta-national values: it is one thing if – according to the sovereigntist paradigm⁶⁷ – they are acting to safeguard their own personal interests⁶⁸; it is another thing if – according to the internationalist paradigm – they are operating in the service of the international community. In the second case, the principle

⁶⁴ A. Peters and U. Preuss, *International relations and international law*, in M. Tushnet, T. Fleiner and C. Saunders (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013, p. 42.

⁶⁵ See on this theme A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011.

⁶⁶ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Paris, 1932, p. 43 ff.; *Deuxième partie*, 1934, p. 10 ff.; for more recent reassessments of the theory, see A. Cassese, *Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel) in International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, p. 210; R. Kolb and M. Milanov, *Quelques réflexions sur le dédoublement fonctionnel*, in S. Marchisio (ed.) *Liber amicorum Sergio Marchisio. Il diritto della comunità internazionale tra caratteristiche strutturali e tendenze innovative*, Naples, Editoriale Scientifica, 2022.

⁶⁷ Regarding the State sovereignty paradigm and internationalist paradigms see N. Petersen, *The Reception of International Law by Constitutional Courts through the Prism of Legitimacy*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 39, 2009.

⁶⁸ In this picture should be framed the risks feared in the doctrine (note No. 84) with regard to the fragmentation of the international legal order. One may think of: the attempt by Islamic countries to justify their non-compliance with international human rights law on the basis of the rules imposed by *Sharia* law (a problem raised by A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, cit.); the *Yukos* case, in which the Russian Constitutional Court decided not to implement a ruling of the Strasbourg Court on equitable satisfaction (with the judgment of 19 January 2017), as it was necessary to protect its own constitutional principles of fairness and equality in taxation (ECtHR, Judgment of 31 July 2014, Application no. 14902/04, *Case of Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*). In this regard see L. Acconciamezza, *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come causa di esclusione dell’illecito internazionale*, cit.

of supremacy would not be questioned and the rule of law would be (even better) protected, since, under these conditions, “le corti nazionali difendono il diritto internazionale ... da se stesso!”⁶⁹.

The findings of Judgment 238/2014 are well placed in this mood⁷⁰, precisely because of the significance given to the judicial protection of fundamental human rights in international law. In fact, it has been argued in the doctrine that the right to access justice can be considered a general principle of law of civilised nations⁷¹. In Judgment 238/2014, the Constitutional Court seems to embrace this idea when it recalls that it is indisputable «that the right to a judge and to an effective judicial protection of inviolable rights is one of the greatest principles of legal culture in democratic systems of our times»⁷².

Incidentally, it must be remembered that the *sacrifice* of the right to a judge was also considered intolerable by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the *Kadi* case⁷³. In that case, the CJEU prevented a UN Security Council resolution, which provided for limitations on individual rights for reasons of preventing transnational terrorism, from having effect in EU law. This was done because the UN resolution did not guarantee the possibility of recourse to the courts for the individuals affected by such limitations (a possibility considered inalienably protected by Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights). Also in the same vein are some judgments⁷⁴ of the ECtHR in which

⁶⁹ G. Cataldi, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2015, p. 47.

⁷⁰ See for example the analysis of G. Cataldi, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, cit.; L. Gradoni, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, cit.; P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, cit.; F.M. Palombino, *Compliance with International Judgments: Between Supremacy of International Law and National Fundamental Principles*, in *ZaöRV*, 2015, p. 503.

⁷¹ P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, cit.; Pursuant to Article 38 of the Statute of the ICJ, for an internal principle to become a general principle of law recognised by civilised nations, it is considered sufficient that it is provided for by the majority of internal legal systems and that it is perceived as necessary and obligatory in the context of relations based on international law.

⁷² Judgment 238/2014, cit., par. 3.4.

⁷³ Court of Justice of European Union (CJEU), judgment of 18 July 2013, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10, *European Commission and Others v Yassin Abdullah Kadi*; for a comment F. Fontanelli, *Kadi II, or the happy ending of K's trial – Court of Justice of the European Union, 18 July 2013*, in *Diritti comparati*, 29 July 2013, <https://www.diritto comparati.it/>.

⁷⁴ ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 12 September 2012, Application no. 10593/08, *Nada v. Switzerland*; Judgment of 21 June 2016, No. 5809/08, *Al-Dulimi and Montana Management inc. v. Switzerland*.

the Court affirmed the violation of Article 6 of the Convention (right to a fair trial) because of the absence of judicial remedies in the UN system available to individuals in the event of Security Council sanctions against them.

These last considerations provide a further line of argument for a reassessment of the relationship between the immunity rule and the judicial protection of fundamental rights. Indeed, someone should wonder whether Judgment 238/2014 had the merit of contributing to the formation of a new custom, which precisely provides for the obligation of States to guarantee the right to a judge and reparation for victims of international crimes⁷⁵. While it is not possible to conduct such an investigation here⁷⁶, we would like to highlight the implications of such a statement.

In fact, if the right to a judge and reparation can be considered as a new emerging norm, of a concurrent nature to that on State immunity (if not of a higher rank, when linked to serious violations of human rights⁷⁷), the ICJ should assess the conflict in a new light. It will be recalled, in fact, that the ICJ held the conflict between the rule on immunity and *jus cogens* to be non-existent because of their different nature⁷⁸. In the highlighted case, on the other hand, under the conditions mentioned above, the Hague judges could not exempt themselves from assessing the relationship between the immunity rule and the right to access justice, since both are procedural in nature⁷⁹.

The conflict between the two rules, therefore, becomes concrete and real when the right to justice cannot be guaranteed through “equivalent protection”⁸⁰. This would lead to the possibility, put forward by Italian doctrine⁸¹, of defining a clear and circumstantial

⁷⁵ See P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, cit.; R. Pisillo-Mazzeschi, *Access to justice in constitutional and international law: the recent judgment of the Italian constitutional court*, cit.

⁷⁶ Please refer to the authors cited *supra*; for a study on the right to justice see F. Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Collected Courses of the Academy of European Law, 2007.

⁷⁷ R. Pisillo-Mazzeschi, *Access to justice in constitutional and international law: the recent judgment of the Italian constitutional court*, cit.; the author argues that the right to access justice and the associated right to reparation for violations of fundamental human rights are established by two customary norms; in his view they also prevail over the rule of State immunity, because they are peremptory in nature, as they are functionally linked to the violation of fundamental human rights.

⁷⁸ See Section No. 2.

⁷⁹ R. Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto fra norma di ius cogens e la regola dell'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, cit.

⁸⁰ R. Pisillo-Mazzeschi, *Access to justice in constitutional and international law: the recent judgment of the Italian constitutional court*, cit.

⁸¹ See, *inter alia*, Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, cit.; among the first to address the issue see L. Condorelli, *Le immunità diplomatiche e i principi*

limitation to the rule of State immunity: the necessary and reasonable condition for the waiver of immunity would be found precisely in the absence of effective remedies to enforce the victims' right to justice, other than legal action in the forum State. Having said this, it must also be remembered that the ICJ rejected the so-called *last resort argument*, refusing to strike a balance between the principle of sovereign equality among States and the right to an effective remedy⁸². One possibility is, therefore, that this argument be *revitalised*, bringing out the possible conflict from competing rules and the need to balance the interests at stake.

5. Conclusions.

The new appeal *Germany v. Italy* raises new questions and opens *old wounds*. The new questions concern the future of the dispute, the possibility of reaching a diplomatic solution (and its possible positive effects⁸³), but also the adequacy of the response that Italy has put in place with the establishment of the Fund for Victims of Nazi Crimes. Already hovering over this is the pronouncement of the Italian Constitutional Court, along with the risk that it may activate the *counter-limits* again (renewing the *short-circuit* with the ICJ?) or, according to other opinions⁸⁴, retrace its steps, even with respect to the 2014 ruling.

The first *old wound* brings to light an ancient but still prevailing conception of State immunity, frankly at odds with the modern features of the international order. It is difficult for the current state of practice and *opinio juris* to outline the modification of the customary

fondamentali della Costituzione, in *Gius. Cost.*, 1979, p. 455; B. Conforti and M. Iovane, *Diritto internazionale*, cit., p. 372.

⁸² However, it was also noted that Italy had not tried any possible routes to obtain compensation from Germany for the victims of international crimes, for example by not acting in diplomatic protection, see R. Pisillo-Mazzeschi, *Access to justice in constitutional and international law: the recent judgment of the Italian constitutional court*, cit.; on the possibility of using the action in diplomatic protection see also F. De Vittor, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2002, p. 573; on the possibility of finding a constitutional obligation to diplomatic intervention for the Government see E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, cit., p. 131; P. Palchetti, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, cit., p. 47.

⁸³ This article calls for a diplomatic solution to the dispute, believing that it could have positive effects on the evolution of the immunity rule. Indeed, there is a good chance that in a possible new ruling the ICJ could confirm the 2012 findings, and thus inhibit the action of domestic courts that are aligning themselves (or could do so) with the *Ferrini-Judgment 238/2014* jurisprudence, see section No. 3.

⁸⁴ L. Gradoni, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, cit.

rule on immunity. Anyway, it is to be hoped that if the ICJ rules on the issue again, it will give due consideration to the valid arguments in support of a human rights-based limitation on immunity, as well as to what more recent jurisprudential developments, such as the 2021 Seoul and Brasilia court rulings, indicate. In particular, the emerging international norm protecting the right to justice (in its forms of right to a judge and reparation) should be reassessed with respect to the ability to balance the applicability of immunity. The elaboration of a well-defined and circumscribed limitation, precisely based on the right to justice, could ensure that immunity is only waived when legal action in the forum State becomes the only remaining alternative to guarantee effective remedies for victims of international crimes. It is not believed that this would lead to a destabilisation of the global legal system, but rather that it could curb serious misconducts on the part of States and strengthen the rule of law.

The second *old wound* that has been reopened concerns the (difficult) relations between domestic and international law, stretched in a sort of continuous “duel for supremacy”⁸⁵, where, in general, international law prevails⁸⁶. However, as someone⁸⁷ put it, “non è questa una posizione estremamente rigida – anche se radicata in un’opinione antica e diffusa – che è da rivedere alla luce di una moderna e realistica visione del diritto internazionale che contemperi i valori internazionalistici con quelli interni?”. In fact, the outcome of the 238/2014 Judgment may have shown us a new (albeit familiar⁸⁸) way, which is to conceive the principle of supremacy from a substantive and functional perspective, in light of the connection that may be created between fundamental domestic values and internationally recognised values. When this connection exists, domestic courts can act from a functional point of view as international bodies and participate in the progression of international law. The new case *Germany v. Italy* will probably also show us whether such a thought may find favour with the Hague judges and whether international law is willing to *adapt* in specific cases to fundamental domestic values and recognise an act as justifiable even if it is contrary to international obligations. The challenge promises to be daunting.

⁸⁵ F.M. Palombino, *Duelling for Supremacy*, Cambridge University Press, 2019.

⁸⁶ L. Acconciamezza, *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale*, cit.

⁸⁷ B. Conforti, *Diritto internazionale*, 11th edition, Naples, Editoriale Scientifica, 2018, p. 409, referring specifically to the possibility of invoking constitutional principles as circumstances precluding wrongfulness.

⁸⁸ The approach has its roots in George Scelle’s theory of *dédoublement fonctionnel*, See section No. 4.1.

Abstract: The contribution deals with the complex issue of State immunity from foreign civil jurisdiction in case of State conducts resulting in serious violations of human rights and humanitarian law. In particular, in light of the new appeal *Germany v. Italy* brought before the International Court of Justice (ICJ) on 29 April 2022, the possible future scenarios of which will be here assessed, the current state of development of the immunity rule and the contribution made to this end by the Italian case law *Ferrini-Judgment 238/2014* will be questioned. The latter will be assessed from multiple perspectives, namely in relation to the contribution made 1) to the development of the customary rule of immunity, 2) to the practice of invoking constitutional principles as a circumstance precluding wrongfulness, and 3) to the formation of a specific international norm protecting the right to justice. Considering this assessment, although the rule of State immunity is still widely supported by the international community, the contribution argues that there are important jurisprudential developments and solid legal arguments in support of a limitation based on the protection of fundamental human rights, which the ICJ should not ignore when re-evaluating the rule of immunity in a possible new ruling.

Abstract: Il contributo si occupa della complessa questione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile straniera in casi di condotte statali corrispondenti a gravi violazioni di diritto internazionale dei diritti umani e di diritto umanitario. In particolare, alla luce del nuovo ricorso *Germania c. Italia* presentato dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia (CIG) il 29 aprile 2022, di cui in questa sede si valuteranno i possibili scenari futuri, ci si interrogherà sullo stato attuale dello sviluppo della norma sull'immunità e sull'apporto dato a tal fine dalla giurisprudenza italiana *Ferrini-Sentenza 238/2014*. Quest'ultimo verrà valutato sotto molteplici aspetti, in relazione cioè al contributo fornito 1) all'evoluzione della norma consuetudinaria dell'immunità, 2) alla pratica di invocare i principi costituzionali come causa di esclusione dell'illecito internazionale e 3) alla formazione di una specifica norma internazionale a tutela del diritto alla giustizia. Alla luce di tale valutazione, sebbene la norma sull'immunità statale sia ancora largamente condivisa dalla comunità internazionale, il contributo sostiene che vi sono importanti sviluppi giurisprudenziali e solide argomentazioni giuridiche a sostegno di una limitazione basata sulla tutela dei diritti umani fondamentali, che la CIG non dovrebbe ignorare nel rivalutare la regola sull'immunità in un'eventuale nuova pronuncia.

Parole chiave: State immunity – Germany v. Italy – International Crimes – Jus cogens – Right to justice.

Key words: Immunità statale – Germania c. Italia – Crimini internazionali – Jus cogens – Diritto alla giustizia.

IL FEDERALISMO FISCALE DIFFERENZIATO E LA SOLIDARIETÀ INTERTERRITORIALE: UNA LETTURA DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA ITALIANA CON LA LENTE DEL REGIONALISMO ASIMMETRICO SPAGNOLO*.

di Giuseppe Naglieri**

Sommario. 1. Note introduttive. – 2. Solidarietà, corresponsabilità fiscale e asimmetria nel modello di finanziamento delle Comunità Autonome di regime comune in Spagna. – 3. Il finanziamento del regionalismo differenziato e la perdurante inattuazione del federalismo fiscale in Italia. Un *requiem* per la solidarietà. – 4. Federalismo fiscale, asimmetria, meccanismi di perequazione e modelli negoziali in Spagna e Italia.

1. Note introduttive.

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso, gli ordinamenti regionali dell'Europa continentale – soggetti, in quella fase storica, a moti di riforma più o meno intensi nel senso del rafforzamento dell'autonomia e dei titoli competenziali attribuiti agli enti intermedi – hanno cominciato a subire, nelle scelte concernenti le relazioni finanziarie intergovernative¹, la fascinazione delle teorie economiche del *fiscal federalism*, mutando “il quadro normativo generale di assegnazione delle funzioni ai differenti livelli di governo e gli strumenti fiscali appropriati per realizzare quelle funzioni”², nella convinzione che il compito di allocazione dei beni e servizi debba spettare anzitutto ai governi locali, i quali “sarebbero in grado di distribuire beni e servizi a costi minori, di soddisfare meglio i bisogni dei cittadini e di favorire la democraticità delle decisioni”³.

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di Ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali – Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Doctor in Ciencias Jurídicas y Sociales – Università di Malaga.

¹ R. Bifulco, *Le relazioni intergovernative finanziarie negli Stati composti tra Costituzione, politiche costituzionali e politiche di maggioranza*, in V. Atripaldi e R. Bifulco (a cura di), *Federalismi fiscali e Costituzioni*, Torino, 2001.

² W.E. Oates, *An Essay on Fiscal federalism*, in *Journal of economic Literature*, vol. 37(3)/1999, pp. 1120-1121.

³ G.G. Carboni, *Federalismo fiscale comparato*, Napoli, Jovene, 2013, p. 5, la quale cita le teorie di M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditure*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 64(5)/1956, p. 416 ss., il quale considera i governi locali e i cittadini protagonisti di un mercato, nel quale i primi offrono servizi pubblici e i secondi scelgono dove risiedere, spostandosi da un territorio ad un altro a seconda dell'offerta dei servizi, nonché

Negli Stati regionali, si è dunque assistito all'abbandono di una finanza regionale a forte centralizzazione e pressoché integralmente derivata verso il modello del federalismo fiscale di spesa⁴, caratterizzato dall'attribuzione di ampi poteri di spesa agli enti sub-statali, di limitati poteri impositivi e di forme di perequazione orientate alla garanzia di un livello equivalente di prestazioni in tutte le aree del Paese.

Il presente scritto intende in particolare guardare al modello di finanziamento delle Comunità Autonome spagnole per come riformato dalla *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA) del 2009 e alla largamente inattuata riforma della finanza regionale in Italia, operata con la Legge delega sul federalismo fiscale n. 42 del 2009 (e i successivi decreti attuativi), con la finalità di offrire una lettura delle più recenti vicende concernenti l'attuazione di forme di autonomia differenziata in Italia.

L'analisi delle dinamiche del finanziamento in un ordinamento, quello spagnolo, che ha da lungo tempo ceduto parte consistente dei più rilevanti tributi diretti e indiretti, attribuito alle Comunità Autonome poteri normativi idonei a manovrare le imposte cedute e introdotto meccanismi di perequazione atti a livellare, senza annullare, le differenze di capacità fiscale tra territori, nel quadro di un regionalismo che ancora mantiene caratteri di differenziazione, consente di porre in discussione l'assetto, pur inattuato, della nuova finanza regionale italiana, il quadro nel quale si innesta il disegno di differenziazione da ultimo avanzato dal Governo Meloni, e le specifiche proposte avanzate con riguardo al finanziamento delle maggiori competenze derivanti dall'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., con il fine di preservare la capacità perequativa dello Stato, introdurre meccanismi di perequazione orizzontale e garantire effettivamente livelli uniformi delle prestazioni sul territorio nazionale.

2. Solidarietà, corresponsabilità fiscale e asimmetria nel modello di finanziamento delle Comunità Autonome di regime comune in Spagna.

A quasi quindici anni dall'entrata in vigore della riforma del regime di finanziamento delle Comunità Autonome operata nel 2009, si registrano numerose voci critiche rispetto alla sua

del succitato W.E. Oates, *Fiscal federalism*, New York, Harcourt Brace, 1972, secondo il quale è sempre preferibile attribuire ai governi locali funzioni allocative, giacché così, in presenza di una differenziazione di preferenze su base territoriale, può meglio tararsi l'offerta di servizi pubblici e meglio soddisfare la cittadinanza.

⁴ L'elaborazione si deve a G.G. Carboni, *Federalismo fiscale*, cit.

capacità di rispondere alle debolezze insite nel modello previgente (scarsa capacità normativa sui tributi ceduti, disequilibrio verticale di finanziamento rispetto ai servizi pubblici amministrati, insufficienza dei meccanismi di perequazione orizzontale⁵) e di realizzare gli ambiziosi principi di finanziamento integrale dei servizi pubblici, di equità territoriale nella loro erogazione, di solidarietà interterritoriale e corresponsabilità fiscale che quel modello perseguiva⁶.

Nel valutare gli effetti e le criticità che il sistema ha mostrato non può tuttavia non considerarsi l'impatto della successiva crisi economica dell'eurozona e della conseguente normativa di rango costituzionale e organico finalizzata al contenimento della spesa pubblica e che si è risolta nella centralizzazione delle determinazioni sulla spesa e sull'indebitamento degli enti intermedi, in una perdita di entrate senza precedenti (derivante dalla contrazione del gettito delle imposte dirette e indirette) e dunque in una contrazione dell'autonomia finanziaria delle Comunità e in una degradazione della qualità e quantità dei servizi pubblici offerti sul territorio⁷. Si aggiunga che la crisi si è abbattuta su una situazione di finanziamento e indebitamento delle CCAA già piuttosto impari, ed ha dunque contribuito ad acuire i divari territoriali⁸, nonché una situazione di profondo disequilibrio di risorse tra Stato e Comunità rispetto ai servizi resi⁹.

Una valutazione oggettiva della bontà delle scelte operate nel 2009 necessiterebbe forse di una analisi di contesto, idonea a vagliare, in senso controfattuale, il sistema di finanziamento e i meccanismi perequativi senza il peso delle successive politiche di contrazione dell'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome successive alla crisi economica e, per vero, adottate in tutti i Paesi mediterranei. Certo, non possono negarsi l'eccessiva complessità del sistema,

⁵ Una attenta disamina delle criticità del sistema di finanziamento introdotto nel 2001 e del loro superamento con il modello del 2009 è presente in M. Bassols, N. Bosch e M. Vilalta, *El modelo de financiación autonómica de 2009: descripción y valoración*, Generalitat de Catalunya, in *Monografies*, n. 13/2010, p. 17 ss.

⁶ J. J. Rubio Guerrero e S. Álvarez García, *Modelo de financiación autonómica 2009. El fracaso de una reforma política*, in *Papeles Faes*, n. 117/2015.

⁷ G. Massa Gallerano, *Federalismo fiscale in Italia e Spagna. Elementi costitutivi, inattuazione e questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. speciale 2/2018, p. 16.

⁸ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Autonomia finanziaria e pluralismo territoriale in Spagna nel contesto della crisi economica*, in S. Gambino (a cura di), *Il federalismo fiscale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 99 ss.; J.J. Rubio Guerrero e S. Álvarez García, op. cit., p. 10, nonché M. Gómez De La Torre Del Arco, *Hacia un nuevo sistema de financiación autonómica ¿Qué nos queda?*, in *LI Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n. 51/2018, p. 367.

⁹ Si calcolava che, nell'anno 2007, a fronte di un riparto della spesa pubblica tra livelli di governo che vede il 36 per cento a carico delle CCAA, il 13 per cento a carico delle amministrazioni locali, il 22 per cento a carico dell'amministrazione centrale e il 29 per cento a carico della sicurezza sociale, le entrate tributarie fossero ripartite a favore dell'amministrazione centrale, titolare del 43 per cento, con le amministrazioni autonome titolari solo del 22 per cento, quelle locali dell'8 per cento e la sicurezza sociale del 27 per cento. Cfr. M. Bassols, N. Bosch e M. Vilalta, *El modelo de financiación*, cit., p. 20.

l'assenza di un criterio di perequazione esplicito e la necessità di maggiore armonizzazione fiscale da alcuni segnalate¹⁰, e tuttavia, talune scelte, di metodo e di merito, devono essere oggetto di analisi più approfondita, giacché rappresentano un utile punto di equilibrio tra le esigenze di territorializzazione del tributo e di responsabilità fiscale dei decisori a livello regionale e l'attuazione del principio solidaristico.

Proprio ai fini della successiva comparazione con il modello italiano di finanza regionale, occorre anzitutto segnalare come il sistema di finanziamento regolato dalla LOFCA si caratterizzi per la sua natura unitaria, vale a dire per la sua applicabilità indistinta a tutte le Comunità Autonome di regime comune – tutte tranne País Vasco e Navarra, per le quali la stessa Costituzione prevede i regimi speciali del *concierto economico* e del *convenio economico* –. Ciò, si badi bene, si dà nonostante gli elementi di differenziazione in termini di competenze che ancora permangono tra Comunità: nell'ambito dell'articolato sistema di finanziamento designato dalla LOFCA, il *fondo de suficiencia global*, soggetto a revisione costante, funge, tra le altre cose, da strumento di finanziamento delle competenze non omogenee presenti e future. In tale trattamento unitario rientrano i regimi dei tributi ceduti parzialmente e totalmente dallo Stato alle CCAA, i meccanismi di calcolo delle necessità di spesa e della capacità tributaria di ciascuna Comunità, come anche gli strumenti di perequazione verticale e orizzontale.

Come noto, a seguito della riforma, la quota prevalente del finanziamento delle autonomie è costituita dai tributi ceduti, totalmente o parzialmente – nell'anno 2015 rappresentavano il 74,76% delle entrate delle CCAA¹¹ –. In particolare, lo Stato ha ceduto parzialmente le due più rilevanti imposte sul piano del gettito, vale a dire IRPF e IVA, nella misura del 50 per cento, e il 58 per cento delle imposte speciali per la fabbricazione di alcool, tabacco e idrocarburi. A ciò si aggiunge la cessione totale dell'imposta sul patrimonio (la cui quota è stata però azzerata con legge dello Stato, circostanza che ha condotto all'istituzione di una compensazione per le Comunità), dell'imposta sulle successioni e donazioni, dell'imposta sulle trasmissioni patrimoniali e sugli atti giuridici documentati, dei tributi sul gioco, dell'imposta sulla vendita al dettaglio di determinati idrocarburi, dell'imposta speciale su taluni mezzi di trasporto e dell'imposta sull'elettricità.

¹⁰ D. Martínez López, *Las finanzas autonómicas en la pandemia Covid-19. Las disfunciones se multiplican*, in *Revista de Hacienda Canaria*, n. 53/2020, p. 53.

¹¹ J. Ramos Prieto, A. García Martínez, J. M. Martín Rodríguez e J. M. Macarro Osuna, *A propósito de la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general: problemas y propuestas*, in *Instituto de Estudios Fiscales, Documentos de trabajo*, n. 2/2019, p. 30.

Nel senso della intensificazione delle direttrici del *fiscal federalism* – ed in particolare del principio di corresponsabilità fiscale – la riforma ha attribuito limitati poteri normativi tesi a manovrare gli elementi dei tributi ceduti: tranne che per l’IVA, rispetto alla quale la normativa europea impedisce l’attribuzione di capacità normativa agli enti intermedi, alle Comunità è consentito manovrare il minimo personale e familiare di soggezione all’imposta, il numero e l’ammontare delle aliquote e talune deduzioni e detrazioni del c.d. *tramo autonómico* dell’IRPF, nonché la quasi totalità degli elementi dei tributi ceduti totalmente (soglie di esenzione, formazione della base imponibile, aliquote, deduzioni). Tale estensione della capacità normativa non è andata esente da critiche, se è vero che, soprattutto per quel che attiene ai tributi ceduti totalmente, ha innescato logiche di concorrenza e *dumping* fiscale tra Comunità, che hanno tentato una corsa al ribasso soprattutto sull’imposta di successioni e donazioni, sino ad azzerarne l’aliquota, attraendo così residenti da ogni parte del Paese per le migliori condizioni fiscali¹².

Con riguardo ai meccanismi di perequazione, assume rilievo centrale la dinamica del *Fondo de garantía de los servicios públicos fundamentales*, che opera una redistribuzione (*nivelación*) di tipo parziale tanto in senso orizzontale che verticale. Il fondo è infatti costituito quasi totalmente dal 75 per cento delle entrate tributarie della totalità delle CCAA (ed è qui la perequazione orizzontale) e per una quota del 5 per cento da risorse all’uopo apportate dallo Stato (e dunque in ciò risiede la quota di perequazione verticale), e ha la finalità di attribuire alle Comunità entrate che riequilibrino parzialmente le capacità fiscali e idonee ad assicurare che ogni Comunità Autonoma riceva la medesima somma per abitante per finanziare i servizi essenziali dello stato sociale. La circostanza per cui solo il 75 per cento del totale delle entrate tributarie delle CCAA venga trasferito per il successivo riparto al *fondo de garantía* spiega la natura parziale della perequazione, giacché il restante 25 per cento delle entrate tributarie delle autonomie non è soggetto a perequazione e viene dunque trattenuto sul territorio, così contribuendo a conservare le differenze di capacità fiscale per abitante e dunque nell’erogazione dei servizi pubblici. Ciò si deve tanto alla convinzione del legislatore organico, certamente rivelatasi fallace alla luce delle vicende della crisi economica e della pandemia da COVID-19¹³,

¹² J.L. Peña Alonso, *Competencia territorial de las comunidades autónomas y domicilio fiscal. Reflexiones sobre cuestiones pendientes*, in *Quincena fiscal*, n. 21/2009; J.A. Chamorro y Zarza, *El impuesto sobre Sucesiones y Donaciones como paradigma de la competencia fiscal Comunidades Autónomas. Hacia la necesaria revisión del modelo de cesión*, in *Documentos – Institutos de Estudios Fiscales*, n. 12/2018.

¹³ G. Massa Gallerano, *L’autonomia finanziaria tra crisi economica e crisi pandemica. Il caso italiano nella prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, n. speciale/2022.

per cui, all'entrata in vigore della riforma, il solo 75 per cento delle entrate tributarie delle Comunità fosse sufficiente a finanziare l'intera spesa per i servizi pubblici essenziali, e dall'altro dalla necessità di rispettare un supposto *principio de ordinalidad*, inteso come limite alla perequazione, che si ispira al divieto di livellamento (*Nivellierungsverbot*) riconosciuto dal *Bundesverfassungsgericht* nel sistema di finanziamento dei *Länder* in Germania¹⁴, e che implicherebbe il divieto che i meccanismi di perequazione orizzontale e verticale producano situazioni nelle quali i *Länder* con capacità fiscale per abitante originariamente inferiori, superino quei *Länder* che, prima dell'applicazione dei meccanismi di perequazione, avevano una capacità fiscale maggiore¹⁵. Tale principio, che riverrebbe direttamente dallo Statuto di Autonomia catalano, approvato prima della riforma della LOFCA del 2009, risponderebbe alla critica costante mossa dalla *Generalitat* al sistema di finanziamento previgente, ed in particolare ai meccanismi di perequazione orizzontale, finalizzati a redistribuire territorialmente i livelli di reddito, in virtù del quale la Comunità catalana assisteva ad una *sobre-nivelación*, in un apporto, cioè, alle entrate fiscali dello Stato, superiore al totale delle risorse ricevute: al netto dell'applicazione dei meccanismi di livellamento previsti dal previgente *fondo de Suficiencia*, la Catalogna registrava un rapporto negativo tra il reddito familiare disponibile e il PIL regionale.

Non a caso, guardando proprio al meccanismo di livellamento parziale delle capacità fiscali tra Comunità Autonome prodotto dal *Fondo de garantía*, c'è chi ha rilevato come i suoi risultati siano pienamente assimilabili a quelli dei meccanismi di perequazione tra *Länder* in Germania: guardando agli effetti del sistema di finanziamento del 2009, la Catalogna – che possiede entrate tributarie per abitante del 22 per cento superiori alla media delle CCAA – una volta applicati i meccanismi di *nivelación*, dispone di risorse fiscali superiori del 5,6 per cento alla media, cifre assai prossime agli esiti che si avrebbero applicando il medesimo sistema di livellamento della capacità fiscale tra *Länder* presente in Germania, in base al quale questa passerebbe a disporre di risorse fiscali del 5 per cento superiori alla media¹⁶.

¹⁴ K. Von Dohanayi, D. Posser e G. Palm, *Der Verfassungsstreit um den Finanzausgleich*, in *Wirtschaftsdienst*, n. 2/1986; JW. Hidien, *Länderfinanzausgleich und steuerrechtlicher Halbteilungsgrundsatz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 7/1998; F. Söllner, *Der Länderfinanzausgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Wirtschaftsdienst*, n. 10/2000.

¹⁵ Tale è l'interpretazione dell'art. 206, c. 5, *Estatuto de Autonomía de Cataluña* che dà E. Girón Reguera, *La incidencia de la reforma de los Estatutos de Autonomía en la financiación autonómica*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 80/2007, p. 97, secondo la quale “la más importante limitación está prevista en el art. 206.5 EAC, conforme a la cual la aplicación de los mecanismos de nivelación no podrá alterar la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación”.

¹⁶ M. Bassols, N. Bosch e M. Vilalta, *El modelo de financiación*, cit., p. 47.

A ben guardare, tale tentativo di limitare l'operatività dei meccanismi di perequazione orizzontale attraverso il *principio de ordinalidad* e il principio di equivalenza dello sforzo fiscale tra Comunità, successivamente introdotto anche negli Statuti di Andalusia, Isole Baleari e Aragona, non rappresenta altro che il tentativo di sottrarre una parte sempre maggiore delle entrate fiscali del territorio alla perequazione, aspirando a raggiungere il livello di entrate per abitante proprio dei territori sottoposti al regime forale¹⁷, in una tendenza oramai consolidata negli Stati composti che hanno ceduto alle sirene del *fiscal federalism*, laddove il processo di territorializzazione delle risorse fiscali ha finito per “evidenziare un nuovo ed inaspettato profilo della crisi della solidarietà: a complicare la tradizionale problematica fiscale della redistribuzione di tipo individuale o familiare, essa assume una dimensione anche territoriale e collettiva dalle incerte prospettive di evoluzione”¹⁸.

Di rilievo ai fini del riconoscimento del grado di tensione all'equità del sistema è altresì la modalità di calcolo delle entrate tributarie che si apportano al *fondo de garantía*, che corrisponde alla nozione di *recaudación normativa*, vale a dire all'ammontare virtualmente riscosso dai tributi spettanti a ciascuna Comunità, senza tenere in considerazione l'eventuale esercizio delle competenze normative atte a manovrarne gli elementi. Ciò assicura dunque che quelle Comunità che decidano di incrementare la pressione fiscale sui propri cittadini possano trattenere quelle entrate addizionali, e che invece quelle Comunità che decidano di esercitare le proprie competenze normative col fine di ridurre le imposte, ne sopporteranno integralmente il peso in termini di trasferimenti dal *fondo de garantía*, senza che il sistema di finanziamento compensi in alcun modo la perdita di entrate¹⁹.

Ai fini del riparto del fondo di garanzia e dei fondi complementari di cui appresso si dirà, il sistema prevede che si parta dalle necessità di spesa (*necesidades de gasto*) di ciascuna Comunità, a cui si sottrae il 75 per cento della capacità tributaria. La formula di calcolo delle necessità di spesa è fondata prevalentemente su fattori demografici sottoposti a ponderazione: un 30 per cento dei fondi disponibili si riparte in proporzione della popolazione di ciascuna

¹⁷ Come segnala E. Girón Reguera, *La incidencia de la reforma de los Estatutos de Autonomía...*, cit., p. 99, tale aspirazione era appalesata dalla disposizione addizionale ottava della proposta di riforma dello Statuto catalano, successivamente rimossa, che prevedeva che “*La capacidad de financiación por habitante de la Generalidad ha de equipararse gradualmente, en un plazo no superior a quince años, a la obtenida en aplicación de los sistemas de concierto y convenio vigentes en las Comunidades Autónomas forales*”.

¹⁸ P. Carrozza, *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 239.

¹⁹ A. De la Fuente, *Financiación autonómica: una breve introducción*, in *Estudios sobre la Economía Española*, Fedea, n. 7/2019, p. 3.

Comunità, un 38 per cento in proporzione della quota di popolazione vulnerabile, distribuita in sette gruppi di età altresì ponderati, l'8,5 per cento in proporzione della quota di popolazione con età superiore a 65 anni, il 20,5 per cento per la quota di popolazione con età inferiore a 16 anni. Il dato demografico rappresenta dunque il 97 per cento del meccanismo di calcolo delle necessità di spesa, cui si aggiungono con l'1,8 per cento la superficie della Comunità, e con lo 0,6 per cento rispettivamente, la dispersione e l'insularità. Le Comunità Autonome che, all'esito di tale operazione, riportino necessità di spesa più alte del 75 per cento della propria capacità fiscale dovranno ricevere la corrispondente somma dal *fondo de garantía*, mentre quelle che, al contrario, abbiano un saldo positivo tra necessità di spesa e capacità fiscale, dovranno cedere al fondo tale *surplus*, che sarà trasferito alle Comunità con minore capacità fiscale.

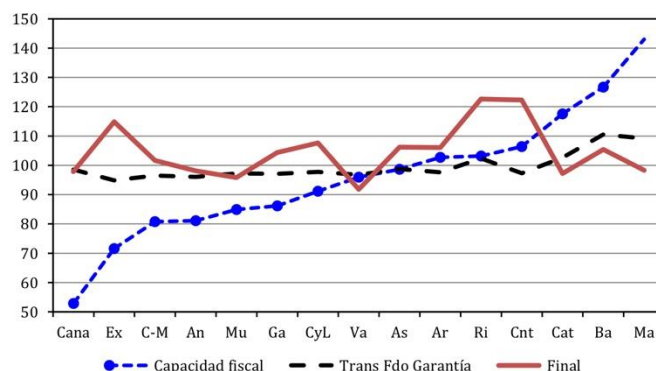
I trasferimenti di tipo orizzontale, in entrata o in uscita, derivanti dal *fondo di garantía*, non completano però il sistema di finanziamento, giacché le Comunità possono ricevere o cedere ulteriori somme, derivanti dall'applicazione del *fondo de suficiencia global*, dal *fondo de competitividad* e dal *fondo de cooperación*.

Di più, può forse affermarsi che, se il sistema si arrestasse all'intervento di perequazione parziale operato dal FGSPF, le contraddizioni, gli effetti distorsivi e l'opacità dei meccanismi di riparto, sarebbero assai meno impattanti: l'intervento successivo dei tre fondi, ed in particolare la funzione di mantenimento dello *status quo* precedente all'entrata in vigore del SFA del 2009 svolta dal *fondo de suficiencia global*, rende opaco e per certi versi irrazionale il sistema, al punto da non consentire di rinvenirvi un criterio di riparto chiaro: come plasticamente emerge dal grafico che segue²⁰, che mostra l'indice di finanziamento per abitante delle quindici CCAA di regime comune a competenze omogenee nelle diverse tappe di applicazione dei diversi meccanismi previsti dalla LOFCA, la significativa differenza di capacità fiscale tra Comunità (che presenta un indice di deviazione standard per abitante pari al 21,6 per cento) si riduce enormemente con l'intervento del FGSPF (la deviazione standard si contrae sino al 4,5 per cento) senza tuttavia alterare l'ordine di capacità fiscale tra Comunità. Sono però i trasferimenti verticali derivanti dal *fondo de suficiencia global*, dal *fondo de competitividad* e dal *fondo de cooperación* a distorcere gli effetti perequativi del FGSPF: la deviazione *standard* del finanziamento per abitante quasi raddoppia, passando dal 4,5 all'8,7, ma soprattutto altera totalmente la scala della capacità fiscale delle CCAA. Le Comunità che

²⁰ *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica*, 2017. I dati si riferiscono all'anno 2014.

prima dell'applicazione dei meccanismi di trasferimento previsti dai tre fondi complementari si collocavano sopra la media di risorse per abitante (per esempio Madrid, Islas Baleares, Cataluña) si collocano così sotto la media, mentre quelle che erano al di sotto della media (Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla y León) passano a collocarsi al di sopra²¹.

Quanto alle risorse dei due *fondos de convergencia*, deve rilevarsi come i criteri di accesso al riparto e le loro finalità finiscano per intensificare (e financo superare) gli effetti perequativi del riparto del FGSPF, derogando al suindicato *principio de ordinalidad*: il *fondo de competitividad* (costituito originariamente da 2 miliardi e 573 milioni di euro e incrementato annualmente secondo il tasso di crescita delle entrate tributarie dello Stato, ITE) è distribuito tra le sole Comunità che abbiano un indice di finanziamento pro capite inferiore alla media o che abbiano un indice di finanziamento pro capite inferiore alla propria capacità fiscale per abitante, mentre il *fondo de cooperación*, finalizzato a stimolare lo sviluppo regionale e la convergenza in termini di reddito, è ripartito tra le Comunità che abbiano negli ultimi tre anni un PIL pro capite inferiore al 90 per cento della media delle CCAA di regime comune, che abbiano una densità di popolazione inferiore al 50 per cento delle CCAA di regime comune, che negli ultimi tre anni abbiano avuto una crescita della popolazione inferiore al 90 per cento della media delle CCAA di regime comune.



Il *fondo de suficiencia global*, invece, ideato come strumento di chiusura del sistema e di garanzia di un livello di finanziamento non inferiore a quello previgente al 2009, è disciplinato con il fine di mantenere lo *status quo*: il calcolo dei trasferimenti del fondo (in entrata o in uscita

²¹ Un più recente studio, opera la medesima analisi con dati dell'anno 2018, e giunge alle medesime conclusioni. Cfr. N. Bosch, M. Vilalta e I. Lago, *Escenarios para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en España: entre los principios técnicos y las preferencias políticas*, in *Revista de Estudios Políticos*, vol. 197/ 2022, p. 239.

per ciascuna Comunità) avviene sottraendo alle necessità di spesa di ciascuna Comunità nell'anno base – vale a dire l'anno di avvio del nuovo sistema di finanziamento, il 2009 – calcolate secondo il metodo di finanziamento previgente (con l'aggiunta delle risorse addizionali accordate dallo Stato alle Comunità nell'introduzione del nuovo sistema) – le entrate di ciascuna Comunità nell'anno base ed i trasferimenti in entrata o in uscita del fondo di garanzia dei servizi pubblici fondamentali. L'ammontare del *fondo de suficiencia global* è poi aggiornato ogni anno in base alla tasso di crescita delle entrate tributarie dello Stato (ITE). Le distorsioni che provocano i meccanismi di riparto del fondo sono evidenti, giacché rendere equivalenti, ai fini del calcolo, le necessità di spesa e la capacità tributaria sommata ai trasferimenti del FGSPF, ancorandole all'anno base, finisce per perpetuare le differenze di finanziamento tra Comunità che si sono andate producendo nel corso degli anni in ragione di una cattiva configurazione e applicazione dei sistemi di finanziamento anteriori²².

Il *fondo de suficiencia global*, strumento flessibile di chiusura del sistema, è sottoposto ad aggiornamento costante: in un ordinamento territoriale aperto e soggetto a continua evoluzione, esso conserva la finalità di fungere da strumento di risposta ai cambiamenti nell'assetto dell'*Estado autonómico*, procedendosi a revisione del fondo quando si proceda al passaggio di competenze ad una o più Comunità, alla cessione di ulteriori figure impositive, o ancora al variare degli elementi dell'IVA o delle imposte speciali.

3. Il finanziamento del regionalismo differenziato e la perdurante inattuazione del federalismo fiscale regionale in Italia. Un *requiem* per la solidarietà.

Il sistema italiano di finanza regionale è, come noto, caratterizzato dal perdurare dell'inattuazione dei principi di cui alla legge delega sul federalismo fiscale e del relativo decreto attuativo, il d.lgs. n. 68/2011, circostanza che mantiene in uno stato di stabile transitorietà l'intero sistema delle relazioni finanziarie intergovernative. A fronte della previsione, contenuta nel decreto²³, della soppressione integrale del regime di finanza regionale

²² J. Ramos Prieto, A. García Martínez, J. M. Martín Rodríguez e J. M. Macarro Osuna, *A propósito de la reforma del sistema de financiación*, cit., p. 45.

²³ Una analisi efficace del nuovo modello di finanza regionale delineata dal d.lgs. n. 68/2011, è presente in A. Petretto, *La finanza delle Regioni a statuto ordinario in attuazione della Legge delega n. 42/2009 e il finanziamento del federalismo differenziato. Una premessa alla richiesta di autonomia rafforzata della Toscana*, in *Osservatorio regionale sul federalismo*, gennaio 2019.

derivata, e del finanziamento integrale delle spese relative ai livelli essenziali delle prestazioni²⁴ (sanità, assistenza, istruzione, trasporto pubblico locale con esclusione delle spese in conto capitale) mediante compartecipazione al gettito dell'IVA, quote di una nuova addizionale regionale all'IRPEF, i proventi dell'IRAP, sino a sua definitiva soppressione, le imposte proprie, e le risorse di un fondo perequativo «alimentato dal gettito prodotto da una compartecipazione al gettito dell'IVA determinata in modo tale da garantire in ogni regione il finanziamento integrale delle spese»²⁵, le maggioranze contingenti hanno costantemente rinviato l'entrata in vigore del nuovo modello, segnandone dapprima la contrazione, in concomitanza con la crisi economica²⁶, e forse poi l'entrata in un lungo e interminabile inverno, dal quale non sembra ancora venir fuori²⁷.

Come noto, l'entrata in vigore di un tale regime è stata costantemente rinviata dal legislatore, ragione per cui risulta ancora oggi vigente un sistema di trasferimenti dello Stato alle RSO, primo tra tutti il regime di compartecipazione all'IVA con il relativo sistema perequativo previsto dal d.lgs. n. 56/2000 per il finanziamento della spesa sanitaria regionale: tale meccanismo, che attribuisce annualmente alle regioni, con d.P.C.M., la quota di compartecipazione all'IVA sulla base della media triennale dei consumi stimati dall'ISTAT in ciascun territorio, è ancorato al criterio della spesa storica. Le regioni la cui quota di IVA fissata per l'anno corrente ecceda il 69,5 per cento della propria spesa storica cederanno il *surplus* al fondo perequativo nazionale, mentre le regioni che non coprano con la quota di IVA annuale la medesima quota della propria spesa storica, otterranno risorse dal fondo perequativo nazionale,

²⁴ A riguardo si veda, almeno, C. Pinelli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.), in *Diritto Pubblico*, n. 3/2002, p. 881 ss., C. Pinelli, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, n. 3/2018, p. 769 ss. A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, p. 1063 ss., M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

²⁵ Art. 15, c. 5, d.lgs. n. 68/2011.

²⁶ Come efficacemente posto in rilievo da L. Gori, *Contributo alla lettura delle diverse stagioni del federalismo fiscale*, in *Le Regioni*, n. 6/2021, a tale momento di contrazione dei principi di cui all'art. 119 Cost., e di superamento dei principi di cui alla l. n. 42/2009, operato con i provvedimenti emergenziali di risanamento delle finanze pubbliche successivi alla crisi finanziaria del 2008, ha fatto da efficace sponda l'attitudine della Corte costituzionale "accogliendo una interpretazione generalmente estensiva delle norme di coordinamento, al fine di conseguire l'obiettivo di risanamento della finanza pubblica", come d'altronde segnalato dall'allora presidente della Corte, nella relazione sulla giurisprudenza del 2013, in cui si legge che "la Corte non è rimasta insensibile al contesto economico-finanziario: si sono moltiplicate pertanto, anche nel 2013, le decisioni giustificatrici di interventi incisivi dello Stato sulle leggi di spesa delle Regioni; decisioni fondate sul parametro, contenuto nel terzo comma dell'art. 117 Cost., costituito dai principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica. Per l'anno 2013 è paradigmatica in proposito la sentenza n. 236". Si veda a riguardo F. Gallo, *Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017.

²⁷ Di "autunno" e "inverno" nell'attuazione del federalismo fiscale italiano discorre L. Gori, op. cit., p. 1386 ss.

che attribuisce altresì a tutte le regioni il restante 30,5 per cento della quota di compartecipazione annuale, sulla base della capacità fiscale pro capite, del fabbisogno sanitario e della dimensione geografica.

Un tale meccanismo, che si inquadra, per la sua dinamica, tra i trasferimenti statali, attende di essere sostituito, in piena attuazione del novellato art. 119, c. 3, Cost. – che prevede l'istituzione di un fondo perequativo senza vincoli di destinazione²⁸, finalizzato al finanziamento, per le

²⁸ Se il fondo perequativo regionale di cui all'art. 15, d.lgs. n. 68/2011, attuativo dell'art. 119, c. 3, Cost., non ha trovato ancora applicazione, lo stesso non può dirsi invece del fondo perequativo previsto a favore dei Comuni, sempre in attuazione dell'art. 119, c. 3, Cost., che, introdotto nel d.lgs. n. 23/2011 sul federalismo fiscale municipale, è stato attraversato, in ragione della crisi finanziaria e della collegata necessità di reperire risorse per il bilancio dello Stato, da numerose riforme del regime giuridico del divenuto fondo di solidarietà comunale, di fatto risoltesi, variamente, nella decurtazione dal fondo di rilevanti risorse destinate inizialmente ai Comuni. Solo con la legge di bilancio per il 2017 si è giunti ad una determinazione a regime dei meccanismi di funzionamento del fondo. La dotazione del fondo, incrementata della quota ristorativa della perdita del gettito per i comuni derivante dall'esenzione dall'IMU operata nel 2015 (3.753, 3 milioni) e che si riparte sulla base del gettito effettivo di IMU e TASI relativo all'anno 2015 e di altre ulteriori somme introdotte tra il 2017 e il 2021, si riparte, per i comuni delle RSO, sulla base del criterio della spesa storica ed in parte mediante l'applicazione di criteri di tipo perequativo, applicando la differenza tra le capacità fiscali e i fabbisogni standard, come approvati dalla Commissione per i fabbisogni standard entro il 30 settembre dell'anno precedente. Progressivamente, la quota perequativa è andata ampliandosi: si è partiti dal 20 per cento nel 2015, passando per il 30 per cento nel 2016, il 40 per cento nel 2017 e per il 45 per cento per l'anno 2018. La quota, che doveva crescere al 60 per cento per il 2019, all'85 per cento per l'anno 2020 e raggiungere il 100 per cento a decorrere dal 2021, come previsto dalla legge di bilancio per il 2018, è stata tuttavia oggetto di rimodulazione nella legge di bilancio per il 2019, che ha bloccato ne ha bloccato la progressione al 45 per cento. Successivamente, il DL 124/2019 ha determinato un nuovo e più graduale percorso di incremento della quota perequativa, pari al 5 per cento per anno, per raggiungere il 100 per cento nel 2030.

Pur ammettendo i rilevanti stanziamenti introdotti nella legge di bilancio per il 2021, finalizzato all'incremento delle risorse destinate al finanziamento dei servizi sociali comunali (a partire da 215,9 milioni per l'anno 2021 e sino a 650 milioni annui a decorrere dall'anno 2030) e degli asili nido (a partire da 120 milioni per l'anno 2022 e sino a 1.100 milioni annui a decorrere dall'anno 2027), deve rilevarsi, che le disposizioni della legge di bilancio impongono un vincolo di spesa sulle maggiori risorse introdotte, prevedendo che i comuni, in forma singola o associata, garantiscano negli ambiti specifici degli asili nido e dei servizi sociali, il raggiungimento del «livello essenziale della prestazione attraverso obiettivi di servizio annuali», che il contributo costituito dall'incremento del FSC sia ripartito annualmente con decreto ministeriale nonché che con il medesimo decreto siano «disciplinati gli obiettivi di potenziamento dei posti di asili nido da conseguire, per ciascuna fascia demografica del bacino territoriale di appartenenza, con le risorse assegnate, e le modalità di monitoraggio sull'utilizzo delle risorse stesse».

Esattamente tali disposizioni sono state oggetto di impugnativa innanzi alla Corte costituzionale da parte della Regione Liguria, che lamentava come, per il forte vincolo di destinazione imposto alle risorse in oggetto, tale intervento legislativo non poteva trovare spazio nel fondo perequativo ex art. 119, c. 3, Cost. bensì nei fondi perequativi speciali disciplinati dall'art. 119, c. 5, Cost. che consente al legislatore interventi specifici con fini perequativi.

Con la recente sentenza n. 71/2023, la Corte, avallando la tesi regionale, ha rammentato che «nell'unico fondo perequativo relativo ai comuni e storicamente esistente ai sensi dell'art. 119, terzo comma, Cost., non possano innestarsi componenti perequative riconducibili al quinto comma della medesima disposizione, che devono, invece, trovare distinta, apposita e trasparente collocazione in altri fondi a ciò dedicati, con tutte le conseguenti implicazioni, anche in termini di rispetto, quando necessario, degli ambiti di competenza regionali». Operando un bilanciamento tra il vizio di costituzionalità rilevato e «la necessità di non regredire rispetto all'imprescindibile (sentenza n. 220 del 2021) processo di definizione e finanziamento dei LEP (la cui esigenza è stata più volte, come detto, rimarcata da questa stessa Corte)» il Giudice delle leggi ha adottato una pronuncia di inammissibilità con monito, chiamando il legislatore ad «intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119

regioni a minore capacità fiscale, dell'interesse delle rispettive funzioni relative ai livelli essenziali delle prestazioni²⁹ – dal fondo perequativo di cui all'art. 15, c. 5, d.lgs. n. 68/2011, che prevede la convergenza verso il costo e il fabbisogno *standard*, la copertura integrale del fabbisogno finanziario di ciascuna Regione, la copertura del differenziale certificato positivo tra i dati previsionali e l'effettivo gettito dei tributi³⁰.

In un tale stato di cose si innesta il recente progetto governativo di attuazione dell'art. 116, c. 3 Cost., compendiato nel cd. disegno di legge Calderoli, deliberato a marzo dal Consiglio dei Ministri e che, ottenuto il parere favorevole della Conferenza unificata, si appresta a muovere i primi passi in Senato.

Il disegno di legge non si discosta significativamente dalle proposte che lo hanno preceduto nella scorsa legislatura (il cd. d.d.l. Boccia dapprima e il cd. d.d.l. Gelmini poi) per quanto attiene al finanziamento delle competenze regionali derivanti dall'introduzione di forme ulteriori di autonomia alle Regioni a statuto ordinario (d'ora in avanti anche RSO), se è vero che si limita a stabilire che questo avverrà «attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale, nel rispetto dell'articolo 17 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 119, quarto comma, della Costituzione», e che la loro determinazione avverrà con delibera di una Commissione paritetica Stato-Regione, disciplinata a sua volta nell'intesa da approvare con legge.

Tale modello di finanziamento, che, isolatamente considerato, non rappresenterebbe altro se non l'attuazione della legge n. 42/2009 in materia di federalismo fiscale e del relativo decreto

Cost.». Una brillante riflessione sulle sorti del federalismo fiscale municipale, per come regolato dal decreto attuativo è presente in uno scritto dello stesso giudice redattore della sentenza n. 71/2023. Si veda L. Antonini, *La «Caporetto» del federalismo fiscale*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, n. 3/2015.

²⁹ Il comma 7 dell'art. 15 del medesimo decreto, prevede delle quote di fondo perequativo anche per il finanziamento delle spese non LEP, disponendo, più dettagliatamente rispetto alla quota del fondo perequativo per spesa LEP, che alimentino tale quota del fondo le regioni con maggiore capacità fiscale, ovvero quelle nelle quali il gettito per abitante dell'addizionale regionale all'IRPEF superi il gettito medio nazionale per abitante, che al riparto vi accedano le regioni con minore capacità fiscale, ovvero quelle nelle quali il gettito per abitante dell'addizionale regionale all'IRPEF sia inferiore al gettito medio nazionale per abitante, e che il principio di perequazione delle differenti capacità fiscali dovrà essere applicato in modo da ridurre le differenze, in misura non inferiore al 75 per cento, tra i territori con diversa capacità fiscale per abitante senza alternarne la graduatoria in termini di capacità fiscale per abitante. Il legislatore precisa, in conformità con il disposto di cui al comma 3 dell'art. 119 Cost., che la differente modalità di calcolo e i diversi principi delle due quote del fondo perequativo (comma 5 e comma 7) comporti un vincolo di destinazione delle spese.

³⁰ Di più, occorre precisare, ai fini della successiva riflessione sull'attuazione dell'autonomia differenziata e sul suo finanziamento, che, nel calcolo della capacità fiscale di ciascuna regione ai fini della definizione delle quote di fondo perequativo, l'art. 15, c. 5, d.lgs. n. 68/2011, prevede che «nel caso in cui l'effettivo gettito dei tributi sia superiore ai dati previsionali, il differenziale certificato è acquisito al bilancio dello Stato».

attuativo, si innesta in realtà in quello stato di perdurante inattuazione³¹ del nuovo modello di finanza regionale proprio in quei testi disegnato: in tempi assai contigui al disegno di legge Calderoli, nel quale si legge l'intento – che si è appena sopra riportato – di coprire i costi sostenuti per l'esercizio delle competenze cedute dalle Regioni che accedano all'autonomia differenziata con compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali, il Governo si affrettava invece a rinviare, nella legge di bilancio per il 2023, l'entrata in vigore delle disposizioni del d.lgs. n. 68/2011 all'anno 2027.

Come si tenterà di dimostrare, la scelta di dare attuazione prioritaria all'autonomia differenziata regionale, prim'ancora di avere superato il modello di finanza derivata e dato piena attuazione all'art. 119 Cost. attraverso l'attuazione del d.lgs. n. 68/2011, non è politicamente neutra, ed anzi, reca con sé numerose conseguenze sul piano della conformità al regime costituzionale dell'autonomia finanziaria degli enti regionali, ivi compresa la rispondenza al principio di solidarietà interterritoriale, nonché sul piano delle differenze di capacità fiscale tra territori, e, dunque, sul piano dell'accesso ai diritti sociali da parte del cittadino.

Anzitutto, e come è stato da più parti segnalato³², il rischio di un tale approccio parallelo, che attribuisce fin da subito alle regioni che accedano all'autonomia differenziata compartecipazioni al gettito di tributi erariali, incrementandone così l'autonomia finanziaria, e che al contempo mantiene in vita – ancorché fino al 2027 – il modello di finanza derivata per le altre Regioni a statuto ordinario, rischia di tradursi in una nuova forma di specialità, contraria al dettato costituzionale.

Sul piano del diritto sostanziale, ciò che si produce con un tale meccanismo di finanziamento asimmetrico è anzitutto la divaricazione del regime di finanziamento delle Regioni a statuto ordinario, circostanza ancor più aggravata dalla stabile sottrazione di tali risorse dal bilancio dello Stato, che avviene senza meccanismi legali di revisione delle quote o di restituzione del *surplus* nell'ipotesi in cui il costo effettivo del loro esercizio nel corso del tempo dovesse rendersi meno oneroso, ovvero qualora il gettito effettivo dei tributi ceduti in

³¹ M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, p. 126, ripercorre le constatazioni di inadempimento del nuovo modello costituzionale di autonomia finanziaria delle Regioni nella giurisprudenza costituzionale, la quale ha discusso variamente di “perdurante inattuazione”, “perdurante assenza di organica attuazione”, di “attesa della doverosa attuazione”, “perdurante incompleta attuazione” dell'art. 119 Cost., prima, e poi, con le medesime parole, dell'attuazione della l. n. 42/2009.

³² G. Bonerba, *Il finanziamento delle funzioni nell'autonomia differenziata: una nuova forma di specialità?* in C. Bertolino, A. Morelli e G. Sobrino (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, Quaderni del dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino, 2020, p. 641 ss.

compartecipazione si dovesse rivelare maggiore di quello previsto³³. Rientra così, pur scevro dalle roboanti dichiarazioni dei Presidenti di Veneto e Lombardia all'indomani delle consultazioni popolari del 2019, il fantasma del residuo fiscale; declinato diversamente, senza riferimenti al trattenimento dei nove decimi, senza la esplicita previsione per cui «l'eventuale variazione di gettito maturato nel territorio della Regione dei tributi compartecipati o oggetto di aliquota riservata rispetto alla spesa sostenuta dallo Stato nella Regione o, successivamente, rispetto a quanto venga riconosciuto in applicazione dei fabbisogni standard, anche nella fase transitoria, è di competenza della Regione»³⁴ che era invece contenuta nelle pre-intese del 2019, ma che pur sempre cela il medesimo intento di sottrarre alla perequazione parte delle entrate tributarie riscosse sul territorio.

A riguardo occorre forse rammentare la oramai costante giurisprudenza costituzionale che ha negato qualsivoglia valore giuridico alla nozione di residuo fiscale, imbracciata fin dal 2015 dalla Regione Veneto e poi entrata con prorompenteza nel dibattito politico sull'autonomia differenziata. La Corte, nella nota sentenza n. 69/2016, ha infatti avuto a sostenere che «fermo restando che l'assoluto equilibrio tra prelievo fiscale ed impiego di quest'ultimo sul territorio di provenienza non è principio espresso dalla disposizione costituzionale invocata, il criterio del residuo fiscale richiamato dalla Regione non è parametro normativo riconducibile all'art. 119 Cost., bensì un concetto utilizzato nel tentativo, storicamente ricorrente tra gli studiosi della finanza pubblica, di individuare l'ottimale ripartizione territoriale delle risorse ottenute attraverso l'imposizione fiscale. Data la struttura fortemente accentrata, nel nostro ordinamento, della riscossione delle entrate tributarie e quella profondamente articolata dei soggetti pubblici e degli interventi dagli stessi realizzati sul territorio, risulta estremamente controversa la

³³ Di più, occorre segnalare come l'art. 10, c. 1, d.d.l. Calderoli, nel precisare che «L'esame degli atti di iniziativa delle Regioni già presentati al Governo, di cui sia stato avviato il confronto congiunto tra il Governo e la Regione interessata prima della data di entrata in vigore della presente legge, prosegue secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge» consentirà, per le tre regioni che hanno già firmato una pre-intesa nel 2019, di riprendere la negoziazione partendo dagli accordi già raggiunti. Ciò determina potenzialmente, sul piano finanziario, che potrà trovare spazio il principio contenuto nelle pre-intese del 2019, ed in particolare il disposto dell'art. 5 comma 4 delle pre-intese firmate dal Governo Conte I con Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, richiamato alcune righe più in basso. In tal caso, come rileva D. Mone, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116 comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, rispetto agli elementi dei preaccordi più critici, come è il caso della mancata definizione di criteri che contribuiscono a definire le risorse che le regioni potranno utilizzare per garantire i livelli essenziali delle prestazioni, occorre auspicare che tanto il Governo in sede di stipula delle intese, quanto il Parlamento in sede di approvazione delle leggi di conversione delle intese, «tuteli(no) l'unità rispetto ai profili lesivi rilevati nei pre-accordi». Della medesima autrice, si veda, a completamento, Id., *La promozione dell'autonomia nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni a garanzia dell'uguaglianza e dell'unità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2020.

³⁴ Art. 5, c. 4, delle pre-intese firmate dal Governo Conte I con Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna.

possibilità di elaborare criteri convenzionali per specificare su base territoriale la relazione quantitativa tra prelievo fiscale e suo reimpiego. L'esigenza di aggregare dati eterogenei secondo metodologie non univocamente accettate ha fatto sì che il concetto di residuo fiscale sia stato utilizzato piuttosto come ipotesi di studio che come parametro di correttezza legale nell'allocazione territoriale delle risorse. L'accentuata disputa circa le modalità appropriate per un calcolo corretto del differenziale tra risorse fiscalmente acquisite e impiego negli ambiti territoriali di provenienza attraversa la forte dialettica politico-istituzionale afferente alle regioni ed agli enti locali. È significativo – con riguardo alle controverse modalità di valutazione – che proprio la ricorrente, la quale lamenta un forte pregiudizio sotto il descritto profilo, risulti la Regione maggiormente beneficiaria, almeno nel primo decennio del secolo attuale, dell'impiego sul proprio territorio di risorse statali per la realizzazione delle infrastrutture strategiche di interesse nazionale».

Ma c'è di più. Spostando l'analisi sul piano delle fonti e del procedimento di determinazione dei tributi da cedere in compartecipazione e della relativa quota, deve darsi conto, come si è accennato, di come il disegno di legge non preveda altro che – come dalla rubrica dell'articolo 5 – principi relativi all'attribuzione delle risorse finanziarie corrispondenti alle funzioni oggetto di conferimento.

Con una tecnica normativa di dubbia precisione, il disegno di legge precisa da un lato che «le risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per l'esercizio da parte delle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia sono determinate da una commissione paritetica Stato-Regione, disciplinata dall'intesa di cui all'articolo 2», e dall'altro che sarà l'intesa di cui all'art. 2 a individuare «le modalità di finanziamento delle funzioni attribuite attraverso compartecipazioni al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale».

Nulla più dice il disegno di legge. Nulla sui principi che debbono informare le determinazioni della commissione paritetica, nulla circa i tributi da cedere in compartecipazione, né sulla quota relativa.

Certo, nemmeno i meccanismi degli attualmente vigenti artt. 2, c. 4, d.lgs. n. 56/2000 e 15 d.lgs. n. 68/2011, che prevedono procedimenti flessibili attraverso d.P.C.M. – e previo parere della Conferenza unificata – di determinazione annuale del gettito IVA da cedere in compartecipazione alle Regioni, paiono discostarsi da una tale logica che riserva alla legge un ruolo marginale.

E tuttavia, non può non rilevarsi come, non contenendo l'attuale disegno di legge di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., alcuno specifico criterio o principio unitario per l'attribuzione delle risorse finanziarie, i negoziati con ciascuna regione potrebbero prevedere tributi e meccanismi diversi di compartecipazione.

A ciò si aggiunga che, la natura pattizia dell'intesa, ed in particolare degli accordi che determinano le risorse finanziarie attribuite alla Regione che acceda all'autonomia differenziata, attribuisce alla legge di approvazione dell'intesa una resistenza passiva a modifica o abrogazione, e ciò almeno per la durata di dieci anni³⁵. Ciò, tuttavia, non può in nessun caso privare il Parlamento, in sede di approvazione dell'intesa raggiunta in fase negoziale tra gli esecutivi, del potere di emendare ogni aspetto del disegno di legge, pena lo svuotamento della funzione legislativa e il sovvertimento dei principi concernenti la perequazione, il finanziamento integrale delle funzioni e la capacità di copertura dei livelli essenziali delle prestazioni previsti dall'art. 119 Cost., cui, si ricorderà, deve conformarsi la legge di approvazione delle «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia».

Premessi tali elementi, e considerata altresì l'assenza di qualsivoglia meccanismo che consenta allo Stato di trattenere l'eventuale *surplus* di gettito che eventualmente si dovesse realizzare in ciascuna regione, ne consegue che ogni variazione del gettito effettivamente riscosso rispetto ai tributi ceduti in compartecipazione non potrebbe che restare sul territorio, sfuggendo stabilmente ai meccanismi di perequazione interterritoriale.

Una tale circostanza si pone peraltro in netta antitesi rispetto alla previsione di cui all'art. 15, d.lgs. n. 68/2011, che prevede, per le RSO, che «nel caso in cui l'effettivo gettito dei tributi sia superiore ai dati previsionali, il differenziale certificato è acquisito al bilancio dello Stato».

Ipotizzando invece che la Commissione paritetica deliberi di inserire nell'intesa un meccanismo di determinazione annuale del gettito con atto governativo, limitandosi a fissare i tributi in compartecipazione ed un ammontare minimo di risorse annue, la criticità di fondo nel sistema persisterebbero: da un lato si sottrarrebbe, senza la specifica approvazione del Parlamento,

³⁵ Come segnala in realtà A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità, diffuse*, in *Rivista di Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. speciale 2/2019, p. 3, il procedimento di formazione della legge mediante intesa è tanto complesso (consultazione dei territori, negoziati tra esecutivo regionale e statale e approvazione parlamentare) da potere ritenere che, nella sostanza, si tratti di un procedimento legislativo di fatto irreversibile, blindando così, in un procedimento assai rigido, un fenomeno "che, invece dovrebbe implicare, in *re ipsa*, una certa dose di mutevolezza legata alle modifiche sociali, economiche, logistiche dei singoli territori". A. D'Atena, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u. c. Cost.)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, p. 325 ss., ritiene inoltre di negare la possibilità che una legge cornice sull'attuazione dell'art. 116 Cost. possa limitare i contenuti negoziati e dunque la portata della legge di approvazione dell'intesa, che rappresenta, come detto, una legge rinforzata.

tramite legge, una quota rilevante di risorse dal bilancio dello Stato per trasferirlo stabilmente a quello delle Regioni, e dall'altro persisterebbe la differenziazione dei meccanismi di compartecipazione al gettito dei tributi erariali tra regioni ordinarie prive di autonomia differenziata e regioni ordinarie ad autonomia differenziata. Il procedimento di definizione delle risorse finanziarie sarebbe dunque rimesso alla discrezionalità degli esecutivi, nazionali e regionali, con una privazione sostanziale dei poteri delle Camere³⁶.

Coesisterebbero così, sino almeno al 2027, per le regioni a statuto ordinario senza autonomia differenziata e per le regioni ad autonomia differenziata – limitatamente alle sole competenze ordinarie – il vecchio regime di finanziamento privo di compartecipazioni al gettito di tributi erariali, escluso il regime di compartecipazione all'IVA regolato dal d.lgs. n. 56/2000, e, per le sole competenze ulteriori attribuite alle regioni ad autonomia differenziata, un ulteriore regime di compartecipazioni al gettito di tributi erariali.

Di più, qualora le intese prevedessero compartecipazioni ulteriori al gettito IVA per le regioni ad autonomia differenziata, il regime ordinario di cui al d.lgs. n. 56/2000 necessiterebbe di modifiche, soprattutto con riguardo al regime dell'ex fondo perequativo.

Vista poi l'ampiezza delle competenze potenzialmente attribuibili alle Regioni in applicazione dell'art. 116, c. 3, Cost.³⁷, e considerato che allo stato attuale il 70,1 per cento del gettito IVA³⁸, al netto di quanto devoluto alle regioni a statuto speciale e delle risorse UE, è ceduto in

³⁶ A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato*, cit., p. 11.

³⁷ Il dibattito concernente il novero delle materie da potere devolvere alle regioni mediante l'applicazione dell'art. 116 comma 3 è invero non ancora sopito. Taluni ritengono infatti che la devoluzione di tutto il blocco di materie previste dalla norma costituzionale comportando lo svuotamento della competenza concorrente di cui all'art. 117, c. 3. In tal senso si veda G. Macciotta, *Art.116, terzo comma, una logica di sistema: perché sia efficace e non un privilegio di pochi*, in *Astrid Online*, 25 marzo 2019, p. 4. Rilevi simili sono svolti da A. Lucarelli, cit., p. 11. Contro tale tesi si veda, tra gli altri R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, il quale segnala come l'art. 116, c. 3, Cost. nel prevedere l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni di autonomia in tutte le materie di competenza concorrente e nelle specifiche materie di competenza esclusiva dello Stato ne ha preveduto l'esito, non potendosi dunque discorrere di contrasto della clausola di asimmetria costituzionale con l'art. 117 comma 3. Con talune differenziazioni, si veda S. Mangiameli, *L'attuazione dell'articolo 166, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali, del 29 novembre 2017, ISSIRFA, p. 6, il quale segnala come lo spostamento di competenze legislative previsto dall'art. 116 comma 3, incontri alcuni limiti, per esempio, nel caso del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, per via della previsione dell'art. 119 Cost., e in quello dei rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni, per le implicazioni di sistema che si desumono dall'art. 117, c. 5 e 9 Cost. Di più, l'autore segnala come le clausole di attrazione della competenza regionale allo Stato introdotte dalla Corte costituzionale in avallo delle pratiche del legislatore statale, continueranno a svolgere un certo rilievo pure nelle materie devolute alle regioni ad autonomia differenziata.

³⁸ Cfr. d.P.C.M. 10 dicembre 2021, *Rideterminazione dell'aliquota della compartecipazione regionale all'IVA*, relativa all'anno 2020.

compartecipazione alle regioni, è facilmente immaginabile che altri tributi erariali debbano essere ceduti in compartecipazione, prima tra tutti l'IRPEF.

Tale era, peraltro, l'ipotesi concordata nelle pre-intese del 2019, dimenticando forse il parere espresso nel 2005 dall'allora Alta Commissione per la definizione dei meccanismi strutturali del federalismo fiscale (cd. Commissione Vitaletti), la quale giunse alla conclusione che l'IVA fosse l'imposta più idonea a rappresentare la principale entrata tributaria delle regioni, e non già l'IRPEF. Come d'altronde è stato rilevato, la natura particolarmente volatile del gettito IRPEF, determinato basicamente dalle variazioni annuali del reddito, e la sua distribuzione territoriale ampiamente sperequata «rende assolutamente sconsigliabile ipotizzare una compartecipazione regionale al gettito dell'IRPEF o l'applicazione di aliquote riservate sulla base imponibile del medesimo tributo riferibile al territorio regionale»³⁹.

Ora, la cessione di una quota considerevole della principale imposta diretta, per le sole Regioni ad autonomia differenziata, a fronte della permanenza delle altre Regioni ordinarie nel regime di finanza derivata, e per di più attraverso un meccanismo di determinazione di natura pattizia – e ciò vale tanto nel caso in cui il regime di compartecipazione fosse determinato direttamente dall'intesa trasfusa in legge, quanto nel caso in cui l'intesa dovesse rinviare a successivi atti governativi da approvare annualmente o a cadenza determinata – rappresenta chiaramente il tentativo di assimilare la finanza delle Regioni differenziate con quella delle Regioni a statuto speciale: la mancanza di meccanismi di adeguamento delle compartecipazioni ispirati al principio di corrispondenza tra risorse e funzioni di cui all'art. 119, c. 4, Cost., ed idonei a riportare nel bilancio dello Stato l'eventuale *surplus* di gettito che si dovesse manifestare, sottrae una quota potenzialmente relevantissima del gettito IRPEF – giacché allo stato attuale, vale la pena rilevarlo, sarebbero tre tra le Regioni a più alta capacità fiscale ad accedere all'autonomia differenziata – essenziale affinché le imposte dirette possano svolgere quella funzione di compensazione della natura fortemente regressiva di quelle indirette⁴⁰.

Pure immaginando che, nell'orizzonte temporale definito dal Governo nella legge di bilancio per il 2023, e vale a dire entro il 2027, si proceda all'attuazione del nuovo modello di finanza

³⁹ S. Villani, *Regionalismo fiscale differenziato. I privilegi dell'autonomia e i problemi del Mezzogiorno*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, nn. 3-4/2019, p. 972. L'autore rileva come, guardando all'IVA, il divario mezzogiorno-nord tra le basi imponibili sia tutto sommato esiguo (23,2 per cento) e assolutamente risibile la differenza di gettiti raccolti (0,1 per cento), mentre, prendendo in considerazione l'IRPEF, si registrano divari nettamente più ampi, pari al 34 per cento per quanto attiene alle basi imponibili, di oltre il 25,3 per cento tra i prelievi netti dei contribuenti, e un divario tra i gettiti pro capite dei residenti pari al 44,7 per cento.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 975.

regionale delineato dal d.lgs. n. 68/2011, questo andrebbe a innestarsi su un quadro normativo già profondamente segnato dall'introduzione dell'autonomia differenziata: i medesimi tributi da cedere in compartecipazione a tutte le regioni a statuto ordinario in attuazione del federalismo fiscale, sarebbero già ceduti, in quote significative, alle regioni ad autonomia differenziata, le quali, a loro volta, parteciperebbero al nuovo fondo perequativo previsto dall'art. 15, d.lgs. n. 68/2011 in misura minore, e difficilmente saranno disposte a mutare la loro posizione di privilegio allorquando si dovesse dare attuazione al nuovo assetto della finanza regionale⁴¹.

Non a caso, di recente, scorrendo dell'accelerazione, dettata dal Governo, nell'attuazione dell'autonomia differenziata, nel quadro di un ulteriore rinvio dell'attuazione della nuova finanza regionale delineata a partire dalla legge delega n. 42/2009, eminente dottrina ha rilevato come tale piano soffra di metacronia, giacché anziché affrontare unitariamente le questioni concernenti la finanza delle regioni a statuto ordinario nella «sede propria della legge di attuazione dell'art. 119 Cost., nell'esercizio delle deleghe previste da quella legge n. 42 del 2009»⁴² si sta dando attuazione al regionalismo differenziato senza avere proceduto al riordino funzionale della finanza regionale, all'attuazione globale dei LEP e dei meccanismi di perequazione, come la logica della buona legislazione avrebbe richiesto⁴³. E proprio con riguardo alla definizione dei LEP emerge nuovamente il preoccupante piano affetto da metacronia del Governo: la legge di bilancio per il 2023, ad onta del richiamo alle espressioni usate dalla Corte costituzionale, allorquando ha definito i LEP «soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale»⁴⁴

⁴¹ C'è pure chi ha sostenuto che il regionalismo differenziato si ponga come un modello sperimentale nel nostro ordinamento regionale, «portato avanti da alcune regioni, ma destinato via via a generalizzarsi per un naturale e già evidente fattore *emulativo*», nonché in ragione del fatto che l'ordinamento repubblicano nel suo complesso non potrebbe a lungo tollerare un «un sistema amministrativo a macchia di leopardo» in cui ogni Regione ha funzioni diverse, scomponendo l'unità amministrativa statale. Di tali riflessioni, note in dottrina, dà conto A. Ferrara, *I criteri e le materie dell'asimmetria*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2019, il quale richiama le tesi di R. Bin, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 aprile 2017, C. Tubertini, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, in *Federalismi.it*, n. speciale 7/2018, R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, n. 4/2017, B. Caravita, *L'autonomia del Nord nel perimetro della Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017. Ora, pure immaginando un tale progressivo accesso dell'interesse delle RSO al regionalismo differenziato, ciò che resterebbe a *macchia di leopardo* per via della natura pattizia del processo, è il sistema di finanziamento, a meno di non rinnegare *in toto* il principio della natura pattizia del regime di finanziamento delle competenze ulteriori, che sino ad oggi è stato sempre mantenuto, in ognuna delle proposte di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., e di attribuire alla sola legge statale, previa intesa in sede di conferenza unificata, la sua definizione.

⁴² S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, p. 10.

⁴³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 220/2021.

nonché «il nucleo invalicabile di garanzie minime» per rendere effettivi tali diritti, ha previsto un meccanismo speciale per la determinazione dei soli livelli essenziali delle prestazioni che ricadano nelle competenze trasferibili ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., e vale a dire con esclusione dei LEP per le prestazioni sociali (salvo quelli già definiti nella legge di bilancio per il 2022), rinviando ogni altra determinazione in materia che esuli dagli ambiti competenziali toccati dall'art. 116 all'anno 2027.

Ciò appare in contrasto con la finalità, che ha mosso il legislatore costituzionale della riforma del Titolo V, di attribuire all'esclusiva competenza legislativa dello Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», e vale a dire quella di dotare il legislatore statale di «un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto»⁴⁵.

Ancora una volta appare la volontà di accelerare il percorso dell'autonomia differenziata – pur vincolando alla fissazione dei LEP l'attuazione delle forme e condizioni ulteriori di autonomia regionale – lasciando invece le regioni a statuto ordinario nel quadro regolatorio della Costituzione finanziaria provvisoria «che, con modalità largamente derogatorie rispetto all'art. 119 Cost., regola dal 2001 i rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali»⁴⁶.

Se dunque per taluno la disciplina posta nella legge di bilancio ed il successivo disegno di legge di attuazione dell'autonomia differenziata possono essere considerati «come il primo passo di un più ampio ed esteso processo di definizione delle regole legislative rivolte a presiedere, auspicabilmente anche in senso sistematico, alla precisazione del percorso di attuazione dell'autonomia differenziata»⁴⁷, ciò che pare leggersi dal susseguirsi degli atti di natura legislativa e dalle proposte in campo è invece la volontà di innesto frettoloso e forzato dell'autonomia differenziata in un quadro della finanza regionale ancora ancorato alla provvisorietà, circostanza che rischia, data la potenziale ampiezza delle competenze trasferibili, la natura pattizia della disciplina sul finanziamento delle competenze ulteriori, la perdurante inattuazione in senso organico dei livelli essenziali delle prestazioni⁴⁸, del costo e del

⁴⁵ Corte cost., sentenza n. 88/2003.

⁴⁶ G. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, n. 1/2023, p. 8.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁸ Come segnala a commento del disegno di legge cd. Calderoli C. Buzzacchi, *Se questo è Regionalismo*, in *lacostituzione.info*, 6 febbraio 2023, il ricorrere dei LEP nel disegno di legge quale condizione preliminare per

fabbisogno *standard*, come l'assenza di meccanismi di controllo della corrispondenza tra mutamenti del gettito dei tributi ceduti e livello di spesa nei servizi ceduti, di aprire un varco nella disciplina del regionalismo italiano, attribuendo alle regioni ad autonomia differenziata un modello e un livello di finanziamento che assomiglia all'autonomia speciale, e che gli consentirebbe di sottrarsi per gran parte ai doveri inderogabili di solidarietà⁴⁹, eventualità nettamente esclusa dalla stessa Corte costituzionale, ben prima del formale avvio delle iniziative delle regioni interessate, allorquando ha chiarito che il finanziamento del regionalismo differenziato non possa in alcun modo alterare gli «elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabili a garantire la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima»⁵⁰.

4. Federalismo fiscale, asimmetria, meccanismi di perequazione e modelli negoziali in Spagna e Italia.

Sebbene non manchino in dottrina studi ben più articolati atti a comparare il modello di finanza regionale italiano introdotto con la l. n. 42/2009 con il regime di finanziamento delle Comunità Autonome di regime comune in Spagna⁵¹, il presente lavoro mira a esaminare più nel dettaglio agli effetti dell'attuazione dell'autonomia differenziata sul sistema della finanza regionale italiano, ed in particolare all'impatto sui principi costituzionali di solidarietà ed eguaglianza, guardando al più accentuato tra i modelli di federalismo fiscale negli Stati regionali europei,

l'avvio del percorso che conduce all'autonomia differenziata, non rassicura per due motivi. Da un lato perché negli ambiti dove i LEP esistono si assiste comunque alla loro astrattezza ed il mancato riscontro nella realtà delle amministrazioni pubbliche dei territori più in condizioni di disagio "Dove mancano le condizioni affinché gli apparati pubblici preposti alle infrastrutture ed ai servizi alla persona possano offrire prestazioni ai cittadini, la classificazione di queste ultime con l'intento di fissare le soglie di uniforme erogazione a beneficio di chiunque appare, ormai, un esercizio accademico o di stile, che non ha alcun contatto o riferimento obiettivo con la situazione effettiva". Dall'altro, occorre rammentare come il ddl Calderoli preveda invarianza finanziaria, escludendo così scenari di riaggiustamento delle dotazioni "Né a vantaggio dei territori che si candidano all'intesa, né a vantaggio delle istituzioni che manterranno invariata la qualità della loro autonomia".

⁴⁹ Cfr. G. Della Cananea, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2005, nonché S.F. Cociani, *Le basi della perequazione nel federalismo fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, n. 1/2011.

⁵⁰ Corte cost., sentenza n. 118/2015.

⁵¹ A riguardo non può non citarsi il volume di G.G. Carboni, *Federalismo fiscale*, cit., o ancora il volume di F. Palermo, E. Alber e S. Parolari (a cura di) *Federalismo fiscale: una sfida comparata*, Padova, Cedam, 2011. Si veda altresì S. Gambino (a cura di) *Il federalismo fiscale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2014; F.E. Grisostolo, *Stato regionale e finanza pubblica multilivello. Una comparazione fra Italia e Spagna*, Milano, Cedam, 2020; G. Massa Gallerano, *Autonomia finanziaria e solidarietà. Una comparazione tra Spagna e Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

vale a dire quello spagnolo, e ciò con l'obiettivo di scorgervi gli elementi apprezzabili e le criticità, e contribuire così alla riflessione sull'attuazione del nuovo sistema di finanza regionale nell'ambito di un regionalismo potenzialmente asimmetrico.

Oltre ad avere progressivamente intensificato nel senso delle direttrici del *fiscal federalism* il proprio modello di finanziamento delle autonomie, l'ordinamento spagnolo rappresenta da sempre il sistema regionale differenziato per eccellenza⁵², ragione per cui l'analisi del regime di finanziamento regionale, delle sue modalità di armonizzazione dell'asimmetria di competenze, e degli effetti della spiccata autonomia finanziaria delle Comunità Autonome, è in grado di restituire interessanti elementi di riflessione per il dibattito italiano.

Come noto, tanto in Spagna quanto in Italia convivono oggi due regimi di finanziamento, uno ordinario, fissato con legge per tutte le Comunità Autonome di regime comune o per tutte le regioni a statuto ordinario, ed uno speciale, proprio dei territori dotati di autonomia speciale (*País Vasco* e *Navarra* in Spagna, regioni a statuto speciale in Italia) fondato sull'intesa, e che si sottrae alla solidarietà interterritoriale, operando su principi inversi rispetto a quelli ordinari: ciò vale certamente più in Spagna che in Italia, se è vero che il modello del *concierto económico* con i Paesi Baschi o del *convenio económico* con Navarra, oltre a sottrarre integralmente i due territori forali da qualsivoglia contributo alla finanza pubblica, dispone nel senso della esclusiva titolarità di tutte le imposte riscosse sul territorio alle due Comunità, che restituiscono annualmente allo Stato la sola quota accordata, pari al costo dei servizi delle amministrazioni centrali sul proprio territorio (cd. *aportación económica* della *Comunidad Foral de Navarra* e *cupo* del *País Vasco*)⁵³. Non differisce sensibilmente il sistema di finanza delle regioni a statuto speciale italiane, se è vero che sono gli statuti, approvati con legge costituzionale, a stabilire ambiti e limiti della potestà impositiva, tributaria, finanziaria e contabile di ciascuna regione,

⁵² Con riguardo ai modelli del regionalismo italiano si veda A. D'Atena, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici del regionalismo italiano*, 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, Giuffrè, 2012.

⁵³ A. De la Fuente, *Sobre el sistema de financiación foral: notas para un debate necesario*, in *Fedea Policy Papers*, n. 20/2020; J. López Laborda, *Veinticinco años de financiación autonómica: balance y perspectivas*, in *Mediterráneo Económico. Un balance del Estado de las Autonomías*, n. 10/2006, p. 203 ss.; A. Zabalza, *Una nota sobre el ajuste del IVA en el sistema foral de financiación: marco analítico y propuesta de un nuevo mecanismo*, in *Hacienda Pública Española*, n. 3/2012; Come segnalano M. Bassols, N. Bosch, M. Vilalta, *El modelo de financiación*, cit., p. 29 "La diferencia en los resultados que proporciona el modelo foral se debe, en primer lugar, al mismo diseño de los sistemas de cálculo de la cuota (cuantía de recursos que las comunidades forales transfieren al Estado en concepto de las competencias que éste presta en territorio foral). Dicho cálculo se hace determinando las cargas no asumidas por los gobiernos forales y no incluye ninguna aportación al sistema de nivelación de recursos con el resto de comunidades autónomas. En segundo lugar, la diferencia se explica también por la forma en que se cuantifican las cargas asumidas por el Estado a efectos del cálculo de la cuota".

ad elencare i tributi erariali il cui gettito è devoluto, interamente o in parte, alla Regione, come anche la loro quota. Tutti gli statuti prevedono poi che un accordo bilaterale, trasfuso in legge ordinaria, possa variare le aliquote di compartecipazione ai tributi erariali e determinare le modalità di concorso di ciascuna regione agli obiettivi di finanza pubblica. E proprio attraverso gli accordi bilaterali in materia finanziaria, nel corso degli anni della crisi economica, si è prodotto l'incremento di contributi delle regioni a statuto speciale alla finanza pubblica (definitivamente fissato a seguito degli accordi del 2021 con ciascuna regione, che ha determinato in 82 milioni il contributo della Valle D'Aosta, 713 milioni quello della Regione Trentino-Alto Adige, 432 milioni quello del Friuli-Venezia-Giulia, 800 milioni quello della Regione Siciliana e 306 milioni quello della Regione Sardegna), nonché la revisione delle quote di compartecipazione al gettito dei tributi erariali ceduti, che restano per la maggior parte attribuiti alle regioni (si segnala, per esempio, come a decorrere dal 2015, alle Province Autonome di Trento e Bolzano spettino gli 8 decimi dell'IVA e i 9 decimi delle altre imposte erariali, a decorrere dal 2011 alla Regione Valle D'Aosta è attribuito l'intero gettito delle imposte sul reddito e sul patrimonio, nonché dell'IVA, al Friuli-Venezia-Giulia, è stata ridotta la quota di compartecipazione all'IRPEF, da 6 a 5,91 decimi, all'IVA, da 9,1 a 5,91 decimi, e alle accise sull'energia elettrica e i tabacchi, da 9 a 5,91 decimi).

Tale tentativo di richiedere alle regioni a statuto speciale di compartecipare alla solidarietà interterritoriale e di concorrere alla finanza pubblica, che si è realizzato in certa misura in Italia, appare invece assai lontano in Spagna, dove numerose sono le riflessioni sulla necessità di ottenere maggiori risorse per il finanziamento dello stato sociale attraverso un cambio nel regime di finanziamento forale⁵⁴, al fine di avvicinare la misura del reddito pro capite registrato nel *País Vasco* e in *Navarra* a quello, ben più esiguo, delle CCAA finanziate secondo il regime

⁵⁴ Il succitato *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica*, a più riprese sostiene la necessità che i contributi verticali apportati dallo Stato nel sistema di finanziamento comune delle CCAA, siano incrementati “*mediante las aportaciones de las Comunidades forales necesarias para nivelar los recursos de todas las Comunidades para SPF por habitante ajustado, actuando como vehículo para la contribución de las primeras a la solidaridad interterritorial*”.

comune⁵⁵, e ciò attraverso la richiesta di una quota delle entrate tributarie delle due Comunità forali, che possa confluire nei meccanismi di *nivelación*⁵⁶.

E però, anziché agire sulle modalità di calcolo dei contributi delle due Comunità forali per i servizi dello Stato nel loro territorio – ampiamente riconosciute come erranee e poste a eccessivo vantaggio delle finanze forali⁵⁷ – col fine di incrementare le risorse da queste apportate alla fiscalità generale, le maggioranze al governo, a prescindere dal colore politico, si sono progressivamente orientate per una intensificazione dell'autonomia finanziaria delle Comunità di regime comune, cedendo quote sempre più crescenti dei tributi statali, e ciò dietro pressione del nazionalismo catalano: a partire dalla prima cessione dell'IRPF, introdotta nel modello di finanziamento del 1997, successivo agli accordi di governabilità tra il *Partido Popular*, *Convergencia i Unió* e il *Partido Nacionalista Vasco*, che intendeva spingere l'intero modello autonomico in senso fortemente asimmetrico, sino alla definizione dell'attuale regime di finanziamento adottato nella riforma della LOFCA del 2009, ciò che emerge è la volontà della Catalogna di assimilare sempre più il proprio regime di finanziamento al modello forale, e di raggiungere un ammontare di risorse proprie assimilabile alle risorse del *País Vasco* e di *Navarra*. La storia dello Statuto catalano del 2006 è d'altronde quella del tentativo, operato dall'allora Presidente del Governo Zapatero, di trovare “una solución diferenciada y propia para Cataluña”⁵⁸, ed in particolare, sul piano dell'assetto finanziario, una soluzione che attribuisse alla *Generalitat*, in un sistema a base negoziale – che rafforzava il ruolo decisivo della *Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat*⁵⁹ – un ammontare

⁵⁵ Secondo M. Bassols, N. Bosch e M. Vilalta, *El modelo de financiación*, cit., p. 29 “El modelo de financiación que tienen las comunidades autónomas de régimen foral proporciona a sus gobiernos un volumen de recursos claramente superior a los que proporciona el modelo de financiación del régimen común. Concretamente, el Gobierno del País Vasco disponía de un 76% más de recursos por habitante que la media de los gobiernos de las comunidades autónomas de régimen común. Así pues, en el Estado español se da un claro incumplimiento del principio de equidad horizontal, lo que permite afirmar que se está incumpliendo el artículo 138.2 de la Constitución, que establece que los estatutos de autonomía no pueden dar lugar a privilegios económicos y sociales”.

⁵⁶ Si vedano le proposte di J. Ramos Prieto, A. García Martínez, J. M. Martín Rodríguez e J. M. Macarro Osuna, *A propósito de la reforma del sistema de financiación*, cit., nonché il *Libro blanco sobre la reforma tributaria*, curato dalla *Comisión de personas expertas para elaborar el libro blanco sobre la reforma tributaria*, o ancora il succitato *Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica*.

⁵⁷ A. Castells, P. Sorribas e M. Vilalta, *Las subvenciones de nivelación en la financiación de las comunidades autónomas. Análisis de la situación actual y propuestas de reforma*, Barcelona, Publicacions Universitat de Barcelona e Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

⁵⁸ J. Claret e M. Santirso, *La construcción del catalanismo. Historia de un afán político*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2014, pp. 222-223.

⁵⁹ Successivamente, con la celebre STC n. 31/2010 sullo Statuto Catalano, il *Tribunal Constitucional* ha operato una *interpretación constitucional restrictiva* dell'art. 210 dello Statuto di Autonomia della Catalogna, affermando che le funzioni di determinazione dell'entità delle cessioni dei tributi statali, dei meccanismi di perequazione e le

di risorse maggiore, certo e manovrabile, nonché una amministrazione finanziaria propria. E proprio quello Statuto, assieme agli altri Statuti approvati nel corso della VIII legislatura, e le profonde innovazioni che avevano operato nella cessione dei tributi, nella determinazione dei meccanismi di *nivelación* e negli altri aspetti del sistema di finanziamento, rendevano necessario un aggiornamento della LOFCA, finalizzata ad ampliare i margini di autonomia di entrata, di spesa e impositiva delle CCAA di regime comune.

E però, ciò che non è mai stato messo in discussione nelle numerose riforme della LOFCA, né in quella del 2009, è l'unitarietà del sistema di finanziamento, e ciò, si badi, ad onta di una sensibile asimmetria di competenze che ancora oggi si registra tra le Comunità Autonome. Si pensi alla competenza in materia di polizia autonoma integrale, gestione del traffico, amministrazione della giustizia e sistema penitenziario, ispettorato del lavoro, patrimonio architettonico ed edilizia, trasferite nel tempo solo ad alcune Comunità (segnatamente Catalogna, Galizia e Comunità Valenciana). Il legislatore organico della LOFCA ha optato, nonostante tale asimmetria attuale e potenziale, per mantenere un sistema di finanziamento integrale per tutte le CCAA di regime comune, idoneo però, in un ordinamento territoriale aperto a successivi trasferimenti di competenze attraverso revisioni degli Statuti di Autonomia, nonché ex art. 150, c. 2, CE, a finanziare altresì le cdd. *competencias no homogéneas*. Tale meccanismo flessibile di chiusura del sistema è costituito dal *fondo de suficiencia global*, che, oltre a funzionare a garanzia dello *status quo* precedente alla riforma del 2009 – con le criticità che ciò comporta, come segnalato sopra – costituisce lo strumento di finanziamento delle competenze differenziate: come si è detto, il FSG, che già contiene nel calcolo per l'anno base il costo delle competenze non omogenee attribuite entro l'anno 2009, viene aggiornato annualmente e, qualora nel corso dell'anno sia avvenuto un trasferimento di competenze – che transitoriamente viene finanziato mediante un trasferimento del capitolo di spesa corrispondente dal bilancio dello Stato alla Comunità Autonoma – si procede ad aggiungere, al valore del FSG dell'anno precedente, la quota corrispondente al costo delle competenze

altre funzioni decisorie attribuite allá *Comisión Mixta* dallo Statuto «*no excluyen ni limitan la capacidad de las instituciones y organismos de carácter multilateral en materia de financiación autonómica, no afectan a la reserva de ley orgánica prevista en el art. 157.3 de la Constitución, ni sustituyen, impiden o menoscaban el libre y pleno ejercicio por parte del Estado de sus propias competencias*».

trasferite con il valore dell'anno base (2007), aggiornando poi la somma sulla base della variazione dell'indice delle entrate tributarie dello Stato (ITE) per l'anno in corso⁶⁰.

Pur con tutti i limiti che un tale sistema di finanziamento comporta, ed in particolare la sua riconosciuta opacità, per via dei numerosi fondi e i complessi meccanismi di perequazione, l'ancoraggio all'anno base e la garanzia dello *status quo*, che impedisce il pieno funzionamento dei costi e dei fabbisogni *standard*, il modello unitario fissato dalla LOFCA, concordato nel *Consejo de Política Fiscal y Financiera* e trasfuso in una legge organica, senza negoziazioni e intese bilaterali tra governo statale e singoli governi autonomici, che cede a tutte le CCAA di regime comune i medesimi tributi e le medesime quote, che finanzia le competenze non omogenee presenti e future attraverso un meccanismo automatico di aggiornamento che non altera la logica del sistema, rappresenta certamente, sul piano del metodo, per l'ordinamento italiano, un modello positivo.

Contrariamente a tale approccio, i piani del Governo italiano per l'attuazione dell'autonomia regionale differenziata sono tesi a introdurre un modello negoziale bilaterale di determinazione del regime di finanziamento delle competenze ulteriori da attribuire alle regioni, e ciò mantenendo in piedi, per le tutte le altre RSO, un regime di finanziamento differente, ancorato ai trasferimenti statali e a un modello di compartecipazione all'IVA risalente all'anno 2000, e non rispondente al nuovo parametro costituzionale.

Procedere invece alla piena attuazione del federalismo fiscale, e dunque all'attuazione integrale dei livelli essenziali delle prestazioni, dei fabbisogni e dei costi *standard*, e solo successivamente integrare, in un sistema unitario, un fondo per il finanziamento delle competenze ulteriori che, ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost., tutte le regioni potrebbero richiedere, sottraendo così all'intesa i profili finanziari dell'autonomia differenziata, costituirebbe una assai migliore scelta, per molti aspetti costituzionalmente imposta. Ciò anzitutto perché, in un quadro normativo costituzionalmente conforme, che non tenda a imitare il modello di autonomia speciale, non può che spettare allo Stato la disciplina degli aspetti finanziari delle competenze devolute alle RSO, se è vero che l'attuazione delle forme ulteriori di autonomia deve soggiacere ai limiti di cui all'art. 119 Cost. Come potrebbe allora il fondo perequativo di cui al comma 3 non alimentarsi delle rilevanti quote di tributi erariali che invece, con

⁶⁰ Tale meccanismo è illustrato con dovizia di dettagli nello studio di A. De la Fuente, *La liquidación de 2020 del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común*, in *BBVA Research*, Documento de Trabajo, n. 22/08, agosto 2022, p. 7.

l'attuazione delle intese volute dal ddl Calderoli, sarebbero cedute in compartecipazione alle regioni ad autonomia differenziata? Come potrebbe dirsi rispettato il principio di integrale finanziamento delle funzioni, se l'eventuale extra-gettito prodotto dai tributi erariali ceduti in compartecipazione alle regioni che dovessero accedere all'autonomia differenziata secondo il modello indicato dal d.d.l. Calderoli, potrebbe essere da queste trattenuto sul territorio?

Sullo sfondo restano sempre gli affannati tentativi di taluni territori ad alta capacità fiscale di sottrarsi al regime ordinario di finanziamento e alla solidarietà interterritoriale, e di tendere invece ai benefici della specialità: quella secessione dei ricchi che taluno ha invocato⁶¹ e che oggi è ancora possibile, a fronte del meccanismo pattizio posto alla base dell'autonomia differenziata, del perdurare dell'inattuazione del d.lgs. n. 68/2011 e dello sfasamento normativo e finanziario che tale affrettata sovrapposizione produrrà, quando il legislatore deciderà di dare attuazione al federalismo fiscale regionale. In quel momento, in tutta la sua drammaticità, apparirà evidente come le maggiori risorse che le regioni ad autonomia differenziata avranno ottenuto attraverso il meccanismo negoziale, e alle quali certamente non vorranno rinunciare, impediscano il pieno operare del fondo perequativo ex art. 15 d.lgs. n. 68/2011, e con esso del principio di integrale finanziamento delle funzioni delle altre regioni a statuto ordinario. In quel momento però, il principio pattizio impedirà probabilmente il ritorno ad un sistema unitario di finanziamento, segnando così un *requiem* per la solidarietà.

Abstract: Il lavoro intende guardare alle recenti proposte di attuazione del regionalismo differenziato in Italia sul piano dei meccanismi di finanziamento delle competenze ulteriori attribuibili alle Regioni. Tale indagine si avvale della comparazione con il modello di finanziamento delle Comunità Autonome di regime comune vigente in Spagna, in ragione della progressiva intensificazione verso i principi del federalismo fiscale, che però non ha mutato la natura unitaria del *regimen común*. Ciò si è dato nonostante l'asimmetria di competenze che tuttora caratterizza il *modelo autonómico*. Muovendo da tali considerazioni, il contributo segnala come il modello pattizio di attribuzione di risorse alle regioni che accedano all'autonomia differenziata, previsto dai progetti di legge anteriori e mantenuto nel più recente

⁶¹ G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi?*, Bari, Laterza, 2019. Di "secessione di fatto" ha discorso I. Sales, *Nel mezzogiorno scocca l'ora della post nazione*, in *Limes*, n. 2/2019, di "secessione passiva" G. Provenzano, *Le secessioni passive. Così il regionalismo può disgregare l'Italia*, in *Limes*, n. 2/2019, di "cavallo di Troia per mettere in crisi l'unità nazionale" invece M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019.

ddl Calderoli, comporti, a fronte della perdurante inattuazione della riforma del federalismo fiscale regionale, il rischio di una rottura del paradigma costituzionale di cui all'art. 119, ed in particolare dei doveri inderogabili di solidarietà.

Abstract: This paper examines recent proposals for the implementation of differentiated regionalism in Italy at the level of the mechanisms of financing the additional powers that may be conferred on the Regions. This study is aided by a comparison with the financing system of the Autonomous Communities of the common regime established in Spain, on the grounds of the progressive deepening towards the principles of fiscal federalism, which, however, has not altered the unitary nature of the so-called *regimen común*. This occurred despite the asymmetry of competencies that characterize the *autonómico* model. Based on these observations, the paper shows how the bargained model of allocating resources to regions that accede to the differentiated autonomy, provided for by earlier bills and preserved in the more recent Calderoli bill, entails, given the ongoing state of non-implementation of the reform of regional fiscal federalism, the risk of a break with the constitutional paradigm outlined in Article 119, and in particular with the imperative duties of solidarity.

Parole chiave: regionalismo differenziato – finanza regionale – *regimen de financiación* – Comunidades Autonomas – federalismo fiscale.

Key words: differentiated regionalism – regional financing – *regimen de financiación* – Comunidades Autonomas – fiscal federalism.

L'EVOLUZIONE DELLO SCOPO MUTUALISTICO: REGOLA COSTITUZIONALE ED ECONOMIA GLOBALIZZATA. L'ESEMPIO PARADIGMATICO DEL CREDITO COOPERATIVO*.

di Giuseppe Sanseverino**

513

Sommario. 1. Introduzione. – 2. I tratti storico-sociali del sistema cooperativistico e il loro recepimento costituzionale. – 3. La complessità e la stratificazione delle attuali norme in campo: le coordinate generali dell'ordinamento. – 4. (Segue) le regole caratterizzanti. – 5. La cooperazione e la moderna economia globalizzata: la sintomaticità del sistema creditizio. – 6. Il credito cooperativo italiano. – 7. Apocalittici e integrati: conclusioni e (paradigmatiche) contraddizioni.

1. Introduzione.

Il movimento cooperativo italiano è caratterizzato da una estesa frammentazione tipologica da decenni. Provando a schematizzare grandemente il sistema è possibile individuare alcune ramificazioni di massima che sono il risultato della creazione di modelli organizzativi ed economici, settoriali e specifici. Questa varietà di modelli è maturata nel tempo grazie ad una molteplicità di fattori come la legislazione settoriale, l'evoluzione spontanea di alcuni comparti produttivi e, infine, l'espansione della cooperazione minore, cioè quella germogliata, in modo spesso incontrollato, sia dall'ampia caratterizzazione dei diversi campi economici di intervento sia da iniziative create solo per sfruttare la legislazione di favore, soprattutto di natura fiscale. Nell'ambito della disciplina delle cooperative questo processo di smembramento delle regole di dettaglio è stato guidato dal legislatore che ha cercato, volta per volta, le soluzioni più opportune per affrontare le spinte economiche derivanti da un mondo via via sempre più globalizzato e per attuare le norme provenienti dall'UE¹.

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore t.d., lett. a) in Diritto commerciale – Università degli Studi di Teramo.

¹ Questa conclusione mi sembra presente, esplicitamente ed implicitamente, in tutta la letteratura che si è occupata del tema, sul punto, in particolare e per tutti si veda G. Bonfante, *La società cooperativa*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2014, *passim*; A. Bassi, *Commento sub art. 2511 c.c.*, in E. Gabrielli, (diretto da) *Commentario del Codice civile*, Torino, 2014, p. 4 ss.; Id., *Un bilancio della riforma dello scopo mutualistico dieci anni dopo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Ermanno Bocchini*, Assago, 2016, I, pp. 51-58; L.F. Paolucci, *La mutualità dopo la riforma*, in *Società*, 2003, *passim*; V.

Il credito cooperativo e le banche popolari nel corso dei decenni si sono discostate in modo sempre più marcato dalle regole del modello legale per adattarsi alla legislazione settoriale. Allo stesso modo, le cooperative della grande distribuzione hanno sviluppato modelli organizzativi ed economici specifici per adattarsi contemporaneamente alle esigenze del mercato e degli interessi dei consumatori. L'esempio di questi due ambiti economici è sintomatico del fatto che, nel suo insieme, la cooperazione esiste ancora oggi, e rappresenta un tassello economico nazionale di rilevante importanza, proprio perché è stato essenziale adottare, gioco forza, una frammentazione organizzativa e normativa. La propulsione a seguire questa linea è stata dettata da molteplici fattori e ha comportato la creazione di una disomogeneità che, tendenzialmente e indispensabilmente, si è adattata, per l'appunto, all'evoluzione dei sistemi di mercato sempre più integrati a livello europeo e alle necessità di una legislazione nazionale sempre più armonizzata con l'UE in ogni suo aspetto².

Accanto alla disciplina codicistica è sempre stata presente un'importante legislazione integrativa e di completamento che ha contribuito, in modo diretto (e talvolta rudimentale) a rendere la legislazione sulle cooperative italiane più flessibile e adatta alle esigenze prescelte dal legislatore nei vari momenti storico-economici, e spesso contingenti, in specifici settori produttivi, come l'agricoltura, il credito, l'edilizia, la pesca e l'artigianato. Di non minore impatto è stata anche l'emanazione di una legislazione speciale di carattere regionale che, sovente, ha previsto (insieme a quelli nazionali) requisiti peculiari, agevolazioni creditizie e tributarie per le cooperative che attuavano determinati fini, aventi natura sociale e che, almeno asseritamente, avrebbero dovuto perseguire importanti interventi localistici.

Dunque, l'attuazione dell'art. 45 Cost. da parte della legislazione ordinaria e secondaria ha comportato la creazione di un gran numero di norme, anche regolamentari, dirette a fornire

Calandra Buonauro, *Lo scopo mutualistico nel progetto di riforma delle cooperative*, in P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*. Atti del Convegno (Varese, 20-21 settembre 2002), Milano, 2003, p. 190 ss.; G. Marasà, *Società cooperative a mutualità prevalente*, in M. Sandulli e P. Valensise (a cura di), *Le cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Milano, 2004, p. 20 ss.; R. Costi, *Proprietà e imprese cooperative nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, n. 1/2001, p. 129 ss.; G. Bonfante, *Il progetto Mirone: la disciplina delle società cooperative*, in *Riv. coop.*, 2000, p. 7 ss.

² Cfr. V. Oppo, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, n. II/2004, p. 753 ss.; G. Marasà, *La mutualità delle banche di credito cooperativo dopo la riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario*. Atti del convegno di studio di Firenze, 16 ottobre 2004, p. 19 ss.; V. Santoro, *Le banche di credito cooperativo: trasformazione e fusione eterogenea e contribuzione ai Fondi*, ivi, p. 81 ss.; L.M. Quattrocchio e B. M. Omegna, *La riforma delle banche di credito cooperativo: tratti salienti*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, n. 6/2016, *passim*; e soprattutto G. Bonfante, *La riforma delle Banche di credito cooperativo*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, Torino, 2016, *passim*.

nuovi elementi di disciplina o benefici fiscali, e purtroppo, questa molteplicità di regole spesso ha comportato un contrasto interpretativo sulla portata generale ovvero particolare dei precetti. Il coordinamento non è mai stato agevole poiché, in alcuni casi le cooperative regolate dalle leggi settoriali erano state corredate da norme di collegamento con la disciplina generale, che puntualmente prevedevano l'applicazione o la disapplicazione dei singoli provvedimenti, ma, con altrettanta frequenza, l'ordinamento è stato lasciato privo di guida nell'individuazione dei precetti da osservare tra impianto generale e canoni di settore. In quest'ultimo caso l'applicazione di salvaguardia dell'art. 2520 c.c. ha ampliato il gravoso peso dell'interprete, laddove stabilisce che le cooperative regolate dalle leggi speciali sono soggette alle disposizioni del Codice civile, in quanto compatibili, e che le norme ordinarie possono prevedere la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie, anche di non soci.

Il contraltare di questo desiderato sincronismo del legislatore con le dinamiche economico-sociali del paese, spesso molto abusato, ha causato una proliferazione di cooperative che in realtà rispettano solo formalmente i principi fondamentali di questo modello societario³.

In questo scenario occorre anche annotare che gli obbiettivi perseguiti dal legislatore non hanno mai smesso di porre al centro del sistema il concetto di scopo mutualistico. La sua importanza cruciale si è rivelata nello sforzo (non sempre pienamente premiato) di rendere durevolmente coerente l'ordinamento con il fine mutualistico quale missione sociale diretta a garantire il benessere e l'interesse dei suoi membri, grazie all'organizzazione collettiva delle risorse e delle attività, e anche, in generale, come manifestazione di una visione economica d'insieme. Proprio le linee di sviluppo della legislazione codicistica e speciale meritano un'attenta riflessione in quanto fattori cruciali nel garantire la stabilità interpretativa dello scopo mutualistico e la sostenibilità nel lungo termine delle cooperative⁴.

La spinta verso la disarticolazione, nel giro di pochi anni, si è inoltrata verso limiti molto estremi, tali da mettere finanche in discussione i canoni comunemente accolti dell'istituto societario della cooperazione⁵. In sostanza, grazie alla via percorsa dal credito cooperativo,

³ Cfr. A. Bassi, *Sub art. 2511*, cit.

⁴ Si veda U. Belviso, *Scopo mutualistico e variabilità del capitale nelle società cooperative*, Milano, 2012, *passim*; G. Bonfante, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, *passim*; A. Paciello, *Le società cooperative*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2012, p. 481 ss.

⁵ In particolare, per gli aspetti di maggior impatto si rinvia a G. Alpa, *La riforma delle banche popolari. Riflessioni di metodo sull'utilizzo di un modello innovativo* in F. Capriglione (a cura di), *La riforma delle banche popolari*, Padova, 2015, p. 119 ss.; S. Amorosino, *Le riforme delle banche cooperative, tra costituzione, regulation europea e scelte politico-legislative nazionali* in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 4/2016, p.

appare semplice avvedersi del fatto che il modello societario cooperativistico deve sciogliere quanto meno due equivoci interpretativi di fondo che, in modo neanche tanto velato, raffigurano due sfide future di questa forma d'impresa.

Il primo risiede nel tema (preliminare) di dover comprendere se esistano dei principi indiscutibili e delle regole non travalicabili di questo modello societario, e tanto pur dovendo cogliere appieno e necessariamente il bisogno, spesso contingente, del legislatore di operare in modo versatile con la cooperazione e con le economie ad essa collegate.

La seconda (e conseguente) riflessione deve essere diretta a stabilire se, pur sciogliendo il nodo di un eventuale superamento delle regole fondanti la cooperazione, la forzata (ed estrema) plasmabilità di questo istituto societario possa rivelare una evoluzione della funzione giuridico-economica del concetto di scopo mutualistico, e se, coerentemente, questa mutazione di disciplina sia ancora in grado di svolgere quei compiti economico-sociali tipici che – storicamente – caratterizzano la mutualità, anche sul piano del dettato costituzionale.

Il concetto di cooperazione sta cambiando e il settore del credito sta rivelando le trasformazioni più estreme, appare perciò importante studiare il corso delle evoluzioni in atto, avendo cura di verificare se esse si allineano con i valori costituzionali e con gli interventi politico-sociali auspicati in un'economia in continua evoluzione. Dunque, se il fenomeno osservato (ed incontestabile) è la distorsione degli assetti societari e storici del sistema cooperativistico, e la causa è l'inseguimento che il legislatore è costretto a fare delle mutevoli esigenze dei mondi economici, addirittura senza comprenderne appieno le conseguenze, occorre anche intendere che tipo di evoluzione dello scopo mutualistico è in corso di allestimento, o che appare ora essere esistente sul piano concreto delle norme in campo, e in che modo esso dovrebbe essere in grado di raggiungere gli obiettivi che l'ordinamento si pone per questo modello societario. Il compito di questo breve lavoro è allora quello di offrire qualche spunto di riflessione, e nel farlo si avvantaggerà dell'osservatorio, per molti versi privilegiato, che viene offerto dalle mutazioni del credito cooperativo.

Un primo passaggio essenziale appare essere senz'altro quello storico-normativo, visto anche in un'ottica funzionale, e cioè di quello che concretamente è stato l'effetto delle regole in campo. Un'indagine sull'identificazione degli elementi propri delle società

251 ss.; un lontanissimo ammonimento appare presente finanche in G. Ferri, (voce) *Banca popolare*, in *Enc. Dir.*, Vol. V, Milano, 1959.

cooperative lungo il loro percorso storico nella realtà economica italiana assume un'importanza cruciale, anche all'interno del sistema costituzionale.

Al di là del ruolo fondamentale che la cooperativa riveste nel tessuto imprenditoriale e nel quadro delle imprese ordinarie italiane, non sembra essere venuta meno la necessità che è alla base dell'art. 45 Cost. laddove stabilisce che la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. Nessuno ha mai seriamente posto in dubbio che la legge si debba adoperare per promuovere queste realtà societarie utilizzando i mezzi più idonei, operando gli opportuni controlli che ne assicurino la corretta finalità e soprattutto valorizzando la “funzione sociale”, quale elemento aggiuntivo che si contrappone, e allo stesso tempo completa, la natura costituzionale dell'iniziativa economica privata cui fa riferimento l'intera trama della carta fondamentale. Un pensiero generalmente accolto e lineare è quello che rappresenta le società cooperative nell'ambito societario come esempi di attività imprenditoriali munite di una specifica valenza aggiuntiva che giustifica e rende equo il trattamento di favore riservato esclusivamente a queste realtà. Se questo dato di partenza non è suscettibile di smentita, è anche vero che l'art. 45 Cost. non propone una definizione specifica ma presume la sussistenza di tale dote. Questa ovvia valutazione di linea porta a considerare necessario non solo comprendere quale sia la definizione più adeguata che lo scopo mutualistico mostra attualmente, ma appare utile anche delimitare i confini costituzionali e le regole ineludibili che il legislatore ordinario ha inteso adottare per declinare questo precetto.

Un altro nodo da sciogliere, che è anche consequenziale sul piano logico, deriva dal fatto che se la nozione di mutualità è in continua evoluzione, in linea con i mutamenti socioeconomici della società, occorre allora stabilire se l'esclusivo e costante perseguimento di risultati economici di settore è sufficiente al rispetto del concetto di cooperativa, anche quando molte coordinate di base siano totalmente scalfite, se non eliminate, sul piano ordinamentale e di fatto. Se l'indeterminatezza resta il tratto dominante (anche convenientemente per il risvolto della facile plasmabilità delle scelte economico-sociali da attuare) occorre chiarire fino a che punto è possibile considerare come cooperative tutti quei modelli che si sono allontanati (e che sempre più si discosteranno) dalle caratteristiche storico-funzionali che hanno forgiato l'istituto.

Il valore fondamentale della Costituzione italiana risiede sostanzialmente nella promozione della mutualità, che sottintende la creazione di organizzazioni sociali complesse, diverse

tra loro dal punto di vista storico e ideologico, che perseguono obiettivi interni per i loro membri ed anche superiori alla semplice soddisfazione delle esigenze individuali e che mirano alla realizzazione di nuovi modelli di organizzazione sociale. Alcune regole di dettaglio sono la diretta espressione dei concetti prima espressi, come ad esempio, la regola organizzativa che sancisce l'uguaglianza dei soci nel voto – finalizzata *inter alia* all'auspicata ampia osmosi tra partecipanti e amministrazione della società – e che è certamente accostabile nella gestione dell'impresa alla promozione dei valori costituzionali e alla costruzione di una società più giusta e solidale.

È proprio con questo metodo che occorre valutare se l'elisione di alcune declinazioni fondanti di questo modello societario abbia quale risultato una mutualità talmente nuova da essere al di là del fine economico generale che il tipo societario rappresenta, e se questa diversità sia, anche sul piano funzionale, qualcosa di diverso da quello che l'ordinamento richiede.

L'evoluzione in atto risponde certamente alle indicazioni e alle linee generali del sistema economico in cui è inserito il nostro Paese, ma non è altrettanto certo che la cooperativa, così come necessaria al nostro ordinamento, possa arrivare a metabolizzare modifiche significative e forse trasfiguranti. E quand'anche ciò accadesse, non è indiscutibile che i fattori socioculturali ed economici che influenzano (da sempre) la disciplina possano essere soddisfatti nel modo più appropriato da questi nuovi elementi strutturali, e soprattutto possano continuare ad essere utili ai bisogni concreti dei soggetti interessati secondo quell'indissolubile collegamento che è stato, ed è, il tratto fondante della cooperazione.

2. I tratti storico-sociali del sistema cooperativistico e il loro recepimento costituzionale.

Il fenomeno cooperativo rappresenta una forma organizzativa d'impresa nata intorno alla metà del XIX secolo come reazione al sistema capitalistico. Tale organizzazione sin dagli inizi si è basata sulla solidarietà di categoria, ovvero su quella che di fatto era già espressa attraverso i sindacati e le società di mutuo soccorso, e storicamente ha sempre mirato a promuovere l'attività economica attraverso forme associative. Inizialmente il movimento cooperativistico si è riflesso nella lotta di classe, successivamente si è evoluto e diffuso autonomamente, sebbene in alcuni Paesi europei sia rimasto in realtà strettamente collegato

all'azione sindacale. In ogni caso, il ruolo dei lavoratori e delle classi meno abbienti nella promozione dell'economia cooperativa è stato fondamentale ed ha rappresentato un elemento di coerenza in ogni sua fase storica, portando al consolidamento di questa forma di impresa nel campo del consumo, del credito, della produzione e del lavoro⁶.

Alla base del fenomeno e delle regole vi è sempre stata la diffusa convinzione sul piano sociale che i soggetti coinvolti (o interessati) a questo tipo societario avrebbero dovuto inevitabilmente condividere una particolare identità di interesse che si basava sulla necessità di soddisfare specifici bisogni economici, gli stessi che erano strettamente legati all'esercizio collettivo dell'impresa che si intendeva avviare. Il modello cooperativo ha sempre avuto una propensione sociale, e conseguentemente normativa, che ha visto nella comunione di interessi tra i partecipanti (più determinata e più qualificata rispetto agli altri tipi societari) la sua forza qualificante e che ha avuto riflessi (i) nell'organizzazione dell'impresa, fondata su una conoscenza precisa dei bisogni del mercato e delle esigenze dei soggetti coinvolti, (ii) nella garanzia di un più alto livello di efficienza e di flessibilità nel settore di riferimento, e soprattutto (iii) in una visione strategica dell'esercizio collettivo d'impresa, e cioè nell'obiettivo di riuscire a fare 'massa critica' con l'insieme dei cooperatori (ed anche con l'intero movimento cooperativo) e in tal modo offrire importanti vantaggi sia dal punto di vista economico che sociale⁷.

Il legislatore ha sempre ritenuto che gli associati non dovessero perseguire un profitto a tutti i costi, ma che il loro obiettivo potesse essere anche, e soprattutto, quello di eliminare l'intermediario speculatore, creando un'organizzazione di impresa che potesse soddisfare i bisogni degli appartenenti alla categoria. In questo modo i membri della cooperativa facevano propria l'efficienza economica di settore ed erano messi in condizione di non subire il ciclo economico usuale, ma anzi, la loro unione li poneva in condizione di operare con gli altri un proprio ciclo economico, eliminando le discriminazioni e valorizzano la competenza e la compattezza dell'organizzazione.

Questo modello di impresa, visto in un'ottica di lungo periodo (ossia i molti decenni di vita

⁶ Cfr. A. Basevi, *Sintesi storica del movimento cooperativo italiano*, in *Riv. coop.*, 1953, *passim*; P. Verrucoli, (voce) *Cooperative*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1963; G. Tamagnini, *Principi storici della cooperazione*, in *Riv. coop.*, 1955, p. 283 ss.; P. Vercellone, *Cooperazione e imprese cooperative*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1968, p. 822 ss.; I. Bianco, *Il movimento cooperativo italiano*, Milano, 1975, *passim*; W. Briganti, (a cura di), *Il movimento cooperativo in Italia, 1854-1980*, Roma-Bologna, 1982, *passim*; M. Degl'Innocenti (a cura di), *Le imprese cooperative in Europa*, Pisa, 1986, *passim*; Id. (a cura di), *Il movimento cooperativo nella storia d'Europa*, Milano, 1988, *passim*; G. Bonfante, *La legislazione cooperativa*, Milano, 1984, *passim*.

⁷ Sul punto si veda M. Degl'Innocenti (a cura di), *Le imprese*, op. cit.

che può vantare), si è basato sempre sulla condivisione di obiettivi e risorse: ha promosso lo sviluppo economico locale, ha valorizzato il lavoro, con tutti gli ovvi limiti che negli anni si sono registrati sul piano della legislazione lavoristica⁸ e ha garantito la dignità dei soci e lo scopo di offrire servizi di qualità a prezzi accessibili. Grazie alla partecipazione diretta dei soci nella gestione dell'impresa la cooperativa ha continuamente tentato di rappresentare un modello di democrazia economica, al fine di permettere una ripartizione più equa del reddito e una maggiore inclusione sociale.

In definitiva, la cooperativa è sempre stata considerata diffusamente dal legislatore, dalla giurisprudenza e della dottrina come un'alternativa concreta all'economia capitalistica. Essa ha sempre rappresentato il necessario elemento di chiusura del sistema societario sia nel suo complesso e sia come completamento dell'offerta tipologica dell'iniziativa economica e organizzativa dell'ordinamento⁹.

L'adozione in larga scala di un modello economico strategico sul mercato ha segnato la differenza con l'impresa tradizionale. Una diretta conseguenza di questo modo di intendere il modello economico della cooperativa è stata la tecnica del ristorno¹⁰. Nell'arco dei diversi decenni è stato previsto che le modalità di conseguimento del vantaggio cooperativo individuale (pur restando nell'alveo concettuale indicato dalla legge) potessero variare in base alle esigenze della società cooperativa: il miglior prezzo di mercato per la prestazione fornita o ricevuta dai soci, la redistribuzione dell'eccedenza dell'attivo di bilancio tra i soci in base al volume di attività svolte, o anche in modalità mista attraverso il prezzo più conveniente per il socio e il saldo alla fine dell'esercizio in base all'eccedenza dell'attivo di bilancio. La scelta del metodo di applicazione del ristorno è sempre stata esclusivamente in linea con una determinazione del vantaggio cooperativo individuale che fosse direttamente influenzata dalle specifiche esigenze e dalle politiche seguite dalla società cooperativa¹¹.

⁸ Cfr. sul tema dei regolamenti all'interno della cooperativa M. Di Rienzo, *I regolamenti sullo svolgimento dell'attività mutualistica*, in P. Abbadessa e G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2007, p. 622 ss.; sul tema della disciplina di lavoro e delle varie riforme di rinvia a A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 813 ss.

⁹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a Verrucoli, op. cit.

¹⁰ Il tema è esposto sul piano storico, anche se sulla base delle norme dell'epoca vigenti, in P. Verrucoli, *La società cooperativa*, Milano, 1958, *passim*.

¹¹ Si veda R. Costi, *I profili patrimoniali del nuovo diritto della cooperazione*, in P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, Atti del Convegno - Varese, 20-21 settembre 2002, Milano, 2003, 232; L.F. Paolucci, *Commento sub artt. 2512-2514*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, ed. 2005; E. Cusa, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, p. 323 ss.

Un'altra caratteristica storicamente ineliminabile è stata quella della scelta di un modello societario ampiamente partecipativo. Dal punto di vista giuridico, il fine principale della mutualità cooperativa è stato quello di permettere ai soci di partecipare attivamente all'attività dell'impresa, in modo da garantire un interesse personale e collettivo. La partecipazione dei soci all'attività d'impresa ha sempre ricevuto una conferma nella previsione di una estesa forma di tutela. L'adesione del socio cooperatore all'attività di impresa è stata coerentemente garantita in quanto tale prestazione è sempre stata considerata essenziale per creare una struttura democratica e ben organizzata all'interno della società cooperativa. Il legislatore ha sempre valorizzato la partecipazione attiva di ogni singolo socio, indipendentemente dalla quantità di capitale investito o dal livello di utilizzo dei servizi dell'azienda. La cooperativa, pertanto, ha rappresentato costantemente una particolare forma societaria basata su un'organizzazione democratica che si potrebbe definire *spinta*, in cui ogni socio ha sempre avuto la possibilità di partecipare concretamente alle decisioni che riguardano l'impresa¹².

L'altra idea di fondo che ha plasmato la lunga storia, anche giuridica, del movimento cooperativo è stata quella di aver sempre congegnato un ampio effetto di propagazione sociopolitica di sviluppo economico proveniente dall'intero universo delle cooperative. Le ricadute esterne dell'insieme delle attività economiche della cooperazione (spesso in passato rappresentato con il frutto del melograno, composto, per l'appunto, dall'insieme di tanti frutti più piccoli) sono state progettate dai legislatori delle varie epoche come funzionali alla categoria o al gruppo di appartenenza dei soci, in quanto il sistema era, ed è, concepito per rispondere alle esigenze specifiche di una determinata fascia sociale. In nessun momento storico il legislatore ha smesso di sottolineare che la società cooperativa era delineata come un fenomeno in cui vigeva una forte funzione sociale più estesa.

E negli anni tale funzione è stata confermata dalla norma che imponeva la previsione statutaria obbligatoria della destinazione di una parte degli utili a fini mutualistici: la cooperativa era un modello societario che andava oltre gli interessi puramente individuali dei soci¹³.

Anche all'interno di una ricapitolazione sommaria che parta dal codice di commercio del 1882, che si vada ad articolare parallelamente nella grande quantità di leggi specifiche

¹² *Ibidem*.

¹³ Per uno sguardo d'insieme sulle regole della devoluzione ai fondi mutualistici in rapporto alla norma costituzionale si rinvia anche a L.F. Paolucci, *Commento sub. art. 45 Cost.*, in L. F. Paolucci (diretto da), *Codice delle cooperative*, Torino, 2005.

dirette a regolare le categorie particolari di cooperative, e giunga fino al Codice civile del 1942, momento in cui la cooperativa conquista un'ampia configurazione autonoma, è possibile notare una continuità concettuale tra i diversi testi normativi che hanno regolamentato la materia fino al secondo dopoguerra del Novecento.

Il Costituente, pertanto, aveva davanti a sé una visione generale sostanzialmente coesa, derivante da una costante evoluzione legislativa. La lettura dei lavori della commissione dell'Assemblea costituente sull'art. 45 Cost., per quanto rivelatore di una ampia diversità di posizioni, appare significativa nel dimostrare che il ruolo e la natura delle società cooperative non prescindono dagli elementi di fondo della partecipazione dei soci cooperatori e dal congiunto modello economico di riferimento¹⁴.

La Carta fondamentale, il Codice civile nella sua successiva elaborazione, il d.lgs. c. provv. n. 1577/1947 c.d. *legge Basevi*¹⁵, e tutte quelle che si sono succedute, hanno regolato il fenomeno delle società cooperative avendo in mente queste linee di base, e non hanno mai ricostruito interessi e regole che fossero direttamente antitetici al loro scopo fondamentale che era (ed è) quello di creare un rapporto mutualistico tra i soci, teso a garantire la continuità dell'attività dell'impresa sociale e la gestione dei servizi ad essa associati, quale tipicità societaria che sviluppa comunità più virtuose e solidali. La disciplina societaria è stata accompagnata e valorizzata in questo senso dalle agevolazioni e dai vantaggi concessi dal legislatore, tipicamente di natura tributaria che hanno affermato l'importanza di questo modello di impresa e la sua capacità di creare valore a beneficio della società nel suo insieme¹⁶.

Questa coerenza storico-legislativa di fondo si è riflessa, ed anzi si è rivelata rafforzata, nella riforma della disciplina codicistica delle cooperative avvenuta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in quanto, indubitabilmente, l'impianto normativo ha raggiunto l'obiettivo di enfatizzare la centralità dell'attività e dello scopo mutualistico.

¹⁴ Le attività svolte dalle commissioni dell'Assemblea costituente sono documentate e disponibili on line sul sito della Camera dei deputati, <https://archivio.camera.it>.

¹⁵ D.lgs. del capo provvisorio dello Stato del 14 dicembre 1947 n. 1577 e mod. ss., *Provvedimenti per la cooperazione*, c.d. Legge "Basevi" in G.U. n.17 del 22 gennaio 1948.

¹⁶ Sull'ampio dibattito relativo alla precisazione della natura delle cooperative e della definizione del concetto di scopo mutualistico per la determinazione del modello societario di riferimento, all'indomani della norma costituzionale e della legge "Basevi", si veda G. Oppo, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 369 ss.; V. Buonocore, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 66 ss.; Aa.Vv., *Le società cooperative*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007, p. 561 ss.; T. Ascarelli, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, vol. II, p. 379 ss.; A. Bassi, *Le società cooperative*, Torino, 1995, *passim*; G. Ferri, *La cooperativa come società*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 249 ss.;

Le norme che creano questa coerenza del modello societario sono molte, e tutte di importante impatto nella definizione del tipo societario: (i) l'attività sociale della cooperativa può essere svolta con i terzi solo in presenza di una specifica previsione dell'atto costitutivo (art. 2521, c. 2, c.c.); (ii) il principio della parità di trattamento tra i soci nella costituzione e nell'esecuzione del rapporto mutualistico non può essere derogata in alcun modo dall'autonomia statutaria e regolamentare che, in ogni caso, deve essere conforme a questa regola (art. 2516 c.c.); (iii) l'atto costitutivo e i regolamenti devono determinare le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica (art. 2521, cc. 2 e 5, c.c.); (iv) l'attività mutualistica deve essere oggetto di una specifica relazione da parte degli amministratori e dei sindaci nelle relazioni di bilancio (art. 2545 c.c.); (v) i rapporti mutualistici con i soci rappresentano il metodo per la caratterizzazione del diritto patrimoniale al ritorno, in quanto diretta applicazione dello scopo mutualistico con la regola della proporzionalità rispetto alla quantità e qualità degli scambi mutualistici (art. 2545-sexies c.c.); (vi) il vantaggio cooperativo deve essere ripartito tra i soci in via prioritaria con il metodo del ritorno, rispetto alla tecnica del dividendo, pur limitatamente autorizzata (art. 2545-quinquies, c.c.); (vii) la centralità del ritorno è tale che, per previsione statutaria, può avere valore, in specifiche circostanze, anche nell'esercizio del diritto di voto (art. 2538, c. 4 e art. 2543, c. 2, c.c.); (viii) la legge, a conferma della centralità del modello economico prescelto per questo tipo societario, espressamente pone il divieto di usare l'indicazione di cooperativa per le società che non hanno scopo mutualistico (art. 2515, c. 2, c.c.)¹⁷.

Sul piano storico normativo, dunque, risaltano indubbiamente alcuni concetti della cooperazione: (i) la partecipazione attiva dei soci; (ii) il conseguimento di un vantaggio per gli stessi derivante essenzialmente dallo scambio con la società; (iii) il metodo economico generale rappresentato anche dall'universo delle imprese che nel loro complesso realizzano i disegni del legislatore di sostegno imprenditoriale in modo alternativo ai sistemi diversamente organizzati su base capitalistica, e a favore di fasce sociali che non possono accedere ad altri strumenti dell'autonomia privata societaria; e tutto questo appare essere (iv) la linea di proiezione della norma costituzionale e (v) il riflesso attuale di una concezione dello scopo mutualistico come snodo principale dell'ordinamento.

¹⁷ Sul punto si rinvia a G. Marasà, *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, p. 125 ss.; G. Presti, G. (a cura di), *Società cooperative*, in P. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006, *passim*.

3. La complessità e la stratificazione delle attuali norme in campo: le coordinate generali dell'ordinamento.

All'interno del quadro storico prima delineato, sostanzialmente immutato ed essenzialmente coerente sugli obiettivi da raggiungere, si innesta, come visto sopra, un insieme di concetti generali che in qualche modo scolpiscono le linee attuali e di massima del sistema cooperativistico.

I concetti di fondo che caratterizzano effettivamente la coerenza del modello cooperativistico derivano essenzialmente da quattro principi generali: la c.d. *gestione di servizio* e il metodo organizzativo; gli intenti macroeconomici del legislatore; le norme europee ed infine la presenza di un'unica disciplina di base per le cooperative, siano esse a mutualità prevalente o c.d. *diverse*.

La pratica mutualistica ha una lunga tradizione e consiste nella reciprocità di prestazioni tra un ente e i propri aderenti, chiamata anche *gestione di servizio*. Ciò comporta numerosi vantaggi economici per i soci, quali un risparmio di spesa o un aumento della retribuzione, e questi benefici possono essere ottenuti al momento dello scambio delle prestazioni o in un secondo momento, tramite la distribuzione di eventuali ristorni. Questo meccanismo organizzativo si inserisce all'interno di un congegno produttivo che agisce a favore delle persone che ne fanno parte, garantendo un sistema sostenibile e in grado di rispondere alle esigenze di tutti i soci.

Un altro dato inequivoco rinvia da una prospettiva che è macroeconomica. Senza entrare nel dibattito sulla sua natura (mutualità esterna, di sistema ecc.), sembra essere molto chiara la volontà del legislatore di voler perseguire un obiettivo economico di sostegno a questo modello societario come meccanismo che agevola lo sviluppo del paese, e tanto al di là della coerenza delle regole e della riuscita del sistema, e finanche delle critiche che in modo ricorrente la dottrina ha spesso messo a segno¹⁸. Questa evidenza si deduce dal fatto che le cooperative hanno l'obbligo di concorrere alla crescita del movimento cooperativo, attraverso la creazione dei c.d. *fondi mutualistici*. Questi fondi devono essere costituiti, ai sensi dell'art. 2545-*quater*, c. 2, c.c. e della l. n. 59/1992, con una quota pari al 3% degli

¹⁸ Cfr. U. Belviso, *Scopo*, cit., *passim*, nonché G. Di Cecco, *Variabilità e modificazioni del capitale sociale nelle cooperative*, Napoli, 2002, p. 47 ss.

utili di esercizio e, in determinate circostanze, dai patrimoni residui di liquidazione.

La normativa introdotta ha manifestamente lo scopo ultimo della creazione di un contesto più equilibrato ed equo che favorisca la collaborazione e la solidarietà tra le diverse cooperative, incoraggiando così il progresso collettivo. D'altronde questa regola ha una storia molto lunga: fin dalla *legge Basevi* fu introdotto un sistema volto a prevenire l'erogazione di agevolazioni fiscali a società aventi finalità commerciali, e tale tipo di sostegno si incentrava anche sulla previsione che i benefici dovessero essere custoditi e trattenuti dal movimento cooperativo. Questo schema ora si attua per mezzo dei fondi istituiti dalla l. n.59/1992, con l'ulteriore regola del prelievo obbligatorio annuale sugli utili di esercizio delle imprese mutualistiche.

Forse sottovalutato, ma ingiustamente, è anche il rilievo della disciplina della cooperativa europea, quanto meno sotto il profilo dell'emersione di una conferma sull'esistenza di elementi concettuali preminenti in questo modello societario.

La costituzione della società cooperativa europea (d'ora in avanti anche SCE) deriva dal Reg. CE del 22.7.2003 n. 1435/2003, la legislazione italiana ha recepito tale regolamento con la Circolare del Ministero dello sviluppo economico del 30 giugno 2006, n. 9203¹⁹. Tale regolamento prevede un coordinamento normativo tra la legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede legale e le disposizioni contemplate a livello UE con l'applicazione diretta della disciplina nazionale in materia di fisco, di concorrenza, di proprietà intellettuale e di insolvenza.

Per costituire una SCE occorrono almeno cinque soci residenti in almeno due diversi Stati membri della (allora) Comunità Europea. Il Reg. CE 1435/2003, ha stabilito una definizione comunitaria, ora rilevante sul piano dell'ordinamento UE, della società cooperativa secondo cui: (i) «il numero dei soci e il capitale della SCE sono variabili» (art. 1, par. 2); (ii) «la SCE ha per oggetto principale il soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci, in particolare mediante la conclusioni di accordi con questi ultimi per la fornitura di beni o di servizi o l'esecuzione di lavori nell'ambito dell'attività che la SCE esercita o fa esercitare. La SCE può inoltre avere per oggetto il soddisfacimento dei bisogni dei propri soci, promuovendone nella stessa maniera la partecipazione ad attività economiche, come precedentemente indicato,

¹⁹ La circolare di attuazione del Reg. CE del 22 luglio 2003 n. 1435 è entrata in vigore il 18 agosto 2006 ed è stata pubblicata in G.U. 25 luglio 2006, n. 171.

di una o più SCE e/o di cooperative nazionali» (art. 1, par. 3)²⁰.

Con ogni evidenza la SCE rappresenta una ratifica degli elementi concettuali delineati come rilevanti nell'ambito della disciplina generale della cooperativa, in quanto anch'essa si basa sui concetti fondamentali del sistema: (i) il principio della porta aperta, con tutti i conseguenti corollari (parità di trattamento, partecipazione effettiva dei soci, ecc.) e (ii) l'applicazione del metodo della mutualità. Inoltre, se è pur vero che per costituire una SCE è necessario un capitale sociale minimo di 30.000 euro (o equivalente se espresso in moneta diversa da quella dei Paesi membri dell'area euro), tale capitale può essere aumentato o diminuito secondo le modalità tipiche delle cooperative, senza bisogno di alcuna modifica statutaria né di pubblicità legale. Una volta all'anno, l'assemblea dei soci della SCE, accertato con delibera l'ammontare del capitale sociale, registra la variazione rispetto all'esercizio precedente.

Il capitale della SCE è costituito interamente da quote nominative, e queste possono essere rappresentate in varie categorie, ma devono avere tutte lo stesso valore nominale e conferire gli stessi diritti. Il Reg. CE n. 1435/2003 disciplina anche le cooperative a mutualità non prevalente, e conseguentemente lo statuto può prevedere l'ammissione di terzi che non siano soci all'interno dell'organizzazione al fine di avere accesso alle sue attività.

Un ulteriore elemento di apprezzamento per delineare i concetti generali del modello societario della cooperativa proviene dall'esistenza nel nostro ordinamento di una comune disciplina per le cooperative a mutualità prevalente e le cooperative diverse. L'art. 2511 c.c. prevede questa distinzione senza che questa differenziazione operi in profondità sul piano della disciplina del modello societario, con la conseguenza che le regole previste in questa norma sono efficaci per tutte le cooperative. L'esegesi più lineare induce a considerare le cooperative c.d. *diverse* come appartenenti ad una categoria particolare che presenta una percentuale minore di mutualità e di meritevolezza rispetto alle cooperative a mutualità prevalente che, in quanto tali, possono usufruire di agevolazioni tributarie. Diversamente solo quelle *diverse* possono trasformarsi in società a scopo di lucro, tramite la devoluzione ai fondi mutualistici, così come previsto dall'art. 2545-*decies* c.c.

La disciplina comune traccia il segno di una comune idea coerente: (i) al netto della disciplina prevista per le banche popolari, il trasferimento della partecipazione sociale non

²⁰ Si rinvia a R. Rivaro, *La Società Cooperativa Europea*, in M. Benedettelli e M. Lamandini (a cura di), *Il diritto societario europeo e internazionale*, Torino, 2016, p. 629 ss. nonché a G. Bonfante, *La SCE*, in *Le società*, in P. Montalenti (a cura di), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, in G. Ajani e G.A. Benacchio (diretto da), Torino, 2023, p. 835 ss.

ha l'effetto di creare un mercato, poiché vi è un irrigidimento delle regole (ex art. 2530 c.c. la quota o le azioni dei soci cooperatori non possono essere cedute con effetto verso la società se la cessione non è autorizzata dagli amministratori, autorizzazione che deve essere comunicata al socio entro sessanta giorni dalla richiesta), in questo modo il modello societario non permette uno sfruttamento finanziario sull'acquisto e sulla vendita delle quote o azioni; (ii) in tutte le cooperative ex art. 2545-*quinquies*, c. 2, c.c. è stabilito che non è consentito l'acquisto di azioni proprie, l'assegnazione di riserve e la distribuzione di dividendi se il rapporto tra patrimonio netto ed indebitamento è superiore ad un quarto, e questo a garanzia della stabilità finanziaria; (iii) tutte le cooperative destinano almeno il 30% degli utili alla riserva legale e una quota del 3% deve poi essere devoluta ai fondi mutualistici; (iv) nessun socio di cooperativa può avere una quota o possedere azioni di valore superiore a centomila euro; (v) in tutte le cooperative è consentita, accanto ai soci cooperatori, la partecipazione di finanziatori, soci e non soci (art. 2526 c.c., soci sovventori e gli azionisti di partecipazione cooperativa), i quali, pur sottoscrivendo strumenti finanziari diversi dalle azioni, acquisiscono diritti patrimoniali e amministrativi specifici, senza che i loro interessi vadano a detrimento degli interessi mutualistici dei soci cooperatori; (vi) a tutte le cooperative è consentito di costituire consorzi di cooperative e gruppi cooperativi paritetici, nonché di partecipare a società di capitali.

Il legislatore ha sviluppato nell'arco dei decenni una visione della cooperativa come un modello societario che serve come motore di sviluppo economico per determinate fasce economiche che non possono sfruttare le altre opzioni offerte dall'ordinamento.

Alcune delle norme introdotte nel sistema non sempre forniscono un quadro completo o assicurano in modo coerente la realizzazione dello scopo mutualistico inteso quale beneficio comune ai membri della cooperativa. Addirittura in alcuni tipi di cooperative manca completamente l'attività mutualistica, cionondimeno, al di là dei numerosi e fondati scetticismi²¹, il concetto di mutualità si riflette nella proposizione di una serie di condizioni minime che sono in grado di assicurare a questo modello societario i requisiti per promuovere lo sviluppo sociale ed economico sia attraverso lo scopo mutualistico (inteso come vantaggio per i soci) e sia con lo sviluppo dei fattori produttivi esterni ad esso collegati. Per raggiungere questo obiettivo, è necessario considerare la cooperativa come

²¹ Sul punto *amplius* U. Belviso, *Scopo*, cit.; e Id., *Le cooperative a mutualità prevalente*, in P. Abbadessa, G.B. Portale e G.F. Campobasso (a cura di), *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006-2007, p. 651-698.

forma organizzativa di un'attività d'impresa e anche come struttura produttiva imprenditoriale che si deve inserire, a sua volta, in un più ampio e complesso *sistema*.

La questione che si è presentata storicamente ha richiesto soluzioni diverse. Tuttavia, ci sono alcuni elementi ricorrenti che possono essere individuati analizzando i punti chiave, così come sopra enunciati, e ciò consente di riconoscere alcune regole costanti.

L'attuazione della norma costituzionale, i suggerimenti che giungono dall'ordinamento UE e l'attuale esistenza di un contenuto normativo minimo per tutte le cooperative, sia esse a mutualità prevalente che diverse (che delineano gli elementi di una marcata mutualità tra soci), esplicitano i principi fondamentali della cooperativa, e precisamente: la necessità di prevedere una reale partecipazione attiva dei soci; l'attuazione del metodo della mutualità, inteso come il conseguimento di un vantaggio per i soci derivante essenzialmente dallo scambio con la società, ed infine, l'adozione di un fine economico generale prefissato dal legislatore per il movimento della cooperazione, considerato nell'insieme delle imprese coinvolte.

4. (Segue) le regole caratterizzanti.

La declinazione dei principi rilevanti della cooperazione e dello scopo mutualistico nell'attuale ordinamento e fase storico-sociale possono rappresentarsi abbastanza agevolmente.

La società cooperativa è una forma di contratto associativo caratterizzata da una forte componente organizzativa che prevede l'adozione di regole ben precise per la gestione dell'impresa. In particolare, tali regole impongono che nella società cooperativa il capitale sociale sia variabile e non possa essere il metro di valutazione del potere decisionale dei soci in assemblea. Nelle cooperative è stabilita la regola, essenzialmente democratica, del voto capitaro, secondo cui ex art. 2538, c. 2, c.c. ciascun socio cooperatore ha un voto, qualunque sia il valore della quota o il numero delle azioni possedute. È una regola dall'impianto molto solido che può essere mitigata solo all'interno di ben specifici limiti (adeguatamente individuati) e non può mai essere del tutto soppressa, così come previsto dall'art. 2538, cc. 3 e 4, c.c. Questa norma è diametralmente opposta alla regola del voto proporzionale alla quota di capitale che contraddistingue le società di capitali a fini di lucro e crea un collegamento diretto con il testo dell'art. 2516 c.c., laddove si stabilisce che nella

costituzione e nell'esecuzione dei rapporti mutualistici deve essere rispettato il principio di parità di trattamento.

La portata precettiva delle due norme appare essere una precisa affermazione della funzione sociale della cooperazione e del carattere democratico dell'istituto cooperativo, la cui importanza si coglie nell'espressione testuale delle regole, e finanche nell'interpretazione che il principio prima del 2003 – quando non era così integralmente dettagliato nelle regole – riceveva dalla giurisprudenza e dalla dottrina²². La forza di queste regole è tale che i precetti democratici del voto capitario e della parità di trattamento rappresentano una sorta di stella polare nella costellazione delle norme sulla cooperazione, talché essi informano certamente l'intero sistema. Il rispetto integro di questi principi deve essere considerato sin dalla costituzione del rapporto e deve caratterizzare tutta l'esecuzione del rapporto socio-società, in sostanza in ogni fase, anche meramente applicativa della prestazione mutualistica e dell'esercizio e della partecipazione del socio alle attività sociali²³.

L'art. 2511 c.c. qualifica lo scopo mutualistico come elemento caratterizzante, anche sul piano concreto degli effetti, nella misura in cui questo metodo economico viene eretto a criterio guida della cooperativa. Seppur il tema appare essere oggetto di critiche ricorrenti²⁴, è indubitabile che il sistema normativo vada in quella direzione. Sin dalla costituzione del rapporto con la società il socio è posto (tendenzialmente) in condizione di poter beneficiare di beni e di servizi a condizioni più convenienti rispetto al mercato. Anche questo criterio economico di funzionamento della cooperativa differenzia in modo netto questo tipo societario rispetto alle società ordinarie, tanto più che, ove previsto, la divisione degli utili trova la sua forma qualificante nella tecnica dei ristorni, e cioè sulla base della quantità e qualità dello scambio mutualistico, e non in modo proporzionale ai conferimenti di capitale.

L'impostazione legislativa secondo cui si preferisce la frequenza della relazione con la società rispetto alla distribuzione di dividendi ci accompagna verso due riflessioni accessorie: non conduce inevitabilmente all'istituzione di un rapporto esclusivo o dominante con i soci, ma obbliga la cooperativa (per essere tale) a non potersi sottrarre, dal

²² Per tutti si rinvia V. Buonocore, *Diritto alla cooperazione*, Bologna, 1997, *passim*.

²³ Cfr. V. Buonocore, *Rapporto mutualistico e parità di trattamento*, in P. Abbadessa, G.B. Portale e G.F. Campobasso (a cura di), *Il nuovo diritto delle società: Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., p. 582 ss.

²⁴ Per uno sguardo d'insieme si rinvia a A. Bassi, *Commento*, cit., *passim*, ed inoltre in G. Oppo, *L'essenza della società cooperativa*, cit., p. 528 ss.; V. Buonocore, (voce) *Società cooperative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, ed anche D. Preite, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, p. 273.

punto di vista regolamentare e concreto, alla creazione di una relazione (qualificata e vantaggiosa) dal punto di vista economico con i soci. Resta inteso che tale metodo non può essere eluso neanche indirettamente e non rappresenta un mero simulacro formale.

Gli elementi ermeneutici in questo senso sono numerosi e tutti decisivi: (i) l'atto costitutivo stabilisce le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica e la loro esecuzione deve essere indicata specificamente nell'oggetto sociale con riferimento ai requisiti e agli interessi dei soci (art. 2521, cc. 2 e 3, c.c.); (ii) il mancato perseguimento dello scopo mutualistico conduce allo scioglimento della cooperativa da parte dell'autorità di vigilanza (art. 2545-quinquies, c. 1, c.c.); (iii) gli amministratori e i sindaci della società, in occasione della approvazione del bilancio di esercizio debbono indicare specificamente, nelle relazioni previste dagli artt. 2428 e 2429 c.c., i criteri seguiti nella gestione sociale per il conseguimento dello scopo mutualistico (art. 2545 c.c.).

In relazione all'art. 2545 c.c. occorre anche aggiungere che l'obbligo di relazione ha un concreto valore sostanziale e non si esaurisce nella mera esposizione prevista dall'art. 2545-*sexies* c.c., secondo cui nel bilancio delle cooperative si devono riportare separatamente i dati relativi all'attività svolta con i soci, distinguendo eventualmente le diverse gestioni mutualistiche. L'insieme delle norme implica che la relazione nel suo complesso (e quindi anche nei dati numerici) deve essere reale ed effettiva, esponendo in modo completo il vantaggio economico offerto ai soci. In definitiva, il bilancio di una società cooperativa deve indicare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria, non solo in relazione al risultato economico dell'esercizio, ma anche in maniera esauriente e specifica su ogni elemento della gestione mutualistica.

Le regole caratterizzanti così determinate rappresentano il minimo comun denominatore dell'attuale declinazione della funzione economico-sociale svolta dalla cooperativa e dallo scopo mutualistico.

5. La cooperazione e la moderna economia globalizzata: la sintomaticità del sistema creditizio.

Nell'ultimo decennio la complessità dello scopo mutualistico e la ricerca di un equilibrio per assicurare un accesso alla gestione imprenditoriale del credito in forma cooperativa si sono intrecciate con le sempre più pressanti esigenze e criticità dell'economia globalizzata.

L'impatto maggiore è stato determinato senz'altro, salvo quanto più oltre si dirà in specifico per il credito cooperativo e sulla riforma varata dalla l. n. 49/2016 anche a seguito del Reg. UE del 26 giugno 2013 n. 575/2013²⁵, dall'armonizzazione internazionale delle regole sui requisiti patrimoniali e gestionali (per la raccolta e la conservazione del risparmio e l'oculata erogazione del credito) fissata dai c.d. *accordi di Basilea*²⁶.

Essi rappresentano un insieme di principi e di linee guida sui requisiti patrimoniali e gestionali delle banche, formulato dagli organi competenti di undici nazioni, i G10 oltre al Lussemburgo, nota piazza finanziaria mondiale. L'approvazione di questi accordi si pone l'obiettivo di promuovere la stabilità monetaria e finanziaria e di favorire il ravvicinamento degli standard bancari relativi alla meritevolezza e all'operatività creditizia in base all'esistenza di ben determinati requisiti di solidità patrimoniale. Questi accordi non derivano da una potestà regolamentare, ma la loro provenienza e il vincolo alla reciproca adozione li rende implicitamente inderogabili per tutti gli operatori (e le autorità nazionali) al fine di poter interagire concretamente a livello internazionale²⁷. L'effetto prodotto nel settore creditizio negli ultimi vent'anni è stato significativo, comportando una maggiore diffusione di una moderna cultura del rischio e uniformando le tecniche secondo le migliori pratiche, il tutto con l'ovvia considerazione che, almeno asseritamente, questi mutamenti avrebbero dovuto scongiurare le crisi economico-finanziarie²⁸.

La diffusione di questi modelli di operatività ha avuto un effetto determinante nel mondo creditizio internazionale e italiano, e in quello del credito cooperativo in particolare. L'impatto non è stato di poco conto per le banche di credito cooperativo (d'ora in avanti anche BCC). In questo nuovo contesto normativo l'operatività su base localistica delle BCC è stata seriamente vagliata: storicamente e come noto, le BCC promuovono gli interessi economici dei propri soci nel contesto geografico in cui operano, rafforzando quell'effetto prima visto di partecipazione dei soci alle attività cooperativistiche, e innanzitutto avvantaggiandoli con la somministrazione di servizi finanziari a loro

²⁵ Reg. UE n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

²⁶ Si veda C. Costa, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in P.M. Sanfilippo e V. Di Cataldo (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008, *passim*; G. Giannelli, *Gli accordi di Basilea II tra soft law e autonomia organizzativa delle banche*, *ivi*, *passim*.

²⁷ Si veda F. Accettella, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa tit. credito*, 2013, p. 462 ss.

²⁸ Per un primo approfondimento si rinvia a G. Carosio, *Il nuovo Accordo di Basilea nelle strategie della Vigilanza*, in *Bancaria*, n. 12/2002; R. Salvo, *Rischio di credito, Basilea 2 e piccole banche (cooperative): quale sviluppo per i controlli prudenziali?*, in *Cooperazione di Credito*, 2002, *passim*.

indirizzati in modo preciso. Il principio del localismo ha una diretta corrispondenza in diverse norme del TUB, infatti, viene indicata un'area di competenza territoriale nelle quali le banche possono operare, ovvero i comuni in cui la banca ha succursali, nonché quelli limitrofi, e per l'appunto, solo i soggetti residenti o operanti con continuità nell'area geografica della banca possono diventare soci e clienti delle BCC.

Le BCC, in linea con le regole generali dell'ordinamento, destinano almeno il 70% degli utili netti annuali alla riserva legale e il 3% degli utili annuali ai fondi mutualistici per promuovere e sviluppare la cooperazione; solo la restante parte può essere utilizzata per rivalutare le azioni, istituire altre riserve, distribuire i dividendi ai soci oppure essere destinati a finalità di beneficenza o mutualità, il tutto in relazione a quanto indicato dallo statuto.

Le BCC, quanto meno fino alla nuova riforma di cui più oltre, hanno avuto una reale natura mutualistica: soglie massime per la quota di partecipazione di ciascun socio; voto capitaro; limite al valore nominale complessivo delle azioni non superiore a 50.000 euro.

A partire dall'emanazione delle varie versioni degli accordi di Basilea la maggior parte delle banche in Italia ha attuato delle nuove politiche di credito nei confronti dei loro clienti basate sulla valutazione del merito creditizio, fondate su analisi statistiche di fonte internazionale. Gli istituti di credito si sono adeguati individuando regole precise per fissare la tipologia di clientela e per adottare le forme di finanziamento più opportune sulla base delle analisi indicate nei parametri standardizzati, il tutto con l'obiettivo di minimizzare i rischi di insolvibilità²⁹. Anche le BCC hanno introdotto l'uso di metodologie statistiche in relazione alle loro politiche di finanziamento, con conseguente riorganizzazione del processo creditizio e di loro adeguamento ed armonizzazione con l'intero sistema bancario³⁰.

Una delle conseguenze dell'attuazione degli accordi di Basilea nel mondo del credito, e di quello cooperativo in particolare, è stato da un lato l'adozione di tecniche di gestione dei rischi sempre più efficaci, dall'altro, una visione differente della clientela tradizionale.

²⁹ La letteratura consultata è stata la seguente, Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, dicembre 2010; Id., *Basel III: International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring*, dicembre 2010; Id., *Results of the Basel III monitoring exercise as of 30 June 2012*, marzo 2013; F. Cannata, M. Bevilacqua, S. Casellina, L. Serafini e G. Trevisan, *Looking ahead to Basel 3: Italian banks on the move*, in *Questioni di Economia e Finanza, Banca d'Italia*, 2013, n. 157, *passim*.

³⁰ In particolare, in linea con le regole di c.d. *Basilea III* sono stati indicati alcuni requisiti, fatti propri dalla costellazione delle BCC, per la gestione della liquidità, sul punto si veda F. Cannata e G. D'Acunto (a cura di), *Questioni di Economia e Finanza. Il credito cooperativo alla sfida di Basilea 3: tendenze, impatti, prospettive*, n. 158/2013, *passim*.

Nella costellazione delle BCC la clientela tipica è stata propriamente sovrapponibile per molti versi alla categoria dei soci che specificatamente riusciva ad essere soddisfatta in quest'ambito creditizio proprio perché riusciva a superare l'esclusione che riceveva dal sistema bancario c.d. *commerciale*. Pertanto, la sfida di costruire un sistema capace di misurare in modo standard e più sicuro la gestione dei rischi, e che fosse allo stesso tempo sensibile all'attitudine alle fasce sociali meno vocate al credito commerciale, ha costituito una prima torsione del sistema, forse virtuosa, ma certamente non facile.

Salvo quanto più oltre si dirà in ordine alla ulteriore evoluzione regolatoria, già da questo quadro, emerge l'idea per cui il solco del sistema creditizio è segnato nella direzione dell'equiparazione netta e forte tra il sistema commerciale e quello cooperativistico sul piano della gestione delle attività creditizie. In entrambe le tipologie bancarie (capitalistica e cooperativistica) si riscontra l'adozione di tecniche essenzialmente dettate da componenti statistiche e da valutazioni economico-finanziarie armonizzate di derivazione internazionale. Al di là di ogni giudizio di merito il dato è evidente: in sostanza le BCC sono state attratte in un sistema nel quale il percorso di miglioramento dell'efficienza gestionale mette anche in gioco la strategia di fondo dell'operatività di queste linee creditizie in favore di determinate fasce economico-sociali.

Le nuove linee direttive, basate su metodi statistici ed economico-finanziari uniformati internazionalmente, assottigliano in un'unica dimensione dominante e all'interno di logiche precise e non personalistiche le attività che erano alla base dello scopo sociale e mutualistico del credito cooperativo³¹.

È indubitabile, quindi, dover segnalare che il sistema si è ormai orientato verso una forte parificazione delle attività gestionali e finanziarie, ed in questo senso non si può non registrare il tendenziale azzeramento delle differenze con le banche c.d. *commerciali*, almeno sul piano dell'accesso al credito e dello sfruttamento delle migliori remunerazioni degli impieghi del risparmio. Equiparazione che, in ultima analisi, lascia sullo sfondo, come mera petizione di principio, la vocazione al sostegno sociale tipica del movimento cooperativo creditizio.

³¹ Per un interessante valutazione delle logiche e degli effetti delle norme in campo economico si veda G. Carcano, C. Mosca e M. Ventoruzzo (a cura di), *Regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2016, *passim*.

6. Il credito cooperativo italiano.

Oltre a quanto detto al paragrafo che precede, le BCC sono state investite negli ultimi anni dalle nuove norme dirette a migliorare la loro garanzia patrimoniale prudenziale e a contenere i c.d. *rischi sistemici*.

Il Reg. UE n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, ha introdotto nell'ordinamento un testo normativo complesso e importante con oltre 500 articoli e numerosi allegati, caratterizzati tutti da un elevato dettaglio tecnico. La base dell'intervento UE è stato individuato nella necessità di costruire un quadro giuridico comune per tutti gli Stati membri per l'armonizzazione delle regole di vigilanza e delle norme prudenziali degli enti creditizi e delle imprese di investimento, definendo anche le modalità della loro governance, dell'acquisizione di partecipazioni qualificate, dell'esercizio della libertà di stabilimento e della libertà di fornire servizi, nonché disciplinare il capitale iniziale e la revisione prudenziale, stabilendo, infine, i poteri delle autorità competenti di ogni paese (considerando 6).

Proprio in ordine ai requisiti prudenziali che mirano a garantire la stabilità finanziaria degli operatori sui mercati, le norme emanate hanno avuto il fine di fornire un elevato livello di protezione degli investitori e dei depositanti, e conseguentemente anche il buon funzionamento del mercato interno (considerando 7). L'ambito d'applicazione è stato individuato nell'art. 1 stabilendo regole uniformi concernenti i requisiti prudenziali generali per tutti gli operatori.

In sostanza, secondo una lettura non agevole del complesso normativo, *inter alia*, è stato stabilito che tutti gli operatori creditizi dei paesi UE avrebbero dovuto adottare delle modalità di abbattimento del rischio sistemico e di insolvenza, e che tale attuazione avrebbe dovuto essere eseguita per quanto riguarda le regole strutturali scegliendo all'interno di tre schemi operativi.

Un primo modello disponibile era quello indicato dall'art. 10 Reg. UE n. 575/2013 e mod. ss., in cui per via contrattuale le diverse imprese non rispondenti ai criteri economici previsti potevano sottoporsi alla direzione unitaria di altra impresa, c.d. *capogruppo*, e questo è stato lo schema poi seguito in Italia con l'istituzione del *gruppo bancario cooperativo*.

Un secondo tipo di intervento prevedeva l'applicazione dell'art. 113, c. 7, Reg. UE n.

575/2013 e mod. ss., attraverso la costituzione di un sistema di tutela istituzionale con un patrimonio separato composto dai contributi di tutte le imprese contraenti, allestito secondo una serie non piccola di parametri economico-statistici tali da assicurare a questo *fondo* la solvibilità per tutte le banche aderenti, e conseguentemente senza sottoporre a vincoli stretti di direzione tutte gli istituti che ne avrebbero fatto parte, così come previsto nella precedente ipotesi. Un ulteriore schema era previsto dall'art. 113, c. 6, Reg. UE n. 575/2013 e mod. ss., attraverso l'affiliazione diretta delle banche fuori parametro, ad un ente in possesso dei requisiti.

In questo complesso panorama di ragioni economiche, politiche e sociali l'Italia, al fine di dare attuazione alla richiesta di armonizzazione UE, ha emanato via via una serie di leggi (il d.l. n. 18/2016, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 49/2016; successivamente il d.l. n. 119/2018, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 136/2018 ed infine il d.l. n. 73/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 106/2021) che hanno inciso in modo significativo sul sistema del credito cooperativo inserendo nel corpo del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385/1993, nella sua ultima versione aggiornata alla l. n. 238/2021, d'ora in avanti anche TUB) una nuova disciplina del credito cooperativo italiano.

Il percorso seguito dal legislatore per garantire la stabilità del mercato finanziario alla luce dello strumento normativo UE è stato di duplice natura, e tanto per favorire – asseritamente – le istanze provenienti direttamente dalle diverse realtà esistenti nel sistema cooperativo creditizio nazionale. Così, per un verso è stato introdotto l'istituto del «gruppo bancario cooperativo» (ex art. 10 Reg. UE n. 575/2013) per tutte le banche di credito cooperativo italiane, e per altro verso, solo per gli istituti di credito aventi sede legale nelle province autonome di Trento e di Bolzano, è stata concessa la scelta di optare per la tutela istituzionale con la costituzione di un *fondo* di garanzia, ai sensi all'art. 113, c. 7, Reg. UE n. 575/2013, facoltà che poi è stata realmente sfruttata³².

³² La l. n. 136/2018 ha introdotto l'art. 20-bis che ha previsto la tutela istituzionale indicata nel Reg. UE n. 575/2013 stabilendo che «1. Al fine di tutelare la solidità del credito cooperativo preservando l'autonomia gestionale e giuridica dei singoli enti creditizi, al testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 33, comma 1-bis, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 37-bis, comma 1-bis”; b) all'articolo 37-bis, comma 1-bis, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le medesime banche hanno la facoltà di adottare, in alternativa alla costituzione del gruppo bancario cooperativo, sistemi di tutela istituzionale, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 113, paragrafo 7, del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 agosto 2013”»; conseguentemente gli enti creditizi con sede legale nelle province autonome di Trento e di Bolzano hanno adottato un sistema di tutela istituzionale (il c.d. IPS - *Institutional Protection Scheme*) e nel 2019 è stata fondata la Raiffeisen Südtirol IPS Società cooperativa, alla quale la Cassa Centrale

Tale scelta è stata dissonante e, in un certo senso, ha avuto effetti non piccoli sul sistema creditizio cooperativo. Al di là della reale provenienza dal basso delle sollecitazioni a scegliere lo schema dell'art. 10 Reg. UE n. 575/2013 (capogruppo per via contrattuale) per la gran parte del movimento cooperativo creditizio italiano, questa impostazione impone di scrutinare la strategia adottata sul piano della coerenza attuale del sistema con i principi e le regole della cooperazione.

L'intervento legislativo in effetti ha decomposto in modo incoerente e non facilmente intellegibile il quadro del credito cooperativo. Il nuovo art. 33 TUB ha visto l'inserimento di due nuovi commi, 1-*bis* e 1-*ter*, in cui si stabilisce che: «l'adesione a un gruppo bancario cooperativo è condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo» e che non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nell'albo delle società cooperative a mutualità prevalente per quelle banche prive dell'autorizzazione prima indicata. Infine, sempre nell'art. 33, c. 3, TUB è stato previsto che la nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo spetta ai competenti organi sociali fatte salve le previsioni degli articoli 150-*ter* e 37-*bis*, c. 3, TUB, norma quest'ultima che sposta questo potere di nomina in favore della capogruppo, in quanto il contratto di coesione tra le banche aderenti fissa i suoi poteri e gli permette, rispettivamente, di nominare, di opporsi alla nomina o di revocare uno o più componenti, fino a concorrenza della maggioranza, degli organi di amministrazione e controllo delle società aderenti al gruppo e, finanche, di disporre l'esclusione di una banca dal gruppo in caso di gravi violazioni.

Inoltre, a fronte delle regole contenute nell'art. 34, cc. 2 e 3, TUB che incarnano i criteri, storicamente e normativamente, fondanti la cooperazione in ambito creditizio, stabilendo che per essere soci di una banca di credito cooperativo è necessario risiedere, aver sede ovvero operare con carattere di continuità nel territorio di competenza della banca stessa e che ad ogni socio corrisponde un voto, qualunque sia il numero delle azioni possedute, sono state innestate nel testo due nuove norme (gli artt. 37-*bis* e 37-*ter* TUB) molto ampie ed articolate che costituiscono il fulcro di questa disciplina fortemente innovativa, ma anche asimmetrica rispetto alla quella cooperativistica.

Raiffeisen aderisce assieme a 39 Casse Raiffeisen e alla Federazione Cooperative Raiffeisen; l'IPS Raiffeisen è stato approvato dalla Banca d'Italia nel 2020 e, conseguentemente tutte le banche aderenti esercitano autonomamente le loro attività, esse singolarmente considerate sono al di fuori dei controlli previsti dalle leggi di armonizzazione UE ed in ogni caso il fondo di garanzia istituzionale collettivamente fondato, attraverso la partecipazione di tutti gli istituti, permette la costituzione dell'obbligatoria dotazione finanziaria di riserva.

In particolare, nel primo comma dell'art. 37-*bis* TUB si prevede la costituzione del *gruppo bancario cooperativo* che «[...] è composto da: a) una società capogruppo costituita in forma di società per azioni autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria il cui capitale è detenuto in misura pari ad almeno il sessanta per cento dalle banche di credito cooperativo appartenenti al gruppo, che esercita attività di direzione e coordinamento sulle società del gruppo sulla base di un contratto conforme a quanto previsto dal comma 3 del presente articolo. Il medesimo contratto assicura l'esistenza di una situazione di controllo come definito dai principi contabili internazionali adottati dall'Unione europea; il requisito minimo di patrimonio netto della società capogruppo è di un miliardo di euro [...]». Diversamente, e come già detto, solo per le banche di credito cooperativo aventi sede legale nelle province autonome di Trento e di Bolzano è stata concessa la facoltà di adottare, in alternativa alla costituzione del gruppo bancario cooperativo, sistemi di tutela istituzionale, in coerenza con quanto previsto dall'art. 113, par. 7, Reg. UE 575/2013.

Spicca in maniera importante la costituzione di una gestione strategicamente più invasiva per tutte le banche di credito cooperativo italiano (modello ex art. 10 Reg. UE n. 575/2013, e mod. ss.) in cui, per via contrattuale, le diverse imprese non rispondenti ai criteri di patrimonialità prudenziale previsti si sottopongono alla direzione unitaria di un'altra impresa capogruppo assoggettandosi a vincoli stretti di direzione. Dunque, con l'esclusione delle banche del Trentino-Alto Adige, il sistema del credito cooperativo è stato ingabbiato in una visione verticistica delle regole di amministrazione ed è stato cancellato sul piano normativo (e di fatto) il principio della partecipazione del socio e della parità di trattamento, lasciando come mero simulacro l'art. 34 TUB che concretamente subisce un'abrogazione implicita.

L'effetto abrogativo della parità di trattamento e della regola generale della partecipazione del socio è ulteriormente rafforzato dal fatto che la Banca d'Italia, avvalendosi dei suoi poteri regolatori, ha permesso ai costituenti *gruppi bancari* il varo di statuti con un'impostazione fortemente apicale che hanno esasperato la sostanziale elusione dei principi in tema di cooperazione.

Giova osservare, ad esempio, che nell'art. 13, c. 1 e 2, dello Statuto di ICCREA Banca, una delle capogruppo originatesi a seguito della riforma, è previsto che possono essere soci della stessa le banche di credito cooperativo/casse rurali ed artigiane la Federazione italiana e le Federazioni territoriali delle banche di credito cooperativo e gli altri intermediari creditizi, finanziari e assicurativi e che nessun socio può possedere, direttamente o

indirettamente più del 10% delle azioni con diritto di voto³³. *Cum grano salis* l'approvazione di questa regola statutaria ha determinato sul piano degli effetti che solo poche banche di credito cooperativo, quelle più grandi (che sono esigue) hanno potuto garantirsi le quote azionarie più significative. Basti pensare che il limite del 10% delle azioni sul piano finanziario – palesemente – non rappresenta un termine significativo di contenimento del potere gestorio. Questo modo di procedere ha consentito la costituzione di una maggioranza (più forte sul piano azionario ed economico) che ha ottenuto la forza di subordinare, secondo un metodo capitalistico diametralmente opposto a quello cooperativistico, il controllo dell'universo del credito cooperativo italiano.

Il rapporto sinergico che si è creato tra le nuove norme del TUB e la regola statutaria (approvata dalla Banca d'Italia) sopra indicata è tale che l'effetto concreto che si produce sul piano interpretativo è diametralmente contrario a quanto previsto dalle norme in tema di cooperazione (parità della partecipazione e voto capitaro), con la conseguenza che la direzione della *capogruppo* incide a valle sulle varie banche aderenti, e a monte condiziona lo schema decisorio e amministrativo della società primaria, che è vincolato sulla base della partecipazione al capitale.

La semplice lettura piana delle norme evidenzia che il modello di *gruppo cooperativo* adottato dal sistema creditizio italiano, oltre ad essere molto specifico rispetto alle regole del Codice civile, laddove si prevede all'art. 2545-*septies* c.c. che «il contratto con cui più cooperative appartenenti anche a categorie diverse regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese deve indicare: [...] 5) i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune. // La cooperativa può recedere dal contratto senza che ad essa possano essere imposti oneri di alcun tipo qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci», si avvicina grandemente alla disciplina del gruppo bancario regolato dal testo unico agli art. 60-61 TUB³⁴, e si colloca all'interno di un'impostazione molto parificata a quella delle banche c.d. *commerciali*, che però si avvalgono di strutture societarie diverse dal modello della cooperativa, e non godono degli stessi vantaggi fiscali.

Questo induce delle riflessioni molto dirette: (i) l'impostazione strutturale di natura

³³ Si veda ICCREA Banca, Statuto ICCREA Banca s.p.a., approvato dall'assemblea dei soci del 10 gennaio 2019, in vigore dal 18 marzo 2019, disponibile sul sito www.iccreabanca.it.

³⁴ Cfr. I. Sabbatelli, *Le riforme delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017, *passim*; e M. Lamandini, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 63 ss.

contrattuale è differente ed è priva dei contrappesi derivanti dai rapporti partecipativi dei soci cooperatori, sganciando di fatto il potere decisionale dalle esigenze che potranno emergere a valle in sede assembleare, e così facendo si è imposta un'organizzazione verticistica e deliberativo *dall'alto*; (ii) al di là del dato strutturale di base, le regole in campo concretamente dislocano la governance e la base decisionale bancaria lontano dalla logica partecipativa e dal sistema di democrazia economica che connota la cooperativa, ed inoltre si collocano le attività amministrative lontano e nell'ambito di un'élite dirigenziale, le cui dinamiche di nomina e controllo non sono neanche garantite in modo omogeneo dai sistemi previsti per le altre forme societarie, vista l'ibridazione del modello; (iii) l'unica logica alla base della riforma sembra essere quella dell'adeguamento finanziario e della semplificazione a tono unico delle logiche di vigilanza da parte dell'autorità regolatoria³⁵; (iv) in ultima analisi si consegnano rilevanti vantaggi fiscali ad imprese che per molti aspetti operano come vere e proprie banche a base capitalistica.

Sul piano economico, *incidenter tantum*, si può poi facilmente prevedere che una struttura così congegnata, in cui la *capogruppo* è priva di attività d'impresa proprie, tenderà ad accentrare la gestione dei costi e l'accumulo dei vantaggi economici, spingendo verso l'accorpamento a tappe forzate degli istituti su base territoriale sulla base dei soli criteri di efficienza gestionale e di convenienza, e quindi, in un'ottica di natura capitalistica. Questa organizzazione comporta, con ogni evidenza, la disapplicazione sostanziale delle regole che, anche sul piano economico, individuavano la centralità del riutilizzo del risparmio a favore dei soci dello stesso ambito geografico, e valorizza sul piano interpretativo solo le norme dirette a garantire la funzionalità finanziaria a scapito dell'intervento bancario per il sostegno del localismo quale principio cardine della cooperazione.

Peraltro, l'impianto normativo previsto nell'art. 37-bis, cc. 3, 3-bis e 3-ter, TUB è molto preciso nel fornire una disciplina di dettaglio di questa nuova versione del concetto di scopo mutualistico e di cooperativa in ambito creditizio. Infatti, il contratto di coesione prevede che la capogruppo (i) diriga e coordini il gruppo; (ii) che, nel rispetto delle finalità mutualistiche e del carattere localistico delle banche di credito cooperativo, individui e attui gli indirizzi strategici e gli obiettivi operativi del gruppo, nonché disponga degli altri poteri

³⁵ Cfr. V. Calandra Buonauro, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno nelle banche*, in *Banca, impr. soc.*, 2015, p. 19 ss.; d'altronde nella stessa l. n. 136/2018 ha introdotto l'art. 20-bis consentendo alle casse Raiffeisen la costituzione del fondo di garanzia espressamente si sceglie quel metodo «[...] Al fine di tutelare la solidità del credito cooperativo preservando l'autonomia gestionale e giuridica dei singoli enti creditizi [...]».

necessari per l'attività di direzione e coordinamento, proporzionati alla rischiosità delle banche aderenti, ivi compresi i controlli ed i poteri di influenza sulle banche aderenti volti ad assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali e delle altre disposizioni in materia bancaria e finanziaria; (iii) che abbia, come già visto, ampi poteri di nomina e revoca degli organi amministrativi e di esclusione di una banca dal gruppo; (iv) che possa determinare i criteri di compensazione nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune; (v) che possa disciplinare il processo di consultazione delle banche aderenti in materia di strategie, politiche commerciali, raccolta del risparmio ed erogazione del credito, nonché riguardo al perseguimento delle finalità mutualistiche; (vi) di poter disporre, solo in via facoltativa, la consultazione delle assemblee territoriali delle banche al fine di tener conto delle specificità delle aree interessate, i cui pareri – tuttavia – non sono per essa vincolanti. Inoltre, si prevede che solo le banche aderenti che, sulla base del sistema di classificazione del rischio adottato dalla capogruppo, si collocano nelle classi di rischio migliori definiscono in autonomia i propri piani strategici e operativi, sempre, nel quadro degli indirizzi impartiti dalla capogruppo e possano nominare i componenti dei propri organi di amministrazione e controllo, ancorché in caso di mancato gradimento della capogruppo, sottopongono alla stessa, per la sostituzione, una terna di candidati. Isolatamente, in fondo all'art. 37-bis, c. 4, TUB, in modo quasi ancillare, si dispone che il contratto di coesione prevede la garanzia in solido delle obbligazioni assunte dalla capogruppo e dalle altre banche aderenti, nel rispetto della disciplina prudenziale dei gruppi bancari.

Anche in questo caso, ad una lettura piana della norma risulta palese che i principi della mutualità e della cooperazione ricevono un rispetto esclusivamente formale e sono posti tangibilmente in condizione subordinata sia alle regole sulla gestione delle attività finanziarie e sia alla volontà *centrale* della capogruppo³⁶. In modo coerente a questa linea di pensiero si collegano le norme sulla nomina e revoca degli organi amministrativi che, come già visto, determinano un appiattimento del livello di autonomia gestionale in modo rilevante.

Il nuovo assetto del credito cooperativo su base contrattuale rappresenta certamente un ibrido difficilmente collocabile sul piano delle regole e della funzione che la cooperativa svolge nel nostro ordinamento: (i) si costituisce sulla base di una serie di patti negoziali

³⁶ Si rinvia anche a F. Capriglione, *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in Riv. Trim. Dir. Ec., n. 4/2015, p. 3 ss.; e a M. Sepe, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, ivi, p. 81 ss.

che nel loro insieme snaturano il rapporto cooperativistico e istituiscono un meccanismo di incontrollabile egemonia a favore della società per azioni della capogruppo³⁷; (ii) l'adesione a questo patto negoziale è stata imposta, direttamente e indirettamente, per via legislativa e quindi con una vistosa deroga (per volontà superiore) ad una serie non piccola di principi e regole societarie e contrattuali³⁸; (iii) la costruzione obbligatoria, verticistica e con una configurazione di un dominio forte (previsioni di controllo pervasivo sull'organizzazione e sulla attività delle singole BCC con compressione della loro autonomia) si esprime attraverso una natura spiccatamente capitalistica della capogruppo, ed ancora una volta questo sistema di regole appare essere in diretto contrasto o comunque fortemente pregiudiziale per il diffuso radicamento territoriale del credito cooperativo e per la sua vocazione istituzionale al sostegno delle economie più svantaggiate del territorio nel mercato bancario³⁹.

Queste caratteristiche riqualificano il *genus* del credito cooperativo come una forma ibrida di *banca cooperativa commerciale atipica* e questo al solo fine di garantire una monotematica attuazione alle regole UE di garanzia ed una semplificazione (nel senso dell'uniformazione) della vigilanza, e forse, in ultima analisi, svela altresì una malcelata forma di neo-dirigismo nel campo del credito⁴⁰.

Il nuovo *corpus* normativo sul credito cooperativo è la rappresentazione di una forma di scopo mutualistico anomalo, dissonante e in diversi modi implicitamente abrogante del contenuto minimo delle regole caratterizzanti la mutualità nelle regole generali del modello societario. L'attribuzione della definizione di cooperativa al sistema prima descritto discende solo dalla volontà legislativa, in quanto le leggi speciali la qualificano come tale, ma ontologicamente si mostra sotto diversi aspetti incompatibile con le norme generali costituzionalmente orientate. E tuttavia, se è vero che la legge può prevedere la costituzione di cooperative anomale, e questa facile plasmabilità ha condotto alla costruzione di una modellazione ibrida in campo creditizio, è anche ovvio e naturale che gli elementi di forte contraddizione che sono in campo rappresentano lo spunto per svolgere alcune brevi

³⁷ Cfr. D. Santosuosso, (voce) *Gruppi di società*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano 2007.

³⁸ Si veda M. Lamandini, *Nuove riflessioni*, cit., p. 56 ss. e M. Pellegrini, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione: ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, n. 4/2015, p. 62 ss.

³⁹ Emanuele Cusa, *Il diritto delle banche di credito cooperativo tra legge e contratto*, Giappichelli, 3 ottobre 2013, pp. 19 ss.

⁴⁰ Cfr. S. Amorosino, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori "in bianco"*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2017, p. 414 ss.; Id., *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in *ivi*, 2015, p. 209 ss.

riflessioni finali.

7. Apocalittici e integrati: conclusioni e (paradigmatiche) contraddizioni.

Come noto, il saggio di Umberto Eco, da cui si mutua il titolo di questo paragrafo, studiava la cultura di massa cercando di cogliere il reale apporto dei nuovi generi culturali, e nel farlo l'autore distingueva tra gli *apocalittici*, definiti come coloro che manifestavano un atteggiamento sfavorevole ed elitario, e gli *integrati*, ovvero quelli che adottavano un'accettazione acritica e preconcetta. Sfrondare le prospettive degli apocalittici e degli integrati credo possa essere utile anche in questa analisi, traendo alcune considerazioni finali.

Esistono certamente delle concrete ragioni economiche che agiscono in contro-tendenza rispetto ai valori che sono promossi dal modello della cooperativa e, anzi, sembra che ogni settore produttivo provi ad eliminare o a guardare con fastidio a tutti quegli schemi di intervento solidaristico o di sostegno (anche in forma imprenditoriale diretta) alle fasce sociali meno avvantaggiate. Le urgenze che provengono dai mondi economico-finanziari spesso mettono in discussione quelli che erano stati i principi condivisi – anche sul piano costituzionale – del secolo breve. Le ragioni di efficienza economiche e di armonizzazione a livello europeo e internazionale dei diversi settori produttivi e distributivi senz'altro non possono essere sottaciute né sottovalutate, ma d'altro canto le esigenze di sostegno solidaristico non sembrano essere tramontate, e addirittura, sembrano riacuirsi nelle loro necessità di intervento.

Negli ultimi decenni il mondo creditizio è stato scosso da crisi economico-monetarie c.d. *sistemiche*, acuite dalla globalizzazione e da un settore finanziario significativamente interconnesso ad ogni livello e che manifesta spesso una pericolosa tendenza alla propagazione delle crisi e dei turbamenti di mercato a tutti i soggetti che, anche indirettamente, svolgono un ruolo in campo bancario, creando spesso condizioni di diffusa instabilità. Gli interventi normativi prima esaminati hanno avuto indubitabilmente l'obiettivo prudenziale di eliminare o minimizzare gli impatti negativi di questi ricorrenti

contesti di crisi, garantendo la stabilità complessiva del sistema finanziario e il risparmio nazionale⁴¹.

D'altro canto, serve anche annotare che le nuove regole via via adottate hanno accresciuto le diseguaglianze sociali tra i diversi settori produttivi, ed in generale tra quelli più o meno favoriti dalle nuove inclinazioni dell'economia attuale, e hanno altresì provocato ulteriori forti asimmetrie nella distribuzione della ricchezza. All'interno di questa trama un elemento aggiuntivo di valutazione proviene, ancora una volta, dalla prospettiva storica: il credito cooperativo italiano nella sua lunga vita è sempre riuscito a navigare in modo sostanzialmente indenne tra queste tempeste. Nel lungo termine questo può essere testimonianza dell'importanza della mutualità e della centralità dei principi connessi alla cooperazione⁴².

La riforma attuata per garantire consistenza patrimoniale e prudenziale al credito cooperativo italiano vede esclusivamente in un'ottica monoculare (e acritica) le scelte per far fronte alle esigenze del mercato e della vigilanza bancaria⁴³. Il legislatore ha, dunque, deciso di accogliere una nuova interpretazione (significativa) del concetto di scopo mutualistico nel settore creditizio, quale esclusiva difesa della garanzia patrimoniale del risparmio, e nel farlo si è addossato anche la responsabilità di convogliare le risoluzioni dell'economia e della legislazione europea nei confronti del credito cooperativo nel prisma dello schema con *capogruppo*. Nell'accogliere questo concetto sono stati abbandonati i criteri di relazione tipici che il modello societario della cooperativa stringeva con le regole generali codicistiche e sono stati soppiantati i modelli economicamente e socialmente rilevanti indicati all'art. 45 Cost. con questa nuova formula. In questo modo il legislatore ha operato con un'ampissima discrezionalità sfornando l'ordinamento e l'economia italiana di uno strumento societario fino ad oggi adeguato a dare risposta a determinate richieste del paese, anche nel settore bancario,⁴⁴ offrendo ad un solo soggetto, finanziariamente forte, la facoltà di attuare (a suo piacimento) le istanze del credito cooperativo.

⁴¹ Sull'impatto determinato sulla governance si rinvia a A. Mirone, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, in *Banca, impr. Soc.*, 2017, p. 15 ss.

⁴² Si veda F. Belli, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004, *passim*; e A. Carretta, *Il credito cooperativo. Storia, diritto, economia, organizzazione*, Bologna, 2011, *passim*.

⁴³ Cfr. M. Sepe, op. cit., *passim*.

⁴⁴ Cfr. A. Nigro, *Commento sub art. 45 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1980.

Lo scopo mutualistico voluto dal legislatore in questo modo, probabilmente, è diventato *EU-konform*, ma si è anche allontanato dal metodo costituzionalmente protetto ed è giunto ad esprimere chiaramente il concetto per il quale nel settore creditizio il vantaggio della solidità patrimoniale e prudenziale delle banche (realizzato con il sistema con *capogruppo* ex art. 37-bis TUB) appaga gli interessi dei soci e del modello economico generale del movimento cooperativo. Tranne per quelle altoatesine, si dovrebbe aggiungere a rigor di logica.

Lungo questa linea di pensiero non è interessante discutere intorno al tema dell'eventuale difesa del modello del credito cooperativo così come conosciuto finora, occorre invece chiedersi se il cambiamento della natura e delle caratteristiche strutturali, così come indicato, riesca ancora a creare un legame concreto tra i soci cooperatori, quale categoria sociale e territoriale, e il mondo finanziario, riuscendo a soddisfare le esigenze sottese. È per questa ragione che risuonano ancora profetiche alcune definizioni pregevoli del passato secondo cui poco importava del modello societario prescelto per le banche cooperative, poiché è il credito che avrebbe dovuto avere essenza cooperativistica⁴⁵.

Indubabilmente il sostegno e la promozione delle economie geograficamente individuabili rimangono bisogni concreti, e occorre quindi chiedersi se il sistema è stato privato, senza sostituzione, di uno strumento indispensabile per la crescita dei territori.

Se poi a questo si aggiunge, come sopra indicato, che sul piano operativo le tecniche di gestione del rischio e di concreta attuazione della fase erogativa del credito sono sottoposte ad un'ampia serie di valutazioni statistico-economiche che provengono da analisi internazionali, e soprattutto sono regolate da dettami di varie fonti e di diverso livello (regolamenti, direttive, circolari, ecc.) il cui ispessimento è sempre più incessante ed evidente, è ovvio che lo schema inevitabilmente si chiude in senso negativo.

La regola costituzionale della mutualità, come visto sopra, metabolizza le norme caratterizzanti lo scopo mutualistico e la tipicità del modello societario della cooperativa: occorre, dunque, che l'interpretazione delle nuove regole per il credito cooperativo sia capace di livellare le forzature prima indicate, al fine di evitare effetti funzionali dannosi, ovvero, da un lato, la fuoriuscita dei soggetti appartenenti alle fasce sociali interessate dai

⁴⁵ Il pensiero è di G. Oppo, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in S. Amorosino (a cura di), *Le banche. Regole e mercato*, Milano 1995, p. 30; sul fatto che il credito cooperativo sia di servizio alla comunità territoriale di riferimento e nella prospettiva di determinate fasce sociali si rinvia anche a G. Oppo, *Mutualità e lucratività*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1992, p. 359 ss.; e a F. Capriglione, *Commento sub. art. 28 TUB*, in F. Capriglione, *Commento al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova 2012.

mondi della cooperazione e, dall'altro, il dover porre rimedio con meccanismi alternativi e di ripiego, dopo essere giunti alla constatazione che l'ordinamento è rimasto privo di strumenti economici ed associativi per continuare ad esaudire determinati interessi collettivi.

L'ovvia considerazione di chiusura è che questa breve analisi è rivelatrice di un percorso che sembra già segnato per il modello societario della cooperativa. Il settore del credito non è stato che uno dei primi ad essere coinvolto in modo profondo dalle esigenze della globalizzazione e dalle norme di armonizzazione europea, ed è quindi prevedibile che queste spinte fortemente riformatrici non si limiteranno a questo campo di intervento.

Abstract: Il movimento cooperativo italiano è caratterizzato da decenni da una estesa frammentazione tipologica. Questa varietà di modelli è derivata in gran parte dall'ampia caratterizzazione dei diversi campi economici di intervento in cui il legislatore ha cercato, volta per volta, le soluzioni più opportune di fronte alle spinte economiche. In questo scenario gli obbiettivi perseguiti dal legislatore non hanno mai smesso di porre al centro del sistema il concetto di scopo mutualistico. La sua importanza cruciale si è rivelata nello sforzo di rendere durevolmente coerente l'ordinamento con il fine mutualistico quale compito essenziale di questo tipo societario per garantire il benessere e l'interesse dei suoi membri, grazie all'organizzazione collettiva delle risorse e delle attività, e anche, in generale, come manifestazione di una visione economica d'insieme. Allo stato attuale la segmentazione delle norme si è inoltrata verso limiti molto estremi che sembrano mettere in discussione i canoni comunemente accolti dell'istituto societario della cooperazione, e proprio seguendo l'esempio paradigmatico della via percorsa dal credito cooperativo questo saggio ne studia gli effetti.

Abstract: The Italian cooperative movement has been long characterized by a remarkable diversity of models, which derive from its broad typology of economic fields. In this context, the legislator has sought to find the most appropriate solutions to meet the ever-evolving pressures of the economy and abide by EU regulations. The centrality of mutual purpose has been consistently highlighted, as it is essential for these types of societies to ensure their members' well-being and interest. This is accomplished through collective organization of resources and activities, which gives expression to an overall economic vision. Despite this, the extreme segmentation of rules that exist today seems to be at odds

with commonly accepted canons of corporate cooperation. To explore this matter further, cooperative credit societies are a paradigmatic example, and this research paper will investigate its effects on the larger system.

Parole chiave: cooperativa – scopo mutualistico – credito cooperativo – economia globalizzata.

Key words: cooperative society – mutual purpose – cooperative credit societies – globalized economy.

LE MISURE CONTRO LE POVERTÀ TRA DIRITTO SOVRANAZIONALE E ORDINAMENTO INTERNO*.

di Rosanna Fattibene **

Sommario. 1. Le ragioni dell'indagine. – 2. L'ambito europeo. – 3. L'ordinamento interno. – 3.1. Guardando al Reddito di cittadinanza attraverso la giurisprudenza costituzionale. – 3.2. Il Reddito di cittadinanza tra disciplina e applicazione. – 4. Prospettive di compatibilità tra i due ambiti d'intervento, nazionale e sovranazionale, anche alla luce dell'annunciata nuova misura d'inclusione sociale e di attivazione lavorativa.

547

1. Le ragioni dell'indagine.

Il dilagare della povertà e dell'emarginazione in tutto il territorio dell'Unione europea, pur con le debite differenze di gravità di area in area¹, induce, oramai da tempo, ad affrontare il fenomeno in una logica sovranazionale. L'agire secondo una comune strategia promette una maggiore efficacia d'intervento, ma anche il perseguimento di precisi valori europei, in particolare inscritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² e nella Carta sociale europea³. Nel mentre e contestualmente, sul fronte interno, nel combattere altrettanto povertà ed esclusione sociale, si attua, così come prescrive la Costituzione italiana, la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, impeditivi del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese.

* Sottoposto a referaggio.

**Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Salerno.

¹ Cfr., a riguardo, i dati forniti da Openpolis, *Quanto incide la povertà nelle regioni europee*, 22 marzo 2021, reperibile in Openpolis, www.openpolis.it, che, in base all'indicatore di povertà ed esclusione sociale definito da Eurostat, mostrano un fenomeno niente affatto abbattuto, come invece sarebbe dovuto essere secondo la strategia promossa con l'agenda Europa 2020. Raffigurano, però, anche un'Europa sostanzialmente ripartita tra Paesi (del Nord e dell'Europa centro orientale) con un indice di persone a rischio di povertà e esclusione sociale più basso della media europea e Paesi (quelli del Sud e dell'Est Europa) maggiormente afflitti dal problema, che presentano, al contrario, gli indici più elevati.

² In particolare, agli artt. 1, 16, 21, 23, 24, 25, 30, 31 e 34.

³ In particolare, all'art. 30 (diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale), all'art. 31 (diritto all'abitazione) e all'art. 16 (diritto della famiglia a una tutela sociale, giuridica ed economica). Entrambe le carte valoriali citate sono richiamate (negli articoli riportati in questa e nella precedente nota), fin dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulla piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale*.

Un'azione sinergica e convergente tra l'ambito di azione europeo e quello nazionale è dunque necessaria, per ragioni tanto pragmatiche quanto valoriali. Questa consapevolezza costituisce essenzialmente la ragione che ha mosso la presente indagine sul senso e sul verso della dinamica degli interventi assistenziali promossi dalle istituzioni eurounitarie, da un canto; sulla corrispettiva dinamica interna, per individuarne ugualmente senso e verso, verificarne la conformità con quella prima, eventuali scollamenti e quali, nel caso, ne siano i motivi ed i rischi conseguenti, dall'altro.

Si è preferito, in questo, prendere in considerazione solamente i più recenti sviluppi di entrambe le linee di azione, non solo per ovvie ragioni d'interesse all'attualità del problema e del relativo intervento a contrasto, ma anche per le significative evoluzioni che rapidamente, negli ultimi tempi, società e lavoro hanno subito, inducendo, di conseguenza, a mutare anche modalità d'interventi correttivi.

Il versante eurounitario sarà pertanto considerato a far tempo dall'affermarsi del modello di condizionalità dell'assistenza all'attivazione lavorativa, fino ad alcuni recenti atti delle istituzioni dell'Unione europea (una Raccomandazione del Consiglio e una Risoluzione del Parlamento europeo, in particolare, entrambe di quest'anno), che sembrano riaffermarlo in un'accezione sostanzialmente promozionale delle capacità del beneficiario. Sul versante interno, ci si soffermerà invece, essenzialmente, sui caratteri e sull'attuazione del Reddito di cittadinanza, che pure eredita la sua plurima finalità dalla misura che l'ha preceduto (il Reddito di inclusione).

Si è inteso peraltro anche verificare che, sia l'una che l'altra dinamica, nelle modalità d'intervento contemplate, corrispondano (con riferimento alle misure disposte nell'ordinamento interno) o almeno non confliggano (in relazione, ora, a quelle delineate in ambito sovranazionale) con l'idea di povertà rinvenibile nella nostra Carta costituzionale, vale a dire una sua concezione multidimensionale, non appiattita sulla sola dimensione economica, ma comprensiva invece di molteplici altre difficoltà che sono comunque di ostacolo al pieno sviluppo della persona.

Pare opportuno infine precisare che questo lavoro, con riferimento all'ordinamento interno, prende in considerazione la situazione di fatto e di diritto anteriore al provvedimento istitutivo di una misura d'inclusione sociale e di attivazione lavorativa destinata a sostituire il Reddito di cittadinanza. Si fermeranno, pertanto, le osservazioni in merito sul limitare delle notizie anticipatorie ed ufficiose di un atto normativo che pure si annuncia prossimo, ripromettendosi di farne oggetto di una specifica analisi, da riservare ad altra occasione.

2. L'ambito europeo.

Negli ultimi decenni, nei modelli di *welfare* europei, è andata emergendo una particolare connotazione rispetto ai tradizionali assetti, ravvisabile essenzialmente nella condizionalità dell'assistenza *alle povertà* – la lettura ulteriore renderà più chiaro il motivo dell'uso dell'articolo al plurale – rispetto all'attivarsi dell'interessato nella ricerca di un'occupazione: un paradigma, vale a dire, per il quale l'accesso all'assistenza (sussidi monetari compresi) è subordinato all'impegno attivo del richiedente bisognevole⁴.

Gli originari sistemi assistenziali avevano già da tempo palesato significative inadeguatezze rispetto alle evoluzioni, sociali, tecnologiche, lavoristiche, che li avevano interessati. Ci si riferisce, in particolare, a nuove situazioni di bisogno manifestatesi nella società; a inedite tipologie contrattuali di lavoro atipiche e flessibili, al *dumping* sociale. Il predominante carattere categoriale delle forme usuali di protezione – con riferimento, in particolare, al modello continentale e a quello mediterraneo, ai quali il nostro si ascrive⁵ – ha impedito, di fatto, di dare accoglienza alle “nuove forme di vulnerabilità”⁶ che ne sono

⁴ Cfr., in proposito, E. Gualmini e R. Rizza, *Attivazione, occupabilità e nuovi orientamenti nelle politiche del lavoro: il caso italiano e tedesco a confronto*, in *Stato e mercato*, n. 2/2011, pp. 195- 196; P. Calza Bini e S. Lucciarini, *La disarticolazione delle politiche del lavoro tra spinte europee, quadro nazionale e impulsi locali*, in Y. Kazepov e E. Barberis (a cura di), *Il welfare frammentato. Le articolazioni regionali delle politiche sociali italiane*, Carocci, Roma, 2013, p. 73.

⁵ All'uno o all'altro, a seconda del modello che si assume: in particolare, la tripartizione operata da G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990, composta da regime liberale, tipico dei Paesi anglosassoni, socialdemocratico, proprio dei Paesi scandinavi, e conservatore, afferente ai Paesi dell'Europa continentale, ai quali ultimi l'Italia ovviamente appartiene; oppure la classificazione proposta da M. Ferrera, *The “southern model” of welfare in social Europe*, in *Journal of European Social Policy*, n. 1/1996, p. 17 ss., che vi aggiunge il modello mediterraneo, proprio dei Paesi dell'Europa meridionale, quali Italia, Spagna, Portogallo e Grecia. Per la prima ricostruzione tipologica e le varie proposte di revisione che pure l'hanno riguardata, v. C. Saraceno, *Il welfare*, Bologna, 2013, p. 30 ss.; per la seconda, v. M. Zoli, *I sistemi di welfare state nei paesi dell'Unione Europea*, Luiss Lab on European Economics, Working Document, n. 1/2004, pp. 1-3, p. 13 ss. Per i tratti essenziali di entrambe, v. D. Benassi e P. Palvarini, *La povertà in Italia. Dimensioni, caratteristiche, politiche*, Cendon, Trieste, 2013, p. 26 ss. Lo studio del tema appartiene alla sociologia economica. Per mera completezza si indicano, di seguito, alcune letture al riguardo: per la classificazione dei modelli teorici di *welfare state*, nonché, in particolare, per i tratti distintivi dei modelli europei, v. S. Vogliotti e S. Vattai, *Welfare state. Parte 1: Modelli di Welfare state in Europa*, Istituto Promozione Lavoratori, Bolzano, 2014, p. 12 ss.; per i caratteri dello Stato sociale nei cluster dei Paesi dell'Unione europea, v. F. Farina, *Lo Stato sociale. Storia, politica, economia*, Luiss University Press, 2021; per un'accurata indagine sulla storia del *welfare State* italiano, v. M. Ferrera, V. Fargion e M. Jessoula, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Marsilio, Padova, 2012.

⁶ Come le definisce G. Busilacchi, *Il welfare state tra diritti e investimento sociale*, in *Italianieuropei*, n. 4/2019.

conseguite⁷. Ancor prima, il tradizionale *welfare* europeo (e più ampiamente occidentale) si era dovuto confrontare con i problemi comportati dagli sprechi e dalle inefficienze della spesa pubblica, da una regolamentazione del mercato del lavoro inadeguata alle nuove esigenze espresse dalla relativa domanda e dal rilevante aumento della spesa sanitaria e previdenziale comportata dall'invecchiamento della popolazione⁸.

Sicché, “misure a cavallo tra le politiche socio-assistenziali e lavoristiche”⁹, pur diversamente connotate in ciascun Paese¹⁰, hanno trovato ragioni d'implementazione in ambito europeo. Ci sembra che esse possano vantare almeno un triplice ordine: l'attitudine a farsi carico dei nuovi disagi di natura sociale, l'essere di conforto ad un'oramai irrinunciabile sostenibilità macroeconomica, nonché l'intento di attivare il potenziale umano.

Peraltro, siffatte misure hanno trovato comoda collocazione nel contesto delineato dal “nuovo corso delle politiche economiche e sociali internazionali di forte ispirazione neoliberista, caratterizzato da complessi processi scalari di deregolazione, *retrenchment*, liberalizzazione e privatizzazione degli attori e degli interventi”,¹¹ o – come diversamente è stato detto – da una “graduale riduzione [...] delle istituzioni portanti dello Stato sociale”, indi delle strutture proprie della solidarietà redistributiva¹²; misure, insomma, adatte ad un'area – come più severamente descritta – che accusa oramai la “sbornia di un liberismo aggressivo, non più moderato da preoccupazioni di segno solidaristico”, quale “prodotto di rimbalzo” della “fine del compromesso socialdemocratico tra capitale e lavoro, che aveva governato l'Europa occidentale nel secondo dopoguerra mondiale, travolto dalla caduta del blocco di obbedienza sovietica”¹³.

In effetti, tali azioni pubbliche – com'è stato osservato – presentano “una forte diversità

⁷ L'invecchiamento della popolazione, la significativa partecipazione della donna al mercato del lavoro, la ridotta stabilità della famiglia, la diffusa composizione familiare monoparentale o ad un solo componente, le nuove dinamiche della globalizzazione, l'innovazione tecnologica, la terziarizzazione dei mercati del lavoro: sarebbero queste le principali cause di “crescente scollamento tra i nuovi bisogni/rischi che richiedono protezione e le tutele garantite dai programmi esistenti” (p. 4), come le definisce e le ricostruisce M. Zoli, op. cit., pp. 4-5.

⁸ V. F. Giubileo, *Il welfare to work. Luci e ombre del welfare state britannico. The welfare to work. Lights and shadows of the British welfare state*, in *Quaderni di sociologia*, n. 59/2012, p. 139.

⁹ Così le qualificano P. Calza Bini e S. Lucciarini, op. cit., p. 74.

¹⁰ Quale “effetto delle divergenti condizioni di partenza, dei pre-esistenti modelli di welfare e tradizioni di policy”, come evidenziano E. Gualmini e R. Rizza, op. cit., p. 195.

¹¹ P. Calza Bini e S. Lucciarini, *La disarticolazione delle politiche del lavoro tra spinte europee, quadro nazionale e impulsi locali*, in Y. Kazepov e E. Barberis (a cura di), op. cit., p. 74.

¹² S. Giubboni e A. Pioggia, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2/2015, pp. 300- 301.

¹³ S. Prisco, F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, 24 marzo 2020, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, p. 13.

nella concezione, programmazione, implementazione e composizione dell'arena degli attori coinvolti e degli strumenti istituzionali ed amministrativi utilizzati. Essendo politiche che perseguono obiettivi comuni a più ambiti (sociale e lavoro), si concretizzano in un ventaglio di interventi variegati¹⁴, così incontrando in modo naturale i fenomeni di liberalizzazione e di privatizzazione in atto.

Anche la mutata modalità di socializzazione dei rischi ben si colloca nell'attuale contesto. Nel *Welfare State* moderno, “i sistemi fiscali e di protezione sociale si rivolgevano alla collettività e avevano intenti fortemente redistributivi”; le politiche attualmente intraprese li atteggiavano, piuttosto, “come un insieme di incentivi e disincentivi direttamente collegati al comportamento intenzionale e deliberato della persona, secondo un intento disciplinante”¹⁵, sicché evitano di gravare su di una collettività già in pesante sofferenza economica.

In occasione della crisi economico-finanziaria avviatasi agli inizi di questo secolo, la politica assunta dall'Unione europea nei confronti degli Stati membri bisognosi di assistenza è sembrata ricalcare, con le dovute differenze di contesto, il paradigma dell'assistenza condizionata inizialmente richiamato. Si è trattato, infatti, di un pacchetto di misure di stretta austerità, essenzialmente imperniate sulle condizionalità. L'erogazione di aiuti finanziari da parte delle istituzioni europee è stata, non solo subordinata al conseguimento di specifici obiettivi, ma anche accompagnata da “prescrizioni di dettaglio in ordine a piani di risanamento e alle riforme strutturali”, interessanti, “sia l'ambito pensionistico e previdenziale, sia, più in generale, i sistemi di sicurezza sociale”¹⁶.

Anche in questa circostanza, dunque, come per la *filosofia* ispiratrice degli assetti di *welfare* europei nella loro più recente evoluzione, l'assistenza (in questo caso di natura esclusivamente finanziaria) è stata subordinata all'accettazione ed al rispetto di stringenti condizioni. Tuttavia, la similitudine non merita di essere spinta oltre, con rigore di parallelismo, e non solo per la profonda diversità delle situazioni considerate.

Nella gestione della crisi risalente al 2008, può ravvisarsi propriamente una “volontà di

¹⁴ P. Calza Bini e S. Lucciarini, op. cit., pp. 74-75.

¹⁵ E. Gualmini e R. Rizza, op. cit., p. 196.

¹⁶ M. Delsignore, *I servizi sociali nella crisi economia*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2018, p. 595, che non manca di ricordare come l'assistenza finanziaria prestata in base al Meccanismo Europeo di Stabilità abbia anche imposto, attraverso l'ineludibile ratifica dei Trattati sul Fiscal Compact, “una rigorosa condizionalità politica nell'ambito di un programma di aggiustamento macroeconomico e di un'analisi della sostenibilità del debito pubblico”.

attribuire ai mercati il potere di disciplinamento degli Stati”¹⁷. Le misure di austerità assunte sono apparse, in quest’ottica, figlie di “un approccio neoliberale alla disciplina dell’ordine economico, in qualche modo presentato come corollario del dovere di ripagare il debito accumulato”¹⁸.

Con riguardo ai sistemi assistenziali degli Stati membri dell’Unione europea, può osservarsi, invece, che l’avvenuto passaggio da una solidarietà redistributiva ad una competitiva, fino ad una capacitante¹⁹ (nel senso che si preciserà immediatamente e appunto grazie a quest’ultimo approdo), ha quantomeno dischiuso “sfere di autonomia e di libertà delle persone come possibilità di autorealizzazione di sé in una logica di «riconoscimento»”. Questo atteggiarsi non esclude di certo la funzione redistributiva dello Stato sociale, pur sempre fondamentale, e tuttavia ridelinea “la garanzia del benessere” nella “modalità dell’essere eguali attenta alle differenze”²⁰. Il paradigma dell’attivazione, nella sua accezione positiva, persegue l’eguaglianza delle situazioni ma nel rispetto delle particolarità di ciascuno, sia facendone emergere le peculiari capacità, sia assumendo una cura personalizzata dei disagi propri di ogni persona.

In questo spirito, dunque, anche la condizionalità, anziché assecondare “un approccio burocratico o *top-down*” ai problemi²¹, consente piuttosto di esaltare “le potenzialità

¹⁷ A. Somma, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme*, in *Economia e politica*, n. 19/2020, p. 10.

¹⁸ A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell’ortodossia neoliberale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On line*, n. 2/2020, p. 2873. L’A., altrove [*Biopolitica ed economia del debito*, in E. Kocher, D. Neuberger, G. Howells e L. Nogler (a cura di), *Sozialer Verbraucherschutz. Festschrift für Udo Reifner*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2023, p. 235], ritiene che si fosse delineata, ad un certo punto dello sviluppo dell’Unione europea, “una vera e propria economia del debito”, fondata su rapporti tra soggetti impari, a differenza di quanto accade nelle abituali relazioni di scambio. È questa particolare connotazione, dunque, che consente all’Unione europea di richiedere, quale condizione per l’assistenza finanziaria, l’attuazione di riforme particolarmente radicali, “che nel disprezzo delle più elementari regole democratiche determinano una contrazione della spesa sociale, la privatizzazione del patrimonio pubblico, la liberalizzazione dei servizi locali e la riduzione delle relazioni di lavoro a relazioni di mercato qualsiasi”. Sul tema, cfr. anche E. Pavolini e R. Raitano, *L’Europa mediterranea tra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell’austerità. Un’introduzione*; P. Vesan, *Ancora al Sud? I Paesi mediterranei e le riforme delle politiche del lavoro negli anni della crisi economica*, in D. Natali e F. Stamati (a cura di), *La riforma delle pensioni in Italia e nel Sud Europa: cambiamento e tensioni persistenti*, tutti in *Meridiana*, n. 83/2015, rispettivamente p. 9 ss., p. 91 ss., p. 121 ss.

¹⁹ Assunta, a livello europeo, quale concezione di un nuovo “Welfare state attivo e abilitante”, dal vertice di Lisbona del 2000. Quest’ultimo si poneva in sostanziale continuità con il Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997 e la “Strategia Europea per l’Occupazione”, ivi promossa: “in entrambi i casi”, infatti, come osserva M. Paci, *Le politiche di emancipazione sociale e promozione delle capacità*, in Id. e E. Pugliese (a cura di), *Welfare e promozione delle capacità*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 18, “pur con qualche diversità di accenti, è al lavoro che si guardava come fulcro del nuovo indirizzo di welfare e come fonte primaria di integrazione dell’individuo e di coesione sociale”.

²⁰ S. Giubboni e A. Pioggia, op. cit., p. 301.

²¹ M. Paci, op. cit., p. 20. L’A. chiarisce che, in questo approccio, “i problemi da risolvere e i modi di risoluzione [sono] già predefiniti e non [c’è] molto spazio per calibrare l’intervento a misura del singolo destinatario o per dargli margini di negoziazione sui contenuti del progetto di inserimento” (*ibidem*). Fu

abilitanti per il soggetto, che contratta il proprio percorso di inserimento in base alle proprie aspirazioni e capacità”²². Essa si presta così ad essere letta quale *collante* tra diritti e responsabilità²³, in un patto tra individuo e società di volta in volta rinnovato e consapevole²⁴.

Sono queste connotazioni a segnare la distanza tra il *work-to-fare* e il *Social Investment*²⁵. Ed è in questo ultimo sviluppo, in particolare, che il nuovo *welfare*, operando *investimenti* sulle capacità dei singoli²⁶, se non demercifica gli individui per proteggerli dal mercato, mira però a promuoverne un “atteggiamento proattivo nel fronteggiamento dei propri problemi, carenze e difficoltà”²⁷, sì da renderli più capaci di *porsi* rispetto al mercato ed al suo interno. D’altro canto, la sola attenzione alle attitudini singolari riuscirebbe a ben poco, ove non si predisponesse anche un *ambiente favorevole* in termini di sviluppo e realizzazione della persona.

Necessita allora una sorta di doppia centratura di questo assetto, ora sulle capacità individuali, da far emergere, ora su di un impianto istituzionale da rendere permanentemente gravido di opportunità.

Tale connotazione evoca troppo d’appresso la teoria dell’eguaglianza – di capacità, per

questa la connotazione propria della prima formulazione del *workfare* liberale, per la quale v. P. Calza Bini e S. Lucciarini, op. cit., p. 75.

²² P. Calza Bini e S. Lucciarini, op. cit., p. 75.

²³ “No rights without responsibilities”, afferma A. Giddens, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, Polity Press, Cambridge, 1998, p. 65.

²⁴ Cfr. R. Pessi, *Il “welfare mix” tra mercato globale e cittadinanza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2009, p. 512.

²⁵ Si tratta delle due famiglie di politiche di attivazione individuate in letteratura, “di matrice tipicamente neoliberale” la prima, coerente con “l’approccio dell’economia sociale della UE” la seconda: G. Cavalca, *Il lavoro attivato. Il significato dell’occupazione nelle nuove politiche del lavoro*, in A. D’Ascenzio e F. Greco (a cura di), *Un racconto sul lavoro formale. Mercato, cultura e governamentalità ieri, oggi e domani*, in *Rivista di sociologia e scienze umane*, n. 12/2021, p. 205, al quale si rimanda per la specificazione delle diverse caratteristiche.

²⁶ Investimenti sì, ma del tipo che elenca G. Costa, *Il Social Investment Approach nelle politiche di welfare: un’occasione di innovazione?*, in *la Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, n. 4/2012, pp. 339- 340: “in educazione di base e in formazione e aggiornamento lungo l’intero arco della vita, in servizi di accompagnamento al lavoro, in interventi in grado di garantire una migliore conciliazione dei tempi, in misure di sostegno all’acquisizione di risorse che consenta agli individui di stabilizzarle o mobilitarle in funzione delle proprie necessità lavorative e familiari all’inseguimento di migliori chance e, più in generale, in politiche di prevenzione dei rischi, tra cui anche quelli di carattere sanitario e legati allo stile di vita”. Evidentemente, “la centratura è sull’occupabilità degli individui, in particolare delle donne, sull’aumento delle loro capacità [...] e sulla rimozione degli ostacoli ad una piena partecipazione al mercato del lavoro che equivarrebbe, in questa visione, ad un pieno protagonismo nella società di appartenenza”. Per un contributo alla riflessione sulla finanza sociale che tenga conto, fra l’altro, del Rapporto Italiano della *Social Impact Investment Task Force* istituita in ambito G8, *La finanza che include: gli investimenti ad impatto sociale per una nuova economia*, e della definizione di finanza ad impatto sociale ivi proposta, v. M. Musella, *Finanza sociale. Alcune brevi precisazioni e una proposta di definizione*, in *Impresa Sociale*, n. 1/2020, p. 68 ss., part. pp. 69-70.

²⁷ G. Costa, op. cit., p. 337.

l'appunto – risultante dalla ben nota speculazione di Amartya Sen, per non doverla qui almeno richiamare, quale rivendicazione della “libertà sostanziale di raggiungere determinati stati a partire dalle preferenze individuali, [che] presuppone un tipo di intervento pubblico che metta il soggetto in grado di operare delle scelte piuttosto che di essere risarcito rispetto a un danno subito”²⁸.

Ricordarla ora è anzi essenziale a sottolineare come la tenuta di questo *modello bipolare* richieda che i due ambiti, quello individuale e quello pubblico, si reggano vicendevolmente, pena la distorsione del modello stesso.

Come insegna la teoria dei funzionamenti nella sua incrementale speculazione, da Sen a Nussbaum, il contesto è infatti essenziale perché l'individuo possa dispiegare al meglio le proprie capacità, così esprimendosi secondo le sue libere scelte. Non è sufficiente, dunque, possedere i mezzi che (pur) sono necessari a realizzare ciò che si ritiene degno di essere perseguito: è anche indispensabile godere della capacità effettiva di conseguire quel che ci si è prefisso²⁹. Partendo da questo assunto, l'obiettivo che s'impone alle politiche pubbliche è quello di rimozione degli ostacoli (non solo di natura economica) limitanti la vita degli individui: “per garantire una capacità a una certa persona non è sufficiente produrre stati

²⁸ A. Ciarini, *Il social investment in tempi d'austerità. Limiti e potenzialità di una strategia di investimento nel welfare*, 2 luglio 2015, in *Etica ed Economia*, <https://eticaeconomia.it>. Conviene, a questo punto precisare, attraverso l'analisi di G. Busilacchi, *Approccio delle capacità, teoria dell'azione e welfare state*, in M. Paci e E. Pugliese (a cura di), *Welfare e promozione delle capacità*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 70, 71, quali siano i principali punti di sovrapposibilità tra l'approccio delle capacità alla Sen (che l'A. abbrevia in “CA”, da *capability approach*) e le politiche sociali capacitanti. Innanzitutto, il CA concentra “l'attenzione sulle capacità da realizzare, piuttosto che sui conseguimenti ottenuti”. Ebbene, “ciò vorrebbe dire pensare a politiche che accrescano le capacità formative, sociali e lavorative (politiche attive di inserimento), rispetto a politiche passive di trasferimenti monetari, nonché a politiche di conciliazione famiglia/lavoro e di condivisione del lavoro di cura nella famiglia”. Poi, “il CA si concentra sulla reale (sostanziale) libertà di scelta dell'individuo e a tale proposito distingue tra due «forme» di libertà, la libertà di agire e la libertà di conseguire. Le politiche sociali dovrebbero assicurare entrambe le libertà; e, poiché [...] il vettore della libertà di agire è determinato anche dalle risorse a disposizione di un individuo, pare quindi opportuno” (come in effetti è) “che le politiche sociali consistano anche, ma non solo, di una erogazione di trasferimenti monetari, specialmente per i più poveri”. Ancora, “il CA è un approccio che si concentra principalmente sull'individuo, piuttosto che sulla famiglia, in quanto l'attenzione è volta a dotare di opportunità ogni individuo, indipendentemente dal genere, o dal fatto che viva solo, o entro un ampio nucleo familiare. Il disegno delle politiche di promozione delle capacità, tramite il dualismo opportunità/sanzioni, lascia”, in effetti, “ampio spazio alla libera scelta individuale, nella determinazione dell'esito finale [...]”. Va infine considerato che, nelle politiche sociali che sostengono il *welfare* delle capacità, “la combinazione di opportunità e sanzioni lasci[a] ampio spazio all'individuo e alla sua capacità di scelta, per cui l'efficacia finale delle politiche dipende dal comportamento individuale e non vengono quindi assicurati conseguimenti uguali per tutti i beneficiari”. Anche in ciò è riscontrabile l'aderenza di tali politiche al CA, che infatti “considera la diversità umana come caratteristica centrale nel processo di conversione dei beni e servizi in benessere e realizzazioni”, fino ad affermare che “tale diversità si sostanzia anche sul piano delle scelte”.

²⁹ A. Sen, *Freedom of Choice. Concept and Content*, in *European Economic Review*, n. 32/1988, pp. 276-277; cfr. anche M. Musella, *Teoria economica dello sviluppo umano. Una introduzione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015; G. Matucci, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Franco Angeli, Milano, 2021, pp. 63-65.

interni di disponibilità ad agire. È almeno altrettanto necessario predisporre l'ambiente materiale e istituzionale in modo che le persone siano effettivamente in grado di funzionare”³⁰.

Ebbene, il contesto favorevole al *Social Investment* e dunque alla garanzia (non solo dei mezzi materiali, intesi principalmente come sussidi economici, ma anche) dei sostegni alla crescita, allo sviluppo personale, all'inclusione sociale, è in gran parte mancato nel territorio europeo. Quantomeno, è stato fortemente diversificato nei vari Paesi, accorpato in “famiglie” di sistemi assistenziali diversamente caratterizzate³¹, così negando, in radice, una eguale possibilità di accrescimento del capitale umano dei suoi abitanti³².

Il concreto atteggiarsi del paradigma dell'attivazione soggettiva del bisognevole di lavoro, nei diversi Paesi europei, è stato inevitabilmente condizionato “dalla storia delle loro politiche e dalla sensibilità politica dei singoli governi”: cosicché, in alcuni, se ne è valorizzato un approccio “«promozionale», volto ad accrescere le capacità lavorative del

³⁰ M. C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 82; cfr. M. Musella, *Verso una teoria economica dello sviluppo umano*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014.

³¹ Cfr. S. Vogliotti e S. Vattai, op. cit., ove sono riportati ed analizzati “dati e fatti” della spesa sociale nei Paesi europei; G. Busilacchi, *Nuovo welfare e capacità dei soggetti*, in *Stato e mercato*, n. 1/2006, p. 91 ss.

³² D'altro canto, non è questa l'unica ragione per la quale il *social investment approach* non ha dato buona prova di sé, fino a far gridare al suo vero e proprio fallimento. Varie ragioni hanno provocato una sequela di valutazioni critiche, come quelle indicate in T. Leoni, *Welfare state adjustment to new social risks in the post-crisis scenario. A review with focus on the social investment perspective*, Working Paper n. 89/2015, pp. 14-16, e in A. Ciarini, *The social investment approach as a field of job creation. From the 'recalibration' to a resurgent trade-off between employment growth and low wage (white) jobs. A comparison between Germany and Italy*, in *International Review of Sociology*, n. 3/2016, p. 497 ss.; ancora in B. Nolan, *What use is 'social investment'?*, in *Journal of European Social Policy*, n. 23/2013, p. 459 ss., con riguardo, in particolare, al difficile distinguo tra spesa improduttiva, posta a finanziamento di misure compensative, e spesa produttiva, da intendersi quale moltiplicatore di crescita; pure in C. Saraceno, *Family relationships and gender equality in the social investment discourse: a too reduced view*, in A. Hemerijck (a cura di), *The uses of social investment*, Oxford, 2017, p. 59 ss., che lamenta la svalutazione del lavoro di cura familiare, il lavoro domestico non retribuito, che difficilmente si riuscirebbe a far rientrare in una definizione di attività capace di accrescere il capitale umano di chi vi si dedichi; fino alla considerazione di G. Moini, *L'innovazione sociale: an old neoliberal wine in new bottles?*, in *Cartografie sociali*, n. 3/2017, p. 69 ss., per il quale l'innovazione sociale non rappresenterebbe una reale alternativa al paradigma neoliberista, bensì una sorta di narrazione di accompagnamento tesa a stabilizzarlo e riprodurlo. Cfr. anche R. Ciccarelli, *Workfare. Cartografia delle idee sulla trasformazione delle politiche attive del lavoro nello stato sociale neoliberale*, in A. D'Ascenzio e F. Greco (a cura di), *Un racconto sul lavoro formale. Mercato, cultura e governamentalità ieri, oggi e domani*, in *Rivista di sociologia e scienze umane*, n. 12/2021, p. 67 ss., molto critico nei confronti dell'approccio *work-to-fare*, ma, invero, altrettanto nei confronti del *Social Investment*, che ritiene essere approccio convergente con il primo (“l'opposizione tra la teoria imprenditoriale della valorizzazione «capitale umano» e l'approccio autoritario del «Work First» sono stati integrati in un percorso di attivazione dell'individuo neoliberale che è sia imprenditoriale che comunitario”: *ivi*, p. 79). Infine, C. Crouch, *Welfare state come investimento sociale: per quali obiettivi? The social investment welfare state: what can it achieve?*, in *la Rivista delle Politiche Sociali*, n. 3/2017, p. 25 ss., non ritiene che l'efficacia del *social investment approach* possa dirsi comprovata dall'esperienza maturata; tuttavia ne riconosce l'opera di incoraggiamento nello sviluppo costante delle politiche, con particolare riferimento a quei Paesi effettivamente bisognosi di perseguire un miglioramento nei livelli di qualificazione professionale e d'incrementare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

beneficiario”; in altri, invece, uno “«vincolante»”, attento piuttosto alla “partecipazione lavorativa per diminuire la dipendenza dal *welfare*”. Il rischio conseguente, in quest’ultimo caso e nella sua applicazione più rigida, è peraltro “che i diritti sociali perdano uno statuto autonomo e una propria piena esigibilità, che verrebbe condizionata all’ottemperanza a un «parallelo» dovere sociale”. Il diritto sociale stesso, in questo modo, si trasfigura in un “diritto-dovere”, smarrendo “consistenza e indipendenza”³³.

A voler riportare solamente gli estremi risultanti dalle analisi condotte in siffatto campo³⁴, va registrato che, in particolare nel sistema mediterraneo di *welfare* occidentale, le tradizionali misure compensative hanno tendenzialmente opposto una notevole resistenza all’implementazione di politiche capacitanti³⁵. Le azioni a sostegno del *Social Investment*, in termini di spesa per formazione, capitale umano e ricerca, in questo ambito si attestano al di sotto di una linea di reale necessità³⁶. Idealmente all’altro capo si colloca il sistema del *welfare* nordeuropeo, tradizionalmente connotato, al contrario, dal carattere universalistico dei servizi ai cittadini e calibrato sulla centralità delle politiche di sviluppo della formazione e di crescita del capitale umano. Sebbene vada, da ultimo, smorzando questi tratti, va registrata una sostanziale coerenza di questo modello con il *Social Investment*, che ne ha fortemente agevolato l’implementazione³⁷.

³³ G. Busilacchi, *Il welfare state*, cit. Cfr. anche F. Giubileo, op. cit., p. 139. Sulla diversa applicazione del paradigma dell’attivazione nei differenti Paesi europei, in ragione delle tradizioni welfaristiche e delle condizioni economiche di ciascuno di essi, cfr. anche G. Cavalca, op. cit., p. 205.

³⁴ Per i risultati di un’indagine compiuta a tutto tondo, si rinvia a quella condotta, da ultimo, da INAPP e LUISS-SEP, *Analisi ricognitiva dei sistemi di welfare europei e impatto dell’innovazione tecnologica*, 2021, reperibile in INAPP - Istituto Nazionale per l’analisi delle Politiche pubbliche, <https://oa.inapp.org>. Si segnala, in particolar modo, la Tabella n. 5, relativa a “Regimi di crescita e modelli sociali nei paesi analizzati”, che mostra chiaramente come, in ordine al regime di *welfare* ed alla composizione della spesa sociale per i gruppi di Paesi considerati, il “riaggiustamento verso una strategia di IS” si mostri estremamente diversificato, classificandosi ora “scarso”, ora “parziale”, ora “forte”.

³⁵ Cfr., con particolare attenzione all’Italia, le riflessioni di U. Ascoli, C. Ranci e G.B. Sgritta (a cura di), *Investire nel sociale: la difficile innovazione del welfare italiano*, il Mulino, Bologna, 2015; Y. Kazepov e C. Ranci, *Is every country fit for social investment? Italy as an adverse case*, in *Journal of European Social Policy*, n. 27/2017, p. 90 ss.; B. Da Roit e S. Sabatinelli, *Nothing on the move or just going private? Understanding the freeze on child-and eldercare policies and the development of care markets in Italy*, in *Social Politics*, n. 20/2013, p. 430 ss.

³⁶ Con una considerazione conclusiva dell’analisi condotta sui Paesi rientranti nel gruppo mediterraneo, INAPP e LUISS-SEP, op. cit., p. 30, osservano che “in tutti i casi la spesa per IS è esigua, con la Grecia che registra valori ancor più bassi degli altri paesi del gruppo, con riflessi negativi sulla capacità di sostenere gli sforzi di riaggiustamento verso i settori (manifatturieri e terziari) a più alto valore aggiunto, mentre la spesa sociale passiva risulta complessivamente alta, anche se più contenuta per la Spagna”.

³⁷ Cfr., tra gli altri, P. Bianchi, *Dal welfare state alla flexicurity, allo Stato competitivo: le politiche per l’occupazione nei Paesi nordici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2019, p. 473 ss., che esamina i sistemi di *welfare* nordici, con particolare attenzione per l’evoluzione delle politiche del lavoro in Danimarca; K. Van Kersbergen e J. Kraft, *De-universalization and selective social investment in Scandinavia?*, in A. Hemerijck (a cura di), *The uses of social investment*, Oxford, 2017, p. 216 ss., che focalizza, invece, la sua analisi essenzialmente sulla Scandinavia, Paese che rimane il riferimento principale del modello di *welfare* nordico. L’analisi comparata dei Paesi rapportabili a questo modello conferma, infatti,

Non sono mancate spinte dell'Unione europea volte alla convergenza dei sistemi assistenziali dei suoi Stati membri, che, tuttavia, poco hanno potuto dinanzi alla resistenza opposta dalle rispettive “eredità istituzionali”³⁸. Il livello sovranazionale ha dovuto peraltro limitare la propria azione nel settore a strumenti regolativi di *soft law*, non essendo risultata praticabile la via d'interventi di *welfare state* sostitutivi di quelli nazionali, per ragioni di natura politica³⁹.

Certo, le riforme strutturali, essenza della condotta assunta dall'Unione per far fronte alla crisi d'inizio secolo – alla quale già si è fatto un cenno, inevitabilmente critico – hanno acuito le difformità tra sistemi di protezione sociale in area eurounitaria. Hanno provocato infatti “pesanti conseguenze soprattutto su quei paesi che più avrebbero avuto bisogno di riforme orientate all'IS, senza però lo spazio fiscale necessario ad attivare investimenti di questo tipo”⁴⁰.

In effetti, l'attivazione lavorativa, con il suo seguito di condizionalità, in assenza (o in pochezza) d'investimenti sociali che ne siano di supporto e integrazione, rischia di svilirsi

la capacità delle politiche ivi complessivamente perseguite di “coniugare una strategia di crescita bilanciata e inclusiva, in cui gli investimenti sulle aree *core* dell'IS [...] sono di utilità tanto alla protezione sociale nei confronti dei nuovi rischi sociali, quanto alla crescita. Da un lato sostengono la domanda interna con servizi e trasferimenti (in particolare nei confronti delle fasce più svantaggiate), dall'altro fanno crescere la produttività del lavoro e la mobilità di imprese e lavoratori verso i settori a più alto valore aggiunto in economie votate all'export” (INAPP e LUISS-SEP, op. cit., p. 32).

³⁸ INAPP e LUISS-SEP, op. cit., p. 3.

³⁹ Cfr. G. Busilacchi, *Welfare e diritto al reddito. Le politiche di reddito minimo nell'Europa a 27*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 170. Alla descritta difficoltà politico-istituzionale dell'Unione europea nell'area dei sistemi assistenziali, si correla l'osservazione di A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, p. 42, per il quale “i diritti sociali potranno acquisire una reale dimensione europea solo nel quadro di un'elaborazione pienamente politica a livello europeo nelle forme e attraverso gli strumenti di una reale democrazia rappresentativa, che operi in particolare tramite un sistema dei partiti e organizzazioni sindacali, radicati in tale contesto”. La causa della fragilità della garanzia dei diritti sociali, in Europa, è pertanto rintracciabile nell’“incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere” che caratterizza l'assetto dell'Unione europea (secondo l'analisi di A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Quaderni Rassegna di Diritto pubblico europeo, 2009, p. 299), ma non meno – risalendo più a monte, al momento genetico stesso dell'Unione europea – nell'aver costituito “i principi della concorrenza, del mercato e della libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali [...] i «valori» di riferimento e la «moneta di scambio» rispetto alla cessione di sovranità popolare dei singoli Stati nazionali” (A. Apostoli, *Il trapianto del diritto al lavoro nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento regionale ovvero quel che resta dell'art. 4 della Costituzione italiana*, in *Jus*, n. 1/2006, pp. 155-156). Più di recente, peraltro, le limitazioni di sovranità hanno compiuto una sorta di salto qualitativo. Ci si riferisce, in ispecie, al “combinato disposto tra i vari provvedimenti fiscali e finanziari europei (Patto di stabilità e crescita, *Six pack*, *Patto Euro plus*, Meccanismo europeo di stabilità, *fiscal compact*, etc.), la legge costituzionale n. 1 del 2012, la legge rinforzata di attuazione n. 243 dello stesso anno”, che, secondo la considerazione di A. Saitta, *Fiscal compact tra Costituzione, trattati e politica*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2017, p. 2, ha inciso profondamente, tra l'altro, “sui margini di garanzia dei diritti fondamentali”.

⁴⁰ INAPP e LUISS-SEP, op. cit., p. 32. Sulle difficoltà di attuazione degli obiettivi dell'agenda sociale europea, compresi quelli che si richiamano al *Social Investment*, a seguito del consolidamento fiscale richiesto dai suddetti programmi di aggiustamento strutturale, v. anche A. Ciarini, *Il social investment*, cit.

facilmente in un sistema di trasformazione dell'inoccupato/disoccupato in un individuo passivamente disponibile ad ogni *occupazione*, in quanto attivamente responsabile della propria *occupabilità*⁴¹.

È vero che “la responsabilizzazione del soggetto è il rovescio della medaglia del venir meno di appartenenze collettive dalle quali dipendevano le forme di protezione sociale”, cosicché queste oggi discendono, piuttosto, da ciascuna condizione individuale di bisogno e dalla volontà, altrettanto individuale, di superarla⁴². Di contro, è anche vero però che, ove l'organizzazione socio-istituzionale non renda concretamente possibile quel superamento (nonostante la volontà del singolo), la detta responsabilizzazione scade in arresa accettazione di (pressoché) ogni condizione lavorativa, per quanto non dignitosa, mal pagata, mal trattata o del tutto inadeguata, nonché irregolare o anche illegale, ove non si riesca nel rispetto del diritto. Vieppiù laddove l'approccio capacitante intreccia la flessicurezza, che ha di per sé il torto di allontanare il lavoratore da un percorso stabile e continuativo di vita (lavorativa, appunto, ma non solo), per identificarlo piuttosto come “deposito mobile di forza lavoro erogabile a comando [...] e sempre «giusto in tempo»”⁴³. Tanto più, ancora, in una fase storica in cui, per la combinazione di progresso tecnologico, globalizzazione e crescita del settore dei servizi, si annunzia «lavoro in qualsiasi momento, ovunque e commistione lavoro-vita privata», a differenza ed in sostituzione dei tradizionali schemi «lavoro sul luogo di lavoro e separazione lavoro-vita privata»⁴⁴.

Per quanti, infine, siano già involuppati in stringenti situazioni di disagio e di esclusione, le azioni di capacitazione ad essi rivolte, in assenza di un tessuto di supporti sociali assolutamente efficienti ed adeguati, risulterebbero quasi certamente votate al fallimento.

Una possibilità di cambio di passo, rispetto alle degenerazioni descritte e quelle temute, può paradossalmente provenire dalla seconda crisi scatenatasi in Europa, generata dalla pandemia. Un opposto atteggiamento, rispetto a quello tenuto in occasione della precedente

⁴¹ “Neologismo” che sta ad indicare, nell'ambito della strategia europea per l'occupazione, “la capacità degli individui di essere occupati o di saper cercare attivamente, di trovare e di mantenere un lavoro...” (Treccani - Lessico del XXI Secolo, voce *Occupabilità*, 2013, reperibile in www.treccani.it).

⁴² R. Lodigiani, *Conclusioni. Dall'employability alla capability*, in R. Lodigiani e M. Colasanto (a cura di), CNOS-FAP e CIOFS/FP, *Il ruolo della formazione in un sistema di welfare attivo*, Roma, 2007, p. 134.

⁴³ L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 132; cfr. anche Id., *Vite rinviata. Lo scandalo del lavoro precario*, Laterza, Roma-Bari, 2014. Sulla flessicurezza nel contesto della legislazione giuslavorista italiana, v. C. Buzzacchi, *Reddito e Costituzione. La cifra smarrita*, Franco Angeli, Milano, 2022, pp. 43-48.

⁴⁴ Commissione europea COM(2017) 206, *Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa della Commissione europea*, 26 aprile 2017, reperibile in *Commissione europea*, <https://commission.europa.eu>, p. 18.

e nella consapevolezza del fallimento delle misure allora adottate⁴⁵, è stato assunto dall'Unione europea in quest'ultima drammatica emergenza, in una sorta di ravvedimento, pur non immediato e sereno⁴⁶.

Con le misure sulle quali alla fine è coagulato l'accordo, essa ha complessivamente mirato a definire *standard* coerenti col proprio modello sociale, a sua volta da "riorientare all'IS"⁴⁷. Basti pensare ai settori sui quali ha invitato gli Stati membri a progettare interventi ai fini dell'approvazione dei rispettivi *Recovery Plan*: tutti coerenti – quando non completamente coincidenti – con l'ambito d'interesse degli investimenti sociali, dalla transizione verde alla trasformazione digitale, da un'occupazione ed una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva alla coesione sociale e territoriale, da salute e resilienza alle politiche per la prossima generazione, comprese istruzione e competenze.

Per cogliere appieno questa occasione di ripresa, anche rispetto ai sistemi di *welfare*, non è però più sufficiente un'opera di sola armonizzazione (che, d'altro canto, pure avviata, per i motivi detti, non si è potuto portare a compimento). È necessario, a questo punto, fissare livelli comuni da perseguire e assicurare che lo siano effettivamente⁴⁸: il pericolo, in mancanza di tale vigilanza, è che "i divari interni allo spazio europeo (già evidenti prima della pandemia) tornino a crescere, indebolendo il nuovo progetto europeo che si va profilando all'orizzonte"⁴⁹.

Sembra di poter ravvisare, nella recente *Raccomandazione del Consiglio del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva*⁵⁰ (e nella di

⁴⁵ Vedi le ammissioni del Fondo Monetario Internazionale circa gli errori commessi nella gestione della crisi, di cui la Grecia, in particolare, ha amaramente risentito: Independent Evaluation Office of International Monetary Fund, *The Chairman's Summing Up The IMF and the Crises in Greece, Ireland, and Portugal - An Evaluation by the Independent Evaluation Office Executive Board Meeting 16/69, July 19, 2016*, 25 luglio 2016, e Id., *Background Papers for The IMF and the Crises in Greece, Ireland, and Portugal*, luglio 2017, entrambi reperibili in *Independent Evaluation Office of International Monetary Fund*, <https://ieo.imf.org>.

⁴⁶ L'arco temporale intercorso tra i primi focolai di Coronavirus, in Europa, ed il raggiungimento del punto discendente della parabola dei contagi ha paradigmaticamente assistito al passaggio dalle improvvise dichiarazioni del Presidente della Banca Centrale Europea, di sostanziale rigidità rispetto alle difficoltà dei Paesi membri in quel momento maggiormente colpiti dall'epidemia, all'espressa ambizione della Commissione europea di definire un *Recovery Fund* che superasse i mille miliardi di euro, da distribuirsi sotto forma di prestiti e sovvenzioni. Per uno sguardo, invece, al sistema di regole fiscali che l'Unione europea oggi si accinge a darsi, cfr. C. Buzzacchi, *La nuova proposta sul debito pubblico: l'occasione perduta per un bilancio europeo*, 8 gennaio 2023, reperibile in lacostituzione.info, www.lacostituzione.info.

⁴⁷ INAPP e LUISS-SEP, op. cit., pp. 32-33.

⁴⁸ Condivisibile, anzi, la necessità, avvertita da A. Patroni Griffi, op. cit., p. 47, "di un'Europa sociale, in cui l'Unione inizi ad assumere finanche una funzione sostanzialmente suppletiva degli Stati nazionali rispetto alla programmazione, alla modulazione e al finanziamento della spesa sociale".

⁴⁹ INAPP e LUISS-SEP, op. cit., p. 33.

⁵⁰ Reperibile in *EUR-Lex*, <https://eur-lex.europa.eu>. Le ragioni per le quali si sia preferita la raccomandazione alla direttiva prova ad individuarle A. Alaimo, *Povertà e reddito minimo in Europa. Coordinamento e armonizzazione tra utopia e possibilità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021,

poco successiva *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva*⁵¹, che sostanzialmente la ricalca), uno tra i più significativi di tali *standard*, fissato per l'appunto nella consapevolezza che, «sebbene tutti gli Stati membri dispongano di reti di sicurezza sociale, i progressi compiuti per renderle accessibili e adeguate sono stati disomogenei. La concezione di tali reti differisce da uno Stato membro all'altro, in linea con le diverse tradizioni nazionali, l'architettura generale dei sistemi di protezione sociale e l'interazione tra prestazioni monetarie e in natura»⁵².

Allo scopo di «garantire una vita dignitosa» in tutte le sue fasi, il Consiglio indica agli Stati di perseguire essenzialmente tre linee d'intervento, le quali sembrano intrecciarsi in tutto lo svolgersi della Raccomandazione: un adeguato sostegno al reddito; un accesso effettivo ai servizi abilitanti ed essenziali, per combattere povertà ed esclusione sociale; l'integrazione nel mercato del lavoro secondo un approccio d'inclusione attiva (ovviamente solo per chi sia in condizioni di poter lavorare)⁵³.

Nella fase della ripresa dall'ultima crisi, l'intento dell'Unione europea sembrerebbe dunque essere quello di combattere la povertà (peraltro sensibilmente acuita proprio dall'emergenza occorsa, nonché dal conflitto russo-ucraino⁵⁴), attraverso investimenti che servano, in una, a sollevare gli individui da difficoltà di tipo sociale e di tipo lavorativo, in quanto le due tipologie si alimentano a vicenda, conformemente ad una visione multidimensionale della povertà.

La Raccomandazione del Consiglio e, similmente, la Risoluzione del Parlamento⁵⁵ sono

p. 315 ss. Ad ogni modo, la *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva* reperibile in *Parlamento europeo*, www.europarl.europa.eu, al punto 8, «osserva che, quale seguito della proposta di raccomandazione del Consiglio relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva, presentata dalla Commissione, una direttiva dell'UE su un adeguato reddito minimo potrebbe contribuire al conseguimento dell'obiettivo di ridurre almeno della metà la povertà in tutti gli Stati membri entro il 2030 e di garantire l'integrazione delle persone assenti dal mercato del lavoro, nel rispetto delle specificità dei sistemi nazionali di protezione sociale, del principio di sussidiarietà e delle competenze degli Stati membri...».

⁵¹ Reperibile in *Parlamento europeo*, www.europarl.europa.eu.

⁵² Punto 20 del *Considerando* della Raccomandazione.

⁵³ V. il primo punto del *Considerando* e il punto 1 della Raccomandazione.

⁵⁴ Per il significativo aumento dei prezzi dell'energia che ha causato, con ulteriori ripercussioni sulle famiglie a reddito basso e medio-basso. V., in proposito, il punto 14 del *Considerando* della Raccomandazione.

⁵⁵ V., in particolare, il punto 11 della Risoluzione, nel quale si «rammenta che il reddito minimo dovrebbe rientrare nell'ambito di più ampi regimi di sostegno al reddito, integrati da prestazioni in natura o con esse combinati, quali l'accesso a beni e servizi essenziali e abilitanti, relativi in particolare all'alimentazione, alla cura dei minori, all'istruzione e alla formazione, alla sanità, all'edilizia abitativa, all'assistenza a lungo termine, ai trasporti, all'energia, alle comunicazioni digitali e alla partecipazione ad attività sportive o socioculturali, al fine di garantire l'inclusione sociale dei beneficiari». Al punto 17 della Risoluzione, si contempla invece la necessità di connettere all'erogazione di un reddito minimo anche la *linea* lavoristica: il

infatti punteggiate dal rilievo che l'inserimento lavorativo debba essere supportato, non soltanto da un sostegno monetario⁵⁶, ma anche da servizi abilitanti, vale a dire tali da rispondere ad «esigenze specifiche delle persone che non dispongono di risorse sufficienti affinché possano integrarsi nella società». Si tratta di «servizi di inclusione sociale quali l'assistenza sociale, la consulenza, il *coaching*, il tutoraggio, il sostegno psicologico, la riabilitazione», ma anche di servizi «a carattere generale, tra cui l'educazione e cura della prima infanzia, l'assistenza sanitaria, l'assistenza a lungo termine, l'istruzione e la formazione nonché gli alloggi»⁵⁷. Un ulteriore gruppo di servizi di tale natura si colloca sul versante più propriamente lavoristico, consistendo nell'«assistenza nella ricerca di un lavoro», ma anche in misure volte a garantire l'equilibrio tra vita professionale e vita privata»⁵⁸. Infine, vengono stimolati più adeguati «investimenti nel capitale umano attraverso politiche inclusive in materia di istruzione e formazione, sostenendo il miglioramento del livello delle competenze e la riqualificazione, in particolare a vantaggio delle persone scarsamente qualificate o con competenze obsolete, anche attraverso la collaborazione con le parti sociali»⁵⁹.

In ordine ai servizi erogati e ai sostegni offerti, si raccomanda inoltre che essi siano coordinati e che seguano un «approccio personalizzato»⁶⁰, basato su una valutazione

Parlamento europeo qui, infatti, «sottolinea che i regimi di reddito minimo, da soli, non sono una via d'uscita dalla povertà; considera fondamentale che il sostegno al reddito e il reddito minimo non contribuiscano alla dipendenza sociale e ritiene che debbano piuttosto essere combinati con incentivi e misure di sostegno, abilitanti e attive per il mercato del lavoro, finalizzate al (re)inserimento di chi è in grado di lavorare, per spezzare il circolo vizioso della povertà e della dipendenza dal sostegno pubblico per le singole persone e le loro famiglie». Conseguentemente, al punto 19, s'invitano «gli Stati membri ad attuare misure strategiche per (re)inserire nel mercato del lavoro coloro che sono in grado di lavorare, anche garantendo che queste misure offrano incentivi sufficienti, come un'istruzione di qualità, attività di formazione e opportunità di riqualificazione e miglioramento delle competenze, promuovendo l'occupazione formale e contrastando il lavoro sommerso, nonché coinvolgendo i datori di lavoro per favorire la conservazione del posto di lavoro e la crescita professionale. Ancora, s'invitano gli Stati membri «a integrare queste misure con servizi di sostegno, quali consulenza, accompagnamento personalizzato e assistenza nella ricerca di un impiego».

⁵⁶ Peraltro prevedendo, alla lett. c) del punto 11 della Raccomandazione, «la possibilità di combinare il sostegno al reddito con i redditi da lavoro, un'eliminazione graduale del sostegno al reddito o il mantenimento del diritto di ricevere il sostegno al reddito durante il lavoro di breve durata o sporadico, i periodi di prova e i tirocini».

⁵⁷ Si riporta la lett. f) del punto 2 della Raccomandazione, dedicato alle «Definizioni».

⁵⁸ Punto 27 del *Considerando* della Raccomandazione.

⁵⁹ Lett. b) del già richiamato punto 11 della Raccomandazione.

⁶⁰ La valenza e le modalità di attuazione di siffatto approccio rimangono ben descritte dal punto 30 della Raccomandazione, che pertanto si riporta: «Un sostegno più personalizzato, volto a individuare e soddisfare le complesse esigenze delle persone che non dispongono di risorse sufficienti e delle loro famiglie, può contribuire in modo significativo alla riuscita della loro integrazione sociale ed economica. Una valutazione delle esigenze è una condizione preliminare per la conclusione di un piano di inclusione su misura che copra le persone che non dispongono di risorse sufficienti in seno a una determinata famiglia (a livello individuale o collettivo), determinando il tipo di sostegno necessario e obiettivi concordati. Il sostegno dovrebbe comprendere misure di inclusione sociale o misure di politica attiva del mercato del lavoro opportunamente

multidimensionale (per l'appunto) delle esigenze, con la conseguente elaborazione di un «piano di inclusione»⁶¹.

Né manca la raccomandazione che, affinché le reti di sicurezza sociale previste siano effettive ed efficienti, si evitino «lacune, sovrapposizioni e frammentazioni delle varie prestazioni e dei vari regimi, onde garantire un pacchetto coerente di misure di sostegno al reddito, misure di attivazione e servizi abilitanti». A tal fine, risulta anche necessario «rafforzare la capacità operativa delle autorità responsabili del sostegno al reddito, dei servizi per l'impiego e dei fornitori di servizi abilitanti e intensificarne la collaborazione, anche attraverso la condivisione di dati e la promozione di modelli di servizi più integrati»⁶².

La Raccomandazione è intestata al «reddito minimo» e, circa la determinazione del suo ammontare e le modalità di erogazione, fornisce precise indicazioni agli Stati. Ne considera, infatti, non solo i benefici per la persona, ma anche quelli «sociali ed economici duraturi» che apporta alla stessa Unione europea, nel contribuire al formarsi di «società più eque, coese e resilienti»⁶³.

Tuttavia, per quanto fondamentale, si coglie chiaramente che questo trasferimento monetario è solo uno degli impegni che si richiedono agli Stati nell'assicurare ai propri cittadini quella vita che dev'essere dignitosa in tutte le sue fasi. Si delinea, piuttosto, un modello di assistenza che vive di una sorta di *triplice anima*, quella monetaria, solo come base, e assieme quella lavorativa e quella dei servizi atti a sollevare la persona dalle sue proprie condizioni di disagio. Una *presa in carico complessiva* e il più possibile *personalizzata*, in grado di *vedere* l'individuo nella sua *realtà concreta e specifica*, attraverso servizi pubblici adeguati, nell'organizzazione come nelle competenze. Sembrerebbe insomma richiedersi che gli Stati si occupino e si preoccupino di costituire quell'«ambiente materiale e istituzionale» tale che «le persone siano effettivamente in grado

scaglionate, a seconda della situazione individuale della persona e della sua disponibilità al lavoro, garantendo nel contempo un equilibrio tra incentivi positivi e requisiti di attivazione [...].

⁶¹ Più precisamente, «effettuando una valutazione multidimensionale delle esigenze che esamini gli ostacoli che si frappongono all'inclusione sociale e all'occupazione, individuando i servizi abilitanti ed essenziali necessari per far fronte a tali ostacoli e determinando il sostegno necessario»; indi «elaborando, sulla base di tale valutazione ed entro tre mesi dall'accesso al reddito minimo, un piano di inclusione», il quale dovrebbe, tra l'altro, «delineare un pacchetto di sostegno adattato alle esigenze individuali, comprendente misure attive del mercato del lavoro e/o misure volte a promuovere l'inclusione sociale»: rispettivamente, lett. a) e b) del punto 13 della Raccomandazione.

⁶² Rispettivamente, lett. a) e b) del punto 14 della Raccomandazione.

⁶³ Comunicato stampa del Consiglio dell'Unione europea, *Il Consiglio adotta una raccomandazione su un adeguato reddito minimo*, del 30 gennaio 2023, reperibile in *Consiglio europeo - Consiglio dell'Unione europea*, www.consilium.europa.eu.

di funzionare”⁶⁴, quand’anche retto da un «equilibrio tra incentivi positivi e requisiti di attivazione»⁶⁵.

In queste forme appare definito il solco che la Raccomandazione, per quanto atto non vincolante, traccia allo scopo d’indirizzare le politiche assistenziali dei Paesi europei: un programma d’interventi plurimi e coordinati che, proprio in ragione di tale connotazione, sembra conformarsi all’idea multifattoriale di povertà accolta dalla nostra Costituzione.

La nozione non si riduce infatti alla sola dimensione economica, cioè non unicamente alla mancanza di *mezzi materiali*, per contemplare invece molteplici altre difficoltà (e relative forme di disuguaglianza) nell’accesso a beni della vita che costituiscono il *mezzo* attraverso cui è possibile garantire il *pieno sviluppo della persona*.

Una riflessione su come si collochino, in questo solco, la misura di contrasto alla povertà, ovvero di politica attiva del lavoro ancora vigente, almeno fino al 31 dicembre 2023⁶⁶, così come quella che ci si appresta ad adottare nel nostro Paese – secondo le intenzioni dichiarate dal Governo in carica – diventa pertanto, a questo punto, essenziale.

3. L’ordinamento interno

È dunque con la prima significativa⁶⁷ *misura di contrasto alla povertà* adottata dal

⁶⁴ M. C. Nussbaum, op. cit., p. 82, nella citazione già richiamata, *retro*, nota n. 30.

⁶⁵ Punto 30 del *Considerando* della Raccomandazione.

⁶⁶ L’art. 1, c. 318, della l. n. 197/2022, recante *Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*, ha previsto che «a decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono abrogati». Per il rimanente periodo di vigenza (fino al 31 dicembre 2023), la disciplina viene modificata in senso restrittivo, dall’art. 1, c. 313-321, della stessa legge di Bilancio 2023. In questo senso, in particolare si prevede che l’erogazione del beneficio sia limitata a sette mensilità e che da esso si decada qualora uno dei componenti il nucleo familiare non accetti la prima offerta di lavoro proposta. In ordine alle conseguenze di questa abrogazione *in blocco*, comprensiva – forse senza che il legislatore se ne sia avveduto – anche delle norme incriminatrici previste dall’articolo 7, vale a dire della disciplina sanzionatoria per l’indebita percezione del sussidio, cfr. G.L. Gatta, *Reddito di cittadinanza e “abrogatio per aberratio” delle norme penali: tra abolitio criminis e possibili rimedi*, in *Sistema Penale*, n. 3/2023, p. 69 ss.

⁶⁷ È solo con l’istituzione del Reddito di cittadinanza che il legislatore, ora con ben più adeguato supporto finanziario e più articolato disegno, adotta “una visione globale, non più frammentata, del fenomeno sociale, in netta rottura con l’esperienza precedente”, come nota R. Casillo, *Il Reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, n. 3/2019, p. 558. Su questa misura, in dottrina, *ex multis*, si segnalano E. Vivaldi, *La via italiana al contrasto alla povertà: una prima analisi della riforma che ha introdotto il Reddito di cittadinanza*, in E. Innocenti, E. Rossi e E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 45 ss.; E. Monticelli, *Il nuovo Reddito di cittadinanza ed il Rei: analogie e differenze*, in *Menabò*, n. 97/2019, reperibile in *Eticaeconomia*, <https://eticaeconomia.it>; U. Adamo, *Reddito di cittadinanza: profili di irragionevolezza della disciplina, fra discriminazioni, sanzioni e*

legislatore italiano che ci si vuole innanzitutto confrontare. Così la si può indicare, a voler dar rilievo allo *slogan* politico che ne ha accompagnato la presentazione e che, invero, mirava iperbolicamente all'abolizione stessa di questa piaga. D'altro canto, non si sbaglierebbe a qualificarla *reddito di cittadinanza*, che costituisce anzi la denominazione adottata dal decreto-legge che l'ha istituita⁶⁸, sebbene l'espressione non vada affatto intesa con esattezza terminologica⁶⁹. Potrebbe infine dirsi *politica attiva per il lavoro*, così come definita dal primo articolo della suddetta norma, a precedere molteplici finalità, egualmente ivi indicate⁷⁰.

Rispetto alla pluralità di caratteri o di natura stessa della misura in parola, è senz'altro

limitazioni, in *La Cittadinanza Europea*, n. 1/2019, p. 143 ss.; R. Iannone, *Il reddito di cittadinanza e le politiche di inclusione. Aspetti critici ed impatto*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 4/2019, p. 1 ss.; M. D'Onghia, *Il Reddito di Cittadinanza un anno dopo: eppur si muove ma con troppe funzioni e a doppia velocità*, in *Labor*, n. 1/2020, p. 27 ss.; V. Aniballi, *Dovere di utilità sociale, lavoro socialmente utile e reddito di cittadinanza*, in *Diritti lavori mercati*, n. 1/2020, p. 139 ss.; G. G. Balandi, *Il cosiddetto reddito di cittadinanza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2020, p. 189 ss.; V. Casamassima, *Reddito 'di cittadinanza' e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, p. 418 ss.; P. Bozzao, *Reddito di cittadinanza e laboriosità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 165/2020, p. 1 ss.; V. Ferrante, *Reddito di cittadinanza, retribuzione e salario minimo legale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021, p. 414 ss.; A. Sgroi, *Tutele per la disoccupazione e contrasto alla povertà tra previdenza e assistenza. Reddito di cittadinanza e condizionalità. Il caso del lavoro carcerario*, in *Labor*, n. 6/2021, p. 637 ss.; L. Corazza, *La condizionalità "relazionale": reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1/2022, p. 174 ss.; E. Ales, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 1/2022, p. 277 ss.; M. Vincieri, *Reddito di cittadinanza e contrasto al lavoro povero*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1/2022, p. 29 ss.; A. Lassandari, *Lavoro povero, salario minimo e reddito di cittadinanza*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 2/2022, p. 123 ss.; M. Arlotti, *Reddito di Cittadinanza e implementazione territoriale: un'analisi sul Nord Italia*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, n. 3/2022, p. 339 ss. In particolare, sul reddito di emergenza, cfr. G. Pisani, *Dal reddito di emergenza al reddito di base. Note sulla possibilità di un sostegno universale al reddito all'epoca del Covid-19*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/2020, p. 79 ss.; A. Pessi, *Il reddito di cittadinanza ed il reddito di emergenza*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 2/2022, p. 371 ss. Va avvertito, tuttavia, che il Reddito di emergenza, istituito con il cd. decreto Rilancio in fase pandemica, ha costituito una misura, di durata temporanea, tesa essenzialmente a porre rimedio ai bisogni di quanti non fossero stati destinatari degli altri sussidi previsti in quel periodo, in particolare con i cd. decreti Cura Italia e Liquidità. In quanto strettamente correlato all'emergenza socio-economica conseguente alla diffusione del virus e ai relativi provvedimenti di contenimento, esso pertanto non si pone in continuità, né strutturale, né funzionale, con le altre misure assunte a contrasto della povertà.

⁶⁸ Il d.l. n. 4/2019, conv. con mod. dalla l. n. 26/2019, recante *Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*.

⁶⁹ Nella prassi terminologica, con la locuzione *reddito di cittadinanza*, ci si riferisce ad un reddito che una comunità politica versa "a tutti i suoi membri, su base individuale, senza controllo delle risorse né esigenza di contropartite", secondo la definizione datane da P. Van Parijs e Y. Vanderborght, *L'allocation universelle*, La Découverte, Paris, 2005 (trad. it.: *Il reddito minimo universale*, EGEA Università Bocconi, Milano, 2013), p. 5.

⁷⁰ Art. 1, c. 1, d.l. n. 4/2019: «È istituito, a decorrere dal mese di aprile 2019, il Reddito di cittadinanza, di seguito denominato "Rdc", quale misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro. Il Rdc costituisce livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili».

interessante assumere la prospettiva dei giudizi di legittimità costituzionalità che, sebbene in numero limitato, la Consulta ha avuto modo di condurre a riguardo.

Quest'ottica non rischia d'incorrere negli altrimenti inevitabili condizionamenti di parte politica, non ha da mostrare coerenza con alcuna posizione ideologica, muove da esigenze concrete e non da astrazioni ed ipotesi, pur esitando – secondo il *proprium* del giudizio *de quo* – in una pronuncia che riguarda la legge indubbiata e non il caso (il quale rimane, pur sempre, l'*occasione* del dubbio).

Tuttavia, proprio in quanto la Corte costituzionale può scrutinare la sola legge nel suo testo, servirà anche un diverso punto di osservazione dal quale guardare a quel che sono state, nel nostro ordinamento, l'effettività e l'efficacia dell'applicazione di questa pressoché innovativa misura⁷¹.

3.1. Guardando al Reddito di cittadinanza attraverso la giurisprudenza costituzionale.

Come si avvertiva, le sentenze costituzionali in ordine al Reddito di cittadinanza sono, ad oggi, di numero veramente esiguo, tre in tutto. In ciascuna, comunque, emerge la *triplice anima* della misura.

⁷¹ Ossia, innovativa ma relativamente, in quanto essa segue pur sempre la scia già delineata dall'istituzione del Reddito di inserimento, nel contrastare povertà ed esclusione sociale.

La sentenza del 25 gennaio 2022, n. 19 – la più recente⁷², nonché quella che coglie maggiormente tale segno⁷³ –, ne individua, fin da subito⁷⁴, la «spiccata finalizzazione all’inserimento lavorativo», che, in una con «un più stringente meccanismo della condizionalità, cioè per un’accentuazione degli impegni assunti dai beneficiari», lo caratterizza e lo distingue da provvidenze apparentemente simili, assunte per il passato o ancora vigenti, a tutela di differenti situazioni (sebbene comunque) di bisogno⁷⁵. *Spicca*, dunque, la finalità dell’inserimento lavorativo, che non è però l’unica perseguita dalla misura, ma si accompagna ad altre, seppure ritenute di rilievo secondario.

⁷² Di poco, ma successiva, è invero la sent. n. 34/2022, la quale, però, richiama espressamente la precedente sentenza n. 19, sviluppa argomentazioni analoghe, e comunque verte propriamente sul Reddito di inclusione, abrogato a decorrere dal primo aprile 2019, ad opera dell’art. 11, d.l. n. 4/2019. A commento, v. S. Mabellini, *La Corte costituzionale aggiunge un nuovo tassello nel complicato mosaico dei requisiti di accesso alle provvidenze sociali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2022, p. 414 ss.; M. Roma, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in *Consulta Online*, n. 2/2022, p. 605 ss.

⁷³ Ai nostri fini, questa decisione interessa per l’individuazione dei caratteri del Reddito di cittadinanza che mette in evidenza. Il giudizio però verteva propriamente sui requisiti di accesso alla misura richiesti agli stranieri (in specie, la titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo), per il cui sindacato di legittimità costituzionale la Corte prende in considerazione appunto i suddetti caratteri. Per una riflessione sul *proprium* di questo giudizio, v., tra gli altri, A. Lamberti, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nomos*, n. 2/2022, p. 1 ss., che considera il ragionamento condotto dalla Corte “corretto nell’enunciazione di principio ma non esente da critiche nella sua applicazione” (ivi, p. 3); D. Loprieno, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2022, p. 252 ss., che inserisce la sentenza *de qua* in un filone giurisprudenziale che avallerebbe la tendenza del legislatore statale e regionale a porre sempre maggiori ostacoli lungo il cammino degli stranieri verso il godimento dei diritti sociali (ivi, p. 273); R. Nunin, *I diritti degli stranieri in alcune recenti decisioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2022, Parte II, p. 101 ss.; E. Longo, *L’eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2022; G. Arconzo, *La condizione giuridica delle persone straniere con disabilità. Percorsi di ricerca nella prospettiva delle discriminazioni multiple*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2022, p. 149 ss.; S. Mabellini, *Il “radicamento territoriale”: chiave d’accesso e unità di misura dei diritti sociali?*, in *Consulta Online*, p. 918 ss.; S. Foà e E. Andreis, *Giurisdizione contabile sull’indebita percezione del reddito di cittadinanza. Tra programma pubblicistico e rinnovata nozione del rapporto di servizio*, in *Federalismi.it*, n. 2/2023, p. 60 ss.

⁷⁴ Al punto 3 del *Considerato in diritto*, laddove la Corte affronta il merito della questione, dopo una breve descrizione del meccanismo di funzionamento della misura.

⁷⁵ La Corte si riferisce (al punto 3 del *Considerato in diritto*), in particolare, al Reddito di inclusione, previsto dalla l. n. 33/2017, *Delega recante norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali*, attuata dal Governo con il d.lgs. n. 147/2017, recante *Disposizioni per l’introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà*. Il Reddito di inclusione non è stato più richiedibile già a decorrere dal 1° marzo 2019, né più riconosciuto, né rinnovato, a decorrere dal successivo mese di aprile, ai sensi dell’art. 13, c. 1, d.l. n. 4/2019, come conv. (vale a dire dall’istituzione del Reddito di cittadinanza, disposta dall’articolo 1, comma 1, della stessa norma). La Corte richiama, però (al punto 4 del *Considerato in diritto*), e sempre per differenza con il Reddito di cittadinanza, anche vigenti istituti di provvidenza sociale, quale la pensione d’inabilità civile, la pensione di cittadinanza e l’assegno sociale.

Opportunamente la Corte richiama a sostegno le sue precedenti pronunce in merito⁷⁶, in quanto già in esse veniva evidenziata la peculiarità dell'istituto introdotto nel 2019, sintetizzabile nell'essere *anche* (e prevalentemente) una misura di politica attiva del lavoro. Tale caratterizzazione aveva sostanzialmente costituito la motivazione di entrambe le pregresse sentenze: perché, come si legge in particolare in quella del 2021, «la disciplina del reddito di cittadinanza definisce un percorso di reinserimento nel mondo lavorativo che va al di là della pura assistenza economica»⁷⁷.

Il beneficiario, infatti, deve innanzitutto svolgere una sequela di attività finalizzate ad acquisire una posizione lavorativa. La sopravvenuta applicazione di una misura cautelare personale nei suoi confronti (come nel caso di specie), negandogli di fatto tale possibilità⁷⁸, determinerebbe dunque il venir meno di un requisito indispensabile, con conseguente sospensione della erogazione del reddito⁷⁹.

Tale effetto «non ha», pertanto, «una ragione punitiva e sanzionatoria, ma si collega appunto agli obiettivi dell'intervento legislativo. In tal senso, la presenza di più specifiche e severe condizioni per la richiesta e per il mantenimento della provvidenza [...], oltre a dar corpo al particolare requisito morale sotteso dall'istituto, è anche *strumentale* all'effettiva realizzazione del percorso d'inserimento lavorativo»⁸⁰.

Di più, a conferma della natura «non meramente assistenziale» del Reddito, la Corte ne rileva la compatibilità «con ulteriori, seppur limitati, redditi, derivanti da lavoro o da altri strumenti assistenziali, la cui presenza determina semmai una decurtazione dell'importo da erogarsi». Per giunta, «a colui che si veda sospendere il beneficio economico non sarebbe preclusa la possibilità, ove ne ricorrano i presupposti, di accedere ad altre forme di

⁷⁶ Le altre due, delle tre che hanno riguardato specificamente il Reddito di cittadinanza, vale a dire la sentenza n. 126/2021 e la sentenza n. 122/2020. Su quest'ultima, v. *Nota a Corte cost. sent. 122/2020*, in *Il Foro italiano*, n. 11/2020, Parte I, p. 3350 ss.; C. Morselli, *La "prova da sforzo" dell'incidente di costituzionalità sul reddito di cittadinanza. la Consulta cristallizza il c.d. requisito negativo per usufruirne: l'assenza di una misura cautelare possibile*, 22 settembre 2022, in *Giustizia insieme*. Sulla sent. Corte cost. n. 126/2021, v. invece P. Passalacqua, *Osservazioni a Corte cost. 12 maggio 2021, n. 126*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2021, p. 1317 ss.; G. Zurlo, *Legittima la sospensione del reddito di cittadinanza in caso di applicazione di misura cautelare*, in *Rivista penale*, n. 7-8/2021, p. 636; G. Gotti, *Sulla sospensione del reddito di cittadinanza in caso di misure cautelari personali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2021, p. 1326 ss.; F. Malzani, *Il lavoro (e la disoccupazione) dei detenuti tra norme, giurisprudenza e prassi applicative*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 11/2021, p. 1038 ss.; R. Bellè, *Esclusione di prestazioni pubbliche per indegnità. Alti e bassi della Corte costituzionale*, 25 ottobre 2021, in *Giustizia insieme*.

⁷⁷ Punto 6.2 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte cost. n. 126/2021.

⁷⁸ Tuttavia, P. Passalacqua, op. cit., p. 1324, a seguito della verifica dell'effettivo pregiudizio che la sottoposizione a misure cautelari personali rappresenta per la condizionalità prevista dal Reddito di cittadinanza, osserva che la Corte avrebbe forse dovuto operare, a riguardo, un qualche distinguo.

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 7-ter, c. 1, d.l. n. 4/2019.

⁸⁰ Punto 6.2.1. del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 126/2021 (corsivo nostro).

assistenza sociale previste dall'ordinamento, per le quali la presenza di misure cautelari personali non costituisce causa ostativa»⁸¹.

La sentenza n. 19/2022 coglie anche la terza *ispirazione* della misura. «Diversi e più articolati obiettivi», rispetto al solo contrasto alla povertà, persegue il Reddito di cittadinanza, ossia quelli «di politica attiva del lavoro e di *integrazione sociale*». Anzi, proprio «a tale sua prevalente connotazione si collegano coerentemente la temporaneità della prestazione e il suo carattere condizionale, cioè la necessità che ad essa si accompagnino precisi impegni dei destinatari, definiti in Patti sottoscritti da tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare»⁸². Questi, in effetti (il Patto per il lavoro e quello per l'inclusione sociale), sono entrambi previsti e disciplinati dal d.l. n. 4/2019 ed evocati nella ricostruzione dell'istituto sviluppata in sentenza. Coerentemente, il piano dei servizi procede lungo «due “canali” comunicanti, nel senso che il beneficiario convocato dal centro per l'impiego può essere inviato al servizio comunale e viceversa (art. 4, commi 5-*quater* e 12)»⁸³.

D'altro canto, lo stesso giudice rimettente, nel motivare la sua valutazione di non manifesta infondatezza della questione, evidenzia, sì, nella disciplina del Reddito di cittadinanza, il proposito di assicurare un «“livello minimo di sussistenza”», ma fa anche riferimento alla «concreta possibilità», consentita dalla misura, «di svolgimento della personalità nelle formazioni sociali, in primis quella lavorativa»⁸⁴.

In questa maniera, il Tribunale di Bergamo, giudice *a quo*, mostra di condurre una lettura non scontata dell'articolo 3 della Costituzione, che fonda strettamente tra loro sviluppo della persona umana e partecipazione dei lavoratori all'organizzazione del Paese, per ricondurre il conseguente unitario compito della Repubblica ad un altrettanto unitario, ma composito, istituto⁸⁵.

⁸¹ Punto 6.2.2 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 126/2021.

⁸² Punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 19/2022 (corsivi nostri).

⁸³ Punto 3 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 19/2022.

⁸⁴ Come riportato al punto 1 del *Ritenuto in fatto* della sent. n. 19/2022.

⁸⁵ Sono appunto gli artt. 2 e 3 Cost. ad essere richiamati dal giudice rimettente in riferimento ai due indicati propositi della disciplina del Reddito di cittadinanza. Tuttavia, il Tribunale bergamasco ritiene che questo istituto appartenga al novero delle provvidenze destinate «a far fronte al “sostentamento” della persona» (riconoscendo dunque preminenza al carattere assistenziale della provvidenza), dal che la sua riconducibilità «“nell'alveo dei diritti essenziali”» e, conseguentemente, la incompatibilità con la richiesta del requisito del permesso di lungo periodo (ancora dal punto 1 del *Ritenuto in fatto* della sent. n. 19/2022). Questa rappresentazione della misura in parola fornita dal rimettente, come dalla ricorrente, tesa a evidenziarne la sola natura di prestazione assistenziale, viene confutata dalla Corte. Al reddito di cittadinanza la Consulta riconosce un «orizzonte temporale» certamente non di breve periodo, coerente pertanto solo con un soggiorno stabile, nel nostro Paese. Viceversa, mancherebbe “il tempo” e forse anche (la serietà del) l'intento di perseguire

Sebbene le pronunce fin qui richiamate siano le più significative, non ne mancano altre che pure attengono al Reddito di cittadinanza. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 22 gennaio 2021, n. 7, e a quella del 2 luglio dello stesso anno, n. 137⁸⁶. In entrambe, per differenza (nel primo caso, con risorse da utilizzarsi per generici interventi di contrasto alla povertà e, nel secondo, con l'assegno sociale), la Consulta sottolinea, in termini inequivocabili, il valore di misura per il reinserimento lavorativo del Reddito di cittadinanza, ulteriore – come si è già più volte avvertito – rispetto al carattere assistenziale, che pure gli appartiene.

Nella prima delle due sentenze da ultimo richiamate, viene notata, in ispecie, la differenza delle provvidenze previste dalla legge indubbiata rispetto a misure adottate in precedenza. Le prime perseguono la sola finalità di soddisfazione di «un bisogno basilare e immediato dei beneficiari selezionati, genericamente correlato alla loro situazione di povertà, senza la previsione di un progetto di inclusione»; le seconde, invece, erano comprensive di una componente di carattere economico e una d'inclusione sociale, «quest'ultima, in particolare, strutturata mediante la sottoscrizione di un patto cui erano obbligatoriamente tenuti (a pena di decadenza dal beneficio economico) i componenti maggiorenni del nucleo familiare». Si evidenzia, inoltre, «che la previsione impugnata nemmeno contiene alcuna disposizione di coordinamento con la disciplina sul Reddito di cittadinanza», a differenza, anche in questo caso, delle precedenti disposizioni regionali, le quali «si raccordavano con le vigenti misure statali di sostegno al reddito».

Dal complesso di queste osservazioni, la Consulta evince «una soluzione di continuità» delle provvidenze previste dalla previsione impugnata «rispetto al peculiare modello degli interventi che l'hanno preceduta»⁸⁷. Similmente è possibile ricavarne – è questo, in realtà, il punto di nostro interesse – una differenza di finalità delle risorse in oggetto, volte solo a sostenere situazioni di povertà, con il Reddito di cittadinanza, al quale, altrimenti, le relative discipline si sarebbero dovute correlare, così come avvenuto per le precedenti misure, in quanto tese (al pari del Reddito, per l'appunto), sia all'assistenza economica, sia all'inclusione sociale.

la riuscita di una così complessa operazione d'inclusione sociale e lavorativa, qual è quella che il Reddito di cittadinanza si propone.

⁸⁶ Sulla quale v. V. de Gioia, *Illegittima la revoca dei trattamenti assistenziali dei condannati per mafia e terrorismo che scontino la pena fuori dal carcere*, in *Rivista penale*, n. 7-8/2021, p. 635 ss.; F. Malzani, op. cit., p. 1038 ss.

⁸⁷ Punto 3.2 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 7/2021.

Nella sentenza n. 137, del Reddito di cittadinanza si dice molto chiaramente che «non ha natura meramente assistenziale, ma anche di reinserimento lavorativo e per tali ragioni [esso è] legato a più stringenti requisiti, obblighi e condizioni»⁸⁸, rispetto a prestazioni volte unicamente a soccorrere uno stato di bisogno. È (solo) in ordine a queste ultime, pertanto, che la Corte costituzionale può pronunciare – come in effetti fa, nel caso in esame – l’illegittimità della norma che introduce la sanzione (accessoria alla condanna penale) della loro revoca⁸⁹, «in violazione dei principi costituzionali (artt. 2, 3 e 38 Cost.), su cui si fonda il diritto all’assistenza»⁹⁰.

A conclusione di questa breve disamina giurisprudenziale, alla Corte costituzionale stessa si può affidare il compito di tirarne le fila, allorché descrive il Reddito di cittadinanza come «una più complessa misura» rispetto alla *sola* garanzia del diritto di ognuno alla sopravvivenza dignitosa; similmente quando aggiunge che, sebbene assicurare tale sopravvivenza rimanga compito della Repubblica «di rilievo costituzionale», questa osservazione non legittima neppure lo stesso Giudice delle leggi «a intervenire “convertendo” verso esclusivi obiettivi di garanzia del minimo vitale» una disposizione dalle «finalità prevalentemente diverse»⁹¹.

3.2. Il Reddito di cittadinanza tra disciplina e applicazione.

La visione unitaria e non frammentata delle necessità dell’individuo, in prima battuta introdotta nel nostro ordinamento dal legislatore del Reddito di inclusione⁹², non è stata

⁸⁸ Punto 8.2.1. del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 137/2021.

⁸⁹ Nei confronti di coloro che scontino la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere. I giudici costituzionali osservano che è pur vero che i condannati per i reati di particolare allarme sociale «hanno gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile. Tuttavia, attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere. // Ciò non accade qualora la revoca riguardi il condannato ammesso a scontare la pena in regime alternativo al carcere, che deve quindi sopportare le spese per il proprio mantenimento, le quali, ove egli sia privo di mezzi adeguati, potrebbero essere garantite solo dalle ricordate provvidenze pubbliche» (punto 8.3.1. del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 137/2021).

⁹⁰ Punto 8.2.1 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 137/2021.

⁹¹ Punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte costituzionale n. 19/2022.

⁹² Su questa misura, cfr. E. Monticelli, *I nuovi strumenti di lotta alla povertà in Italia: prime considerazioni sulla legge delega in materia di reddito di inclusione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, p. 1 ss.; N. Maccabiani, *Una misura nazionale e strutturale di contrasto alla povertà: portata, iter e profili di rilievo costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017, p. 1 ss.; E. Monticelli, *Reddito di Inclusione: le novità della legge di bilancio*, in *Menabò*, n. 77/2018, reperibile in *Eticaeconomia*, <https://eticaeconomia.it>; C. Agostini e L. Bandera, *Vogliamo combattere seriamente la povertà? Lo strumento per farlo c’è già: si chiama Reddito di Inclusione*, 18 ottobre 2018, reperibile in *Percorsi di secondo welfare*,

sostanzialmente revocata in dubbio dalla misura che l'ha seguita. Col reddito di cittadinanza, infatti, è stata piuttosto assunta una strategia di azione pubblica che individua nell'occupazione lavorativa l'obiettivo da perseguire primariamente – sulla base della stella polare dei principi di cui agli artt. 1, 4, 3, capoverso, della Costituzione –, giacché *anche* mezzo di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale.

L'erogazione del beneficio monetario assume il significato di garanzia di una vita dignitosa, mentre si è impegnati nella ricerca di un'occupazione, anch'essa variamente assistita. Sarà poi il lavoro stesso, una volta acquisito, a fare la maggiore parte, consentendo una vita auspicabilmente anche più che dignitosa ed un soddisfacente grado d'inclusione nella società. Questo, almeno, per quanti siano abili al lavoro; altrimenti, secondo il progetto contenuto nel solo Patto d'inclusione sociale, la garanzia di mezzi e d'inclusione opererà, per così dire, in valore assoluto, in assenza cioè dell'obiettivo lavorativo.

La prevalenza accordata dal legislatore del Reddito di cittadinanza ad una delle sue linee d'intervento non esclude, pertanto, come confermato anche dalla lettura operata dalla Corte costituzionale, la valenza e l'operatività delle altre sue finalità, quella assistenziale e quella d'inclusione sociale. Conseguentemente, per la sua complessiva costituzione, la misura rimane sostanzialmente “azione composita”⁹³ e, per questo, possibile modalità di esplicazione del compito che l'articolo 3, capoverso, della Costituzione intesta alla Repubblica⁹⁴.

La povertà consta, infatti, di un ampio ventaglio di disagi, non solo (talvolta affatto) consistenti in *manca*nza di beni materiali, ma anche nella *presenza* di “altri fattori di debolezza, ad essa contigui e correlati”, che s'interrelazionano, nelle dinamiche di vita percorse dall'*homme concret*, risucchiandolo, suo malgrado, in un “centro irreversibile”, ove talvolta non avanza “spazio nemmeno per la fortuna”⁹⁵.

www.secondowelfare.it; N. De Capite, *Povertà in attesa: risposte adeguate a una realtà in cambiamento*, in *Menabò*, n. 92/2018, reperibile in *Eticaeconomia*, <https://eticaeconomia.it>; M. De Angelis, M. Chiara Pagliarella, A. Rosano e P. G. Van Wollegheem, *Un anno di Reddito di inclusione. Target, beneficiari e distribuzione delle risorse*, in *SINAPPSI*, n. 1-2/2019, p. 2 ss.

⁹³ R. Casillo, op. cit., pp. 560-561.

⁹⁴ Secondo la descrizione che ne dà P. Bozzao, *Reddito di cittadinanza e ammortizzatori sociali: dialogo virtuoso o interferenze?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021, p. 396, la misura consiste in un “sistema “in grado di riconoscere al cittadino laborioso, in modo stabile e permanente, le provvidenze necessarie per rimuovere le situazioni di disagio sociale ed economico che ostacolano la piena partecipazione alla vita del paese e, per questa via, al benessere della collettività organizzata nello Stato”.

⁹⁵ A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002, p. 234.

È questa l'idea della povertà per la Costituzione, seppure non espressa. Neppure il termine è menzionato in alcuna sua norma: la *scrittura* della parola ne avrebbe *inchiodato* il senso al significato più comune (e inevitabilmente più urente) di privazione materiale⁹⁶. La visione lungimirante dei nostri Costituenti si è proiettata oltre la miseria del momento, fino ad incontrare le più recenti teorie dei bisogni, intesi – secondo quanto si confida di avere sopra dimostrato – come mancanza di capacità⁹⁷ (non differentemente da quanto già osservato riguardo al *Social Investment* e ad evidenziarne, anzi, la comune, sottesa ispirazione).

La Carta non lo dice esplicitamente, è vero, ma quell'idea multidimensionale di povertà si rinviene in tutta la trama delle disposizioni costituzionali, in particolare quelle di garanzia dei diritti sociali, vieppiù come interpretate dal Giudice delle leggi⁹⁸.

Ecco perché la povertà – e le disuguaglianze che si determinano tra chi vi versa e chi non – è ravvisabile in *ogni* situazione che ostacoli lo sviluppo della persona, anche in forma di partecipazione del lavoratore alla vita politica, economica e sociale del Paese, come recita il richiamato secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Il «compito della Repubblica», di cui alla stessa norma di principio, si articola pertanto, più opportunamente, in una misura unitaria ma complessa, atta a contrastare efficacemente varie difficoltà (anche quelle non contemplate e sovvenute da specifiche altre norme), attraverso un sistema integrato di assistenza materiale, d'inclusione sociale e di promozione del lavoro.

Se il disegno del Reddito di cittadinanza soddisfa questi caratteri, non altrettanto può dirsi della sua applicazione. Il momento attuativo della misura ha reso anzi manifesta l'inadeguatezza già insita nel disegno, disvelando la disciplina stessa come conforme a Costituzione, sì, ma solo in una falsa rappresentazione del possibile.

⁹⁶ Soprattutto al tempo della scrittura, appunto, della Costituzione, che si generò dalle ceneri del secondo conflitto mondiale, con tutto il carico di distruzione e di miseria che questo aveva comportato, diffusamente e acutamente, per la popolazione e per il Paese.

⁹⁷ La costante tensione allo sviluppo della persona e all'effettività della sua partecipazione alla vita della comunità è assimilabile, in effetti, alla “*a person's ability to do valuable acts or reach valuable states of being*” [A. Sen, *Capability and Well-Being*, in M. Nussbaum e A. Sen (editors), *The Quality of Life*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 30].

⁹⁸ Che sia questa la concezione della povertà contemplata nella nostra Carta costituzionale si è ampiamente argomentato, anche con il ricorso ad una significativa giurisprudenza costituzionale, in R. Fattibene, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020. Sia consentito, pertanto, rinviare a questo lavoro monografico per ogni opportuno approfondimento del tema, qui limitandoci invece a delineare quell'idea per quanto utile all'economia del discorso che si sta conducendo. In merito, si confronti anche, se si vuole, Id., *Il carattere multidimensionale della povertà alla luce della pandemia*, in F. Niola e M. Tuozzo (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 199 ss. Lo stesso dicasi della lettura dell'art. 3, c. 2, Cost., e della relativa coerenza, con essa, della disciplina del Reddito di cittadinanza, che pure si propongono in termini essenziali, di seguito nel testo.

I dissestati Centri per l'impiego, scarsi in risorse, mezzi e competenze, del tutto sottodimensionati, già inadeguati a reggere l'ordinaria loro attività, non avrebbero potuto sostenere un carico di lavoro, peraltro differente dall'usuale, così imponente e centrale per il funzionamento della nuova misura. Né avrebbero saputo esprimere quelle competenze che sono proprie, invece, dei servizi sociali, per il solo fatto di venire individuati dalla disciplina come punto di primo contatto col richiedente il beneficio e deputati, pertanto, a discernere le situazioni di disagio solo lavorativo da quelle da prendersi in carico, invece, per la sola inclusione⁹⁹. Nemmeno sarebbe stato possibile che Centri per l'impiego e servizi sociali dialogassero agevolmente tra loro solamente per il tramite di piattaforme¹⁰⁰. L'accompagnamento all'inclusione sociale attiva non avrebbe potuto procedere di pari passo con il sostegno economico, tenuto conto dell'inadeguata organizzazione e della scarsa dotazione organica dei relativi servizi territoriali di assistenza¹⁰¹. E potrebbe

⁹⁹ L'art. 4, c. 4, d.l. n. 4/2019, richiedeva, infatti, entro trenta giorni dal riconoscimento del beneficio, di «rendere dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro tramite l'apposita piattaforma digitale» e proseguiva disponendo: «nel caso in cui l'operatore del centro per l'impiego ravvisi che nel nucleo familiare dei beneficiari [...] siano presenti particolari criticità in relazione alle quali sia difficoltoso l'avvio di un percorso di inserimento al lavoro, per il tramite della piattaforma digitale [...], invia il richiedente ai servizi comunali competenti per il contrasto della povertà, che si coordinano a livello di ambito territoriale, per la valutazione multidimensionale» finalizzata ad identificare i bisogni del nucleo familiare (ai sensi del comma 5-quater). A. D'Aloia e G. Agolino, *Il reddito di cittadinanza nel sistema costituzionale di protezione sociale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021, p. 392, osservano, in proposito, che «le politiche per il contrasto alla povertà e le politiche per il lavoro hanno procedure, linguaggi, competenze e forme organizzative assai differenti». Le amministrazioni comunali, pertanto, devono «essere messe nelle condizioni di rilevare lo stato di bisogno dei propri cittadini e d'intervenire con personale qualificato (assistenti sociali, psicologi, educatori) a rendere servizi sociali, oltre che con risorse economiche per l'assistenza (carta acquisti, sostegno del reddito, assistenza abitativa, sostegno alle persone vulnerabili e con disabilità ecc.)». Caritas Italiana, Don Marco Pagnello e Nunzia De Capite (a cura di), *Lotta alla povertà: imparare dall'esperienza, migliorare le risposte. Un monitoraggio plurale del Reddito di cittadinanza*, 2021, p. 96, riporta l'opinione di quanti lavorano nel settore delle politiche attive per il lavoro, che pure riconoscono «l'importanza che siano i servizi sociali dei Comuni a prendere in carico i beneficiari, dato che essi si trovano spesso in condizioni di disagio che sono solo marginalmente riconducibili alla disoccupazione».

¹⁰⁰ L. Valente, *Reddito di cittadinanza e politiche attive per il lavoro, oggi*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021, pp. 393-394. Per i vari malfunzionamenti nell'interoperabilità delle piattaforme GePI e MyANPAL, cfr. Caritas Italiana, *Lotta*, op. cit., schema p. 148. Per le varie rigidità e complessità della piattaforma Gepi, in particolare, si veda ancora Caritas Italiana, *ivi*, pp. 103-105. Cfr. anche C. Saraceno, D. Benassi e E. Morlicchio, *La povertà in Italia. Soggetti, meccanismi, politiche*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 184, che lamentano la generica abitudine di servizi occupazionali e sociali ad operare «indipendentemente gli uni dagli altri».

¹⁰¹ Come vien fatto notare in Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Relazione del Comitato Scientifico per la valutazione del Reddito di Cittadinanza*, ottobre 2021, reperibile in *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*, www.lavoro.gov.it, p. 66, «diversamente dalla componente di sostegno economico, l'entrata a pieno regime della componente di attivazione sociale è necessariamente più lenta, in quanto richiede la riorganizzazione e il rafforzamento del sistema dei servizi di assistenza sociale del territorio, per garantire l'implementazione del modello di intervento prefigurato dalla norma, fortemente integrato. Si tratta in sostanza di far fronte ad una svolta paradigmatica, che chiede agli Ambiti territoriali sociali (ATS) di cui alla Legge 328/2000 di adeguare i propri assetti organizzativi e garantire una maggiore integrazione tra i servizi sociali e con la filiera dei servizi regionali per il lavoro e la salute). La Commissione è preoccupata soprattutto del dato per il quale la quantità di risorse professionali disponibili in proporzione agli abitanti continua ad attestarsi sensibilmente al di sotto della media nazionale proprio nelle Regioni in cui è più alta la

proseguire ben oltre l'elenco delle inadeguatezze ed inefficienze¹⁰², tutte invero facilmente prevedibili.

D'altro canto, lo stesso decreto-legge istitutivo del Reddito di cittadinanza richiamava, tra le premesse esplicitate, «la straordinaria necessità e urgenza di dare corso ad una generale razionalizzazione dei servizi per l'impiego, attraverso una riforma complessiva delle strutture esistenti nonché ad una più efficace gestione delle politiche attive». Questo passaggio disvela un legislatore consapevole della pregressa inadeguatezza della *macchina*, ma forse non del fatto che l'implementazione della nuova misura avrebbe comportato, per essa, solo un aggravio di complicato lavoro, non consistendo invece affatto in un intervento riformatore e neanche di solo potenziamento.

Sicuramente l'intervenuta pandemia si è resa concausa della fallimentare implementazione dell'istituto, per la stasi delle attività produttive che ha provocato, per il collasso dell'economia che ne è derivato e il conseguente vertiginoso aumento della povertà, nonché – circostanza rilevante in ordine al basilare funzionamento del meccanismo attuativo della misura – per l'impossibilità stessa di condurre i colloqui tra i beneficiari del reddito e gli operatori che avrebbero dovuto assisterli nel previsto percorso¹⁰³. Si è trattato, tuttavia, di un'aggravante solo *occasionale*, come sempre accade per le crisi, tanto più quando gravi e multiformi. Le cause profonde e permanenti, come detto, rimangono essenzialmente strutturali¹⁰⁴.

concentrazione di beneficiari di Rdc». Sulla base di analoghe osservazioni, Caritas Italiana, F. De Lauso e W. Nanni (a cura di), *Oltre l'ostacolo. Rapporto 2021 su povertà ed esclusione sociale*, reperibile in *Caritas Italiana*, <https://archivio.caritas.it>, p. 44, conclude che si dovrebbe provvedere ad irrobustire i servizi sociali locali e migliorarne il coordinamento con la rete del *welfare* territoriale, sia ampliandone la dotazione organica (assunzione di assistenti sociali), sia assicurando la collaborazione della Banca Mondiale, nella traduzione operativa delle indicazioni normative e delle opportunità finanziarie loro rese disponibili.

¹⁰² Con C. Buzzacchi, *Reddito*, cit., p. 84, può osservarsi, conclusivamente, che, “per traguardi tanto ambiziosi”, quali quelli indicati dal provvedimento legislativo istitutivo del Reddito di cittadinanza, “occorreva approntare un'apposita macchina organizzativa e coinvolgere competenze specifiche e mirate, che non possono essere sottovalutate o reclutate in maniera improvvisata se in gioco ci sono interessi che dipendono da strumenti complessi di *policy*”.

¹⁰³ Le misure di contenimento della diffusione del virus hanno necessitato anche la chiusura dei Centri per l'impiego, con conseguente sospensione del previsto obbligo dei colloqui e costringendo i cd. *navigator* a lavorare a distanza.

¹⁰⁴ A conferma, i dati antecedenti al tempo della pandemia, come riportati da A. D'Aloia e G. Agolino, op. cit., p. 352: “solamente l'1,7% dei destinatari della misura (39.760 persone) aveva ottenuto un contratto di lavoro, trattandosi, peraltro, nella maggioranza dei casi di contratti a tempo determinato”. Per i dati relativi alla condizione occupazionale dei beneficiari del reddito, con riferimento a tutto il periodo di svolgimento della misura, comprensivo, dunque, anche della fase pandemica e fino al 30 settembre 2021, v. ANPAL, *Reddito di cittadinanza. Condizione occupazionale dei beneficiari RdC*, nota n. 7/2021, o, se si preferisce, il relativo *Long abstract*, *Beneficiari del Reddito di cittadinanza al 30 settembre 2021 – focus sulla condizione occupazionale*, dicembre 2021, nonché l'aggiornamento dei dati al 31 dicembre 2022, in ANPAL, *Reddito di cittadinanza*, nota n. 10/2023. I documenti citati sono tutti reperibili in ANPAL - Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro, www.anpal.gov.it. Per un'accurata analisi dei dati, sia relativa al livello di

In conclusione, della *disciplina* formale delle più recenti misure adottate nel nostro Paese a sostegno del reddito, si è apprezzata l'imbricazione di elementi di diversa natura, le plurime linee di azione in essa operanti. I modelli così delineati sono parsi corrispondere alla previsione costituzionale degli interventi dello Stato sociale a contrasto delle *varie povertà*. Tuttavia, la pur teoricamente afferribile conformità del Reddito di cittadinanza all'art. 3, c. 2, Cost., dopo tre anni di sua *applicazione* ed oramai sostanzialmente dismesso¹⁰⁵, ci appare piuttosto un simulacro, una mera *imago*.

4. Prospettive di compatibilità tra i due ambiti d'intervento, nazionale e sovranazionale, anche alla luce dell'annunciata nuova misura d'inclusione sociale e di attivazione lavorativa.

Se la ragione dell'indagine, come dichiarata nell'*incipit*, è consistita nella consapevolezza che la convergenza tra i modelli sovranazionale e nazionale dell'intervento a contrasto della povertà e dell'esclusione sociale è essenziale per un'azione efficace, il suo svolgimento ne ha mostrato una tendenziale realizzazione. Su entrambi i fronti si è riscontrata, infatti, un'attenzione multipla alle categorie bisognose che tiene assieme tre essenziali linee di azione – politiche attive per il lavoro, politiche d'inclusione sociale e sovvenzioni economiche –, così mirando ad uno sviluppo complessivo della persona e delle sue capacità e aderendo ad un concetto di povertà molteplice.

copertura della misura, sia ai risultati in termini di attivazione della persona ai fini lavorativi, v. L. Pesenti, *Il reddito di cittadinanza come risposta alla povertà: qualche valutazione sui risultati dell'applicazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 3/2021, pp. 364-368. C. Buzzacchi, *Reddito*, cit., p. 83, ricorda che la scarsa riuscita della misura aveva già indotto il Governo, nell'autunno del 2021, "a dubitare dell'opportunità di una prosecuzione nella medesima direzione. L'investimento finanziario era infatti apparso sproporzionato rispetto all'efficacia che il congegno di sostegno al disagio ha dimostrato". Si scelse, tuttavia, di proseguire con il Reddito di cittadinanza, ma con requisiti di accesso modificati. Cfr., in proposito, R. Mania, *Il reddito di cittadinanza resterà. Ma Draghi ha un piano per una riforma: azioni più forti per l'occupazione*, in *la Repubblica*, 7 settembre 2021.

¹⁰⁵ Come può leggersi in *Camera dei deputati. Documentazione parlamentare, La riforma del Reddito di cittadinanza*, <https://temi.camera.it>, «La legge 29 dicembre 2022, n. 197, ha disposto alcune modifiche alla disciplina del reddito di cittadinanza applicabile nel 2023, in vista della soppressione di tale istituto e della pensione di cittadinanza dal 2024, nell'ambito di una più ampia riforma delle misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva. // Contestualmente, ha istituito un *Fondo per il sostegno alla povertà e all'inclusione attiva*, nel quale confluiscono parte delle economie derivanti dalla soppressione dell'istituto del reddito e della pensione di cittadinanza e dall'azzeramento della relativa autorizzazione di spesa (precedentemente prevista in misura pari a 8.784,9 milioni di euro l'anno). La sezione indica in misura pari a 7.076,10 mln di euro per l'anno 2024 ed a 7.076,70 mln di euro per l'anno 2025 le risorse del Fondo per il sostegno alla povertà e all'inclusione attiva».

Al netto, almeno, delle differenze tra le diverse stagioni storiche e tra i motivi ideali che hanno rispettivamente ispirato i nostri Costituenti e i costruttori dell'Unione europea: mentre i primi sono stati orientati primariamente dallo *sviluppo della persona* in condizioni di eguaglianza e dalla sua centralità nel sistema giuridico di riferimento¹⁰⁶, i secondi hanno ravvisato nell'accrescimento delle capacità della persona principalmente una maniera per sostenere lo *sviluppo economico* dell'eurozona. Il punto di fusione tra le due visioni è comunque significativo. Entrambe, infatti, spostano l'attenzione dai soli beni e risorse materiali verso capacità e libertà dell'individuo. Al pari, entrambe necessitano che l'ambiente nel quale questi si trova a condurre la sua azione debba fornire le condizioni per favorirne il processo di emancipazione personale e sociale.

Rimangono diversi, ovviamente, gli ambiti e le modalità di azione. All'Unione europea, quale livello di governo sovranazionale, ritenutane la limitatezza delle competenze in campo sociale ed occupazionale¹⁰⁷, spetta fornire soprattutto linee guida agli Stati membri circa la triplice ed integrata azione, sul versante del sostegno economico (sotto la forma, in particolare, del reddito minimo), degli interventi sociali e delle politiche occupazionali; nonché promuovere l'uniformità delle relative discipline, già in atto o da riformare, presso gli stessi Stati. Alla Repubblica (vale a dire ad ogni soggetto dello Stato-ordinamento), invece, spetta prevedere interventi di assistenza al disagio, che, attraverso erogazioni monetarie e servizi, soddisfino bisogni materiali e promuovano capacità: azioni composite – si diceva –, in quanto combinazione sinergica dell'uno e dell'altro tipo di assistenza, in corrispondenza con una concezione unitaria dello sviluppo della persona.

In effetti, a seguito dell'indagine svolta, del Reddito di cittadinanza può dirsi che, nel corrispondere alla tipologia d'intervento a cui sembra alludere il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, esso aderisce, al contempo, anche alla politica che, con il *Social*

¹⁰⁶ Sulla centralità e lo sviluppo della persona nella nostra Costituzione, esiste una copiosissima bibliografia, che è evidentemente ultroneo rammentare, per quanto qui interessa. Si vedano peraltro almeno S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975; M. Dogliotti, *Diritti della persona ed emarginazione: minori, anziani, handicappati*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4/1987, p. 361 ss.; N. Lipari, *Diritto e promozione umana*, in *Studium*, n. 4/1976, p. 499 ss.; U. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1996, part. p. 390; A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013, C. Colapietro, *Il valore centrale della persona umana e della sua dignità nel disegno costituzionale: un controlimite ad una indiscriminata compressione dei diritti in nome dei vincoli di bilancio*, in E. Bilotti, D. Farace e M. C. Malaguti (a cura di), *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, p. 121 ss.; v. M. Dogliani e C. Giorgi (a cura di), *Art. 3. Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 2017, p. 71 ss.; C. Colapietro, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, part. pp. 124-127.

¹⁰⁷ Affari UE, *Europa sociale: le politiche sociali dell'Unione Europea*, 2 marzo 2023, reperibile in Parlamento europeo, www.europarl.europa.eu.

Investment, si è inteso promuovere nell’ambito dei sistemi assistenziali dei Paesi membri dell’Unione europea. La misura, anzi, configurandosi “al tempo stesso come intervento assistenziale, strumento di politica attiva del lavoro, meccanismo di investimento sociale”, ha rappresentato “un *unicum* (per eccesso) a livello europeo”¹⁰⁸. Questo atteggiarsi, “almeno nella narrazione politica”, ha costituito “la vera chiave di volta della misura, cioè l’avvio dell’Italia verso un approccio delle politiche socio-assistenziali orientato in modo esplicito al paradigma europeo del *social investment*”¹⁰⁹.

Ciò che è apparso sfuggente, alla fine dell’analisi, è però il giusto equilibrio tra le tre componenti, costantemente a rischio di uno sbilanciamento a favore, ora del sussidio economico, ora dell’attivismo per il lavoro. Entrambi, quando perseguiti in valore assoluto – quale fine e non come mezzo di sviluppo della persona –, rischiano di tramutarsi in motivi di dipendenza dal bisogno, anziché fungere da fattori di liberazione da esso. L’osservazione in precedenza svolta sul Reddito di cittadinanza, in particolare in punto di sua concreta applicazione, rispetto alle astratte previsioni della disciplina, ha mostrato come l’inadeguata organizzazione e funzionalità dei servizi portanti della misura ne abbiano inficiato l’efficacia in maniera sostanziale, in particolare ostacolando la possibilità di una tripla e sinergica linea d’intervento.

Alle difficoltà logistiche già segnalate va aggiunto, peraltro, il carico comportato dall’“eccezionalismo italiano in materia”¹¹⁰. La lentezza e la complessità del percorso che ha condotto a questo provvedimento ha influito anch’esso sulla sua debole riuscita. L’esito, a cui pure si è giunti, ha infatti portato “con sé un forse inevitabile carico di aspettativa (anche in termini politico-elettorali)”, che lo ha esposto “al grande rischio di subire una distorsione in senso assistenziale non compatibile con le logiche di investimento sociale perseguite da analoghi strumenti in altri paesi europei”¹¹¹.

¹⁰⁸ L. Pesenti, op. cit., p. 364.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 368.

¹¹⁰ L. Pesenti, op. cit., p. 359. Sull’anomalia italiana costituita dall’assenza, per lungo tempo, di un sistema uniforme di reddito minimo, cfr. E. Granaglia, *La povertà oggi in Italia. Recenti tendenze e quattro nodi critici*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2017.

¹¹¹ L. Pesenti, op. cit., p. 359. Lo stesso A. segnala “una effettiva (seppur contenuta) capacità della misura di diminuire l’intensità della povertà (indice che misura in termini percentuali quanto la spesa mensile delle famiglie povere sia in media al di sotto della linea di povertà, ovvero «quanto poveri siano i poveri»)”. Le statistiche Istat sulla povertà per l’anno 2020 registrano “infatti una riduzione di questo valore (dal 20,3% al 18,7%) in tutte le ripartizioni geografiche, confermando dunque un effetto positivo delle misure messe in campo (oltre al Rdc/Pdc anche il reddito d’emergenza) per contrastare il crescente bisogno sociale nel nostro paese” (*ivi*, p. 369).

Non a caso i rimedi suggeriti alle mancanze del Reddito di cittadinanza sono andati nel senso del rafforzamento degli elementi più capacitanti in esso presenti, al fine di scongiurare l'ipotesi di “facili derive workfaristiche”¹¹² e collocarlo, piuttosto, in una prospettiva “in grado di tenere insieme «assistenza» e «promozione umana» (entrambe radicate nel tessuto dei principi della Costituzione italiana)”¹¹³.

Sotto il profilo delle politiche attive per il lavoro, se ne è proposto, in particolare, il potenziamento in termini di fattori di generatività¹¹⁴, anche rafforzando quelli che già vi erano inclusi, quale la partecipazione ai progetti utili alla collettività, “attivabili dai Comuni, anche con l'aiuto del Terzo Settore”¹¹⁵. Rivolgersi a quest'ultimo sarebbe auspicabile¹¹⁶, al fine di conseguire una migliore *capacitazione* di quanti sono coinvolti nella misura, vuoi sul versante socio-assistenziale, vuoi su quello lavoristico. Si potrebbe valorizzare la possibilità riconosciuta alle organizzazioni che vi operano di sviluppare «forme di co-programmazione e co-progettazione» con la Pubblica Amministrazione¹¹⁷, con particolare riguardo alle cooperative sociali, le quali hanno, per definizione, «lo scopo

¹¹² A. D'Aloia e G. Agolino, op. cit., p. 354.

¹¹³ V. Casamassima, *Reddito «di cittadinanza» e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2020, p. 461.

¹¹⁴ Cfr. Fondazione Emanuele Zancan, *Vincere la povertà con un welfare generativo. La lotta alla povertà. Rapporto 2012*, Il Mulino, Bologna, 2012; Id., *Welfare generativo. Responsabilizzare, rendere, rigenerare. La lotta alla povertà. Rapporto 2014*, Il Mulino, Bologna, 2014. Riguardo al ruolo fondamentale che il Terzo settore può svolgere in una logica di *welfare generativo*, v. le riflessioni di Emanuele Rossi, riportate in *Con il welfare generativo, “disoccupati al servizio della comunità coinvolgendo il terzo settore”*, 8 aprile 2014, in *Redattore sociale*, www.redattoresociale.it.

¹¹⁵ In particolare, A. D'Aloia e G. Agolino, op. cit., pp. 353, 354, auspicano il rafforzamento di tali progetti, previsti dall'art. 4, c. 15, d.l. n. 4/2019 (quali “progetti a titolarità dei comuni, utili alla collettività, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni, da svolgere presso il medesimo comune di residenza”). Gli AA. attribuiscono la scarsa applicazione di questa disposizione prevalentemente alle difficoltà dei Comuni, sia finanziarie (rispetto, ad es., all'attivazione delle assicurazioni a favore dei beneficiari), sia logistiche (conseguenti, ad es., all'esiguità del personale comunale che vi può essere addetto), a fronte di una procedura di attivazione complessa, la quale richiede, peraltro, sinergie con i Centri per l'impiego, già afflitti, a loro volta, da gravi carenze organizzative. È la stessa *Relazione del Comitato Scientifico per la valutazione del Reddito di Cittadinanza*, cit., p. 82, ad evidenziare il sottodimensionamento dei Comuni rispetto alla potenziale platea di beneficiari tenuti a partecipare ai Progetti. L. Valente, op. cit., p. 382, sottolinea il “forte impatto comunicativo” dei progetti in parola, attraverso i quali il beneficiario del sostegno economico ha l'occasione di dimostrare la sua disponibilità “a concorrere al bene della comunità”.

¹¹⁶ Per l'importanza del ruolo che gli enti del Terzo settore, oltre che i privati, possono assumere, nel contrasto alla povertà, v. C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 186-194. Per la concezione dell'inclusione sociale quale “funzione sociale diffusa” e per l'azione che anche a riguardo può svolgere il Terzo settore, v. L. Caselli, *Stato sociale e Terzo settore*, in *Oikonomia*, n. 3/2013, p. 39.

¹¹⁷ Art. 55, c. 1, d.lgs. n. 117/2017, recante il *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016*, n. 106.

di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini»¹¹⁸.

Proposte di riforma (differenti ma di analogo segno) sono pervenute pure dal *Comitato scientifico per la valutazione del reddito di cittadinanza*¹¹⁹ che, con sguardo volto al complessivo funzionamento della misura, osserva che «l'aver iniziato l'erogazione monetaria senza aver prima provveduto a mettere in grado i servizi – centri per l'impiego, servizi sociali territoriali – di far fronte ai nuovi compiti loro assegnati [...] ha fortemente disallineato sostegno monetario e iniziative di attivazione». L'organismo ne ha fatto conseguire la necessità di «rendere il Reddito di cittadinanza più efficace rispetto agli obiettivi, sia implementando pienamente *tutte* le sue componenti, sia correggendo quegli aspetti della normativa che si sono rivelati particolarmente critici, vuoi nell'individuazione dei poveri *vuoi nell'efficacia delle misure di integrazione sociale e accompagnamento al lavoro*»¹²⁰.

Tuttavia, proprio il Governo in seno al quale la Commissione era stata istituita¹²¹ non sembra averne tenuto in conto le risultanze, considerato che, con la legge di Bilancio 2022¹²², si è provveduto a rafforzare l'apparato sanzionatorio della misura per il caso di rifiuto della proposta di lavoro¹²³. Indotto probabilmente da quanti lamentavano di non trovare disponibilità agli impieghi offerti presso i percettori del Reddito, siffatto intervento

¹¹⁸ Art 1, c. 1, l. n. 381/1991, recante la *Disciplina delle cooperative sociali*. Tale scopo – specifica, di seguito, la disposizione –, viene perseguito attraverso «la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi [...]» [lett. a)], oppure «lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate» [lett. b)].

¹¹⁹ Istituito, ai sensi dell'art. 10, c. 1-bis, d.l. n. 4/2019, con decreto del 15 marzo 2021, dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, Andrea Orlando, con il compito di “aiutare a far evolvere” lo strumento del Reddito di cittadinanza, “concentrandosi sullo stimolo alla formazione e al ricollocamento nel mondo del lavoro di chi ne beneficia”, come dichiarato dallo stesso Ministro (*Insedimento del Comitato Scientifico sul Reddito di Cittadinanza*, 23 marzo 2021, reperibile in *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*, www.lavoro.gov.it). In qualità di rappresentante del Ministro, questo Comitato è stato presieduto dalla Prof.ssa Chiara Saraceno.

¹²⁰ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Relazione del Comitato Scientifico per la valutazione del Reddito di Cittadinanza*, cit., p. 3 (corsivi nostri).

¹²¹ In seguito, in ragione delle dimissioni della Prof.ssa Chiara Saraceno, rassegnate il 2 novembre 2022, nonché «alla luce dell'insediamento del nuovo vertice politico» (il Governo Meloni), si sarebbe proceduto «ad un aggiornamento della composizione del Comitato scientifico [...], nonché all'implementazione delle funzioni dello stesso alla luce delle nuove linee di indirizzo strategico del Governo ed all'aggiornamento del progetto di ricerca e monitoraggio delle misure» (dal decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, Marina Elvira Calderone, del 20 febbraio 2023).

¹²² L. n. 234/2021, recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024*.

¹²³ In particolare, l'art. 1, c. 67, della legge in parola ha stabilito la riduzione del beneficio economico mensile, previsto dal Reddito di cittadinanza, «di una somma pari a 5 euro per ciascun mese a partire dal mese successivo a quello in cui si è eventualmente rifiutata un'offerta di lavoro congrua [...]».

ne ha piuttosto premiato la natura lavoristica, adombrandone, anziché arginandone, una connotazione in senso workfaristico.

Va anche segnalato, però, che il *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza* adottato dallo stesso Esecutivo¹²⁴, in punto di «Integrazioni del Piano con il semestre europeo», richiama la Raccomandazione specifica per il Paese n. 2 del 2019¹²⁵ anche laddove richiede di «garantire che le politiche attive del mercato del lavoro e le politiche sociali siano efficacemente integrate e coinvolgano soprattutto i giovani e i gruppi vulnerabili»¹²⁶.

In effetti il Piano prevede la «Promozione della integrazione territoriale dei servizi per l'impiego con gli altri servizi, in particolare quelli sociali e quelli per l'istruzione e la formazione»¹²⁷. L'intervento (che pure ci preme particolarmente evidenziare) è a sua volta compreso in una linea d'investimento più ampiamente dedicata al «Potenziamento dei centri per l'impiego»¹²⁸, finalizzata a «favorire processi di miglioramento dell'offerta di servizi di qualità, analisi dei fabbisogni di competenze, definizione di piani formativi individuali, servizi efficaci di accoglienza, orientamento e presa in carico»¹²⁹.

La già citata Raccomandazione del 2019 considerava infatti che «migliorare i servizi pubblici per l'impiego, fornendo maggiori risorse e servizi di migliore qualità, è fondamentale per attuare la riforma del nuovo reddito di cittadinanza» e richiedeva, in

¹²⁴ Trasmesso il 30 aprile 2021, dal Governo Draghi alla Commissione europea, indi al Parlamento italiano. Il 22 giugno 2021, la Commissione europea ha pubblicato la relativa *Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio* e, il 13 luglio 2021, il Consiglio europeo ha definitivamente approvato il *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Italia*, con *Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*. Il piano è reperibile in *Governo Italiano. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, www.governo.it.

¹²⁵ *Raccomandazione di Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 dell'Italia*, del 2 luglio 2019, reperibile in *Consiglio dell'Unione europea*, <https://data.consilium.europa.eu>. Lo stesso *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 25, rammenta che il punto b) dell'art. 18(4) del *Dispositivo per la ripresa e la resilienza* «richiede di spiegare come il Piano per la ripresa e la resilienza contribuisca ad affrontare in modo efficace tutte o un sottoinsieme significativo delle sfide, individuate nelle pertinenti Raccomandazioni specifiche per paese [...]».

¹²⁶ *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 26. L'espressione richiamata nel testo (e nel Piano) è rinvenibile al punto 2 della *Raccomandazione di Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia*, cit. Nella sua interezza, il relativo passaggio raccomandava al nostro Paese di adottare provvedimenti, nel 2019 e nel 2020, al fine d'«intensificare gli sforzi per contrastare il lavoro sommerso; garantire che le politiche attive del mercato del lavoro e le politiche sociali siano efficacemente integrate e coinvolgano in particolare i giovani e i gruppi vulnerabili; sostenere la partecipazione delle donne al mercato del lavoro attraverso una strategia globale, in particolare garantendo l'accesso a servizi di assistenza all'infanzia e a lungo termine di qualità; migliorare i risultati scolastici, anche mediante adeguati investimenti mirati, e promuovere il miglioramento delle competenze, in particolare rafforzando le competenze digitali».

¹²⁷ *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 204.

¹²⁸ Investimento 1.1, nell'ambito della Componente 1.1, intestata alle «Politiche attive del lavoro e sostegno all'occupazione», parte, a sua volta, della Componente 1, dedicata alle «Politiche per il lavoro», nell'ambito della Missione 5, su «Inclusione e coesione».

¹²⁹ *Piano nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 207.

particolare, che venissero «dotati di personale qualificato e in numero sufficiente». Sebbene potessero apprezzarsi alcuni recenti miglioramenti, si osservava altresì che «l'efficienza complessiva dei servizi pubblici per l'impiego e la loro capacità di trovare posti di lavoro per i disoccupati resta[va]no modeste, le prestazioni varia[va]no notevolmente tra le regioni e l'integrazione con le politiche sociali ed educative [era] limitata [...]»¹³⁰.

Tirando le fila del discorso, i punti di maggiore sofferenza, che hanno distanziato il Reddito di cittadinanza, ad un tempo, dal modello costituzionale e da quello sociale europeo, si coagulano nell'inadeguatezza organizzativa dei servizi e nella scarsa integrazione tra le politiche attive per il lavoro e le politiche sociali.

Quest'ultima mancanza ci sembra invero preoccupante più della prima. In astratto potrebbe raggiungersi, seppure con colpevole ritardo, un livello sufficiente di efficienza dei servizi, grazie ad interventi adeguati e a finanziamenti importanti, ma la loro scarsa reciproca integrazione permanerebbe, in quanto insita nella disciplina stessa¹³¹, rispetto alla quale si registrano, sì, plurime linee d'intervento, ma non il loro intrecciarsi.

Può cogliersi anzi una sorta di *décalage* delle attività a favore dell'integrazione sociale lungo la via delle misure di contrasto alla povertà – dal Reddito di inclusione, al Reddito di cittadinanza, a ciò che sta per avvicinarsi a quest'ultimo – rispetto alla tendenza opposta osservabile riguardo all'attivazione a favore dell'occupazione.

“Nei diversi passaggi che hanno portato all'introduzione di una misura di reddito minimo per i poveri in Italia, [...] l'attivazione è stata sempre più ristretta allo svolgimento di tutte le attività necessarie per diventare «occupabili». Altre misure di «attivazione» e di «integrazione sociale» sono diventate sempre più marginali”, tant'è che, nel Reddito di cittadinanza, pur previste, queste venivano riferite ai soli inoccupabili, tali in ragione delle loro personali circostanze. “I teoricamente «occupabili» e le loro famiglie, compresi i figli minorenni, sembrano non avere nessun altro bisogno di sostegno e integrazione sociale”¹³². Insomma, non solo le due linee di servizio si correlano scarsamente fra di loro, ma l'una – quella lavoristica – prevale sempre più sull'altra. Eppure i bisogni inerenti la socialità e

¹³⁰ Punto 16 del *Considerando della Raccomandazione di Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia*, cit.

¹³¹ Pur sempre da apprezzarsi – come difatti lo è stata, secondo quanto riporta Caritas Italiana, *Lotta*, op. cit., p. 95 –, per aver comunque combinato “l'erogazione di un beneficio economico alla predisposizione di un progetto finalizzato ad aiutare il nucleo beneficiario a superare la propria condizione di disagio”, conformemente ad una visione della povertà come fattore multidimensionale. In questo modo, infatti, secondo M. Baldini e C. Gori, *Il reddito di cittadinanza*, in *il Mulino*, n. 2/2019, p. 271, si riconosce, come già in precedenza con il Reddito di inclusione, “che spesso la povertà è legata ad aspetti diversi da quello lavorativo, siano essi familiari, di salute, di istruzione, psicologici, abitativi, relazionali e altri”.

¹³² C. Saraceno, D. Benassi e E. Morlicchio, op. cit., p. 203.

l'inclusione partecipano in maniera decisiva a comporre lo stato della povertà, multidimensionalmente considerato. Peraltro, rimanendovi immersi, difficilmente – o molto più difficilmente, almeno – si riesce a conseguire un'occupazione. In un circolo chiaramente vizioso, il lavoro (in quanto non acquisito) non può a sua volta svolgere quel ruolo, che pure gli è proprio, di attivatore o facilitatore dell'inclusione, intesa anche come partecipazione (dei lavoratori, appunto) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. In tal modo, il circolo virtuoso disegnato dal secondo comma dell'articolo 3, rimane solo sulla Carta, per quanto costituzionale.

Nemmeno la misura che sostituirà il Reddito di cittadinanza¹³³ sembra predisporre a trasporre dalla Carta alla realtà la virtuosità del circolo. Per quanto ad oggi se ne sa, il nuovo intervento, ancora allo studio del Governo, realizza piuttosto quella previsione di restrizione della portata del beneficio economico¹³⁴ e d'inasprimento dei requisiti di

¹³³ In ragione di questo avvicendamento, si dovrebbe poter richiedere il Reddito di cittadinanza fino al 31 agosto 2023 e, ad ogni modo, esso verrebbe erogato, al più, fino al termine dell'anno.

¹³⁴ È quanto può dirsi, ad oggi, con riferimento all'Assegno di inclusione (questa la denominazione della più recente versione, comunque ufficiosa, della misura destinata a sostituire il Reddito di cittadinanza, ma per i soli non occupabili), in base alle notizie diffuse a riguardo dagli organi di stampa (nel momento stesso, peraltro, in cui si licenzia il presente testo). Le maggiori perplessità sono rivolte però alla esiguità del beneficio economico connesso allo Strumento di attivazione, destinato ai soli occupabili (sostanzialmente i poveri che siano in condizioni di lavorare, tra i diciotto e i cinquantanove anni), d'importo massimo di trecentocinquanta euro mensili, erogati solo nel caso di partecipazione ad attività formative o a progetti utili alla collettività, per il tempo del loro svolgimento e comunque per un periodo massimo di dodici mensilità (cfr. T. Coluzzi, *Arriva l'assegno di inclusione, il nuovo reddito di cittadinanza: come funziona e chi riguarda*, del 28 aprile 2023, e A. Girardi, *Addio al Rdc, come funzioneranno Assegno di inclusione e Strumento di attivazione dal 2024*, del 29 aprile 2023, entrambi reperibili in fanpage.it, www.fanpage.it). Si è appreso, invero, anche di una possibile riduzione della durata dell'erogazione del beneficio monetario: quantomeno, così è parso rispetto ad una prima stesura del provvedimento. M. Baldini e D. Pacifico, *Riforma del sostegno contro la povertà: una prima valutazione*, 17 marzo 2023, reperibile in lavoce.info, <https://lavoce.info>, hanno riscontrato, nella bozza della Misura di Inclusione Attiva (vale a dire la prima versione della nuova misura), “un aspetto particolarmente critico” per l'appunto nella durata limitata del sussidio: essendo stata prevista la cessazione dell'erogazione, per diciotto mesi dopo il secondo rinnovo, “non è chiaro” – osservavano gli AA. – “come le famiglie (povere)”, durante tale periodo, “riusciranno a trovare dei mezzi di sostentamento”. Gli stessi consideravano, peraltro, che “questo aspetto sarebbe un'eccezione assoluta a livello internazionale. Non esiste infatti un solo paese Ue in cui la durata del programma nazionale di contrasto alla povertà sia limitata per legge. Semmai, sono previsti dei riesami periodici (ogni 6-18 mesi) per verificare la sussistenza dello stato di bisogno”. Consimili notazioni, probabilmente, alla fine hanno pesato. Le notizie da ultimo diffuse sull'Assegno di inclusione, riportano la durata dell'erogazione del beneficio sostanzialmente a quella che è già stata propria del Reddito di cittadinanza, vale a dire diciotto mesi rinnovabili per altri dodici, previa sospensione di un mese (cfr. Redazione ANSA, *Addio al Rdc, dal 2024 arriva l'assegno di inclusione*, 29 aprile 2023, reperibile in [ANSA.it](http://ansa.it), www.ansa.it).

percepibilità¹³⁵ che pure era stata avanzata¹³⁶; rafforza, inoltre, le relative condizionalità, in particolare sotto forma di limitazione della possibilità di rifiuto delle proposte di lavoro¹³⁷. Soprattutto, le incerte notizie, pure in continua sovrapposizione, che trapelano circa la nuova misura, ancora in fase di elaborazione, sembrano dare continuità al sopra lamentato *décalage* delle attività a favore dell'integrazione sociale.

In ordine al primo aspetto – la ben probabile riduzione del sussidio monetario –, ci si limita a segnalare, in punto di coerenza delle politiche nazionali con le linee guida promananti dall'Unione europea, l'importanza di sorvegliare che la sua determinazione abbia un andamento almeno in linea con quello tracciato nella Raccomandazione del Consiglio inizialmente richiamata¹³⁸, a partire dal procedimento da seguire, vale a dire «una metodologia trasparente e solida definita conformemente al diritto nazionale e coinvolgendo i pertinenti portatori di interessi»¹³⁹.

¹³⁵ Di seguito, la conclusione a cui sono addivenuti, in merito, M. Franzini, G. Gallo e M. Raitano, *Dopo il reddito di cittadinanza, verso la MIA. I probabili cambiamenti*, 14 marzo 2023, in *Menabò*, n. 189/2023, reperibile in *Eticaeconomia*, <https://eticaeconomia.it>, a seguito dell'analisi condotta sulla prima bozza del provvedimento (ancora la Misura di Inclusione Attiva), avvalendosi di un modello di micro-simulazione statico. I risultati indicano che «la riforma del «lato monetario» del reddito minimo italiano ridurrebbe il numero di potenziali beneficiari». In questo modo e considerando anche la contestuale riduzione dell'ammontare del beneficio, si attenuerebbe, però, la capacità della misura di contrastare povertà e disuguaglianza. Riguardo, in particolare, all'introdotta differenza tra nuclei familiari occupabili e non occupabili (questi ultimi essendo quelli che presentano, tra i componenti, minori, persone con disabilità o di età superiore ai sessant'anni), gli AA. ritengono che possa essere causa di «iniquità orizzontali – cioè trattamenti differenziati a parità di condizioni di disagio – che si aggiungerebbero a quelle già esistenti. Sono considerazioni critiche che ben possono trasparire sul più recente disegno della misura, l'Assegno di inclusione, basandosi anch'esso sulla medesima ripartizione tra le due categorie di aventi diritto (cfr. nota precedente).

¹³⁶ M. Jessoula e M. Natili, *Explaining Italian “exceptionalism” and its end: Minimum income from neglect to hyper-politicization*, in *Social Policy & Administration*, n. 5/2020, p. 610, già al tempo della istituzione del Reddito di cittadinanza, avanzavano una previsione sui futuri scenari del reddito minimo in Italia che oggi sembra trovare riscontro. Gli AA. infatti osservavano che *“the League’s substantial green light to the adoption of RdC suggests that if strong demand and changed competition dynamics in a fragmented pluralist party system were key for the full institutionalization of MIS, under these conditions policy reversals are much more unlikely than in the past two decades. Rather than full abrogation, restriction on benefit generosity and/or tightening of eligibility requirements for certain social groups are more plausible in case of a future centre-right government in Italy”*.

¹³⁷ Nel contesto della presunta disciplina della prima versione della nuova misura, la Misura di Inclusione Attiva, veniva disposta la decadenza per il caso in cui uno dei componenti il nucleo familiare non dovesse accettare, senza giustificato motivo, la prima offerta di lavoro congrua [art. 8, c. 6, lett. d) della bozza del provvedimento]. Cfr., a riguardo, anche quanto riportato da V. Conte, *Reddito di cittadinanza, si cambia: arriva la Mia. Assegno giù a 375 euro per gli occupabili*, in *la Repubblica*, del 26 febbraio 2023. Rispetto all'Assegno di inclusione, a quanto appena riportato sembra doversi aggiungere la precisazione che la decadenza interverrebbe solamente ove la proposta rifiutata dovesse avere una durata di almeno un mese.

¹³⁸ *Raccomandazione del Consiglio del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva*, cit.

¹³⁹ Punto 4 della Raccomandazione e, similmente, punto 21 della *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2023*, cit. Registriamo, in merito, le dichiarazioni del Segretario della *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*, Daniela Barbaresi, come riportate da Redazione ANSA, *Addio Rdc, arriva Mia, bozza di riforma in 12 articoli*, 8 marzo 2023, reperibile in *ANSAit*, www.ansa.it, che non condivide, appunto, il

Sorgono comunque perplessità anche riguardo ai criteri¹⁴⁰ in base ai quali individuare quel *quantum*, almeno per equivalente, quali «la soglia nazionale di rischio di povertà; oppure il valore monetario dei beni e dei servizi necessari, tra cui un'alimentazione adeguata, l'alloggio, l'assistenza sanitaria e i servizi essenziali, secondo le definizioni nazionali; oppure altri livelli comparabili» con quelli precedentemente indicati, «stabiliti dalla legge o dalla prassi nazionale»¹⁴¹. “Almeno in linea”, si diceva, in quanto è vero pure che agli Stati membri si raccomanda altresì «di raggiungere gradualmente l'adeguato livello di sostegno al reddito» così determinato «entro il 2030, salvaguardando nel contempo la sostenibilità delle finanze pubbliche»¹⁴².

Ove, poi, la riduzione del beneficio e la restrizione della possibilità di rifiuto delle offerte lavorative siano state indotte dalla preoccupazione (il rischio è reale e già ampiamente riscontrato) che il percettore possa contemporaneamente lavorare nell'irregolarità, va osservato che, in tal maniera, si deprime la misura e la sua peculiare funzione del tutto impropriamente e vanamente.

In altri modi – ben più diretti ed efficaci – va combattuta la piaga del lavoro nero¹⁴³, anche e soprattutto sul fronte dei datori di lavoro disponibili a tale pratica (in alcune aree del Paese, tra l'altro, coincidenti con o vicini alla criminalità organizzata), evitando di privare della giusta assistenza anche chi intenda lavorare onestamente e regolarmente. Peraltro, proprio la decurtazione del beneficio economico potrebbe più facilmente indurre chi si trova nel bisogno a prestarsi al lavoro sommerso, quale unica garanzia di risorse sufficienti¹⁴⁴.

metodo, oltre che il merito, della definizione del nuovo provvedimento, non essendo stata chiamata la Confederazione ad esprimersi “su una partita importante che richiederebbe un confronto approfondito”.

¹⁴⁰ Rispettivamente indicati alle lettere a), b) e c), del punto 5) della Raccomandazione.

¹⁴¹ Il Presidente dell'Inps, Pasquale Tridico, in una prima valutazione della possibile riforma del Reddito di cittadinanza, ha sottolineato, come riportato da Redazione ANSA, op. cit., che “il reddito minimo è una misura prevista dall'Unione Europea, tutti coloro che stanno al di sotto di una certa soglia devono avere un reddito”. Anche l'Italia, pertanto, “dovrà fare i conti con le direttive della Commissione Europea sul reddito minimo [...]”.

¹⁴² Punto 6 della Raccomandazione.

¹⁴³ In tale direzione procedeva la previsione di cui all'art. 7, c. 4, della bozza della Misura di Inclusione Attiva, per la quale, «al fine di rafforzare l'attività di contrasto al lavoro irregolare nei confronti dei beneficiari della MIA, che svolgono attività lavorativa in violazione delle disposizioni legislative vigenti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali elabora, con proprio decreto, un piano triennale di contrasto all'irregolare percezione della MIA, contenente le misure di contrasto e la strategia dell'attività ispettiva, i criteri per il monitoraggio dei suoi esiti, gli obiettivi annuali da conseguire, nonché le modalità di collaborazione con le parti sociali e con le amministrazioni territoriali».

¹⁴⁴ Sul “«lavoro povero» e altre forme di mortificazione della dignità del lavoratore” (p. 48), v. C. Buzzacchi, *Reddito*, cit., pp. 48-55.

Deve far riflettere, piuttosto, la preferenza per la percezione del reddito rispetto ad un lavoro regolare, ove motivata dalle condizioni variamente inadeguate alle quali quel lavoro viene proposto. Coglie il cuore del problema la Risoluzione del Parlamento europeo nell'invitare «gli Stati membri ad adottare misure per evitare che i beneficiari siano costretti ad accettare posti di lavoro di scarsa qualità», ritenendo, in particolare, «che il problema della povertà lavorativa debba essere affrontato con urgenza tramite salari dignitosi, per garantire che il lavoro paghi ed evitare che sia necessario fare affidamento sui regimi di reddito minimo»¹⁴⁵.

Ad ogni modo, ridotti, con la misura attesa, la consistenza quantitativa dell'intervento assistenziale ed anche il suo «orizzonte temporale», sembrano condivisibili le preoccupazioni, rivolte ai *poveri*, di chi non riesce a vedere con chiarezza «con quali risorse e politiche attive la loro occupabilità teorica verrà trasformata in occupazione (pagata decentemente) effettiva, stante la scarsa e territorialmente disomogenea performance dei centri per l'impiego e i risultati non entusiasmanti, sul piano occupazionale, del programma GOL (Garanzia di occupabilità dei lavoratori¹⁴⁶), oltre alla scarsità di domanda di lavoro nelle regioni in cui sono più concentrati i percettori del RdC»¹⁴⁷.

Neppure è dato rilevare, al momento, alcun significativo potenziamento della macchina organizzativa: non dunque quel rafforzamento della «capacità operativa delle autorità responsabili del sostegno al reddito, dei servizi per l'impiego e dei fornitori di servizi abilitanti», anche tramite l'intensificazione della loro reciproca collaborazione, che (nel passo già citato addietro¹⁴⁸) la Raccomandazione del Consiglio richiede «ai fini

¹⁴⁵ Punto 18 della Risoluzione del Parlamento europeo. La stessa, al punto 24, «invita gli Stati membri, al fine di garantire un'occupazione sostenibile, dignitosa e di qualità, ad attuare rapidamente la direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, anche rafforzando il ruolo della contrattazione collettiva e del dialogo sociale, in stretta collaborazione con le parti sociali, e ad adottare misure adeguate per garantire un salario giusto ed equo per tutti, con una particolare enfasi sulle donne nell'intento di colmare il divario retributivo di genere» (la citata direttiva è reperibile in *EUR-Lex*, <https://eur-lex.europa.eu>). In ordine all'attuale stato di diffusione del salario minimo nei Paesi europei e alle posizioni politiche dispiagate – quali a favore e quali non –, rispetto all'opportunità e ai termini di una sua eventuale applicazione anche in Italia, v. V. Conte, *Il salario minimo dove c'è funziona, il confronto Italia ed Europa*, in *la Repubblica*, del 27 marzo 2023.

¹⁴⁶ Si tratta di un'azione di riforma prevista dal *Piano nazionale di ripresa e resilienza dell'Italia* (Missione 5, Componente 1), al fine di riqualificare i servizi di politica attiva del lavoro. Viene attuata dalle Regioni e dalle Province autonome, sulla base dei Piani regionali (Par) approvati da Anpal, che svolge un ruolo di coordinamento, mentre titolare ne è il Ministero del lavoro. La sua attuazione è connessa al *Piano di potenziamento dei centri per l'impiego* e al *Piano nazionale nuove competenze* (cfr. *Programma Gol*, reperibile in *ANPAL - Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro*, www.anpal.gov.it).

¹⁴⁷ C. Saraceno, *Reddito di cittadinanza, i poveri e la finzione degli occupabili*, in *la Repubblica*, del 29 marzo 2023.

¹⁴⁸ Nell'ambito del primo paragrafo.

dell'efficace elaborazione e realizzazione di solide reti di sicurezza sociale»¹⁴⁹. Le poche modifiche di cui si è a conoscenza, in ordine al funzionamento del meccanismo¹⁵⁰, non sembrano essere tali da conseguire l'obiettivo.

A preoccupare maggiormente, invero, come già si lamentava della nuova possibile disciplina, seppure per mero cenno, è l'aver lasciata inalterata o forse resa ancora più netta la separatezza tra servizi per il lavoro e servizi sociali, in quanto questi ultimi sarebbero essenzialmente rivolti ai soli non occupabili¹⁵¹ (il *décalage* a cui già si alludeva). Non si recupera, in questo modo, la frattura tra assistenza per l'integrazione ed assistenza per il

¹⁴⁹ Punto 14 della Raccomandazione, part. lett. b).

¹⁵⁰ Potrebbe contemplare una possibilità di maggiore efficacia del sistema la previsione di cui all'art. 10, c. 4, della bozza del provvedimento che delineava la Misura di Inclusione Attiva. Esso prevedeva che venisse riconosciuto, «per ogni soggetto assunto a seguito di specifica attività di mediazione effettuata mediante l'utilizzo della piattaforma digitale per la presa in carico e la ricerca attiva, il dieci per cento dell'incentivo di cui ai commi 1 e 2 [l'incentivo previsto per i datori di lavoro privati che assumono i beneficiari della Misura di Inclusione Attiva], decurtato dall'incentivo previsto per il datore di lavoro». Inoltre, la nuova misura si sarebbe dovuta giovare, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 5 della stessa bozza, di una «piattaforma digitale per la presa in carico e la ricerca attiva dedicata ai beneficiari della MIA. I beneficiari, attraverso la registrazione sulla piattaforma, accedono a informazioni e proposte sulle offerte di lavoro, corsi di formazione, tirocini di orientamento e formazione, progetti utili alla collettività e altri strumenti di politica attiva del lavoro adeguati alle proprie caratteristiche e competenze, nonché a informazioni sullo stato di erogazione del beneficio e sulle attività previste dal progetto personalizzato». Non risulta – allo stato, perlomeno – che la disciplina dell'Assegno di inclusione sociale contempli analoghe disposizioni, per quanto lo si possa ritenere probabile. Si ha notizia solo (e comunque ufficiosa) del riconoscimento, per dodici mesi, dell'esonero del cento per cento dei contributi previdenziali, nel limite di ottomila euro, a favore di quei datori di lavoro privati che dovessero assumere i beneficiari della nuova misura, con contratto a tempo indeterminato o di apprendistato. Ancora – ma è notizia scarna, che non consente di sviluppare alcuna previsione circa la facilitazione o l'aggravio che ne potrebbe conseguire per la procedura –, per conseguire il beneficio economico previsto, bisognerà iscriversi presso il Siisl, il Sistema Informativo per l'Inclusione Sociale e Lavorativa (cfr. V. Conte, *Assegno di inclusione, ecco le regole per accedere al "nuovo" reddito di cittadinanza*, in *la Repubblica*, del 29 aprile 2023).

¹⁵¹ Uno dei vari sviluppi del provvedimento sostitutivo del Reddito di cittadinanza di cui la stampa ha diffuso notizia, si articolava in tre differenti interventi, diversamente denominati (cfr. V. Conte, *Reddito di cittadinanza diviso in tre: Pal, Gil e Gal*, e C. Saraceno, *Così il nuovo Reddito di cittadinanza esclude i giovani*, entrambi in *la Repubblica*, rispettivamente del 16 e del 17 aprile 2023): una misura di Garanzia per l'inclusione lavorativa (Gil), destinata ai poveri non occupabili; una (separata) misura di Garanzia per l'attivazione lavorativa (Gal), della quale avrebbero beneficiato, invece, gli occupabili; ancora una terza misura (Pal, Prestazione di accompagnamento al lavoro), di natura temporanea, che avrebbero potuto richiedere i beneficiari del Reddito di cittadinanza che, al momento della scadenza dei sette mesi di erogazione previsti per quest'anno (al 31 settembre, dunque), avessero sottoscritto un Patto per il lavoro e fossero inseriti in misure di politica attiva. È l'istituzione delle prime due misure a cui si è fatto riferimento (Gil e Gal) a destare le maggiori preoccupazioni in relazione alle considerazioni che qui si è cercato di sviluppare. La loro diversificazione, in ragione dei caratteri dei gruppi di destinatari ai quali ciascuna di esse è rivolta (non occupabili ed occupabili, a cui si è fatto cenno, *retro*, note nn. 134 e 135), induce infatti ad ipotizzare una separazione ancora più netta, corrispondentemente, tra gli interventi per l'inclusione sociale e quelli per l'attivazione lavorativa, che – come si ritiene di aver chiarito – si mostra controproducente per entrambe le finalità, oltreché in contrasto con le linee tracciate in materia dall'Unione europea. È opportuno tenere ancora ferma, al momento, questa perplessità, in quanto sembra riproporsi riguardo alla più recente versione del provvedimento: anche il distinguo tra Assegno di inclusione sociale e Strumento di attivazione si basa, infatti, sulla ripartizione dei soggetti bisognevoli tra non occupabili ed occupabili (cfr., *retro*, note nn. 134, 135).

lavoro¹⁵², già punto dolente delle precedenti misure ed attuazione avversa ad una concezione poliedrica della povertà, nonché distanziamento significativo da un carattere saliente del *Social Investment*.

Ad ogni modo, in assenza di certezze sul contenuto effettivo delle disposizioni che varranno a delineare il nuovo modello d'intervento assistenziale, non s'intende aggiungere altro in proposito. Bisognerà piuttosto sorvegliare che le criticità già balenate vengano superate nel prosieguo dell'elaborazione del provvedimento, che le osservazioni che vanno emergendo dal dibattito già avviatosi a riguardo vengano tenute nel giusto conto, che l'esperienza pregressa – in particolare delle mancanze, degli errori e delle inadeguatezze, come emerse anche dall'indagine qui condotta –, anziché segnare un inutile fallimento, valga ad orientare al meglio la prossima disciplina e ancor più la sua concreta applicazione, atteso che è su questo fronte che, in passato, si sono registrati i maggiori insuccessi.

Anche a tale scopo, dunque, sembra opportuno richiamare, per una ennesima volta, la Raccomandazione del Consiglio – ma ora a conclusione delle riflessioni fin qui svolte –, onde rimarcare l'esigenza, fortemente avvertita a livello eurounitario, che si tengano assieme – e s'intreccino – le tre linee d'intervento anch'esse più volte evocate.

«Per le persone che sono in grado di lavorare, solide reti di sicurezza sociale devono agevolare la (re)integrazione nel mercato del lavoro attraverso misure di sostegno specifiche, che associno misure attive per il mercato del lavoro, il sostegno alla ricerca di un impiego, l'istruzione e la formazione. A coloro che ne hanno bisogno, compresi coloro che non sono in grado di lavorare, tali reti garantiscono un adeguato sostegno al reddito e servizi abilitanti»¹⁵³. Le reti di sicurezza sociale così connotate (che tengono assieme, vale a dire, le dette componenti del sostegno) «non rappresentano uno strumento passivo, anzi fungono, per quanto possibile, da trampolino di lancio per l'integrazione socioeconomica e la mobilità sociale ascendente, migliorando l'inclusione e le prospettive occupazionali»¹⁵⁴.

Simili sistemi di protezione sociale forniscono spiragli di realizzazione del circolo virtuoso tra *welfare*, sviluppo pieno della persona e partecipazione effettiva del lavoratore alla vita del Paese, come ravvisabile nella nostra Carta costituzionale. E sono questi stessi ad offrire

¹⁵² Ancora il Segretario della *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*, ora rispetto al merito della nuova misura, partendo dall'assunto che “la povertà è un fenomeno complesso”, osserva che “non basta la presa in carico dal punto di vista economico. C'è il disagio abitativo, la povertà educativa, ci vuole una presa in carico complessiva” (v. Redazione ANSA, op. cit.).

¹⁵³ Per questi ultimi – i servizi abilitanti –, v. *retro*, nota n. 59 ed il relativo testo.

¹⁵⁴ Punto 15 del *Considerando* della Raccomandazione.

anche – e per la stessa via – prospettive di compatibilità tra i due ambiti ordinamentali, quello nazionale e quello sovranazionale, e prim’ancora tra i relativi modelli sociali. A essi dovrebbe pertanto ispirarsi – si ritiene – un corretto ed efficace intervento riformatore di misure di contrasto *alle povertà*.

Abstract: Con riferimento agli sviluppi più recenti, l’articolo indaga, da un lato, la dinamica degli interventi di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale promossi dall’Unione europea; dall’altro, la parallela dinamica sviluppatasi nell’ordinamento interno, al fine di verificarne la conformità con quella prima, eventuali scollamenti e quali, nel caso, ne siano i motivi ed i rischi conseguenti. La ricerca ruota attorno ad una concezione multidimensionale di povertà, non appiattita sulla sola dimensione economica, ma comprensiva di molteplici altre difficoltà che sono comunque di ostacolo al pieno sviluppo della persona.

Abstract: With regard to recent developments, the article examines, on the one hand, the dynamics of the policies promoted by the European Union to combat poverty and social exclusion and, on the other hand, the parallel dynamics that have been developed in the national legal system, in order to verify their conformity with those European Union dynamics, possible divergences and, if so, their causes and the risks they entail. The research is based on a multidimensional concept of poverty, which is not limited to the economic dimension alone, but encompasses many other difficulties that are obstacles to the full development of the person.

Parole chiave: povertà – esclusione sociale – assistenza condizionata – Social Investment – Reddito di Inclusione – Reddito di cittadinanza.

Key words: poverty – social exclusion – conditional assistance – Social Investment – Inclusion Income – Citizenship Income.

PER UN INQUADRAMENTO GENERALE DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI, TRA POLITICHE EUROPEE E PRINCIPI COSTITUZIONALI DI RIFERIMENTO *.

di Giuseppe Monaco **

Sommario. 1. La novità delle CER nella direttiva 2018/2001/UE e nelle norme interne di recepimento. – 2. *European Green deal*, politiche energetiche e approccio *integrato*. – 3. Le CER in relazione alla recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. – 4. Osservazioni finali.

589

1. La novità delle CER nella direttiva 2018/2001/UE e nelle norme interne di recepimento.

Le comunità energetiche rinnovabili (CER) sono oggi disciplinate dal d.lgs. n. 199/2021, decreto diretto ad accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, per il raggiungimento degli obiettivi di incremento della quota di energia da fonti rinnovabili al 2030, in attuazione della direttiva 2018/2001/UE, c.d. RED II. La direttiva si richiama all'art. 194 TFUE, par. 1, lett. c) – in base al quale la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili costituisce un obiettivo della politica energetica dell'Unione – e si inserisce in un pacchetto più ampio di regolamenti e direttive, il c.d. *Clean Energy for all Europeans Package* (CEP), con cui l'Unione ha rivisto complessivamente la sua politica energetica a lungo termine.

Come dichiarato nelle premesse della direttiva stessa, la promozione dell'energia rinnovabile rientra tra le misure destinate a ridurre le emissioni di gas serra e a garantire il rispetto degli impegni assunti dall'UE con la sottoscrizione degli Accordi di Parigi, adottati nel 2015 nell'ambito della Conferenza quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici. In questa prospettiva l'UE ha individuato l'obiettivo vincolante di una quota di energia da fonti rinnovabili consumata nell'Unione pari almeno al 32% entro il 2030 (art. 3, dir. 2018/2001/UE). Già la precedente direttiva 2009/28/CE, poi rifiuta nella dir.

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Milano Cattolica del Sacro Cuore.

2018/2001/UE, stabiliva come obiettivo minimo per il 2020 una quota pari almeno al 20 % di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione. Una delle peculiarità dell'Unione europea è la capacità di programmare a medio-lungo termine¹, con atti di indirizzo che fissano obiettivi generali, poi trasfusi in direttive e regolamenti e che possono essere implementati strada facendo, in virtù delle necessità e in considerazione dei risultati nel frattempo raggiunti. Da ciò l'approvazione della nuova direttiva, con obiettivi più ambiziosi e l'individuazione di nuovi strumenti per il raggiungimento degli stessi.

La direttiva 2018/2001/UE evidenzia, innanzi tutto, come lo sviluppo del mercato dell'energia da fonti rinnovabili possa avere un «impatto positivo sullo sviluppo a livello regionale e locale, sulle prospettive di esportazione, sulla coesione sociale e sulla creazione di posti di lavoro, in particolare per quanto riguarda le PMI e i produttori indipendenti di energia, tra cui gli autoconsumatori di energia rinnovabile e le comunità di energia rinnovabile» (cons. n. 63). L'UE intende quindi favorire lo sviluppo di tecnologie decentrate per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili a condizioni non discriminatorie e promuove l'autoconsumo di energia rinnovabile, nonché la formazione di comunità di energia rinnovabile.

Una CER, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, è un soggetto giuridico autonomo, che si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali e «il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari». Inoltre, tale soggetto giuridico deve essere controllato effettivamente da azionisti o membri situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione. In base all'art. 22, a tali comunità deve essere riconosciuto il diritto di produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, di scambiarla all'interno della comunità stessa, nonché di accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica, in modo non discriminatorio. Gli Stati membri hanno il dovere di promuovere tali comunità, mediante misure di sostegno di carattere normativo e amministrativo, nonché di natura finanziaria.

Una prima attuazione di carattere provvisorio è stata operata con l'art. 42-bis, d.l. n. 162/2019² (*Milleproroghe 2020*), nonché con la delibera di ARERA 318/2020/R del 4

¹ Cfr. M. Cecchetti, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020, p. 107.

² Cfr. U. Patroni Griffi, *Le comunità energetiche portuali*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. Online*, n. 1/2023, p. 3 ss.

agosto 2020 e con il d.m. 16 settembre 2020, che ha individuato la tariffa incentivante per gli impianti inseriti nelle CER. Per effetto di questo recepimento parziale è stato possibile realizzare in Italia le prime comunità, sebbene in via embrionale e in attesa che fosse approvato il decreto attuativo della direttiva. Come criticità è stata fin da subito segnalata la previsione normativa secondo cui le comunità potevano sviluppare impianti a fonti rinnovabili della potenza massima di 200 KW, peraltro collegati alla rete di distribuzione locale di bassa tensione³, caratteristiche che limitavano fortemente il ricorso a tale nuovo strumento.

Successivamente, il governo ha approvato il d.lgs. n. 199/2021, che recepisce la direttiva 2018/2001/UE, dettando agli artt. 31 e 32 una disciplina più compiuta delle comunità energetiche. In generale, il d.lgs. n. 199/2021 ha cercato, innanzi tutto, di semplificare i procedimenti autorizzativi e amministrativi già previsti dal d.lgs. n. 28/2011 per tutti gli impianti di energia da fonti rinnovabili ed è intervenuto altresì sulla disciplina concernente l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di detti impianti⁴. Con specifico riferimento alle CER, il decreto conferma innanzi tutto che una comunità energetica ha come obiettivo quello di garantire benefici ambientali, ma anche economici e sociali, e non profitti finanziari, tanto ai soci e ai membri, quanto alle comunità locali in cui la CER opera. La peculiarità della CER consiste nel fatto che sono i clienti finali che si organizzano in comunità, alla quale dunque può partecipare un qualunque consumatore, anche di famiglia a basso reddito. Nel caso delle imprese, la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non può costituire l'attività commerciale e industriale principale. Quanto al controllo di una CER, questo può essere affidato a persone fisiche, PMI,

³ Cfr. L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulianello, *Community Energy map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Milano, Franco Angeli, 2021, p. 28.

⁴ Se in base all'art. 12, d.lgs. n. 387/2003, come attuato dalle linee guida approvate con d.m. 10 settembre 2010 – alle quali la Consulta ha riconosciuto natura inderogabile e vincolante per tutte le regioni, in quanto costituenti, in settori tecnici, il completamento della normativa primaria – le Regioni sono chiamate a individuare le aree «non idonee» all'installazione di specifiche tipologie di impianti, il nuovo art. 20, d.lgs. n. 199/2021 ha introdotto importanti novità. Come riconosciuto dalla Consulta, «le regioni sono ora chiamate a individuare le aree «idonee» all'installazione degli impianti; ciò, pur sempre sulla scorta dei principi e dei criteri stabiliti con appositi decreti interministeriali, previsti dal comma 1. Inoltre, tale individuazione dovrà avvenire non in sede amministrativa, bensì “con legge”, come precisa il comma 4 (primo periodo)» (così la sentenza n. 58/2023). In argomento, cfr. A. Di Cagno, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022, p. 4 ss. Sui rapporti tra Stato e regioni, in merito alla collocazione degli impianti di energia rinnovabile, nonché sulle modalità di conciliazione della tutela del paesaggio, della biodiversità o delle tradizioni agroalimentari con le politiche di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili, si possono poi vedere alcune recenti pronunce della Corte costituzionale, in particolare le sentenze nn. 27/2023, 121/2022, 77/2022, 177/2021.

associazioni con personalità giuridica di diritto privato⁵, enti territoriali e autorità locali, incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale. L'energia autoprodotta è destinata in via prioritaria all'autoconsumo, ma può essere altresì accumulata e venduta.

Rispetto alla prima attuazione in via provvisoria, si ammettono agli incentivi impianti con una potenza maggiore (fino a 1 MW⁶) e per la quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo connesse sotto la stessa cabina primaria, quindi anche di alta tensione, così da poter soddisfare le esigenze energetiche di una comunità e non solo di alcune famiglie. Ad oggi non è stato ancora pubblicato il nuovo decreto ministeriale in attuazione dell'art. 8, d.lgs. n. 199/2021 e continua pertanto ad applicarsi il d.m. 16 settembre 2020, emanato ai sensi dell'art. 42-bis, d.l. n. 162/2019. Una bozza del nuovo decreto ministeriale – che prevede incentivi in tariffa⁷ per tutte le tecnologie rinnovabili ed altresì, per i Comuni fino a 5.000 abitanti, contributi a fondo perduto fino al 40% dell'investimento sostenuto, finanziati con i fondi del PNRR⁸ – è stata inviata all'esame della Commissione europea ed è prossima alla pubblicazione. Nel frattempo, è stata già approvata la nuova delibera di ARERA 727/2022/R del 27 dicembre 2022, che abroga la precedente, a decorrere dall'entrata in vigore del d.m. di cui sopra.

Proprio in quanto soggetto giuridico autonomo, le CER si distinguono tanto dai singoli autoconsumatori di energia rinnovabile, ossia dai clienti finali che producono energia rinnovabile per il proprio consumo e che possono a loro volta immagazzinare e vendere l'energia autoprodotta, quanto dai clienti finali che decidono di associarsi, divenendo autoconsumatori che agiscono collettivamente, secondo quanto previsto dall'art. 30 del d.lgs. n. 199/2021. In tal caso, peraltro, gli autoconsumatori devono trovarsi nel medesimo edificio o condominio.

⁵ L'inserimento delle associazioni tra i soggetti che possono esercitare poteri di controllo delle CER si deve all'art. 47, d.l. n. 13/2023, convertito nella l. n. 41/2023.

⁶ Limite che può essere derogato, per effetto di quanto previsto in diversi d.l. – nn. 17/2022, 50/2022, 144/2022 – nel caso di CER costituite da alcuni Ministeri (Difesa, Interno, Giustizia) o dalle Autorità di Sistema Portuale.

⁷ Sull'opportunità di un meccanismo incentivante "affidabile", sotto il profilo della stabilità normativa e amministrativa, cfr. G. La Rosa, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull'affidabilità del sistema di incentivazione di cui al decreto RED II*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022, p. 5 ss.

⁸ Il nucleo principale di interventi a supporto della transizione ecologica è individuato nella Missione 2 del PNRR e nella componente 2 di tale Missione sono previste le misure relative all'energia rinnovabile, incluse comunità energetiche e autoconsumo (2,2 miliardi di euro). Sul tema cfr. P.L. Petrillo e A. Zagarella, *La transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. Online*, n. 2/2022, in particolare pp. 80-81.

Le CER vanno altresì tenute distinte dalle “comunità energetiche di cittadini” (CEC), previste dalla direttiva 2019/944/UE, c.d. IEM, concernente il mercato interno dell’energia elettrica. La direttiva in questione, dopo avere ribadito che le comunità energetiche costituiscono uno strumento nelle mani dei consumatori per partecipare direttamente alla produzione, al consumo o alla condivisione dell’energia e che sono utili per incrementare l’efficienza energetica dei consumatori civili, nonché per contribuire a combattere la povertà energetica, riducendo i consumi e le tariffe di fornitura (cons. n. 43), individua le comunità energetiche dei cittadini, quali forme di cooperazione tra cittadini o attori locali, costituite come soggetti autonomi di diritto, che possono possedere, locare e gestire autonomamente reti di distribuzione e accedere a tutti i mercati dell’energia elettrica direttamente o in maniera aggregata in modo non discriminatorio (art. 16). La direttiva è stata recepita mediante il d.lgs. n. 210/2021 e l’art. 13, in particolare, detta una disciplina di tali comunità⁹.

In linea di massima, le comunità energetiche di cittadini si possono distinguere da quelle rinnovabili, perché possono esercitare attività aventi ad oggetto energia elettrica proveniente da qualsiasi fonte, non solo rinnovabile come per le CER. Inoltre, per le CER si richiede, diversamente dalle CEC, che i soggetti che le controllano effettivamente siano situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia¹⁰. Gli obiettivi di CEC e CER sono, però, comuni (garantire, come si è detto, benefici ambientali, ma anche economici e sociali, e non profitti finanziari, tanto ai soci e ai membri, quanto alla comunità locali in cui operano) e servono non solo per stimolare l’autoconsumo di energia prodotta nel territorio, ma anche a contrastare la povertà energetica e, si è osservato, a stimolare politiche territoriali, come favorire il ripopolamento di aree del paese¹¹. Entrambe le tipologie di comunità possono, in sostanza, essere qualificate come “meccanismi innovativi di autoproduzione energetica diffusa e collaborativa a cui tutti i cittadini possono

⁹ Tali comunità possono partecipare ai diversi ambiti di attività del settore elettrico, in particolare a quelli «costituiti dalla generazione, dalla distribuzione, dalla fornitura, dal consumo, dall’aggregazione, o dallo stoccaggio dell’energia elettrica ovvero dalla prestazione di servizi di efficienza energetica, di servizi di ricarica dei veicoli elettrici o di altri servizi energetici» (art. 14, c. 6, lett. c), d.lgs. n. 210/2021).

¹⁰ Per similitudini e differenze tra CER e CEC si veda M.F. Lucente, *La Comunità energetica dei cittadini*, in S. Monticelli e L. Ruggeri (a cura di), *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, ESI, 2022, p. 59 ss.

¹¹ M. Delfanti, *Le Comunità Energetiche, una mappa della partecipazione degli utenti finali alle politiche di decarbonizzazione*, in L. De Vidovich, L. Tricarico e M. Zulianello, *Community Energy map*. cit., p. 10.

partecipare”¹², assumendo il ruolo di *prosumer*, nuova figura che deriva dalla fusione di *producer* e *consumer*¹³.

2. *European Green deal*, politiche energetiche e approccio integrato.

Se da un punto di vista normativo il fondamento diretto delle CER è rappresentato dalla direttiva 2018/2001/UE, la previsione delle CER si inserisce in un più ampio panorama di politiche e principi europei, che vanno anche oltre le singole materie dell’energia e dell’ambiente.

L’Unione Europea si è impegnata a ridurre entro il 2030 le emissioni di gas serra di almeno il 55% rispetto al 1990 (art. 4, par. 1, Reg. 2021/1119/UE) come primo passo per il raggiungimento entro il 2050 dell’obiettivo più ambizioso della neutralità climatica, ossia dell’equilibrio tra emissioni e assorbimenti di tutta l’Unione dei gas a effetto serra, così da realizzare l’azzeramento delle emissioni nette entro tale data (art. 2, par. 1, Reg. 2021/1119/UE). Il citato regolamento del 2021 ha trasformato in obbligo giuridico l’obiettivo che era stato individuato nell’ambito di un più grande progetto, il c.d. *European Green deal*, un programma lanciato dalla Commissione nella comunicazione dell’11.12.2019 e di cui il Consiglio europeo ha preso atto nella riunione del 12.12.2019, approvando l’obiettivo di realizzare una Unione a impatto climatico zero entro il 2050. Il *Green deal*, che, si è detto, ha proiettato l’UE “nel ruolo di leader mondiale delle politiche ambientali e di contrasto ai cambiamenti climatici”¹⁴, si inserisce nell’ambito delle competenze europee in materia di ambiente e rappresenta la risposta dell’UE al riscaldamento globale e ai cambiamenti climatici, anche in attuazione dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile di cui alla Risoluzione adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, nella quale sono individuati ben 17 obiettivi.

Come dichiarato, però, dalla stessa Commissione, il *Green deal* costituisce un progetto più ambizioso, «una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l’Ue in una società giusta e prospera, dotata di un’economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e

¹² Così M. Giobbi, *Le comunità di energia rinnovabile*, in S. Monticelli e L. Ruggeri (a cura di), *La via italiana*, cit., pp. 37-38.

¹³ Sulla figura del *prosumer*, cfr. V. Caforio, *Il consumatore energetico*, in S. Monticelli e L. Ruggeri (a cura di), *La via italiana*, cit., p. 85 ss.

¹⁴ Così A. Molinterni, *Il Green deal europeo e le sfide per il diritto dell’ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2021, p. 5.

competitiva». L'arco temporale di riferimento è necessariamente lungo, in relazione alla complessità degli obiettivi finali: raggiungere la neutralità climatica e conseguire una crescita economica che sia dissociata dall'uso delle risorse. Si tratta, quindi, non solo di proseguire lungo la strada della riduzione di emissioni di gas a effetto serra, ma di trasformare l'economia e l'industria, procedendo verso un modello di economia sostenibile, che generi occupazione e crescita inclusiva. E se, come affermato dalla Commissione, per trasformare un settore industriale occorrono 25 anni, si rende necessario avviare rapidamente tutti i cambiamenti del caso per conseguire nel 2050 gli obiettivi di un'economia circolare e ad impatto climatico zero. Il piano, dunque, non incide solo sull'ambiente, ma sulle stesse finalità dell'Unione e, con una certa enfasi, si è sostenuto che, pur non essendo in atto alcuna revisione dei Trattati, il *Green deal* determini “una mutazione della Costituzione UE”¹⁵, con un rafforzamento del ruolo del pubblico rispetto alle dinamiche di mercato. Sicuramente il programma attesta la volontà delle Istituzioni europee di riconoscere all'Unione, nonché ai singoli Stati membri, quello che è stato definito “un ruolo di governo e di guida dei mercati, volto ad indirizzarli verso scelte produttive e commerciali coerenti con il fine dell'azzeramento del bilancio emissivo netto”¹⁶.

Nell'ambito del *Green Deal* un ruolo centrale spetta inevitabilmente al settore energetico, considerato che produzione e uso dell'energia comportano il 75% delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione e che occorre pertanto spingere nella direzione della decarbonizzazione e della diffusione di fonti rinnovabili. Politiche energetiche e politiche ambientali sono dunque strettamente correlate¹⁷ e, del resto, che l'ambiente non possa essere trattato come una materia a sé stante è ben chiaro già dalla lettura di alcune norme dei Trattati o della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si pensi all'art. 11 TFUE, secondo cui «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» e, in senso analogo, all'art. 37 CDFUE, in base al quale «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua

¹⁵ Così M. Iannella, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 24/2022, p. 174.

¹⁶ Così E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2021, pp. 418-419.

¹⁷ Sul nesso che lega “energia”, “ambiente”, “clima”, cfr. M. Clarich, (voce) *Energia*, in *Enc. dir., I tematici*, vol. III, *Le funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 441. Legame valorizzato nel nostro ordinamento, sul piano amministrativo, anche dalla scelta di accorpate ambiente ed energia sotto l'unico Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Dopo una fase in cui l'Europa ha tentato di affrontare in modo settoriale le varie problematiche ambientali che volta per volta suscitavano maggiori preoccupazioni, dal buco nell'ozono, all'emergenza rifiuti, dall'inquinamento atmosferico alla compromissione delle biodiversità, si è diffusa la consapevolezza della necessaria integrazione tra tutela dell'ambiente e le altre politiche dell'Unione, inclusa evidentemente quella energetica, affinché la politica ambientale risulti realmente efficace¹⁸.

Nella stessa direzione del *Green deal* si muove la strategia europea per lo sviluppo di un'economia circolare¹⁹. L'obiettivo di dissociare la crescita dall'uso delle risorse passa, con le parole della Commissione UE, attraverso un «modello di crescita rigenerativo che restituisca al pianeta più di quanto prenda»²⁰ e che sappia gestire in modo più razionale ed efficiente le risorse materiali ed energetiche; un modello, dunque, destinato a sostituire il modello lineare di sviluppo – secondo la logica *prendi-produci-usa-getta* – incompatibile con l'obiettivo di un'Europa neutra dal punto di vista climatico. Si tratta di un'evoluzione della *green economy*²¹ in quella che è stata definita la *blue economy*, che non guarda più all'ambiente come un costo e un limite, bensì come un “vero e proprio *driver* dello sviluppo economico e istituzionale”²² e che non riguarda soltanto la materia dei rifiuti – pur

¹⁸ Cfr. M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 7/2020, p. 98 ss.; L. Castelli, *Regioni e sviluppo sostenibile. Profili e implicazioni della (mancata) costituzionalizzazione del principio in seguito alla revisione degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2022, p. 848; M. Cecchetti, *Le politiche ambientali*, cit., p. 103, il quale evidenzia la peculiarità del regime giuridico delle politiche ambientali, alla luce della differente previsione dell'art. 11 TFUE rispetto all'art. 9 TFUE. Se per le politiche ambientali si chiede l'integrazione nelle altre politiche dell'Unione, l'art. 9 stabilisce che nella definizione delle sue politiche l'Unione deve solo «tenere conto» delle esigenze connesse con diritti fondamentali, con un elevato livello di occupazione, con la protezione sociale o la tutela della salute.

¹⁹ Si può vedere la definizione di «economia circolare» contenuta nell'art. 2 del Reg. 2020/852/UE del 18 giugno 2020, in tema di investimenti sostenibili: «un sistema economico in cui il valore dei prodotti, dei materiali e delle altre risorse nell'economia è mantenuto il più a lungo possibile, migliorandone l'uso efficiente nella produzione e nel consumo, così da ridurre l'impatto ambientale del loro uso, riducendo al minimo i rifiuti e il rilascio di sostanze pericolose in tutte le fasi del loro ciclo di vita, anche mediante l'applicazione della gerarchia dei rifiuti».

²⁰ Cfr. la comunicazione della Commissione dell'11.3.2020 sul nuovo piano d'azione per l'economia circolare.

²¹ Cfr. S. Cavaliere, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 944; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. economia*, n. 1/2019, p. 508 ss.

²² Così F. De Leonardis, *Il diritto all'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2020, p. 65.

evidentemente centrale²³ – bensì la conformazione della politica economica e industriale all’interesse ambientale.

In questa prospettiva possono assumere un ruolo significativo le comunità energetiche rinnovabili, che costituiscono uno strumento per implementare il ricorso alle fonti rinnovabili, ma altresì per contrastare efficacemente la povertà energetica e per favorire una crescita inclusiva, in coerenza con l’Agenda 2030 delle Nazioni Unite, che pone espressamente l’obiettivo di «assicurare a tutti l’accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni» (obiettivo n. 7), nonché di «incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un’occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti» (obiettivo n. 8). Uno strumento coerente, altresì, con il principio dello sviluppo sostenibile, codificato nell’art. 3 TUE, in base al quale il miglioramento della qualità dell’ambiente costituisce solo uno degli elementi caratterizzanti il principio stesso, che si affianca ad altri aspetti altrettanto necessari: crescita economica equilibrata, stabilità dei prezzi ed economia sociale di mercato.

La via europea per la transizione energetica ed ecologica, verso l’abbandono del fossile, passa anche attraverso la decentralizzazione della produzione di energia, con il coinvolgimento diretto dei cittadini e delle comunità locali nella produzione e nell’utilizzo di energia sostenibile²⁴. Peraltro, nella disciplina delle CER, l’Unione europea, e poi il legislatore interno, si sono mostrati particolarmente attenti nei confronti dei soggetti vulnerabili e l’art. 31, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021, in attuazione dell’art. 22, par. 4, lett. f), direttiva 2018/2001/UE, prevede espressamente che tutti i consumatori debbano poter partecipare alle comunità energetiche «compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili».

²³ Il passaggio dalla *green economy* alla *blue economy*, dopo due Comunicazioni della Commissione del 2014 e 2015, si è concretizzato a livello europeo con l’approvazione di un *pacchetto* costituito da quattro direttive, nn. 2018/849/UE, 2018/850/UE, 2018/851/UE, 2018/852/UE, concernenti veicoli fuori uso, pile, Raee, discariche, rifiuti, imballaggi e quindi tutte collegate alla materia dei rifiuti.

²⁴ Nel senso che uso razionale delle risorse, innovazione, partecipazione di una pluralità di attori al mercato dell’energia rappresentano gli elementi costitutivi del processo di transizione energetica, cfr. M. Giobbi, *Le comunità di energia rinnovabile*, cit., pp. 35-36.

3. Le CER in relazione alla recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost.

Le CER, oltre a costituire uno strumento per attuare politiche e principi europei, rappresentano altresì un'interessante novità nel nostro ordinamento, coerente con numerosi principi della Carta costituzionale e con le più recenti modifiche ad essa apportate dalla l. cost. n. 1/2022. In questa sede, non si può non fare un cenno a detta revisione e in particolare alla riforma dell'art. 41 Cost. Nel c. 2, accanto a «sicurezza», «libertà» e «dignità umana», quali limiti all'iniziativa economica privata, sono stati aggiunti anche «salute» e «ambiente». Il c. 3, poi, prevede ora che l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata non solo a fini sociali, ma anche ambientali. Oltre all'art. 41, come noto, la riforma ha riguardato l'art. 9 Cost., con l'inserimento di un terzo comma, secondo cui la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

Nel complesso si è ritenuto che quella realizzata costituisca una sorta di *revisione bilancio*, destinata a formalizzare una serie di trasformazioni già avvenute in via sostanziale nell'ordinamento²⁵. La tutela dell'ambiente rientrava sicuramente tra i valori costituzionali²⁶ già in considerazione della tutela del paesaggio prevista dall'art. 9, c. 2, Cost.²⁷, nonché in virtù dell'art. 32 Cost., in questo caso come diritto all'ambiente salubre²⁸

²⁵ Cfr. R. Cabazzi, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 7/2022, p. 40; L. Castelli, *Regioni e sviluppo sostenibile*, cit., p. 862.

²⁶ Cfr., tra i tanti, già A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Id., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 18-19; F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Comm. Cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, p. 444 ss.; S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 118. Di recente, in relazione alla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41, cfr. R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, p. 192 ss. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, cfr. già Corte cost., sentenza n. 617/1987, in cui la Consulta qualifica l'ambiente nei termini di «un bene primario e di un valore assoluto costituzionalmente garantito alla collettività». In tempi più recenti si può vedere Corte cost., sentenza n. 126/2016, che riassume i tentativi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale di fornire una definizione di ambiente, in assenza di indicazioni adeguate in proposito. Sul tema cfr. S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 3/2017, p. 16 ss.

²⁷ Nella sentenza n. 356/1994, ad esempio, la Consulta nell'esaminare la disciplina normativa concernente l'istituzione dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente, fa riferimento a principi in materia di protezione ambientale, che realizzano «valori espressi dagli artt. 9 e 32 della Costituzione». Già prima, si veda Corte cost., sentenza n. 210/1987, in cui ricollega la tutela dell'ambiente ai valori garantiti dagli artt. 9 e 32 Cost. In questa pronuncia, peraltro, la Corte qualifica la «salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività», qualificazione in termini di diritto cui però non ha dato seguito nella giurisprudenza successiva.

²⁸ Basti pensare a Corte cost., sentenza n. 85/2013 sul caso *Ilva*, in cui la Corte era chiamata ad operare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art.

e, ancor più, dopo l'esplicito riferimento inserito nell'art. 117 Cost. con la revisione del Titolo V. La Consulta, a seguito della riforma del 2001, e riagganciandosi ai propri precedenti nei quali appunto configurava l'ambiente come *valore* costituzionalmente protetto, ha escluso che la tutela dell'ambiente potesse essere identificata come una *materia* in senso tecnico, potendosi delineare piuttosto come materia *trasversale*, poiché si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze²⁹. Sotto questo profilo, l'inserimento esplicito della tutela dell'ambiente tra i principi costituzionali rappresenta il compimento di un percorso avviato negli anni Ottanta dalla giurisprudenza costituzionale³⁰, ma al contempo non può neppure dirsi che si tratti di una riforma inutile³¹. La revisione può rafforzare piuttosto l'interpretazione sistematica, configura un nuovo potenziale *controlimite* rispetto al diritto sovranazionale³² e costituisce un vincolo per il legislatore ordinario come per tutti i poteri dello Stato, imponendo che le decisioni di pianificazione non debbano tradursi in una lesione dell'ambiente³³. Oltretutto, la reale portata di una revisione costituzionale può essere testata solo col tempo, verificando l'attuazione della stessa in via normativa e ancor più l'interpretazione e l'applicazione ad opera della giurisprudenza costituzionale e comune.

Anche in relazione all'art. 41 Cost., se ci si ferma al c. 2, si può effettivamente riconoscere che la Corte costituzionale aveva già più volte incluso salute e ambiente nella clausola della

32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.). In questa pronuncia la Corte afferma che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». In precedenza, cfr. Corte cost., sentenza n. 641/1987, in cui si riconosce la protezione costituzionale dell'ambiente in quanto «elemento determinativo della qualità della vita».

²⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 407/2002. La collocazione costituzionale della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema non implica «un vincolo capace di imporsi in ogni caso all'autonomia delle Regioni, anche a prescindere dalla presenza di competenze regionali incise dalla disciplina statale. Il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata». Così Corte cost., sentenza n. 7/2019.

³⁰ Consacrazione ritenuta comunque opportuna, se non altro per evitare eventuali regressioni ad opera della stessa giurisprudenza e tenuto conto, in generale, che un intervento del legislatore costituzionale può sempre esercitare una pressione sul legislatore ordinario e sulla giurisprudenza capace di provocare nuovi bilanciamenti. Cfr. D. Porena, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, p. 124. In senso critico cfr. T.E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it, paper*, 23 giugno 2021, pp. 2 ss.; G. Di Plinio, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it, paper*, 1 luglio 2021, pp. 2 ss.

³¹ L'idea che si tratti di una modifica inutile finisce con lo svilire la stessa funzione di revisione costituzionale. In tal senso cfr. M. Benvenuti, *La revisione dell'art. 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Riv. AIC*, n. 2/2023, p. 67.

³² Cfr. A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2022, p. 5.

³³ Cfr. R. Bifulco, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it, paper*, 6 aprile 2022, pp. 5-6.

«utilità sociale», nell'ambito del sindacato di ragionevolezza sui limiti legislativi all'iniziativa economica³⁴. E proprio per tali ragioni sono state manifestate perplessità, sotto il profilo della chiarezza della norma, per la scelta del legislatore di esplicitare i due ulteriori limiti all'iniziativa economica, già enucleabili dalla clausola generale dell'utilità sociale³⁵. Spetterà in ogni caso alla Corte costituzionale operare un bilanciamento ogni qualvolta possa verificarsi un conflitto tra iniziativa economica e attività di impresa, da un lato, e tutela dell'ambiente e della salute, dall'altro e in quest'operazione la tutela del valore dell'ambiente, proprio per effetto del consolidamento realizzato dalla riforma costituzionale, potrebbe assumere un ruolo rafforzato³⁶, pur restando fermo quanto affermato dalla Consulta circa l'assenza di una gerarchia di valori in Costituzione³⁷. La nuova norma costituzionale è in linea, peraltro, con quanto disposto dal Reg. 2021/241/UE, istitutivo del «dispositivo di ripresa e resilienza», e in particolare con la previsione di cui all'art. 5, par. 2, secondo cui il dispositivo finanzia esclusivamente le misure che rispettano il principio di «non arrecare danno significativo», da intendere, in virtù del precedente art. 2, nel senso di «non sostenere o svolgere attività economiche che arrecano un danno significativo all'obiettivo ambientale, ai sensi, ove pertinente, dell'art. 17 del regolamento (Ue) 2020/852»³⁸.

Ancora maggiore interesse, per il tema in esame, assume la modifica del terzo comma dell'art. 41 Cost., che ora prevede la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività

³⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 127/1990, in cui afferma che il limite massimo di emissione inquinante, «non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama»; o ancora Corte cost., sentenza n. 190/2001, in tema di attività di acquacoltura, in cui la Consulta afferma che «è acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 della Costituzione, non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente». Cfr. anche Corte cost., sentenza n. 196/1998, in tema di smaltimento rifiuti, in cui dichiara che nel caso di specie «non è configurabile la lesione della libertà d'iniziativa economica, perché questa consente l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell'ambiente». Ancora nella sentenza n. 58/2018, sul caso Ilva, la Corte afferma che in virtù dell'art. 41 Cost. «rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali». In argomento cfr. R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, UTET, 2006, pp. 855-856.

³⁵ Così E. Jona, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, n. 2/2023, p. 2.

³⁶ Cfr. F. Sanchini, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della Costituzione economica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2022, p. 206.

³⁷ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 85/2013.

³⁸ Articolo che richiama, come obiettivi ambientali, la mitigazione del clima, la protezione delle acque, l'economia circolare, la riduzione dell'inquinamento, la protezione della biodiversità e degli ecosistemi.

economica a fini sociali «e ambientali». La formulazione utilizzata starebbe ad indicare che le due finalità non devono essere scisse l'una dall'altra, ma devono essere perseguite insieme dal legislatore, il quale dovrà preoccuparsi di assicurare “che la transizione ecologica verso cui deve essere indirizzato lo sviluppo dell'economia proceda di pari passo con lo sviluppo sociale, ossia con una specifica attenzione alle esigenze di giustizia, di equità nell'allocazione dei costi e di eguaglianza sostanziale”³⁹. Il c. 3 dell'art. 41 sembrava fosse stato ormai messo da parte dalla giurisprudenza. Il mercato comune europeo e la crisi fiscale degli anni Novanta avevano condotto, secondo una certa dottrina, a quella che era stata definita una vera e propria *rottura costituzionale*, con la disapplicazione dell'art. 41 Cost. e il superamento della “vecchia costituzione economica fondata sull'interventismo, sul dirigismo, sulla pianificazione dello Stato e di soggetti pubblici autonomi, nonché sulla spartizione di risorse pubbliche”⁴⁰, in favore di una nuova basata sull'economia di mercato. Un disegno di legge costituzionale di iniziativa governativa nel 2011⁴¹ aveva persino ipotizzato l'integrale sostituzione del terzo comma, con la soppressione di ogni riferimento alla possibilità di indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica, con l'intento di ridurre il più possibile ogni forma di intervento dello Stato nell'economia. La riforma realizzata ad opera della l. cost. n. 1/2022 va nella direzione opposta⁴² e il c. 3 dell'art. 41 può dunque ritrovare vigore⁴³, fornendo giustificazione ad un modello economico basato non soltanto sulla concorrenza, ma in cui recupera un suo spazio la programmazione; un modello orientato a finalità di tutela ambientale e più in generale alla sostenibilità⁴⁴, anche

³⁹ Così M. Cecchetti, *La riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, n. 2/2022, p. 353. L'Autore sottolinea la lungimiranza del principio che emerge dalla disposizione come riformata: “le politiche pubbliche cui la Costituzione affida l'implementazione in concreto del valore riconosciuto alla tutela dell'ambiente dovranno necessariamente configurarsi come *politiche della complessità*, coniugando indissolubilmente economia, ambiente e sviluppo sociale”. Ciò che è mancato alla riforma, secondo Cecchetti, è piuttosto l'assenza di una qualche specificazione di natura sostanziale ed altresì formale-procedimentale della tutela ambientale, sul modello di quanto previsto, invece, nei Trattati dell'Unione europea.

⁴⁰ Così F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 15. Sul tema cfr. R. Niro, *Art. 41*, cit., p. 860 ss.

⁴¹ Cfr. il d.d.l. cost. C. 4144 presentato il 7 marzo 2011. In senso critico rispetto al complessivo disegno di legge cfr. G. Di Gaspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 03.05.2011, p. 1 ss., sia per la formulazione proposta dal governo, sia per l'idea stessa che la mancata realizzazione di un'economia di mercato sia da attribuire all'art. 41 Cost.

⁴² Cfr. M. Benvenuti, *La revisione dell'art. 41*, cit., p. 63.

⁴³ Cfr. F. Sanchini, *La riforma costituzionale*, p. 208 ss. Nel senso che programmi e controlli a fini ambientali potevano giustificare già prima della riforma iniziative più o meno marcate di dirigismo pubblico, cfr. L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it, paper*, 23 giugno 2021, p. 6.

⁴⁴ Nel senso che la novella dell'art. 41 Cost. abbia comportato “un'implicita costituzionalizzazione del principio di sostenibilità”, cfr. A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità*, cit., p. 19.

alla luce dell'attenzione che il legislatore costituzionale ha rivolto alle generazioni future⁴⁵, il cui interesse è ora espressamente tutelato a seguito della modifica dell'art. 9 Cost.⁴⁶ La revisione dell'art. 41 Cost. è stata, peraltro, già in qualche modo valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa, che, nell'ambito delle complesse valutazioni circa il contemperamento di interessi come l'ambiente e il *favor* per la produzione di energia rinnovabile, ma anche la tutela del paesaggio, della biodiversità, del patrimonio culturale o dell'agricoltura, ha evidenziato come l'accostamento della tutela dell'ambiente all'iniziativa economica nel novellato art. 41 Cost. segni «il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva»⁴⁷.

La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. si riaggancia, quindi, alle più recenti indicazioni che provengono dall'Unione europea, sia dal punto vista dell'attenzione sempre crescente verso la tutela dell'ambiente, sia per la scelta di integrare le politiche ambientali nelle altre politiche, energetiche, industriali, dei trasporti, ecc., con l'idea dunque che l'ambiente può sì rappresentare un limite rispetto alle modalità di svolgimento di determinate attività economiche, ma al contempo può costituire un obiettivo dell'attività stessa e una risorsa per accrescere lo sviluppo.

La previsione delle comunità energetiche rinnovabili può dunque rappresentare uno strumento per indirizzare l'attività economica a fini *sociali e ambientali*, verso un modello che coniuga economia, ambiente e sviluppo sociale, in coerenza, peraltro, con i doveri di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., nonché col principio, strettamente

⁴⁵ Sul tema la letteratura è già molto vasta. Tra i tanti cfr. L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2022, p. 25 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *federalismi.it*, n. 1/2023, p. 86 ss.; A. Gratteri, *Il futuro delle generazioni e l'età per l'elettorato attivo nella revisione della Costituzione*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 3/2022, p. 1 ss. Nel senso che già prima della revisione dell'art. 9 Cost. da molteplici norme costituzionali si potesse ricavare "una straordinaria apertura al futuro del testo costituzionale italiano", tanto da poter intravedere "un principio costituzionale di responsabilità intergenerazionale", cfr. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 142. Per alcuni riferimenti normativi, sul piano della legislazione primaria statale e regionale, agli interessi delle generazioni future, cfr. R. Bifulco e A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in 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, p. XXI ss.

⁴⁶ A seguito dell'esplicito richiamo alle generazioni future, secondo una parte della dottrina, sarebbe oggi evocato in Costituzione anche il principio dello sviluppo sostenibile. Cfr. F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022, p. 4. Analogamente, cfr. A. Lamberti, *Ambiente, sostenibilità*, cit., p. 19; R. Bifulco, *Primi riflessioni*, cit., p. 8. Diversamente, L. Castelli, *Regioni e sviluppo sostenibile*, cit., pp. 877-878; G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2021, p. 467.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato Sez. VI, n. 8167/2022, che ha altresì richiamato il principio di integrazione delle tutele di cui all'art. 11 TFUE.

correlato⁴⁸, di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost.⁴⁹: la creazione di CER per produrre, scambiare, vendere energia elettrica viene infatti incentivata non solo per favorire lo sviluppo delle fonti rinnovabili, che rappresenta un principio ormai ben presente nella giurisprudenza costituzionale⁵⁰, ma anche per combattere la povertà energetica e cioè per rendere più agevole l'accesso all'energia a costi ragionevoli per soggetti a basso reddito e vulnerabili. La stessa partecipazione di imprese, peraltro solo piccole e medie, al nuovo soggetto giuridico non può costituire l'attività commerciale e industriale principale e in ogni caso la comunità non può avere come obiettivo principale quello di realizzare profitti finanziari⁵¹.

4. Osservazioni finali.

Provando a raccogliere le fila del discorso, le preoccupazioni per i cambiamenti climatici in corso hanno spinto Nazioni Unite, Unione Europea e singoli Paesi a individuare obiettivi sempre più ambiziosi per invertire la rotta e proteggere il pianeta e quindi le generazioni future. Ancora di recente l'IPCC (*Intergovernmental Panel On Climate Change*) – organismo scientifico nato nel 1988, aperto a tutti i Paesi membri delle Nazioni Unite, che si occupa di esaminare e valutare le informazioni scientifiche, tecniche e socio-economiche esistenti per la comprensione dei cambiamenti climatici – ha nuovamente prospettato,

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 500/1993, in cui afferma che la solidarietà costituisce «un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione». In argomento, cfr. E. Rossi, Art. 2, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario*, cit., p. 56 ss.

⁴⁹ Sul rapporto tra sviluppo sostenibile e principi di solidarietà e di uguaglianza, cfr. G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, n. 4/2003, p. 581 ss.; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 e ss.; D. Porena, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175 ss.

⁵⁰ La Corte costituzionale, in diverse circostanze, ha evidenziato la necessità di garantire la «massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili». Cfr., tra le più recenti, le sentenze nn. 27/2023, 221/2016, 216/2022.

⁵¹ Sembra quasi di intravedere un richiamo alle «comunità di lavoratori e di utenti» di cui all'art. 43 Cost., sebbene questa norma si riferisca a situazioni differenti, ossia il trasferimento o la riserva fin dall'inizio di imprese o categorie di imprese allo Stato, a enti pubblici o, appunto, a comunità di lavoratori o di utenti; norma che ha trovato attuazione, tra l'altro, proprio con la nazionalizzazione dell'energia elettrica realizzata nel 1962, con il trasferimento delle imprese private ad un ente pubblico appositamente costituito, mentre è rimasta inattuata per quanto concerne l'ipotesi di trasferimento di imprese a comunità di lavoratori o di utenti. Cfr. A. Lucarelli, Art. 43, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario*, cit., p. 883 ss.; F. Galgano, Art. 43, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1982, p. 193 ss.

nell'ultimo rapporto di sintesi pubblicato il 20 marzo 2023 (*Sesto Rapporto di Valutazione sui Cambiamenti Climatici – AR6*), scenari ben poco rassicuranti, evidenziando l'insufficienza dei piani finora adottati, con la richiesta di interventi immediati in numerosi settori – alimentare, energetico, nei trasporti, nell'industria, negli edifici e nell'uso del territorio – per la riduzione effettiva delle emissioni antropogeniche, che costituiscono la causa principale dei cambiamenti negativi in atto.

La strategia dell'Unione per affrontare queste problematiche è diventata sempre più complessa e a lungo termine, in coerenza con quell'approccio integrato previsto già nell'art. 11 TFUE e richiede al contempo un rafforzamento del ruolo dei pubblici poteri. Gli obiettivi del *Green deal*, come di un'economia circolare, proprio per le difficoltà di raggiungimento e per l'importanza che ricoprono, non possono essere affidati all'iniziativa spontanea degli operatori economici, ma necessitano di atti di pianificazione e di indirizzo dell'economia, di regolazione e di incentivazione di determinate attività⁵². In quest'ottica si inserisce la modifica nel nostro ordinamento dell'art. 41 Cost. e in particolare del terzo comma, norma che aveva perso gradualmente la sua rilevanza, per effetto delle spinte provenienti dall'Europa, quando ancora la realizzazione di un mercato comune, fondato sulla libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali, nonché sulla concorrenza e sulla limitazione di aiuti di Stato,⁵³ costituiva l'essenza delle politiche comunitarie. Oggi questa norma può essere rilanciata dalla revisione operata con la l. cost. n. 1/2022.

In questo panorama di principi che si vanno consolidando, a livello europeo e non solo, le CER possono dunque rappresentare uno strumento di *sviluppo sostenibile*, in cui l'accento sembra posto sull'aggettivo più che sul sostantivo, nel senso che l'obiettivo non consiste nella crescita in sé, a condizione di non compromettere l'ambiente, ma nella sostenibilità della stessa, dal punto di vista ambientale e sociale, una crescita che parte dal basso, con il coinvolgimento di cittadini e comunità locali. In questo senso le CER possono contribuire a rilanciare il concetto stesso di sviluppo sostenibile, che negli anni è andato incontro a critiche, proprio per l'incapacità di indirizzare concretamente l'economia verso la sostenibilità⁵⁴. L'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile - codificato nel nostro ordinamento con l'inserimento dell'art. 3-*quater* nel d.lgs. n. 152/2006 ad opera del

⁵² Cfr. E. Scotti, *Poteri pubblici*, cit., pp. 516-517; S. Cavaliere, *Economia circolare*, cit., p. 938.

⁵³ Sul mercato unico e i suoi strumenti, cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 34 ss.

⁵⁴ Cfr. G. Montedoro, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, p. 1 ss.

d.lgs. n. 4/2008⁵⁵ - non avrebbe cioè determinato una reale riduzione del consumo di materia, energia, territorio, nonché una limitazione degli sprechi e sarebbero inoltre aumentati gli squilibri e le diseguaglianze sociali. In sostanza, dopo le solenni proclamazioni di principio risalenti già al Congresso mondiale sull'ambiente tenutosi a Rio de Janeiro nel 1992, cui poi sono seguiti altri Congressi a livello internazionale e altre proclamazioni, i problemi, che pure erano stati ben individuati, sono rimasti tali, per la mancata adozione delle necessarie misure concrete⁵⁶. Da ciò l'esigenza di rilanciare la sostenibilità, garantendo una più adeguata conciliazione tra mercato e ambiente, in cui l'ambiente si faccia volano per la ripresa economica e per un nuovo tipo di sviluppo⁵⁷. Conciliazione che passa anche attraverso nuovi modelli organizzativi, in grado di rendere realmente partecipato il mercato dell'energia elettrica e di contrastare in modo concreto la povertà energetica⁵⁸, che, a fine 2021, secondo gli ultimi dati elaborati e messi a disposizione dall'Osservatorio italiano sulla povertà energetica (OIPE), riguardava ben 2,2 milioni di famiglie italiane (l'8,5%).

L'originalità delle CER consiste proprio in questo: lo Stato, in linea con gli accordi internazionali e le politiche dell'Unione, indirizza, promuove, riconosce incentivi, ma non si rivolge al solo mondo delle imprese, bensì coinvolge tutti i cittadini, che possono organizzarsi in comunità, così come possono farlo enti territoriali, religiosi, di ricerca e altri ancora. In ciò si palesa il nesso che lega queste comunità al principio di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, u.c., Cost., in base al quale la Repubblica favorisce la libera iniziativa dei cittadini, singoli e associati, purché sia nell'interesse generale⁵⁹; si tratta di un principio di carattere relazionale, che presuppone l'instaurarsi di rapporti tra soggetti pubblici e privati, per la realizzazione di un interesse comune a entrambi, di

⁵⁵ Sulla portata della codificazione cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 0/2010, p. 13 ss.

⁵⁶ Cfr. G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1/2020, p. 6.

⁵⁷ Ibidem, p. 10. L'Autore sottolinea come alle fasi della contrapposizione tra ambiente e sviluppo, cui è seguita quella della auspicata compatibilità, si debba ora unire quella della "possibile sinergia".

⁵⁸ Una definizione di povertà energetica intesa, «come la difficoltà ad acquistare un paniere minimo di beni e servizi energetici oppure come la condizione per cui l'accesso ai servizi energetici implica una distrazione di risorse (in termini di spesa o di reddito) superiore a quanto socialmente accettabile», si trova nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) per gli anni 2021-2030 (al par. 2.4.4), piano predisposto in attuazione del Regolamento 2018/1999/UE dai Ministeri dello Sviluppo Economico, dell'Ambiente e delle Infrastrutture e Trasporti e pubblicato il 21 gennaio 2020.

⁵⁹ Sul principio di sussidiarietà orizzontale che, proprio in relazione alla sostenibilità, impone alle istituzioni "di non essere unilaterali" e di favorire piuttosto la partecipazione attiva dal basso, si veda F. Cortese, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022, p. 7.

carattere generale⁶⁰ – come sono nel caso di specie, tanto la riduzione dei combustibili fossili, quanto la lotta alla povertà energetica - e che recupera e si riaggancia a quella “ispirazione personalista e comunitaria”, come al “policentrismo istituzionale, politico e sociale”⁶¹ presenti già nella Carta costituzionale del 1948, e *in primis* in quell’art. 2, che contempla il riconoscimento dei diritti inviolabili, ma anche dei principi del pluralismo sociale⁶² e di solidarietà economica e sociale.

Abstract: Al fine di incrementare la quota di energia da fonti rinnovabili al 2030, la dir. 2001/2018/UE – ora recepita con il d.lgs. n. 199/2021 – ha previsto un nuovo soggetto giuridico, la comunità energetica rinnovabile, il cui obiettivo è quello di fornire benefici non solo ambientali, ma anche economici o sociali a livello di comunità, ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera. Nel presente lavoro si intendono svolgere alcune considerazioni di carattere generale su questo nuovo soggetto e in particolare sulle politiche europee, nonché sui principi costituzionali che ne costituiscono il fondamento giuridico.

Abstract: In order to increase the share of energy from renewable sources to 2030, dir. 2001/2018/EU - now transposed with d.lgs. n. 199/2021 - has foreseen a new legal entity, the renewable energy community, whose objective is to provide not only environmental, but also economic or social benefits at community level, its shareholders or members or

⁶⁰ Sul tema, tra i tanti, cfr. G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 13 marzo 2003, p. 11 ss.; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2002, p. 14 ss. Sulle potenzialità del principio e i limiti, al contempo, che incontra anche in quei settori – assistenza, salute, istruzione – in cui la collaborazione tra pubblico e privato ha consentito risultati più evidenti, si veda E. Gianfrancesco, *Sussidiarietà orizzontale e Regioni: alla ricerca della prescrivibilità*, in *Amministrazione in cammino*, 20 gennaio 2018, p. 1 ss.

⁶¹ Cfr. F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid-online*, *Rassegna* 28 giugno 2007, n. 53, p. 4. Sul legame tra sussidiarietà, pluralismo sociale e principio personalista, si veda ancor prima E. Tosato, *Rapporti fra persona, società intermedie e Stato* (1982), ora in *Id.*, *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 233-234.

⁶² Si pensi alla relazione sui principii relativi ai diritti civili presentata in Prima sottocommissione dall’On. La Pira, quando con interrogativo retorico, domanda se “il sistema integrale dei diritti essenziali dell’uomo, esige o no che siano solidamente affermati tanto i diritti individuali quanto quelli sociali e quelli delle comunità?” e alle dichiarazioni effettuate dallo stesso quando venne avviata la discussione sulla relazione, nella seduta della Prima sottocommissione del 9 settembre 1946. Il termine «comunità» verrà poi sostituito con «formazioni sociali». Venne altresì proposta dall’on. Caldera, in Assemblea, nella seduta del 24 marzo 1947, l’ulteriore sostituzione del termine con “associazioni”, ma tale proposta, anche a seguito dell’intervento dell’on. Moro, venne respinta. In argomento, sulle origini dell’art. 2 e in particolare sulle posizioni degli on. La Pira, Dossetti e sull’influenza del cristianesimo sociale, cfr., tra i tanti, N. Bobbio, *Libertà fondamentali e formazioni sociali: introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, in particolare p. 445 ss.; U. De Siervo, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e Pensiero, 1980, p. 60 ss.

the local areas in which it operates. The aim of this paper is to make some general considerations on this new subject and in particular on European policies, as well as on the constitutional principles which form the legal basis for it.

Parole chiave: comunità energetiche rinnovabili – politiche ambientali – politiche energetiche – sviluppo sostenibile – iniziativa economica.

Key words: renewable energy communities – environmental policies – energy policies – sustainable development – economic initiative.

L'INVENZIONE PENITENZIARIA E LA CRISI DELLO STATO SOCIALE *.

di Gianluca Gentile **

Sommario. 1. L'invenzione penitenziaria tra realtà e utopia. – 2. L'ideale rieducativo secondo il modello revisionista. – 3. Il *Welfare State* e il diritto penale assistenziale. – 4. Il *boom* penitenziario. – 5. La dimensione del dover essere.

608

1. L'invasione penitenziaria tra realtà e utopia.

Tra le promesse non mantenute di quel progetto giuridico della modernità che affonda le sue radici nell'illuminismo giuridico c'è l'invenzione penitenziaria¹. Questa espressione indica il processo storico-culturale a seguito del quale la privazione della libertà personale diventò il baricentro dei sistemi punitivi, mentre in precedenza aveva riguardato essenzialmente i debitori insolventi o gli imputati in attesa del processo. Il carcere andò così a raccogliere l'eredità delle case di lavoro o di correzione, e cioè di quelle strutture in cui venivano internati i mendicanti, i vagabondi, i piccoli delinquenti, e in generale coloro che si erano ritrovati ai margini della società a seguito della dissoluzione del mondo feudale².

Si trattò indubbiamente di una svolta epocale nell'ambito delle pratiche del controllo sociale, essendo la pena detentiva una reazione più mite rispetto al terroristico arsenale sanzionatorio dell'*ancien régime*, che contemplava la pena di morte eseguita nei modi più

* *Sottoposto a referaggio*. Questo contributo nasce dalla partecipazione a un progetto di ricerca interdisciplinare promosso dal Cirb - Centro interuniversitario di ricerca bioetica ed è destinato a L. Chieffi (a cura di), *Salute e dignità umana in carcere. Orientamenti bioetici*, Milano-Udine, 2023. Si ringraziano l'editore e il coordinatore della ricerca per aver acconsentito ad anticipare la pubblicazione in questa sede.

** Professore Associato di Diritto penale – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

¹ Parla di promessa "mai mantenuta e neppure in futuro mantenibile", M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it*, n. 3/2013, p. 119. Come puntualizza T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, p. 21, l'invenzione va intesa nel senso di "ritrovare qualcosa che già c'era e di trasformarla in qualcosa che prima non era".

² Sul punto, M. Pavarini, *Introduzione a ...La criminologia*, Firenze, 1980, p. 18 ss.; D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, 2002, p. 21 ss. Nel testo in cui questa tesi è maggiormente sviluppata, e cioè D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1982, p. 19 ss., si accenna anche a un altro lontano progenitore del carcere, e cioè il regime penitenziario del diritto canonico (sul quale cfr. anche O. Vocca, *Il carcere. Linee di politica criminale*, Napoli, 2003, pp. 13-14).

efferati, la tortura, le pene infamanti quali la gogna e la berlina, le pene corporali quali l'amputazione di una parte del corpo o la marchiatura a fuoco³.

Tuttavia i riformatori illuministici non si proponevano soltanto di umanizzare il diritto penale, ma anche di razionalizzarlo⁴, nella convinzione che il carcere sarebbe stato lo strumento ottimale per consentire al diritto penale liberale di conseguire la prevenzione dei reati da un lato, la rieducazione del condannato dall'altro.

In questa prospettiva, Cesare Beccaria aveva osservato che la prigionia – nel suo linguaggio, la “schiavitù”⁵ – sarebbe stata preferibile ai “crudeli supplicii” sia sul piano della proporzione tra il danno sociale prodotto dal comportamento incriminato e il male inflitto con la pena, sia su quello della prevenzione dei reati, dal momento che “il freno più forte contro i delitti” non sarebbe rappresentato dal “terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato”, ma dal “lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa”⁶. Con maggiore precisione, Gaetano Filangieri elencava tutte le ragioni che lo inducevano a prediligere le pene privative della libertà personale su tutte le altre⁷: l'eguaglianza di trattamento perché, a differenza delle pene infamanti e di quelle pecuniarie, esse andrebbero a comprimere un bene che ha lo stesso valore per tutti, e cioè la libertà; la loro flessibilità, perché modificandone la durata o le modalità di esecuzione, esse potrebbero facilmente proporzionarsi al disvalore oggettivo del delitto commesso; la loro funzionalità politico-criminale, potendosi utilizzare sia come strumenti di “istruzione” (in quanto “atte a correggere il delinquente con l'esperienza dei mali che porta seco il delitto”), sia di difesa sociale; infine, la loro utilità economica, perché “privando l'uomo della sua libertà personale render lo possono strumento di alcuni beni, di alcuni comodi, di alcune intraprese necessarie, o utili alla conservazione, ed all'acquisto delle ricchezze nazionali”⁸.

³ Un inventario delle diverse tecniche punitive in E. H. Sutherland e D. R. Cressey, *Criminologia*, Milano, 1996, p. 439 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1996, p. 382 ss.

⁴ Per tutti, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, *, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 387 ss., e qui l'analisi del modo in cui si combinarono le tre ideologie dominanti del XVIII secolo, quella utilitarista, quella umanitaria e quella proporzionalistica.

⁵ A proposito dell'equivalenza tra schiavitù e pena detentiva, cfr. S. Manacorda, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in *Jus*, 2015, p. 171, con alcuni riferimenti testuali. Inoltre, lo stesso C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (ed. del 1776 a cura di G. Francioni), Milano, 1984, p. 84 e p. 109, nel celeberrimo § XXVIII confronta la “prigionia” con la pena capitale della ruota e nel § XXXIII parla di “prigione” (senza distinguere chiaramente dalla “servitù”, essendo anche la prima compatibile con il lavoro forzato) a proposito delle pene previste per i contrabbandieri.

⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 89.

⁷ Una dettagliata analisi del pensiero di Filangieri in T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., p. 52 ss.

⁸ G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Tomo IV, Napoli, 1784, p. 76 (Libro III, parte II, Capo XXXIII, sebbene per un errore di numerazione risulti XXXIV).

Un tale ordine di idee non restò confinato nella sfera della riflessione scientifica. Infatti, la riforma leopoldina del 1786 sostituì la pena di morte con quella dei pubblici lavori ritenendo quest'ultima non solo più moderata della prima, ma anche più adeguata a realizzare “la soddisfazione al privato, e al pubblico danno, la correzione del Reo figlio anch'esso della Società e dello Stato, della cui emenda non può mai disperarsi, la sicurezza nei Rei dei più gravi e atroci delitti che non restino in libertà di commetterne altri, e finalmente il pubblico esempio”⁹.

Questo entusiasmo per la pena detentiva fu ben presto accompagnato da una riflessione critica sui suoi limiti. Ad esempio Jeremy Bentham, che pure ne evidenziava i molti pregi¹⁰, non esitò a riconoscere che le conseguenze della privazione della libertà personale cambiavano a seconda dell'età, delle condizioni fisiche, lavorative e sociali del detenuto: per fare un esempio, privare di inchiostro e di carta sarebbe stato devastante per l'autore di professione e insignificante per la maggior parte degli individui¹¹.

Più in generale, i riformatori non ignoravano che le condizioni reali dei luoghi di detenzione erano in antitesi con gli ambiziosi obiettivi di ingegneria sociale che si proponevano¹².

Nel descrivere lo stato delle prigioni in Inghilterra e in Galles nella seconda metà del XVIII secolo, John Howard affermava che chi vi entrava in salute, in pochi mesi era ridotto in una condizione miserevole, se aveva la fortuna di non morire a causa delle frequenti epidemie di febbre; le condizioni igienico-sanitarie erano disastrose, anche a causa della mancanza delle fogne, del cibo, dell'acqua e persino dell'aria; nelle case di correzione, dove il lavoro era teoricamente obbligatorio, i detenuti trascorrevano le loro giornate nell'ozio e nel degrado perché non avevano gli strumenti necessari; si dormiva per terra oppure su alcuni stracci, dato che mancava persino la paglia per i giacigli; i detenuti non venivano divisi a seconda del sesso, della gravità del reato commesso, del carattere provvisorio o definitivo

⁹ Art. LI della *Riforma della legislazione criminale toscana*, 30 novembre 1786. Su questo importante provvedimento legislativo, che non sarebbe inquadrabile nella tipologia dei codici per ragioni strutturali, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. II, Milano, 2005, p. 341 ss.; ritiene invece che la riforma leopoldina sia “il primo codice penale moderno”, perché recepì molte delle istanze dell'illuminismo giuridico, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 549.

¹⁰ Sul punto, T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., p. 64 ss.

¹¹ J. Bentham, *Principles of Penal Law*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. I, Edinburgh, 1843, p. 424. Sul pensiero penalistico di Bentham, la cui ricostruzione è molto complessa a partire dalla ricostruzione delle fonti, e sulle sue preferenze in materia di sanzioni, che si modificarono nel tempo, cfr. L. Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. 1, *The Movement for Reform*, London, 1948, p. 355 ss., p. 377 ss.; T. Draper, *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, in *Journal of Bentham Studies*, 2002, p. 3 ss.

¹² T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua prospettiva storica*, Milano, 1981, p. 8 ss.

della reclusione¹³. La situazione non era certo migliore in Italia, visto che la prigione dei Piombi a Venezia era “una delle più dure” che Howard avesse mai visto¹⁴; che nella Vicaria di Napoli la larga maggioranza dei detenuti era inoperosa¹⁵; che nella Cittadella di Torino molti prigionieri erano in catene e versavano in condizioni tali da fargli esclamare: “i loro volti malsani testimoniano la scarsa attenzione che viene loro dedicata”¹⁶.

Insomma, la prigione non curava la morale¹⁷, anzi era una scuola del vizio¹⁸, se non addirittura una “dimora infernale”¹⁹. Ciò nonostante, si continuava a distinguere il piano del dover essere da quello dell’essere, sicché l’assunto secondo cui la detenzione sarebbe stata “la pena per eccellenza nelle società incivilite”²⁰, nonché la sola che si prestasse “ai tentativi diretti di emendamento morale” poteva convivere con l’esortazione a “rinunziare il più presto a quelle prigioni di cui è quasi coperta l’intera Europa”, o meglio a riformarle in profondità²¹.

2. L’ideale rieducativo secondo il modello revisionista.

Questo approccio, secondo il quale il carcere sarebbe il frutto del processo di civilizzazione e potrebbe essere migliorato a condizione che si investano le risorse umane ed economiche necessarie, è stato definito idealistico perché caratterizzato da una visione ottimistica della storia basata sulle idee di progresso e di riforma²².

A tale paradigma si contrappone il modello revisionista²³, che studia l’evoluzione dei sistemi penali in connessione con la struttura economica, analizzando le funzioni

¹³ J. Howard, *The State of the Prisons in England and Wales*, London, 1792, p. 4 ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 106.

¹⁵ *Ibidem*, p. 117. Un quadro ancora più fosco in D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 114; O. Vocca, *Il carcere*, cit., p. 26.

¹⁶ J. Howard, *The State of the Prisons*, cit., p. 123.

¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹⁸ J. Bentham, *Principles*, cit., p. 429.

¹⁹ J. P. Brissot De Warville, *Théorie des lois criminelles*, Tome Premier, Berlin, 1781, p. 164.

²⁰ P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1859, p. 447.

²¹ *Ibidem*, pp. 449-450. Sul “divario radicale” tra “il piano delle istituzioni reali e quello delle strutture giuridiche vagheggiate”, ampiamente T. Padovani, *L’utopia punitiva*, cit., p. 23 ss.

²² Cfr. S. Cohen, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Cambridge 1985, p. 15 ss. Un agile quadro di sintesi è offerto da F. Vianello, *Sociologia del carcere. Un’introduzione*, Roma, 2019, p. 16 ss. Cfr. anche E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, p. 3 ss.

²³ Ha parlato di revisionismo per distinguere questo schema dall’orientamento che legge la storia dei modelli penali come una “narrativa di riforma”, M. Ignatieff, *State, Civil Society, and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in *Crime and Justice*, 1981, p. 153 ss. (trad. it. parziale in E. Santoro, *carcere e società liberale*, cit., p. 258 ss.).

concretamente adempiute dall'istituzione penitenziaria all'interno dei diversi tipi di società che si sono storicamente susseguiti, e non (tanto) gli scopi ideologicamente attribuiti alla pena detentiva (rieducazione, retribuzione, prevenzione generale, ecc.)²⁴.

Il punto di partenza di questa prospettiva è un'intuizione di Karl Marx. A suo avviso il “processo storico di separazione del produttore dai mezzi di produzione” (c.d. fase dell'accumulazione originaria)²⁵, che diede inizio al modo di produzione capitalistico, comportò in un primo momento una feroce criminalizzazione di massa di chi fu ridotto in miseria dalla fine del feudalesimo, e successivamente lo sviluppo di una “classe operaia che per educazione, tradizione, abitudine” riconobbe “come leggi naturali e ovvie le esigenze di quel modo di produzione”²⁶.

Su queste premesse, i revisionisti sostengono che la pena detentiva sarebbe legata all'idea che la libertà ha un valore economico corrispondente al lavoro umano misurabile nel tempo²⁷: “il capitalismo industriale, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, l'economia ricardiana e il sistema della reclusione a tempo determinato sono fenomeni di una medesima epoca storica”²⁸.

Tale idea si sarebbe appunto materializzata in un'istituzione, quella carceraria, che esemplificava “l'immagine del mondo borghese del lavoro pensato fino alle estreme conseguenze”²⁹, e pertanto divenne “la pena per eccellenza nella società produttrice di merci”³⁰. Mentre le pratiche penali dell'*ancien régime* sfociavano nell'annientamento del trasgressore, il carcere avrebbe mirato a reintegrarlo all'interno del patto sociale, ad addestrarlo al lavoro e alla disciplina, a fargli accettare il suo ruolo di proletario all'interno dell'ordine sociale borghese³¹.

²⁴ Sintetizza così i “risultati irreversibili” prodotti sul piano epistemologico dall'approccio revisionista (o “materialistico”), A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, p. 193. Per un quadro di sintesi delle opere fondamentali ascrivibili a questo orientamento, G. Gentile, *Il carcere e l'idea dello scopo*, in *Legislazione penale*, n. 2/2021, p. 109 ss.

²⁵ K. Marx, *Il capitale*, vol. I, Roma, 1981, p. 778.

²⁶ *Ibidem*, p. 800, e prima un'agghiacciante carrellata sulle leggi inglesi del XVI secolo che comminavano feroci sanzioni corporali ai mendicanti, ai vagabondi e in generale a chi si rifiutava di lavorare.

²⁷ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, pp. 252-253; D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 22 ss., p. 86 ss., p. 241 ss.

²⁸ E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo* (1927), in U. Cerroni (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, pp. 230 -231.

²⁹ M. Horkheimer e T. W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Torino, 1966, p. 242. Si inquadra nello stesso contesto culturale della scuola di Francoforte l'opera di G. Rusche e O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale* (1939), Bologna, 1978, che ha dato inizio al modello revisionista.

³⁰ D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 243.

³¹ Con sfumature diverse, P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del periodo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974, p. 372 ss.; M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 238 ss.; D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 71 ss., p. 201 ss. Ma v. già la folgorante sintesi di M. Horkheimer e T.W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), cit., p. 242: “L'uomo nel penitenziario è

Ma ben presto il carcere non sarebbe stato più in grado di adempiere a questa funzione, che nella trasfigurazione ideologica dei riformatori avrebbe assunto la forma dell'ideale rieducativo³², anzi avrebbe sortito l'effetto inverso di fabbricare delinquenti, ossia di perpetuare quella criminalità che si proponeva di debellare³³.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo, il tema della riforma del carcere venne collegato a quello della sua centralità all'interno dell'apparato sanzionatorio e si aprì il dibattito sull'opportunità di rinunciare alle pene detentive di breve durata, giudicate inutili e dannose perché il detenuto non avrebbe avuto il tempo necessario per intraprendere un percorso rieducativo, anzi sarebbe stato esposto agli effetti desocializzanti della reclusione³⁴.

A ben vedere, era un caposaldo del pensiero illuminista che stava andando in crisi, in particolare l'idea che il "calcolo utilitario" basato sugli elementi oggettivi del reato fosse "l'unica via per giungere all'eguaglianza"³⁵.

Anche questo processo storico è stato ricollegato ai mutamenti dell'assetto socio-economico. L'enfasi sull'uguaglianza avrebbe accompagnato quella fase del capitalismo emergente in cui si prometteva il benessere a tutti coloro che si fossero impegnati per meritarselo, a prescindere dalla loro classe sociale di provenienza. Successivamente, la constatazione che l'accumulazione delle ricchezze dei pochi si accompagnava alla miseria di molti e che il consolidarsi delle nuove istituzioni democratiche non era stato accompagnato da una riduzione della criminalità avrebbe determinato l'affermazione di una nuova ideologia che avrebbe spostato il fulcro del diritto penale dal fatto di reato ai fattori che indurrebbero l'autore a delinquere, cercando di "giustificare *scientificamente* le disuguaglianze *sociali* come necessarie diversità *naturali*"³⁶.

Tale ideologia, che effettivamente insisteva sull'eziologia bio-antropologica della criminalità, ma che a dire il vero ebbe anche un'anima progressista e non trascurò

l'immagine virtuale del tipo borghese che egli deve sforzarsi di diventare nella realtà". Altri riferimenti in E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit., p. 14 ss.

³² D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., p. 239. Cfr. Z. Bauman, *Oltre la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001, p. 120 ss. Per una lettura della nascita del carcere che tiene conto sia della dimensione ideologico-culturale sia del contesto socio-economico, M. Ignatieff, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese (1750-1850)*, Milano, 1982, p. 231 ss.

³³ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 292 e p. 298.

³⁴ T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., p. 44 ss.

³⁵ F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970, pp. 126-127.

³⁶ M. Pavarini, *Introduzione a...La Criminologia*, cit., p. 23. Cfr. F. P. Williams III e M.D. McShane, *Devianza e criminalità*, Bologna, 2002, p. 38. Che la riflessione penalistica ottocentesca assuma "l'assetto sociale come un dato permanente e immutabile, come un punto di partenza, e non come l'oggetto di una riforma (o di una rivoluzione)", è sottolineato da T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., p. 64.

l'influenza criminogena del contesto sociale³⁷, è il positivismo criminologico³⁸.

Il principio di proporzione postulato da Beccaria, che lo aveva portato a vagheggiare una “scala esatta ed universale delle pene e dei delitti”³⁹, veniva così rimpiazzato dalla classificazione dei delinquenti e dall'idea della pena flessibile, a seconda dei casi finalizzata alla neutralizzazione (per gli irrecuperabili), all'intimidazione (per i delinquenti occasionali) e alla risocializzazione (per gli altri)⁴⁰.

3. Il Welfare State e il diritto penale assistenziale.

A prescindere dai caduchi presupposti deterministici del positivismo criminologico, il principio della pena flessibile e individualizzata si affermò non solo in Europa, ma anche negli Stati Uniti⁴¹, dove a partire dall'ultimo decennio del XIX secolo si inaugurò un indirizzo politico-culturale che è stato denominato “penale assistenziale”. Esso si concretizzò in una rete di istituti giuridici e di pratiche quali la pena indeterminata seguita dalla possibilità di concedere la liberazione anticipata (*parole*), la messa alla prova in sostituzione del carcere (*probation*), il trattamento individualizzato fondato sul giudizio e sulla classificazione di esperti delle scienze mediche e sociali, l'esistenza di una pluralità di regimi di custodia alternativi alla pena detentiva tradizionale⁴².

L'assistenzialismo penale costituiva un elemento del *Welfare State*⁴³, di quel sistema di governo che si assume il compito di promuovere la sicurezza e il benessere sociale ed economico dei cittadini attraverso una serie di servizi e interventi quali l'assistenza

³⁷ Lo ammette lo stesso M. Pavarini, *Introduzione a...La Criminologia*, cit., p. 29 ss. Cfr. per tutti M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo II, Milano, 2007, p. 828 ss.

³⁸ Per un'analisi di questo indirizzo, nell'ambito di una bibliografia sterminata, cfr. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 210 ss.; D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., p. 53 ss.; F. Sclafani, *Teorie e attualità in Criminologia. Il caso Russia*, Bologna, 1998, p. 4 ss.

³⁹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 42.

⁴⁰ È la celebre impostazione di F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, p. 53 ss.

⁴¹ Cfr. E. H. Sutherland e D.R. Cressey, *Criminologia*, cit., p. 517; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 257. Ampiamente e M. Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento*, Milano, 2013, p. 71 ss.

⁴² Sul punto, D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, p. 104 ss. Le premesse storiche di questo modello sono ricostruite, con riferimento all'esperienza britannica, in D. Garland, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, 1985, p. 73 ss. Per un'analisi dettagliata degli istituti menzionati nel testo, E.H. Sutherland e D.R. Cressey, *Criminologia*, cit., p. 512 ss., p. 713 ss.

⁴³ Esplicitamente, D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 118 ss.

sanitaria, la previdenza sociale, la redistribuzione del reddito, le politiche keynesiane di sostegno alla domanda aggregata, ecc.⁴⁴.

Da un certo punto di vista questo diritto penale assistenziale era un “figlio legittimo del pensiero illuminista”⁴⁵, perché ne condivideva la fiducia nella possibilità di correggere l’essere umano e di sconfiggere la criminalità attraverso la creazione di una società più equa⁴⁶. Da un altro, però, il principio della pena individualizzata confliggeva con le istanze della proporzione tra reato e pena e dell’uguaglianza che erano state care ai riformatori settecenteschi⁴⁷.

Il paradigma assistenziale fu per lungo tempo culturalmente dominante nell’area anglo-americana, essendo sostenuto dalla crescita economica, dalla riduzione della disoccupazione e dal miglioramento delle condizioni di vita della classe operaia. Anche quando i dati sull’incremento dei reati commessi e sui tassi di recidiva dei soggetti sottoposti al trattamento sembravano smentire l’efficacia delle misure intraprese, le ragioni dell’insuccesso erano individuate nell’insufficiente implementazione del modello correzionalista, non nella sua invalidità teorica⁴⁸.

A partire dagli anni ’70 del secolo scorso, in concomitanza con la recessione economica avviata dalla crisi petrolifera, l’ideale rieducativo cominciò ad andare in crisi. Negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, la critica al correzionalismo trovò concordi “la sinistra, la destra e il centro, i *liberal*, i radicali e i conservatori”⁴⁹, perché da un lato si denunciavano il sistema delle pene indeterminate e gli eccessi di una discrezionalità giudiziale reputata discriminatoria e classista, dall’altro si invocava il recupero della funzione deterrente della sanzione penale⁵⁰. Nel frattempo si affermavano proposte politiche di stampo conservatore e neoliberista che, in sostituzione di un *Welfare State* ritenuto inefficace e inutile

⁴⁴ Osserva D. Garland, *Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, 2016, p. 4, che il concetto idealtipico di *Welfare State*, oltre ad assumere concretizzazioni diverse a seconda del contesto di riferimento, “si riferisce solo a una specifica modalità di governo e a uno specifico settore dell’attività governativa”, in altri termini “è una dimensione di uno Stato molto più ampio che persegue altri fini, svolge altre funzioni e sostiene altre forme di spesa”.

⁴⁵ D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 112.

⁴⁶ Nel senso che il *Welfare State* si proponeva di conciliare la razionalità economica con quella politico-sociale, M. Pavarini, *Introduzione a...La Criminologia*, cit., p. 57.

⁴⁷ D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 113. Cfr. T. Padovani, *L’utopia punitiva*, cit., p. 17 ss., p. 29 ss., a proposito della classificazione oggettiva dei detenuti propugnata dai riformatori illuministi e l’idea del trattamento individualizzato che sorge sul finire del XIX secolo.

⁴⁸ D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 124 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁰ Cfr. L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2010, p. 62 ss., la quale ridimensiona l’accusa mossa ai teorici progressisti di aver favorito con le loro critiche radicali lo smantellamento del modello trattamentale.

dispendioso, promossero un drastico taglio delle tasse, la deregolamentazione del mercato del lavoro e la privatizzazione dei servizi precedentemente gestiti dall'apparato pubblico. Lo scetticismo verso l'ideale rieducativo si diffuse anche in Europa, specie in quei paesi, come quelli scandinavi o la Repubblica federale tedesca, che l'avevano accolto con maggiore decisione⁵¹. Anche in questo caso, le impostazioni di matrice liberal-conservatrice, che insistevano sui costi economici della risocializzazione e sull'eccesso di discrezionalità giudiziaria, si unirono alle istanze di sinistra che opponevano il valore della dignità umana alla pretesa correzionalista di modificare la personalità del detenuto piuttosto che la società⁵².

Il caso dell'Italia merita un'attenzione particolare. Il principio del finalismo rieducativo della pena proclamato dall'art. 27, c. 3, Cost., si è tradotto normativamente nell'approccio correzionalistico con l'ordinamento penitenziario del 1975 (forse "l'unica vera grande riforma di attuazione costituzionale dell'era repubblicana"⁵³), che introdusse l'equazione tra rieducazione e reinserimento sociale, individuò nel trattamento individualizzato lo strumento per raggiungere un tale obiettivo e attribuì alla magistratura di sorveglianza la facoltà di modificare la quantità e la qualità della pena inflitta in sede di cognizione⁵⁴.

L'evoluzione delle pratiche sanzionatorie che caratterizza l'esperienza italiana non corrisponde a quella dei paesi a capitalismo avanzato esaminati in precedenza⁵⁵, sia perché le soluzioni adottate nel 1975 furono meno radicali rispetto al paradigma anglo-americano, sia perché la riforma penitenziaria si collocava in un contesto di recessione economica. La valorizzazione dell'ideale rieducativo che si ebbe in quegli anni è stata ricondotta piuttosto a un clima politico-culturale favorito dal dibattito pubblico suscitato dalle rivolte dei carcerati⁵⁶, dal maggior coinvolgimento delle forze progressiste nell'attività di governo e

⁵¹ Ne danno conto E. Dolcini, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà* (1979), in G. Marinucci, E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 166 ss.; V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 1999, p. 182 ss.

⁵² Di "alleanze non sane" parla K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, p. 15.

⁵³ F. Palazzo, *La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, p. 6.

⁵⁴ Per una descrizione complessiva dell'impianto dell'ordinamento penitenziario del 1975 nella sua versione originaria, si vedano per tutti E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 143 ss.; O. Vocca, *Il carcere*, cit., p. 95 ss.

⁵⁵ Cfr. M. Pavarini, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario». *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. Rusche e O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., pp. 347-348; F. Bricola, *Crisi del welfare state e sistema punitivo* (1982), in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I-II, Milano, 1997, p. 1427 ss.

⁵⁶ Sottolineano come, a seguito delle rivolte del 1968, la questione del carcere non fu più monopolio degli esperti, E. Fassone, *La pena detentiva*, cit., 98 ss.; O. Vocca, *Il carcere*, cit., p. 96 ss.

dall'impegno di una parte della dottrina apertamente schierata a sinistra⁵⁷.

L'emergenza terroristica determinò rapidamente un arresto dell'afflato riformistico e l'affermarsi di politiche repressive esemplificate dalla figura del carcere di massima sicurezza. Tuttavia i tassi di incarcerazione⁵⁸, e cioè il numero delle persone detenute ogni anno in rapporto a centomila abitanti, continuavano a calare, tant'è nel 1978 le presenze in carcere a fine anno si attestarono sulle 26.424 persone (tasso di incarcerazione di 46,98 detenuti per 100.000 abitanti), un numero più che dimezzato rispetto a quello censito nel 1948 (68.668 persone detenute, per un tasso pari a 147,51), l'anno di entrata in vigore della Costituzione repubblicana⁵⁹.

Questo fenomeno apparentemente contraddittorio, che si protrasse per tutti gli anni '80 del secolo scorso (nel 1990 si registrarono 26.150 presenze, per un tasso pari a 45,28), fu inteso come il prodotto di una consapevole strategia di controllo sociale, che da un lato si affidava alla depenalizzazione, alle misure alternative alla detenzione e alle sanzioni sostitutive (ma anche a un utilizzo spregiudicato della carcerazione preventiva), dall'altro spogliava il carcere di ogni velleità rieducativa, destinando al regime della massima sicurezza i soggetti più pericolosi, o meglio gli esclusi dal nuovo patto sociale delle società tardo-capitaliste⁶⁰.

4. Il boom penitenziario.

Il nuovo millennio ha portato con sé un vertiginoso incremento a livello mondiale sia del numero dei detenuti sia dei tassi di incarcerazione⁶¹. Se nel 2000 si stimava che le persone private della libertà in tutto il mondo fossero 8.664.300, nel 2021 tale numero è salito a 10.771.204, con un incremento pari al 24.3% (ma in tutte le Americhe si è avuta una

⁵⁷ G. Fiandaca, Art. 27, 3° comma, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 1991, p. 242 ss.

⁵⁸ Sui limiti di questo indice, che tuttavia sarebbe quello scientificamente più attendibile, cfr. M. Cavadino, J. Dignam, *Penal Systems. A Comparative Approach*, Los Angeles, 2006, p. 5.

⁵⁹ Un'approfondita analisi delle statistiche fino al 1994 è proposta da M. Pavarini, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Torino, 1997, p. 987 ss. Aveva desunto dalla diminuzione del numero dei detenuti la "progressiva obsolescenza della pena detentiva", L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 412.

⁶⁰ M. Pavarini, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario», cit., p. 355 ss.; M. Pavarini, *Introduzione a...La criminologia*, cit., p. 67 ss.; A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 196 ss.; A. Baratta, *Prefazione*, in S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, p. XXII.

⁶¹ Ne danno conto L. Re, *Carcere e globalizzazione*, cit., p. 3 ss., p. 97 ss.; M. Pavarini, *Governare la penalità*, cit., p. 24 ss., p. 65 ss., e qui numerose tabelle esplicative.

crescita del 43.5%, mentre in Europa si è registrato un calo del 27%). Considerando che secondo le ultime rilevazioni il tasso di incarcerazione mondiale è di 140 detenuti su 100.000 abitanti, l'Europa occidentale si colloca al di sotto di questa media⁶², mentre gli Stati Uniti raggiungono il poco invidiabile primato di 629, cui corrispondono 2.068.800 detenuti (nel 1980 il tasso era di 220 e i detenuti erano 503.586)⁶³.

Venendo all'Italia, si è passati dai 26.150 detenuti del 1990 (tasso del 45, 28) ai 67.961 del 2010 (tasso del 112), per poi scendere ai 56.196 del 2022 (tasso del 96). Di questi, il 27.8% dei detenuti è in attesa di sentenza definitiva, mentre il 31.5% dei detenuti è composto da stranieri. Per inciso, la capacità ufficiale del sistema penitenziario italiano è di 51.328 unità, e quindi nel 2022 il tasso di sovraffollamento è stato del 109,5%⁶⁴. Si osservi infine che il numero dei reati denunciati nel 1990 (2.501.640) è lievemente inferiore a quello degli ultimi anni (2.104.114 nel 2021)⁶⁵.

Alcuni dei modelli esplicativi di questa dinamica prendono le mosse dal caso statunitense⁶⁶, che sarebbe la rappresentazione esasperata di tensioni che attraversano anche altre società capitaliste⁶⁷.

Secondo David Garland, i cambiamenti socio-economici da lui ricondotti alla categoria della tarda modernità (la crisi economica, l'insoddisfazione nei confronti delle prestazioni dello stato sociale, l'insicurezza sociale dovuta alla precarizzazione del lavoro, l'instabilità dell'istituzione familiare, la spersonalizzazione dei rapporti sociali) avrebbero contribuito all'innalzamento dei tassi di criminalità e alla conseguente formazione di una visione del mondo ("il complesso del crimine") basata sulla paura, la rabbia, il risentimento, l'emotività, la sfiducia nei confronti dello Stato, l'identificazione nelle vittime piuttosto che nel reo⁶⁸.

⁶² Belgio: 93; Francia: 119; Germania: 70; Paesi Bassi: 60; Spagna: 113; Portogallo: 113; Inghilterra: 131; Norvegia: 56; Svezia: 73; Scozia: 137.

⁶³ Per le statistiche riportate nel testo, si fa riferimento alla tredicesima edizione del *World Prison Population List*, in <https://www.prisonstudies.org/>

⁶⁴ Questi dati sono tratti da <https://www.prisonstudies.org/country/italy>.

⁶⁵ La fonte è dati.istat.it. Bisogna tener conto delle misure di contenimento adottate nel 2020 e nel 2021 a seguito della pandemia da COVID-19, che hanno ridotto per diversi mesi la circolazione delle persone (nel 2017 i reati denunciati ammontavano a 2.429.795; nel 2018 a 2.371.806; nel 2019 a 2.301.912).

⁶⁶ Esiste però un filone di studi che rifugge dalle spiegazioni generali: cfr. per tutti M. Tonry, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*, in *Criminalia*, 2010, p. 91 ss.

⁶⁷ Cfr. D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., pp. 65-66; importanti puntualizzazioni in D. Garland, *Beyond the Culture of Control*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2004, p. 178 ss. Cfr. anche L. Wacquant, *Neoliberal penalty at work: a response to my Spanish critics*, in *Revista Española de Sociología*, 2011, p. 115; Z. Bauman, *Oltre la globalizzazione*, cit., p. 126 ss.

⁶⁸ D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 275 ss.

Su tale complesso del crimine si sarebbero radicate politiche governative ambivalenti che avrebbero comportato, in assenza di un disegno prestabilito, un cambiamento delle coordinate culturali del problema penale⁶⁹. Questa nuova cultura del controllo, antitetica a quella dell'assistenzialismo penale, avrebbe rinunciato a recuperare il criminale per interessarsi alla tutela delle vittime, alle conseguenze del reato e alle strategie per prevenirlo: in questa prospettiva, la “rieducazione è ormai considerata una strategia di riduzione del rischio, non più una delle misure erogate dal *welfare state*”⁷⁰. Di conseguenza, il carcere non sarebbe più l'*extrema ratio*, ma avrebbe assunto la funzione di “nascondere dietro le quinte della vita sociale» quelle fasce deboli che sono state “rigettate dalle istituzioni – a loro volta in crisi – quali la famiglia, il lavoro, il *welfare*”⁷¹.

Questo schema interpretativo non ha soddisfatto Loïc Wacquant, secondo il quale la cultura del controllo non consentirebbe di spiegare adeguatamente la rapida affermazione e le caratteristiche strutturali di quello che egli definisce Stato penale⁷², e cioè quell'organizzazione politica nella quale le politiche sociali e quelle penali “cooperano nel normalizzare, sorvegliare e/o neutralizzare le frazioni indigenti e moleste del proletariato postindustriale”⁷³.

A differenza di Garland, secondo il quale il ridimensionamento del *Welfare State* e la cultura del controllo sarebbero due risposte parallele ed indipendenti alle questioni sollevate dalla tarda modernità⁷⁴, Wacquant argomenta che la dismissione dello *stato balia* costruito intorno al patto sociale fordista-keynesiano sarebbe avvenuta attraverso due linee strategiche interconnesse, per un verso il potenziamento dell'apparato repressivo, per un altro il riassetto delle politiche sociali secondo una logica punitiva ed escludente che distingue i poveri meritevoli da quelli non meritevoli: come nel XVII secolo l'assistenza ai bisognosi e le case di lavoro sarebbero state accomunate dall'obiettivo di inculcare i nuovi valori della nascente società borghese⁷⁵, così nel XXI secolo il carcere e il drastico taglio

⁶⁹ D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 289 ss.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 291.

⁷¹ *Ibidem*, p. 294.

⁷² L. Wacquant, *La disciplina produttiva: fisionomia essenziale dello stato neoliberale*, in *aut aut*, n. 346/2010, p. 38, trad. it. dell'ultimo capitolo di L. Wacquant, *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham and London, 2009, p. 304.

⁷³ L. Wacquant, *La disciplina produttiva*, cit., p. 14.

⁷⁴ Per questa lettura di Garland, cfr. L. Wacquant, *Punishing the Poor*, cit., p. 19. Cfr. D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 199, p. 288, pp. 316-318.

⁷⁵ Cfr. § 2.

delle c.d. spese sociali improduttive si affiancherebbero in un più ampio progetto di regolamentazione della povertà⁷⁶.

Pertanto, l'inasprimento della penalità e lo smantellamento del *Welfare State* sarebbero due facce della stessa medaglia⁷⁷, essendo entrambi la conseguenza della ristrutturazione dello Stato in senso neoliberale⁷⁸. Ciò risponderebbe a una consapevole strategia politica delle classi dominanti, che per un verso impone alla classe medio-bassa le condizioni del lavoro precario e sottopagato, per un altro criminalizza la povertà per attribuire alle fasce più fragili la responsabilità “del disordine sociale e morale propagatosi nelle città”⁷⁹. Per dirla con Zygmunt Bauman, lo Stato offre l'ordine nelle strade al posto della sicurezza sociale⁸⁰. Tra i rilievi critici mossi a Wacquant c'è quello di “iperdeterminismo strutturale”, ossia di aver stabilito una connessione stringente tra l'assetto neoliberale e l'espansione della repressione penale che non si riscontrerebbe in tutti i paesi capitalistici⁸¹.

Più prudentemente, altri studiosi hanno rimarcato che “né l'economia, né la cultura, né l'ideologia sono i determinanti fondamentali della realtà sociale”, perché sarebbe l'insieme di questi fattori a condizionare le pratiche penali e a venirne a sua volta influenzato⁸². Si dovrebbe pertanto considerare l'interazione reciproca tra le variabili politico-economiche e l'approccio culturale ai problemi della criminalità che diventa egemonico in un determinato momento storico. Andrebbe anche valorizzato il contesto di organizzazione politico-burocratico in cui si prendono le decisioni e si vagliano le domande di punizione provenienti dalla collettività. Infatti, i sistemi elettorali proporzionali porterebbero alla formazione di governi di coalizione nei quali le decisioni dipendono da complesse mediazioni tra le forze politiche piuttosto che dal consenso popolare, mentre quelli maggioritari favorirebbero una contrapposizione più aspra delle forze politiche e la propensione a fornire risposte immediate all'elettore e alla sua eventuale richiesta di sicurezza. Inoltre, l'impatto delle credenze egemoniche e delle domande di sicurezza sarà minore laddove esiste un forte apparato burocratico slegato dal potere politico (ad esempio, una magistratura non elettiva).

⁷⁶ L. Wacquant, *La disciplina produttiva*, cit., p. 17 ss.; L. Wacquant, *Neoliberal penalty at work*, cit., p. 117.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 36 e 39.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 32. Cfr. L. Wacquant, *Neoliberal penalty at work*, cit., p. 118.

⁸⁰ Z. Bauman, *Oltre la globalizzazione*, cit., p. 129 ss.

⁸¹ M. Gelardi, *Dominio dei corpi, stato penale e dominio sulla cittadinanza. Riflessioni sul dibattito*, in *aut aut*, 346/2010, p. 140 ss., a conclusione di una serie di interventi sulle tesi di Wacquant ai quali si rinvia.

⁸² M. Cavadino e J. Dignam, *Penal Systems*, cit., p. 12 ss. Su questo approccio, M. Pavarini, *Governare la penalità*, cit., p. 39 ss., p. 70 ss.

Sulla scorta di queste coordinate, si è osservato che in Italia la fase della decarcerizzazione (1947-1990) corrisponde sostanzialmente alla c.d. prima Repubblica, quell'esperienza politica caratterizzata da un sistema elettorale proporzionale, da governi di coalizione deboli, ma allo stesso tempo dalla condivisione di alcuni valori di fondo da parte delle forze politiche⁸³. La contrapposizione che, a partire dal 1994, caratterizza la seconda Repubblica è stata invece accompagnata da un panico securitario che ha posto il problema penale al centro del dibattito pubblico, del quale una politica sempre più polarizzata si è fatta (malamente) interpretare⁸⁴.

5. La dimensione del dover essere.

In tutto questo, c'è anche la dimensione del dover essere⁸⁵. A detta di alcuni, il *boom* penitenziario statunitense sarebbe stato favorito anche da una Costituzione scarsamente garantista, che avrebbe consentito a un sistema politico iper-maggioritario di creare un sistema penale caratterizzato non solo dagli elevati tassi di incarcerazione che conosciamo, ma anche dalla pena di morte, dall'ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato, dall'imputabilità minorile fissata a 10 oppure a 12 anni, dai giudici elettivi, dalle severissime leggi contro i recidivi, e così via⁸⁶.

Non va quindi sottovalutata l'importanza di un contesto ordinamentale come il nostro, nel quale il principio rieducativo (art. 27, c. 3, Cost.) si sposa con il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'uguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.)⁸⁷; le carceri rientrano in quelle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo (art. 2 Cost.)⁸⁸; è punita ogni forma di violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13, c. 4, Cost.)⁸⁹; le

⁸³ Basti ricordare che l'art. 27 comma 3, Cost. rappresentò la sintesi "tra il solidarismo personalistico cristiano e il solidarismo sociale marxista": così, F. Palazzo, *La rieducazione*, cit., p. 5.

⁸⁴ M. Pavarini, *Governare la penality*, cit., p. 39 ss., p. 56 ss.

⁸⁵ Sulla quale insiste giustamente S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. 205 ss.

⁸⁶ M. Tonry, *Alle radici*, cit., p. 110 ss.

⁸⁷ Per tutti, E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, pp. 175-176.

⁸⁸ Da ultimo, F. Malzani, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino, 2022, p. 1 ss.

⁸⁹ Si tratta dell'unico obbligo esplicito di incriminazione presente nel testo costituzionale, suggerito dalla "consapevolezza degli arbitri e delle violenze che, soprattutto da parte della polizia, erano stati perpetrati sotto il regime fascista": così, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Milano, 2001, p. 504, e di seguito l'analisi del valore giuridico di tale obbligo.

pene non possono essere contrarie al sentimento di umanità (art. 27, c. 3, Cost.)⁹⁰.

Anche se i “principi costituzionali sulla pena non sono verità rivelate”⁹¹, essendo il concetto di rieducazione suscettibile di letture più o meno pregnanti⁹², una plausibile interpretazione del quadro costituzionale porta a una drastica riduzione dell’universo carcerario⁹³, se non addirittura alla sua abolizione⁹⁴, perché si tratterebbe di un’istituzione strutturalmente incompatibile con l’obiettivo dell’inclusione sociale sotteso allo Stato sociale di diritto.

A dire il vero, i Costituenti non furono di questo avviso perché il dibattito parlamentare fu essenzialmente dominato dal timore, espresso soprattutto dai penalisti di orientamento moderato (Girolamo Bellavista, Giuseppe Bettiol, Giovanni Leone, Aldo Moro), che il principio rieducativo rappresentasse una concessione al positivismo criminologico⁹⁵.

A questa posizione, che insisteva sulle finalità (ideologicamente, direbbero i revisionisti) attribuite alla pena, non seppe contrapporsi un’articolata proposta riformista in grado di aprire un varco sui problemi concreti dell’esecuzione penale. A parte un provocatorio emendamento dal chiaro sapore positivista (“Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo e educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato”)⁹⁶, ci si limitò ad osservare che “la pena, di per se stessa, non può tendere alla rieducazione, ma è l’ambiente in cui la pena si sconta che può rieducare il condannato”, e che quindi il principio rieducativo avrebbe dovuto essere formulato in questo modo: “L’ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale di rieducazione del condannato. Nessun trattamento può essere contrario al senso di umanità”⁹⁷.

Più radicale era stata la proposta di porre un limite massimo di quindici anni alle pene restrittive della libertà personale, perché superato questo limite esse sarebbero state “fonte

⁹⁰ Cfr. F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 92 ss.

⁹¹ E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 28.

⁹² Per una rassegna delle opinioni in materia, G. Gentile, *Il carcere e l’idea dello scopo*, cit., p. 116 ss.

⁹³ Cfr. ad es. S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., p. 218 ss.; E. Dolcini, *La pena nell’ordinamento italiano, tra prevenzione e repressione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 408.

⁹⁴ Così, M. Pavarini, *Corso di Istituzioni di diritto penale*, cit., p. 31 ss., p. 40 ss.

⁹⁵ Sul punto, P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954, p. 184 ss.; G. Neppi Modona, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, 1976, p. 326; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia*, cit., p. 74; G. Fiandaca, *Art. 27, 3° comma*, cit., pp. 226-227.

⁹⁶ L’emendamento decadde perché l’on. Persico che lo aveva proposto non si presentò alla seduta del 15 aprile 1947: cfr. *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. III, Roma, 1947, p. 2878.

⁹⁷ Così la proposta dell’on. Maffi, come modificata dall’on. Pertini (*Atti dell’Assemblea costituente*, vol. III, cit., p. 2883-2884, seduta del 15 aprile 1947).

di abbruttimento progressivo”⁹⁸. Ma a questa proposta Aldo Moro obiettava che la rieducazione del reo “si compie attraverso la detenzione”, e che non poteva essere la Costituzione a determinare “fino a che punto la pena debba punire allo scopo di emendare”⁹⁹.

Eppure non sfuggiva a nessuno dei Costituenti la triste realtà del carcere, spesso per averla sperimentata in prima persona¹⁰⁰, tant’è che lo stesso Bettiol aveva affermato tra gli applausi dell’Assemblea: “*Sunt lacrymae rerum*. È veramente il pianto delle cose se si pensa alla situazione dei nostri stabilimenti carcerari, in cui, in condizioni inumane, trova esecuzione la pena”¹⁰¹.

Forse l’essere contava di più del dover essere, visto che a Bellavista suonava ironico sentir parlare di rieducazione del condannato “allo stato della nostra miseria carceraria”¹⁰². Oppure si pensava di trasformare l’essere trovando “qualche miliardo per costruire case di pena più decenti, più umane”¹⁰³, come affermava Giovanni Leone mentre si lanciava in una lode del *Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena* del 18 giugno 1931, sebbene si trattasse di un provvedimento impregnato dei tratti autoritari del regime che lo aveva emanato¹⁰⁴. Del resto lo stesso Aldo Moro, che da Presidente del Consiglio si era speso molto per l’approvazione dell’Ordinamento penitenziario, spiegava ai suoi studenti dell’anno accademico 1975/1976 che la rieducazione del condannato era perfettamente compatibile con una concezione etico-retributiva della pena, e che gli insuccessi del carcere erano il frutto “di un sistema punitivo non ben congegnato, non bene ispirato, non bene animato”¹⁰⁵.

L’idea che la giustizia passi attraverso l’inflizione di una sofferenza a chi ha trasgredito è antica quanto il mondo e può spiegare le difficoltà che incontra l’abbandono della

⁹⁸ Così l’on. Terracini, che assieme al collega Nobile aveva presentato la proposta che fu discussa in sede di Commissione per la Costituzione nella seduta del 27 gennaio 1947, in *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. I, Roma, 1947, p. 184.

⁹⁹ *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. I, cit., p. 184 (seduta del 27 gennaio 1947).

¹⁰⁰ Come ad esempio l’on. Bastianetto, che propose nella seduta del 15 aprile 1947 la seguente formulazione dell’art. 27 comma 3 Cost.: «Nella esecuzione delle pene si deve aver riguardo soprattutto al rispetto della persona umana» (*Atti dell’Assemblea costituente*, vol. III, cit., p. 2879).

¹⁰¹ *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. III, cit., p. 2499 (seduta del 26 marzo).

¹⁰² *Ibidem*, p. 2514 (seduta del 26 marzo). Un’analoga professione di realismo si riscontra in P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., p. 197 (cfr. anche il suo intervento alla seduta del 25 gennaio 1947, in *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. I, cit., p. 181).

¹⁰³ *Atti dell’Assemblea costituente*, vol. III, cit., p. 2560 (seduta del 27 marzo).

¹⁰⁴ Una dettagliata analisi in O. Vocca, *Il carcere*, cit., p. 73 ss.

¹⁰⁵ A. Moro, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, 2005, p. 123.

monocultura del carcere¹⁰⁶. Ma la Costituzione e le Carte internazionali forniscono non solo principi giuridicamente vincolanti¹⁰⁷, ma anche argomenti che fanno da argine a quei discorsi pubblici di stampo securitario improntati alla “tolleranza zero”¹⁰⁸. Forse la rieducazione del condannato è l’ennesima promessa non mantenuta, ma almeno ci ricorda che un altro futuro è non solo possibile¹⁰⁹, ma anche doveroso.

Abstract: Il carcere è diventato il principale strumento sanzionatorio in campo penale in tempi relativamente recenti, a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo. Questa svolta epocale è stata ricondotta all’affermarsi del capitalismo nelle società occidentali, nel senso che la funzione originaria della pena detentiva sarebbe stata quella di addestrare il proletariato nascente alle esigenze della fabbrica. Successivamente l’ideologia dello Stato sociale avrebbe comportato un ridimensionamento dell’universo carcerario perché le logiche punitive furono ripensate in senso rieducativo e assistenziale. In concomitanza con lo smantellamento dello Stato sociale avviato dalle politiche neo-liberali degli ultimi anni del XX secolo, si sarebbe avuto invece un vertiginoso incremento dei tassi di incarcerazione. L’esperienza italiana induce però ad esaminare questi fenomeni alla luce di un modello esplicativo multifattoriale, che tenga conto anche del contesto politico-costituzionale oltre che di quello economico.

Abstract: Prison became the main sanctioning instrument in criminal law relatively recently, at the turn of the 18th and 19th centuries. This epochal shift was traced back to the rise of capitalism in Western societies, in the sense that the original function of prison punishment would have been to train the nascent proletariat in the demands of the factory.

¹⁰⁶ F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra tradizione e attualità. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, 2018, p. 526 ss.

¹⁰⁷ Cfr. la giurisprudenza costituzionale in materia di ergastolo, di preclusioni ai benefici penitenziari e di c.d. carcere duro (puntuali riferimenti in G. Marinucci, E. Dolcini e G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2022, p. 21 ss., p. 742 ss., p. 833 ss.). Un recente quadro di sintesi sui rapporti tra la funzione rieducativa e la dinamica della pena, dalla comminatoria edittale all’esecuzione, in M. Pelissero, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in A. Menghini e E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi*, cit., p. 16 ss. Si ricordi poi la celebre sentenza *Torreggiani and others v. Italy*, 8 gennaio 2013, sulla questione del sovraffollamento carcerario (ma la Corte edu su trova spesso a decidere sui diritti dei detenuti: per una rassegna aggiornata, cfr. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoners’ rights*, 31 agosto 2022, in https://echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf)

¹⁰⁸ Ritene che la giurisprudenza costituzionale sia in grado di resistere alla cultura del controllo, C. E. Paliero, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 169 ss.

¹⁰⁹ Come conclude D. Garland, *La cultura del controllo*, cit., p. 323 ss.

Subsequently, the ideology of the welfare state would lead to a re-dimensioning of the prison universe because the punitive logic was rethought in a re-educational and welfare sense. In conjunction with the dismantling of the welfare state initiated by the neo-liberal policies of the last years of the 20th century, there would instead be a vertiginous increase in incarceration rates. However, the Italian experience leads us to examine these phenomena in the light of a multifactorial explanatory model, which also takes into account the political-constitutional context as well as the economic one.

Parole chiave: stato sociale – tassi di incarcerazione – cultura del controllo – stato penale – rieducazione del condannato.

Key words: welfare state – incarceration rates – culture of control – penal state – re-education of offenders.

REFLECTIONS ON PUBLIC PROPERTY FROM AN ANALYSIS OF THE EVOLUTION AND RECENT TRENDS IN THE COMMONS *.

di Maria Chiara Girardi**

Sommario. 1. Preamble. – 2. The *participated* management of public goods. – 3. Institutional attempts to recognise the legal category of the commons. – 4. The constitutionalisation of the commons in Latin America. – 5. Concluding remarks. The necessary enhancement of the social function of public property.

626

1. Preamble.

The theme of the common goods is at the centre of doctrinal and jurisprudential debates at global level¹. The expression common good, which will be taken into consideration here from a purely legal point of view, is of great interest and involves other areas, such as economics, sociology, and philosophy.

From the juridical perspective, at the current state, in Italy, the legal value of common assets has not yet been recognised and there is no organic national legislation to regulate such goods². There are, however, numerous local regulations aiming to protect goods whose usefulness is considered functional to the exercise of fundamental rights and the development of the human person³. In the meanwhile, a line of jurisprudence, aimed at recognising common goods, has developed. It is, therefore, a notion *de iure condendo*, which arises from the awareness of the limits of the proprietary relationship; debasing the founding role of the notion of exclusive and legal concepts developed outside the legislative framework, where it is noticed that two different categories: that of public goods and that of public property (or rather *genus* and *species*) have identified themselves, overlapping

* Submitted a peer blind review.

** Research fellow in Constitutional law – University of Naples Federico II.

¹ On the topic, recently, A. Lucarelli, *Beni comuni* (item), in R. Bifulco, A. Celotto and M. Olivetti (ed.), *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2021, p. 21 ff.

² *Contra* S. Staiano, *Beni comuni. Categoria ideologicamente estenuata*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 415 ff.

³ Cmp. A. Lucarelli, *I Beni comuni: aspettando Godot*, in F. Politi and F. Marinelli (ed.), *Assetti fondiari collettivi*, Pisa, 2022, p. 37 ff.

and debasing the original role and function of the public goods; a legal category into which the legal concept of common goods had been incorporated⁴.

This means that, the idea of public property, always focuses on subjectivity and the concept of belonging. Regarding common goods, on the other hand, what matters is the functional aspect of the good and it is irrelevant whether it is owned by a public or private entity. Therefore, the attention should rather be focused on the social function of these goods, aimed at exercising the fundamental rights of the community and the development of the human person, rather than on the economic interests of individuals⁵.

Hence the need, on one hand, to construct a new legal category, that of common goods, or rather, to transfer the legal concept to that of legal category, or rather the legal subcategory of public goods⁶; on the other hand, to hypothesize, within the legal category of public property, new dimensions of the same, or legal concepts that do not give form to a new legal category, nor to a subcategory of public property. Therefore, the law must guarantee the collective enjoyment in any case, direct and by all, also in favour of the future generations⁷.

The statute of public property, stated in the civil code and afterward in the Constitution of 1948, is overlapping the model of state property, and in a broader sense, on public goods in public use, configuring exclusive relationships, attributable to structural and material relationships, subjective order, which bind the owner to the good, the function that the owner attributes to the good.

For this reason, the need today is to obtain a new and comprehensive reinterpretation of public goods and its model of democracy underlying them, beyond and against the sovereign right⁸. In other words, it is necessary to go beyond the classic characteristics of statehood, that is, of a legal system model recognising a classic type of absolute subjective relationship (individual property), with respect to extra-commercial goods that escape the logic of the market⁹. In this sense, the framework of constitutional principles, as outlined

⁴ On the issue, A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 9 January 2015.

⁵ On the topic, cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un Manifesto*, Rome-Bari, 2012.

⁶ Cmp. V. Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 529 ff.

⁷ Cmp. A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, in *Quale Stato*, n. 1/2007, p. 3 ff.

⁸ See M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del Codice civile sui beni pubblici*, in G. Colombini (ed.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Naples, 2009, p. 23 ff.

⁹ Cmp. M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, p. 373 ff.

above – constituted in particular by Articles 1, 2, 3, 4, 9, 32, 42, 43 and 118 of the Italian Constitution – even if these are of a prescriptive nature, has not proved to possess the capacity for resistance in order to prevent the typical nature of the structural owner relationship, well rooted between the Constitution and rules of the Code, from prevailing over the functional relationship aimed at satisfying fundamental rights¹⁰.

Nevertheless, the lack of recognition of a legal category of common goods by the national legislator has not prevented actions on these profiles at local level. In fact, for example, the Municipality of Naples was the first Municipality to have established the Department of Common Goods. Also, several other cities have adopted regulations for the governance of urban common property. These experiences represent the attempt to enhance the value of urban common goods, especially with the aim of counteract the urban poverty, the social exclusion, and the degradation of public spaces¹¹.

In the rest of the world, instead, the greatest progress on common goods has been made by Latin America. Brazil, Ecuador, and Bolivia are in fact the first countries to have included within their Constitutions the juridical notion of the common good and to have experimented forms of citizen participation in its management, highlighting the importance of protecting and valuing these goods for the achievement of the collective *buen vivir* and the protection of future generations.

2. The *participated* management of public goods.

In order to safeguard the pursuit of general interests, which can be traced back to the social function of state property, it appears necessary to establish the functional relationship between the *dominus* and the property, limiting, for those property identified as extra-commercial, the discretion of the powers of the owner over the property itself, favouring, on the contrary participatory processes of accessibility and usability, in implementation of

¹⁰ Refer to A. Lucarelli, *Biens communs. Contribution à un théorie juridique*, in *Droit et société*, n. 1/2018, p. 141 ff.

¹¹ Cmp. C. Angiolini, *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni*, in A. Quarta A. and M. Spanò (ed. by), *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milan, 2016, p. 147 ff.

the principle of equality set out in Article 3 of the Constitution¹².

In fact, accessibility and collective fruition are fundamental characteristics of public goods. The State must intervene to protect the community, as the guarantor of the protection of these goods and the defence of the utility bands they should express¹³.

In this perspective, an attempt is made to restore dignity to the concept of the *State-community*, of *communitas* within popular sovereignty, and a model is outlined in which the concept of *statehood* is not absorbed by the State as an *apparatus*, recognizing greater rights to the community¹⁴.

In order to do this, it is necessary to revise the category of public property, and the relative model of democracy underlying it, going beyond the classic characteristics of statehood, i.e. a model that recognizes a type of absolute subjective relationship, to enhance, instead, the rights of the person and the essential public interests linked to the utility of goods¹⁵.

The fundamental values of the person must be recovered and enhanced through, in the first place, the recovery of the duties of the State and citizens¹⁶. In fact, it seemed that the problem of the future was not that much the affirmation of the rights of the person as clear conscience of his duties: "All the democracies tend to slide towards forms of selfish individualism and those who want a firm and lasting democratic system must insist on the person's duties towards the community and claim the priority of the common good over the particular good"¹⁷. Therefore, in the management of the public goods, we recall the respect of the solidarity duties set out in Article 2 of the Italian Constitution. The State – as well as the various territorial entities that make it up – must prepare public policies capable of guaranteeing the accessibility and collective use of these goods, in particular if they are goods or services necessary to guarantee the collective well-being¹⁸.

¹² Refer to S. Lieto, *Riflessioni sulle categorie della proprietà e della partecipazione nel perimetro concettuale dei "beni comuni"*, in C. De Marco, F. Ricci and L.G. Sciannella (ed. by), *La democrazia partecipativa nell'esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile?*, Naples, 2012, p. 133 ff.

¹³ Cmp. G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2005, p. 329 ff.

¹⁴ See, U. Ronga, *La res publica nel segno del bene comune. Bene comune, bene possibile. Responsabilità, discernimento, progetto*, in *Quaderni di Dialoghi*, Rome, n. 2/2008, p. 40 ff.

¹⁵ Refer to, A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sottocategoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, n. 2/2017, p. 1 ff.

¹⁶ Cmp. S. Staiano, *Riforma delle autonomie locali e partecipazione*, in S. Carnevale and D. Pizzuti (ed. by), *Cultura della cittadinanza e della partecipazione politica. Per un protagonismo della società civile nel Mezzogiorno*, Naples, 1996, p. 29 ff.

¹⁷ In this sense, G. Gonella, *La nozione di bene comune*, Milan, 1938, pp. 121-122.

¹⁸ On the issue, cfr. C. Iannello, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 24 september 2013, p. 4 ff.

Another decisive aspect in the governance of public good is represented by the right of citizens to participate in decision-making processes related to their management¹⁹. This participation takes the form of direct or participatory democracy, which must be analysed in its delicate relationship with the representative democracy, on which, as it is known, there are many theories²⁰. The active participation of citizens gives effect to the principle of popular sovereignty enshrined in the Art. 1 of the Italian Constitution, which is expressed through the institution of representation, but also through direct intervention *from below*²¹. Therefore, in this *inclusive* perspective of sovereignty, citizens' participation is not opposed to representative democracy, but integrates it, creating a collaborative and complementary relationship between the institutions of representation and the citizens directly involved²². In this way, civil society actively participates to the creation of a public space, with a solidarity view, where the state bodies act not in an authoritative but collaborative way, as the idea that representation is not the only form of democracy expression provided in the Constitution²³.

Then, the *participatory* management of public goods, can represent a valid instrument to guarantee the effective involvement of citizens in the public sphere, in a solidaristic and egalitarian perspective, where the fundamental regulatory role, of direction and control, of the representative institutions remains²⁴.

Clearly, the potential of the model under consideration requires an adequate implementation process. If this reasoning is valid, every time it is a matter of translating the theoretical expectations of a normative project into practice, this finds specific repercussions in the present case and, in it, especially regarding the theme of participation²⁵. In fact, the objective of collaborative management between administration

¹⁹ Cmp. A. Lucarelli, *Il diritto di partecipazione tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, XXXIV, n. 1/2003, p. 129 ff.

²⁰ On the topic, extensively, U. Allegretti, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, 2010.

²¹ In this sense, M. Scudiero, *Gli istituti della partecipazione popolare nella prospettiva della nuova potestà statutaria*, in AA.VV. (ed. by), *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, Milan, 2001, p. 71 ff.

²² Refer to A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, January 2015, p. 4 ff.

²³ Cmp. N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id. (ed. by), *Il futuro della democrazia*, Turin, 1991, p. 199.

²⁴ Cmp. J. Habermas, *Cultura e critica* (1973), Torino, 1980, p. 46 ff.

²⁵ See V. Cerulli Irelli and L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, n. 1/2014, p. 3 ff.

and citizenship, i.e., the participatory model aimed at sharing choices on public goods, can only be achieved when the conditions – legal and behavioural – aimed at promoting the effective democratic participation of citizens are really created²⁶.

It is necessary to ensure a genuinely equal participation of citizens, as certain issues may arise in relation to the risk of social exclusion. Considering, for example, the possibility of support from the so-called *stakeholders*, i.e., highly qualified subjects who could, in fact, distort the participation procedures, making them accessible only to an *élite* of people²⁷.

In turn, citizens must act in accordance with the principle of loyal collaboration with administrations, at all levels, aimed at balancing the need for decision-making with the participatory body²⁸.

Nevertheless, it should be reiterated that the participation of citizens should never be considered as a substitute for essential services, which must always be guaranteed by state bodies, because of the representative model, since citizens cannot independently provide for the shortcomings of public administrative services²⁹.

A further notable aspect in the promotion of the public goods concerns the issues of information and training on the processes and solutions adopted in relation to the common good. On the other hand, the theme of training, aimed at an aware citizenship on resource management issues, also involves public administrations, which must acquire specific technical knowledge on the subject in order to implement an adequate management plan for the public good. For this purpose, it would be necessary to organize real training courses also for state employees themselves, so as to broaden their knowledge on the subject of public goods.

In several Italian cities, for example, specific resources have been put in place to spread a sort of *culture of common goods* among citizens, with the aim of recovering and enhancing existing goods and creating new ones, such as social spaces. These integration and social development policies are aimed at enhancing transparency, as well as inclusion and accessibility, with the aim of combating and reducing discrimination between citizens,

²⁶ Cmp. U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Milan, 2011, p. 295 ff.

²⁷ See V. Crisafulli, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milan, 1985, p. 122 ff.

²⁸ Cmp. M. Luciani, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. Carlassare (ed.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice Cedam nel I centenario dalla fondazione (1903-2003), Padua, 19-20-21 June 2003, Padua, 2004, p. 181 ff.

²⁹ On the topic, A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Rome-Bari, 2013.

which can degenerate into social exclusion³⁰. These involve citizens both in the phase of direct knowledge of the problems related to common goods and in the phase of social, economic, and environmental revival³¹.

Part of the doctrine³²³³ considers that this is only possible through the recognition of the legal category of common goods. Such recognition would make it possible to initiate a participatory process, also with a view to reducing inequalities between citizens, enhancing the social function of these goods. Another part of the doctrine considers instead that this category is “ideologically exhausted”³⁴. There would therefore be no need to introduce a new legal category of common goods. However, what emerges, beyond the different positions in the field, is the urgent need to intervene to enhance the social function of public goods enshrined in Article 42 of the Constitution, modifying the codified discipline on public goods, which is considered inadequate to protect the needs of citizens who are the recipients of the utility arising from goods³⁵.

At the same time, there is a need for a widespread civic commitment from individuals, through the demand for active participation, which translates into a unified action of sharing legal solutions, inspired by the solidarity principles of cooperation and reciprocity³⁶.

³⁰ Refer to U. Pomarici, *Beni comuni*, in P. Grossi (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Turin, 2012, p. 1 ff.

³¹ Cmp. A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, in E. Dell’Anno (ed.), *Trattato di diritto dell’ambiente*, II, Padua, 2013, p. 527 ff.

³² Cmp. *ex multis*, A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, cit., p. 3 ff.; U. Mattei, *Beni comuni. Un Manifesto*, cit., p. 32 ff.

³³ On the topic, extensively, U. Mattei and F. Capra, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Saint Sepolcro, 2017.

³⁴ S. Staiano, *Beni comuni. Categoria ideologicamente estenuata*, cit., p. 415 ff. Similarly, D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in A. Lucarelli and D. Mone (ed.), *Le trasformazioni della democrazia*, cit., D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, n. 2/2014, p. 63 ff.

³⁵ Cmp., above all, S. Rodotà, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. Mattei and E. Reviglio, S. Rodotà (ed.), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Rome-Bari, 2007, p. 359 ff.

³⁶ See A. Lucarelli, *Forme e categorie per un nuovo modello di democrazia: beni comuni e diritto di partecipazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Naples, 2013, p. 305 ff.

3. Institutional attempts to recognise the legal category of the commons.

633

In Italy, as mentioned, there is currently no comprehensive national legislation that gives legal dignity to the common good, despite authoritative jurisprudence and numerous regulations at local level have moved in this direction³⁷.

At the jurisprudential level, the notion of common good has been expressly recognized especially by the United Sections of the Court of Cassation in the well-known judgment no. 3665 of 24 November 2011³⁸, which clearly highlights how the function of goods is linked to the pursuit of the interests of the community, regardless of the good ownership.

On that occasion, the Court emphasizes that in the provision of essential public services at local level, which have as their object common goods and therefore belong collectively, it is not possible to follow only mercantile and competitive logics, but it is necessary to protect the fundamental rights to which those services are aimed, in the community and future generations interests. Therefore, the Court pointed out that for essential public services, the general interest prevails over particular and competitive interests and the protection of certain fundamental principles such as solidarity, equality, the right to work, social cohesion and the right to a healthy environment³⁹.

In particular, the Court stated that: «the Constitution, as it is well known, does not contain an express definition of public goods, nor a classification of them, but merely establishes certain references which are nevertheless very important for the definition of the positive system. However, from Articles 2, 9 and 42 Ita. Const. we derive the principle of the protection of the human personality and of its correct development within the social State, also in the field of landscapes, with specific reference not only to the goods and properties constituting, by legislative-codicy classification, the State property or the patrimony object of the *property* of the State, but also with regard to those goods and properties which, independently of a prior identification by the legislator, by their intrinsic nature or finalization, on the basis of a complete interpretation of the entire regulatory system, these

³⁷ On the topic, cmp. G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, p. 54 ff.

³⁸ See also Court of Cass., judg. n. 3811/2011, and n. 9580/2017; Const. Court, judg. n. 24/2011, and n. 29/1957, n. 269/1986.

³⁹ Cmp. S. Lieto, '*Beni comuni*', *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2011, p. 346 ff.

result functional to the pursuit and satisfaction of the interests of the community and that for this reason they must be considered common, regardless of the title of ownership, thus making the state property aspect recessive compared to that of the functionality of the asset compared to the interests of the community»⁴⁰.

Therefore, the judgment explicitly recognizes the existence of common goods, such as goods whose usefulness is functional to the exercise of fundamental rights, incorporating the notion outlined by the Rodotà Commission in 2007⁴¹. This Commission, set up with the aim of reforming the part of the Civil Code relating to goods, and in particular public goods⁴², stressed the need to focus on the goods destination, rather than on their membership, and proposed the introduction of the new legal category of common goods, of collective membership and essentially unavailable because functional to the development of the human person and the protection of future generations⁴³.

The Commission proposed, first, to abandon the formal distinction of public goods, in favour of a substantial and functional classification, based on the valorisation of the interests of the recipients of the goods. Into this classification came the provision of the new legal category of common goods, defined as things that express functional utility for the exercise of fundamental rights and the free development of the person. For the protection of these assets, it would be necessary to provide suitable instruments to guarantee their collective use and, at the same time, their conservation in the interest of future generations, while limiting the possibility of granting them in concession. Nevertheless, the Commission's draft delegated law did not proceed, due to the fall of the Prodi government. However, in 2009, the reform project was re-proposed in the Senate by the Piedmont Regional Council⁴⁴, but was never discussed. Subsequently, on 5 November 2019, the draft was resubmitted by bill of popular initiative⁴⁵, but in that case the *quorum*

⁴⁰ Court of Const., sent. n. 3665/2011.

⁴¹ The Commission on Public Goods, known as the Rodotà Commission from the name of its President, was established at the Ministry of Justice, with a ministerial decree of 21 June 2007, in order to write a draft for the amendment of the Civil Code regulations on matter of public property.

⁴² A first initiative in this sense was already registered in 2003, at the Ministry of Economy and Finance, but it did not take root.

⁴³ Cmp. R. Briganti, *Dimensione costituzionale dei beni comuni tra principi, regole e prassi*, in *Nomos*, n. 2/2019, p. 1 ff.

⁴⁴ Legislative proposal voted in October 2009 by the Regional Council of Piedmont. Also in the XVI Legislature, the legislative proposal (n. 2031) was resubmitted (and assigned on 16 March 2010), but the process was again halted.

⁴⁵ People's legislative proposal n. 2237.

of signatures enshrined in Article 71(2) of the Ita. Const. was not reached.

In any case, the results obtained from the analysis of these proposals is that, from the direct application of Articles 2, 3, 9 and 42 of the Italian Constitution, for those goods intended to satisfy the community interests, the protection of fundamental rights prevails over proprietary and market logic⁴⁶.

On the other hand, numerous regulations have offered important indications regarding the recognition of the juridical category of common goods and various hypotheses of regulation of the same, at a local level⁴⁷.

The Municipality of Naples, for example, was the first to have established the Department of Common Assets, to enhance the use of public property in the prevailing interest of the community and to have followed up the results of the referendum of 2011 for a participatory public management of water, and more generally, of common assets⁴⁸. Moreover, the City of Naples was the first municipality to recognise common goods in its statute. Article 3(2) of the Statute states that the Municipality of Naples, also with a view to protecting future generations, recognises the commons insofar as they are functional to the exercise of the fundamental rights of the individual in his or her ecological context and guarantees their full enjoyment within the scope of municipal competences⁴⁹.

In addition, two deliberations of 2013 of the Neapolitan Council have implemented, respectively, a Regulation for the regulation of common assets and a Public Space Charter for the enhancement of urban public areas (deliberations No. 17 and 521 of 2013). A resolution of 2014 established the procedures for the identification and collective management of public goods, highlighting how the administrative action should be directed to the overriding public interest, as enshrined in the Constitution. Resolution no. 458 of 2017 promoted and enhanced the use of public goods for social purposes.

To date, over 250 Italian municipalities have adopted regulations for the participatory administration of urban common assets⁵⁰. Among them, the Regulation of the Municipality

⁴⁶ A. Lucarelli, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?*, in U. Mattei, E. Reviglio and S. Rodotà (ed.), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, Rome, 2010, p. 85 ff.

⁴⁷ On the topic, extensively, F. Di Lascio and F. Giglioni, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017.

⁴⁸ Resolution n. 740/2011.

⁴⁹ On this issue, in relation to the activities of the Municipality of Naples, see G. Vosa, *Autonomia territoriale e tutela dei beni comuni: riflessioni sulla potestà normativa comunale a partire dalla vicenda dell'(ex) Asilo Filangieri*, in *Nomos*, n. 1/2022, p. 1 ff.

⁵⁰ Cmp. <https://www.labsus.org/cose-il-regolamento-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

of Bologna of 2014 on citizens and administration collaboration for the care and regeneration of urban common goods stands out and subsequently inspired many other municipalities⁵¹.

These Regulations provide different forms of management of some abandoned or disused goods, based on the collaboration between citizens and the administration, and are designed to combat urban poverty and social exclusion, ensuring the collective use of the goods regardless of the owner⁵². The absolute centrality is therefore given to the participation of citizens and the administration acts in a collaborative and non-authoritarian way, precisely to ensure the widest accessibility to these goods⁵³.

An in-depth analysis of these local initiatives reveals an awareness of the inability of public property, in its constitutional and codicistic dimension, to guarantee the protection of fundamental rights in an egalitarian and solidarity-based perspective⁵⁴. This implies the need to rework the legal category of public goods, with a view to enhancing the social function and democracy in its multiple forms⁵⁵.

From this, part of the doctrine⁵⁶ follows the admission of the existence of a different public law definition, capable, on one hand of protecting and enhancing those goods functional to the effective development of fundamental rights, as goods for collective use and with a social function; on the other hand, of overcoming the classic public-private and property-management dichotomies⁵⁷. The objective is to highlight the primacy of the protection of fundamental rights in the governance of the common good and indeed, in a more general perspective, to affirm the primacy of the right over the good. This process must be carried out in compliance with the principle of substantial equality, environmental sustainability,

⁵¹ Cmp. A. Previato, *Processi di progettazione partecipata applicati alla rigenerazione urbana: cenni sulle tendenze di un fenomeno accolto anche nella recente "Legge sulla tutela e l'uso del territorio" dell'Emilia-Romagna*, in *Federalismi.it*, n. 15/2019, p. 18 ff.

⁵² Refer to F.F. Guzzi, *Rigenerazione urbana e valorizzazione dell'esistente*, in *Federalismi.it*, n. 22/2016, p. 2 ff.

⁵³ Cmp. U. Ronga, *Le forme della partecipazione nella Regione Campania*, in S. Staiano (ed.), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Campania*, Turin, 2016, p. 223 ff.

⁵⁴ See A. Giusti, *I beni comuni e la rigenerazione urbana*, in P. Chirulli and C. Iaione, *La co-Città, Diritto Urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Naples, 2018, p. 91 ff.

⁵⁵ Cmp. S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Naples, 2011, espec. pp. 36 ff.

⁵⁶ Cmp. *ex multis*, U. Mattei, *I beni comuni come istituzione giuridica*, in *Questione giustizia*, n. 2/2017, p. 59 ff.

⁵⁷ Refer to A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni*, in *Dir. e Soc.*, n. 3/2016, p. 483 ff.

and social justice⁵⁸.

In this perspective, once the focus is shifted to the usefulness of common goods, public institutions do not manage these goods as owners, but have the duty and responsibility to manage them as bearers of general interests and ethical-social values. As a result, their powers of disposition are limited and the goods under consideration cannot in any way be declassified⁵⁹.

4. The constitutionalisation of the commons in Latin America.

In Italy – as it has been pointed out – despite the fact that jurisprudence and local authorities have repeatedly offered a definition of common goods, as goods functional to the satisfaction of the fundamental rights of the individual person and of the community, a regulatory model aimed at balancing the discipline of the ownership regime, based on the concept of belonging, with a discipline aimed at safeguarding the functional aspects of goods, has not yet been prepared at State level.

In some foreign countries, however, the legal category of the commons has been formally recognised at the legislative level. In particular, some Andean states have included common goods in their constitutional texts. The new Ecuadorian and Bolivian Constitutions, in fact, have expressly recognised the category of common goods, outlining a precise discipline for their protection and valorisation, also in the interest of future generations⁶⁰.

In fact, the Constitution of Ecuador 2008 recognizes the right of people, communities, peoples, and nations to benefit from the environment and natural resources, considered common goods functional to the collective *buenvivir*.

But it is the 2009 Constitution of Bolivia that contains the broadest references to the legal concept of common goods.

The roots of the Bolivian Constitution, in fact, lie in the social mobilizations of the 21st century against the privatization of natural resources, in particular, water and gas. These

⁵⁸ Cmp. A. Abbruzzese, *La categoria giuridica dei beni comuni tra dimensione locale e attività giurisprudenziale, oltre l'assolutismo giuridico. Brevi note comparative*, in *Nomos*, n. 5/2018, p. 1 ff.

⁵⁹ See A. Lucarelli, *Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, n. 1/2007, p. 4 ff.

⁶⁰ On this subject, refer to G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milan, 2022, p. 45 ff.

mobilizations, which have become the symbol at world level of the defence of common goods, lead to the gradual delegitimization of traditional Bolivian political parties, which have shown themselves prone to corruption and incapable of managing public affairs and give rise to a process of re-founding the country, culminating in the adoption of the new constitutional text.

Within it, the protection of common goods and the management and care of them are considered a useful tool for achieving independence and social cohesion of the population. Among the common goods are not only natural resources, but also social goods, constituted by the values and traditions of the communities⁶¹. In fact, art. 30 Boliv. Const. states that indigenous peoples have the right to their own cultural and religious identity, to their own customs and traditions and to their own cosmovision; to the protection of the collective intellectual property of their knowledge, science and knowledge, and to respect and appreciation of traditional medicine, languages and rituals.

Furthermore, the second paragraph of Article 8 Boliv. Const. provides that: «The State is based on the values of unity, equality, inclusion, dignity, freedom, solidarity, reciprocity, respect, complementarity, harmony, transparency, balance, equality of opportunity, social and gender equity in participation, common welfare, responsibility, social justice, distribution and redistribution of products and social goods in order to live well»; while art. 9 Boliv. Const. specifies that the State has the obligation to ensure the protection of the environment in the interest of the community and future generations⁶².

In a completely innovative way, moreover, the Constitution of Bolivia differentiates fundamental rights from the very fundamental rights and among the very fundamental rights it includes the right to life, food and accessibility, and water. These rights are considered essential and necessary for accessing to other rights⁶³.

Regarding property, whether indivisible or collective, the right to a social function is expressly subordinate.

The result is a constitutional model based on the legal protection of common goods and on the legal duty of the State as guarantor of a public right destined to the universalisation of

⁶¹ Cmp. K.S. Ekeli, *Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations*, in *Ratio Juris*, XX, n. 3/2007, p. 378 ff.

⁶² On the issue, cfr. B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016, p. 1 ff.

⁶³ In this sense, M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in *Diritti comparati*, 9 may 2014.

social welfare as an inviolable right belonging to all⁶⁴.

Alongside this, there is the right of active participation by citizens in the management of commons: they have the right to participate in the government of public policies and to exercise social control of public management at all levels of the State (art. 241 of the Bolivian Constitution). Therefore, Bolivian Constitution aims at a real process of involvement and empowerment of all citizens in the fruition and defence of common goods⁶⁵.

Then, a crucial role for the protection of the collective welfare is assigned to the state economic organization; in particular to public enterprises in charge of managing water services and protecting natural resources, ensuring their fair distribution among the entire population⁶⁶.

All this being said, it is clear that in Bolivia economic and social development - and therefore the *buen vivir* of all citizens - is pursued through the constitutionalisation of commons and the procedures for access to them, accompanied by the provision of mechanisms for democratic participation and the recovery of the core values of Andean culture⁶⁷.

Finally, it is also worth at least mentioning the Brazilian Constitution of 1988, which contains references to common goods. Article 20 of the Brazilian Constitution defines the land traditionally owned by the Indios as common property owned by the federal state.

Substantially, these Constitutions represent an effective model for the valorisation of common goods, as goods functional to the protection of fundamental rights – or “very fundamental” – and to the achievement of objectives such as social justice, substantial equality, and solidarity, also in the interest (*rectius buen vivir*) of future generations⁶⁸.

Nevertheless, the profound differences between the Italian system and these types of systems cannot be overlooked, differences that are primarily cultural as well as legal. However, what is interesting is the role given to citizens in these Constitutions. They play

⁶⁴ On the topic, extensively, S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Turin, 2019.

⁶⁵ Cmp. S. Lanni, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, in S. Landini (ed. by), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Naples, 2011, p. 7 ff.

⁶⁶ On the topic, extensively, M. Foroni, *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni sudamericane*, Vignate, 2014.

⁶⁷ Cmp. C. Carducci, *Il “nuevo constitucionalismo” andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, in *DPCE online*, n. 2/2012, p. 319 ff.

⁶⁸ Cmp. M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e “nuevo constitucionalismo” in America Latina*, in *DPCE online*, n. 2/2012, p. 342 ff.

a central role in both the endogenous and exogenous phases of the management of public goods and more generally of public space. On the one hand, through active participation in the management and governance of these goods. On the other through the provision of a discipline that guarantees and fosters the social function of these goods in the interest of the community and that provides for a fundamental role of the state as guarantor of the interests of citizens.

Such systems are thus a fruitful example, first, of the attempt to foster a democracy that we could call *multilevel*, that is, declined both from the point of view of representation and from that of direct citizen participation, with an inclusive perspective; second, of a discipline of public goods focused on the recipients of the goods and not on the owner subject, where the state turns out to be more of a guarantor of the citizens' interest so as to enhance popular sovereignty.

5. Concluding remarks. The necessary enhancement of the social function of public property.

From all the above-mentioned, it rises the need to govern the public goods through an effective and equal involvement of citizens and moreover, the adoption of public policies aimed at satisfying the general interests. The access to the public goods must be guaranteed through collective fruition and focusing on the functional aspect of the good, intended for the enjoyment of the person's fundamental rights. From this point of view, the State is either a manager, regulator, or controller, but always as the carrier of the interest of the entire population and therefore of public *utilitas* rather than of economic, exclusionary, and competitive interests⁶⁹. The role of the State is therefore fundamental in the management and regulation of public goods⁷⁰.

In this way, the revision of the discipline of public property should be directed towards enhancing its social function, at the same time providing for constraints on the regime of

⁶⁹ Cmp. U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Milan, 2015, espec. p. 22 ff.

⁷⁰ Cmp. A. Lucarelli, *Osservazioni in tema di impatto ambientale*, in *Rassegna di Diritto civile*, n. 2/1989, p. 370 ff.

alienation and trade of the property, as well as its use or concession⁷¹.

Indeed, in Italy, the processes of privatization of public property, which began in the 1990s, are currently spreading, contributing to the weakening of the notion of state property. The legal regulation of the category, in addition to constitutional regulations, is entrusted to the Civil Code, which is inadequate to curb the prevalence of particular interests over general ones. In this regard, privatization processes are not to be excluded *a priori*. The problem arises in relation to the manner and type of assets for which they are carried out. The way privatization processes were carried out especially in the 1990s, in a disorganized manner, generalized and unassisted by adequate public policies, they have led to the widening of deep social inequalities⁷².

In fact, Article 42 Ita. Const. does not absolutely preclude the privatization of public property or impose a specific ownership regime. However, the combination of constitutional norms does impose constitutionally relevant public purposes and thus a check on the reasonableness and merits of the many interests that functionally qualify the assets. This control, in turn, imposes an evaluation of the discretionary exercise of power that is responsive to an appropriate distinction between property functional to the satisfaction of interests essential to the development of the person and the community, and goods state-owned economic goods, which, on the other hand, can adequately satisfy public interests even if placed in a market regime⁷³. That is, there is a need to protect public goods from the perspective of enhancing their inherent social function⁷⁴.

Consequently, reflection on the public goods or on the commons involves a broader reflection on the new forms of democracy, beyond the classical mechanisms of political representation⁷⁵.

Indeed, the valorisation of the functional link between goods and rights limits the discretion of public owners, favouring on the contrary participatory processes inclusive of the community. The idea of community that emerges in this context goes beyond particularisms

⁷¹ See D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in A. Lucarelli and D. Mone (ed.), *Le trasformazioni della democrazia*, cit., p. 63 ff.

⁷² Cmp. R. Manfellotti, *Potere economico e Costituzione materiale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 235.

⁷³ On the topic, most recently, G. Cataldo, *Beni economici appartenenti allo Stato. L'art. 42, comma 1, Cost., come fondamento dell'intervento pubblico nell'economia*, Naples, 2022, *passim*.

⁷⁴ Cmp. A. Mazzitelli, *Costituzione e Beni comuni: una categoria giuridica auspicabile?*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018, p. 2 ff.

⁷⁵ Cmp. M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milan, 2012, espec. p. 57 ff.

mechanisms: it is not an exclusive community⁷⁶. In legal terms, these processes must guarantee an effective and equal participation of the subjects, without discrimination and in respect of the principle of substantial equality and the duties of solidarity.

This form of participatory democracy, as highlighted, is not, however, understood in contradiction with the democracy of representation, but as a further expression of the concept of democracy provided for by the Constitution. It does not, however, exclude the responsibility of public institutions, which, on the contrary, retain a fundamental role of regulation and control, as well as of guaranteeing essential public services⁷⁷.

Adequate reasoning about public goods thus requires a general recognition of the recessiveness of dominical title, as opposed to the preeminent social function of the goods in question, as well as of collective use and participatory management as distinguishing characteristics of public goods⁷⁸.

In this sense, the Andean *buen vivir* model turns out to be an excellent example of legislative (and in that case even constitutional) provision of adequate instruments for the protection of natural resources, i.e., public goods par excellence, so that they are hostage to the changing will of Parliament, to the detriment of future generations.

Beyond the different doctrinal positions on whether or not the legal category of the commons should be recognized, it is evident and now imperative to intervene in the legislative regulation of public goods in order to enhance their social function from an egalitarian and solidarity perspective. The crisis affecting public goods, as demonstrated by the massive privatization processes, calls for an amendment of the Civil Code that enhances their destination to the satisfaction of citizens' interests. In this sense, in the wake of the work of the Rodotà Commission, it seems appropriate to classify these goods, distinguishing: public goods in public use, understood as goods specifically intended for the satisfaction of the interests of the community, from economic public goods, as such usable by it for economic purposes and for the achievement of predetermined purposes.

The objective pursued is to protect these goods within the perimeter indicated by the

⁷⁶ Refer to F. Pastore, *Il referendum negli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria di seconda generazione*, in *federalismi.it*, 28 gennaio 2009.

⁷⁷ Cmp. A. Lucarelli, *Démocratie participative*, in M. Cornu, J. Rochefeld and C. Orsi (ed.), *Dictionnaire des Biens communs*, Paris, 2017, p. 371.

⁷⁸ Refer to U. Mattei, *I beni comuni e le comunità locali. Dai lavori della Commissione Rodotà ai percorsi di rigenerazione urbana*, in R.A. Albanese and E. Michelazzo (ed.), *Manuale di diritto dei beni comuni*, Turin, 2020, p. 15 ff.

Constitution and the form of welfare state⁷⁹.

Abstract: The paper analyses the evolution and recent trends of common goods, in order to reflect on the advisability of amending the codified regulation of public goods, in order to enhance their social function. The legal recognition of commons requires, however, in advance, a rethinking of the State model, in order to make the concept of social function prevail over that of belonging. From this perspective, the Andean Constitutions represent the first example of the constitutionalisation of common goods, but above all an important example of the valorisation of citizens' interests in the use of goods such as natural resources. Beyond the different doctrinal positions in the field, on whether it is appropriate to introduce the legal category of common goods, these studies return the widespread conviction of the need to modify the discipline of public goods provided for in the Civil Code, in order to valorise the social function of these goods, in the interest of citizens and in line with the welfare State.

Abstract: Il presente contributo analizza l'evoluzione e le recenti tendenze dei beni comuni, al fine di riflettere sull'opportunità di modificare la disciplina codicistica dei beni pubblici, allo scopo di valorizzarne la funzione sociale. Il riconoscimento giuridico dei beni comuni richiede, infatti, preliminarmente, un ripensamento del modello proprietario, ancora del tutto incentrato sulla nozione di appartenenza. In quest'ottica, le Costituzioni andine rappresentano non solo il primo esempio di costituzionalizzazione dei beni comuni, ma soprattutto un importante esempio di valorizzazione dei diritti dei cittadini connessi all'utilizzo dei beni pubblici, in specie delle risorse naturali.

Al di là delle diverse posizioni dottrinali in campo sull'opportunità o meno di introdurre la categoria giuridica dei beni comuni, tali studi restituiscono la necessità di modificare la disciplina dei beni pubblici come delineata nel Codice civile, al fine di tutelare la sovranità popolare in chiave solidale ed egualitaria, nonché in armonia con la forma di stato sociale.

Key words: common goods – public goods – democracy – fundamental rights.

⁷⁹ Reference may be made to M.C. Girardi, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione della forma di stato*, Naples, 2023, espec. p. 243 ff.

Parole chiave: beni comuni – beni pubblici – democrazia – diritti fondamentali.

D.P.C.M. REGOLAMENTARI E RUOLO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO*.

di Marcello Salerno**

Sommario. 1. I d.P.C.M. tra pluralità di forme e contenuti. – 1.1. I d.P.C.M. regolamentari. – 2. Un tentativo di classificazione in base ai differenti procedimenti di formazione. – 2.1. La fase dell’iniziativa. – 2.2. La fase costitutiva. – 2.3. La fase integrativa dell’efficacia. – 3. Le incertezze tra forma regolamentare e natura regolamentare. – 3.1. La *fuga* dalla forma regolamentare. – 4. Il ruolo del Presidente del Consiglio in base alla natura monocratica, collegiale o complessa dell’atto tra forma e sostanza. – 5. La problematica collocazione gerarchica dei d.P.C.M. regolamentari. – 6. La particolare natura dei d.P.C.M. della fase pandemica. – 6.1. L’inedito ruolo del Presidente del Consiglio nel governo dell’emergenza. – 7. Opportunità di un intervento legislativo. – *Appendice (Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale).*

1. I d.P.C.M. tra pluralità di forme e contenuti.

In una prima fase della vita repubblicana i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri avevano avuto una rilevanza piuttosto marginale, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo. Poco numerosi e circoscritti nell’ambito di competenze riconducibili prevalentemente a funzioni di organizzazione o di coordinamento all’interno del Governo, essi hanno sviluppato diffusione e varietà di forme e di contenuti soprattutto negli ultimi decenni¹. Il loro eccezionale ed inedito utilizzo durante l’esperienza pandemica ne ha certamente aumentato la notorietà e la visibilità contribuendo a riaccendere un dibattito, in verità mai completamente sopito, sulla loro funzione, la loro natura giuridica ma anche

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Lo sottolinea O. Roselli, *I principali atti normativi conseguenti la riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 160 ss. ma cfr. anche M.C. Grisolia, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 158, la quale, concentrando l’analisi agli anni ottanta, evidenzia proprio quanto i d.P.C.M. fossero relativamente pochi rispetto alla diffusione che avrebbero avuto negli anni successivi: ne risultano 103 nel 1980, 27 nel 1981, 25 nel 1982, 36 nel 1983, 37 nel 1984, 41 nel 1985, 55 nel 1986, 77 nel 1988, 209 nel 1989, 69 nel 1990, con la precisazione che il particolare incremento registrato in alcuni anni va ricondotto solo a ragioni contingenti quali, ad esempio, la reiterazione di atti dello stesso tipo. Con riferimento all’uso e alla diffusione dei decreti di natura regolamentare da parte del Presidente del Consiglio nel periodo pre-repubblicano si rinvia a P. Virga, *La potestà normativa del Capo del Governo*, Palermo, G.B. Palumbo Editore, 1942, p. 17 ss. in part. p. 42 ss.

sulla portata e i limiti di un atto che già stava progressivamente sviluppando una propria forza affermativa, assumendo sempre maggiore rilevanza in ambito giuspubblicistico².

I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, tuttavia, continuano a collocarsi all'interno di un quadro normativo piuttosto frammentato e disomogeneo. Nonostante la loro crescente diffusione, il legislatore ne affida la disciplina a singoli e isolati interventi normativi, determinati il più delle volte da situazioni contingenti, senza mai addivenire ad una regolamentazione organica. Ciò pone problemi rilevanti soprattutto con riferimento ai d.P.C.M. che assumono natura giuridica normativa e che si collocano in maniera sempre più significativa all'interno del sistema delle fonti³. Sotto questo profilo, neppure la legge n. 400/1988⁴, sebbene abbia rappresentato un punto di snodo fondamentale nella disciplina delle fonti di provenienza governativa⁵, si è occupata di disciplinare in maniera esplicita e compiuta i d.P.C.M.⁶.

² Evidenzia varietà di contenuti e diffusione crescente, preesistenti alla fase pandemica, U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 305, sebbene non si possa negare che la pandemia abbia determinato, come si vedrà meglio *infra* § 6, un ricorso decisamente straordinario al d.P.C.M. e una torsione sul sistema delle fonti. Più ampiamente, il fenomeno ha “acceso un riflettore nuovo e assai potente sul tema classico, anzi si direbbe perenne, dell'arte del governare. Tema che in generale mostra problematicità inedita nello Stato costituzionale di diritto contemporaneo”, così P. Logroscino, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Giurcost.org*, n. 2/2021, p. 406.

³ Cfr. F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Cedam, 2019, p. 200 il quale, nel descrivere il sistema delle fonti secondarie, dopo aver trattato i decreti del Presidente della Repubblica, i decreti ministeriali e i decreti interministeriali, conclude: “ai regolamenti ministeriali ed interministeriali possono accostarsi quelli del Presidente del Consiglio dei ministri, previsti da leggi speciali, il cui procedimento di formazione ed il cui ambito di competenza sono definiti dalle stesse leggi”. Sulla “rilevanza pratica” dell'appartenenza di un atto alle fonti del diritto ci si interroga ancora in dottrina e le posizioni spesso divergono, come annota, anche in ottica evolutiva e prospettica, N. Lupo, *Gli atti normativi del governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzanella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 540 ss.

⁴ Ci si riferisce, naturalmente, alla legge 23 agosto 1988, n. 400 recante *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*.

⁵ Cfr. A. Ruggeri, *In tema di “disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri: impressioni e notazioni sparse sui profili costituzionali della legge n. 400 del 1988*, in *Autonomie e diritto*, nn. 1-2/1989, p. 21 ss.

⁶ Tale scelta, peraltro, non era stata largamente condivisa durante i lavori parlamentari. La proposta (AC 2675) depositata nella VIII Legislatura (1979-1983) da Colonna e altri deputati del Partito comunista esplicitava il potere del Presidente del Consiglio di emanare regolamenti assieme al medesimo potere riconosciuto ai singoli ministri (art. 21) e limitava il ricorso ai regolamenti da approvare in Consiglio dei ministri a casi specifici. Una impostazione di questo tipo mirava, con tutta probabilità, a contenere il fenomeno del *governo per ministeri* imputando in capo al Presidente del Consiglio una responsabilità diretta anche sull'adozione degli atti normativi. Inizialmente confermata anche durante la successiva Legislatura nel testo Napolitano e altri (A.C. 357), la proposta venne in seguito abbandonata anche dalle forze politiche che l'avevano presentata. Ciononostante, la stessa legge n. 400 del 1988 esplicitamente prevede, in alcuni casi, il ricorso al d.P.C.M. stabilendo che tramite tale atto si adotti il regolamento interno del Consiglio dei ministri (art. 4, c. 4), si provveda alla organizzazione della Presidenza del Consiglio dei ministri (artt. 21, 28, 33), si nominino il segretario e il vicesegretario generale (art. 18, c. 2), si disciplini la segreteria della Conferenza Stato-regioni (art. 12, c. 3), si nominino i capi dei dipartimenti e degli uffici (artt. 21 e 28), si fissi il contingente del personale appartenente ai corpi di polizia assegnato alla Presidenza del Consiglio dei ministri

Questa circostanza aveva indotto la dottrina ad assimilare tale fonte, almeno in prima ipotesi, ai regolamenti ministeriali, così da sottoporli alla disciplina prevista nell'art. 17 della stessa legge⁷, soprattutto con riferimento al procedimento di formazione che prevede il parere del Consiglio di Stato ed il controllo della Corte dei Conti⁸. Tale articolo, peraltro, è generalmente richiamato in premessa dei d.P.C.M. regolamentari, esattamente come accade nei regolamenti ministeriali. Tuttavia, come si vedrà più analiticamente in seguito, la prassi mostra che non tutti i d.P.C.M. rispettano i requisiti previsti per i regolamenti ministeriali, con la conseguenza che l'applicazione estensiva dell'art. 17, alla prova dei fatti, non ha trovato generale riscontro⁹.

A circa un decennio dalla legge n. 400/1988, nemmeno i decreti legislativi nn. 300/1999 e 303/1999¹⁰, che pure intervennero sull'organizzazione interna del Governo in una prospettiva di crescita delle competenze autonome del Presidente del Consiglio¹¹ e del

per l'assolvimento di compiti connessi a quelli d'istituto dei corpi di provenienza (art. 33). In questa prospettiva è stato evidenziato che "il quadro che emerge dalla lettura sistematica delle disposizioni della l. 23 agosto 1988, n. 400, è quello primigenio e restituisce l'idea che il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sia, in primo luogo, lo strumento giuridico principe di organizzazione e autorganizzazione della Presidenza", così D. Piccione, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Federalismi.it*, n. 3/2017, p. 6, ma evidentemente tale conclusione contribuisce a rafforzare la carenza del legislatore nel non chiarire natura e procedimento di approvazione dei d.P.C.M.

⁷ Cfr. A. Pizzorusso, *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla Legge n. 400/1988*, in P. Caretti, U. De Siervo (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'Amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 274, nt. 3. In G.U. Rescigno, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 1502, si sottolinea che "se la legge può autorizzare un Ministro o più ministri a deliberare ed emanare regolamenti nelle materie di loro competenza, non si vede perché la legge non possa autorizzare il Presidente del Consiglio nelle materie di sua competenza con le stesse modalità dei regolamenti ministeriali", le quali sono esplicitate nell'art. 17, c. 4, che, nel disciplinare i regolamenti governativi e quelli ministeriali/interministeriali, dispone che essi devono recare la denominazione di *regolamento*, devono essere adottati previo parere del Consiglio di Stato, devono essere sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale. Infine, che l'art. 17 non esaurisca la tipologia dei regolamenti governativi è pacifico in quanto numerose leggi speciali prevedono fattispecie che derogano alla disciplina generale, in particolare proprio con i regolamenti emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 74).

⁸ M.C. Grisolia, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, cit., pp. 156 e 173, nt. 2.

⁹ L. Carlassare e P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 959 ma cfr. ancora M.C. Grisolia, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, cit., 160 s., la quale anche in nt. 11 analiticamente richiama numerosi d.P.C.M. esemplificativi.

¹⁰ Ci si riferisce, come è noto, al d.lgs. n. 300/1999, recante *Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59* e al d.lgs. n. 303/1999, recante *Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*.

¹¹ A seguito degli interventi legislativi del 1988 e del 1999, i poteri del Presidente del Consiglio sono stati distinti in: poteri di rappresentanza (esercitati *a nome del Governo* nei rapporti con gli altri organi costituzionali), poteri di promozione e di coordinamento dell'attività dei ministri (espressione di competenze propriamente presidenziali), poteri di direzione di organi collegiali e, infine, le attribuzioni conferite al Presidente del Consiglio in materia di servizi di sicurezza e segreto di Stato nonché i poteri di promozione e coordinamento dell'azione del Governo per quanto attiene i rapporti con le istituzioni comunitarie e con il

numero di atti che potevano assumere la forma del d.P.C.M., hanno provveduto ad imporre regole procedurali comuni. Al contrario, nel conferire al Presidente del Consiglio ampi poteri, espressione di una forte autonomia in materia organizzativa, contabile e di bilancio, di gestione del personale della Presidenza¹², il decreto legislativo n. 303, all'art. 9, espressamente esenta i d.P.C.M. dagli adempimenti imposti dall'art. 17, c. 4, legge n. 400/1988.

In sostanza, ad oggi è la singola fonte legittimante a disciplinare, di volta in volta, ciascuna tipologia di d.P.C.M. In larga parte si tratta di leggi ordinarie, decreti-legge o decreti legislativi. In qualche caso la fonte autorizzativa è di rango secondario ma in combinato disposto con altre fonti primarie. L'incertezza dei rapporti fra la forma e il contenuto dell'atto rende ancor più difficile rinvenire un modello di riferimento univoco, in relazione al procedimento di formazione, al fondamento del potere di cui l'atto è manifestazione, al regime di pubblicità o di controlli¹³.

La vasta tipologia di forme e di contenuti che i d.P.C.M. possono assumere e la disorganica disciplina cui sono sottoposti determina, infine, profonde divergenze interpretative anche riguardo la loro natura giuridica: una questione non di poco conto poiché tocca uno dei punti più nevralgici delle scienze giuspubblicistiche e chiama in causa tematiche di grande rilievo dommatico, quali la ricerca dei criteri idonei ad identificare un atto come normativo. Da più parti è stato sottolineato che il d.P.C.M. ha le caratteristiche di un *guscio*, una veste formale all'interno della quale vengono accolti procedimenti e contenuti diversi. In estrema sintesi è "la forma esteriore degli atti di competenza del Presidente del Consiglio dei ministri che possono, in concreto, avere contenuto e natura diversi, estrinsecandosi come atti amministrativi, atti normativi di tipo regolamentare (interni ed esterni), atti

sistema delle autonomie territoriali, così riassume C. Colapietro, *Governo*, in S. Mangiameli (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto costituzionale*, IlSole24Ore, 2008, p. 897 s.

¹² In particolare, il d.lgs. n. 303/1999 attribuisce potere regolamentare al Presidente del Consiglio dei ministri in materia di autonomia organizzativa (art. 7), contabile e di bilancio (art. 8), di gestione del personale della Presidenza (art. 9). In tal modo si riconosce al Presidente del Consiglio un'autonomia normativa che non rientra nella disciplina dell'art. 17 della legge n. 400/1988, pertanto i decreti di cui agli art. 7, 8 e 9 del d.lgs. 303/1999 si configurano "come manifestazioni di autonomia (quella della Presidenza del Consiglio) di un'articolazione interna di un organo costituzionale. Ponendo così un parallelismo con i regolamenti di organizzazione della Corte costituzionale e della Presidenza della Repubblica, parallelismo che configurerebbe per il Presidente del Consiglio dei ministri un particolare rilievo istituzionale (costituzionale) rispetto agli altri organi del Governo", O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 60. Si tratta di poteri strettamente correlati all'esercizio delle funzioni proprie del Governo, per cui "non si vede la ragione perché non dovrebbe poterlo esercitare il Presidente del Consiglio nell'esercizio delle proprie 'autonome' competenze", *ivi*, p. 54.

¹³ Lo premette chiaramente, all'inizio di una efficace analisi ricostruttiva, S. Labriola, (voce) *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 281.

emergenziali. Stabilire la natura dell'atto è essenzialmente un problema pratico da risolvere caso per caso, facendo riferimento agli indici della normatività formali e materiali»¹⁴.

Ogni tentativo di analisi e di ricostruzione teorica, dunque, non può che partire dalle prassi, attraverso un approccio metodologico che muove dal dato fattuale per poi passare ad un qualche tentativo di razionalizzazione e sistematizzazione¹⁵. A tal fine si partirà dal procedimento di formazione dei d.P.C.M. in quanto esso consente di restituire una rappresentazione quanto più possibile rispondente al reale della natura dell'atto e del mutevole ruolo dei vari attori coinvolti, a partire dal Presidente del Consiglio, naturalmente, passando attraverso altri soggetti interni ed esterni al Governo. Proprio nell'iter formativo delle decisioni, infatti, si manifesta la concreta natura della fonte normativa all'interno del circuito democratico-rappresentativo¹⁶.

1.1. I d.P.C.M. regolamentari.

All'interno del complesso quadro di pluralità di forme, di contenuti e di differente natura giuridica appena richiamato, risulta necessario innanzitutto delimitare l'oggetto del presente studio. La rilevanza dei d.P.C.M. di natura normativa all'interno del sistema delle fonti suggerisce di concentrare l'analisi su quelli regolamentari intendendo per tali quelli che recano espressamente la dizione di *regolamento* e, ai sensi del d.P.R. n. 611/1986, sono da inserire nella raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana¹⁷ in quanto «regolamenti esecutivi di leggi o di decreti aventi forza di legge, approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o con decreto ministeriale»¹⁸.

¹⁴ A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 233.

¹⁵ Alcuni tentativi in tal senso si rinvencono già in alcuni studi che si riferiscono a specifici e limitati periodi temporali. Cfr., ad esempio, il Focus sul d.P.C.M. contenuto nel Rapporto del Comitato per la legislazione del 2016, contenuto negli *Appunti del Comitato per la legislazione* del Servizio studi osservatorio sulla legislazione, *La produzione normativa nella XVII legislatura*, Aggiornamento al 15 giugno 2016, n. 9, XVII Legislatura, reperibile in camera.it/leg17/386 oppure l'analisi delle prassi rinvenibili in M.A. Gliatta, *L'uso dei d.P.C.M. nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, p. 1201 ss. Proprio questi studi mostrano quanto sia necessario procedere ad ulteriori indagini progressivamente più ampie, specie sotto il profilo temporale, al fine di avere un quadro il più possibile completo ed esaustivo.

¹⁶ Sottolinea l'importanza delle procedure previste per assumere le decisioni, del loro iter formativo, e dei soggetti che le assumono ai fini del processo democratico L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2006, p. 25, soprattutto perché democrazia è visibilità e controllabilità dell'attività politica nelle sue varie articolazioni.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 1, c. 1 e 4, legge n. 839/1984. Tale legge rinviava l'identificazione puntuale di tali atti a uno o più successivi decreti del Presidente della Repubblica, tra cui appunto il d.P.R. n. 611/1986.

¹⁸ Art. 1, c. 1, lett. b).

Questa delimitazione permette di prendere in considerazione un periodo temporale significativamente ampio e di analizzare tutti i d.P.C.M. per i quali il Testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana prevede l'obbligo di numerazione e di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Il Testo unico, infatti, nel richiamare gli atti soggetti a numerazione e pubblicazione in ragione del loro valore quale fonte del diritto indica, dopo i decreti con forza di legge, anche «gli altri decreti [...] che siano strettamente necessari per l'applicazione di atti aventi forza di legge e che abbiano contenuto normativo», specificando che questi ultimi possono essere del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei ministri, dei Comitati di ministri o dei singoli ministri¹⁹.

In tal modo si ha la certezza della pubblicità per tutti i d.P.C.M. che assumono natura normativa e sono applicativi di atti aventi forza di legge. In dottrina ci si interroga se i requisiti richiesti agli atti soggetti a pubblicazione di essere *strettamente necessari per l'applicazione di atti aventi forza di legge* ed avere *contenuto normativo* debbano essere intesi congiuntamente o possano presentarsi anche in maniera disgiunta. Nella prima ipotesi potremmo avere un d.P.C.M. a contenuto normativo che non è strettamente necessario per l'applicazione di atti aventi forza di legge o, viceversa, un d.P.C.M. che ha quest'ultimo requisito ma non presenta contenuto normativo: in entrambi i casi, la pubblicazione non sarebbe obbligatoria. Se, invece, i requisiti venissero considerati in maniera disgiunta, l'obbligo di pubblicazione riguarderebbe anche un d.P.C.M. che fosse strettamente necessario per l'applicazione di atti aventi forza di legge, ma non avesse contenuto normativo o, al contrario, quando avesse contenuto normativo ma non avesse carattere applicativo²⁰. Considerando la *ratio* delle norme sul regime pubblicitario che risiede, in ultima analisi, nell'esigenza di assicurare la più ampia conoscibilità degli atti, sembra più opportuno propendere per una interpretazione disgiunta così da facilitare il più possibile, nel dubbio, la reperibilità dell'atto e l'acquisizione certa del suo contenuto²¹.

Vale la pena di ricordare che la correlazione tra natura giuridica dell'atto ed esigenze di pubblicità è questione che si inserisce all'interno di una problematica diffusamente

¹⁹ Cfr. artt. 15 e 16, d.P.R. n. 1092/1985.

²⁰ Pone la questione in termini generali G.U. Rescigno, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, p. 1509.

²¹ Proprio in quest'ottica i noti d.P.C.M. dell'emergenza Covid, a prescindere dalla loro natura normativa o amministrativa, venivano regolarmente pubblicati in Gazzetta Ufficiale in quanto certamente contenevano disposizioni attuative di atti con forza di legge, a partire dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6.

indagata in dottrina. In particolare è stato autorevolmente affermato che quando si hanno dubbi sulla natura giuridica di un atto, la previsione della pubblicazione legale “può essere argomento decisivo, in assenza di argomenti contrari, per decidere che l’atto è normativo; il fatto che non sia prevista istituzionalmente la pubblicazione legale, e che essa non venga praticata, è argomento *sufficiente* per escludere che l’atto sia normativo ai fini del suo trattamento giuridico; l’*assenza* cioè della pubblicazione legale è condizione *sufficiente* per negare all’atto considerato natura di atto normativo [...]”²². Ma non mancano dubbi su tale ricostruzione, specie nella misura in cui l’assenza di pubblicazione potrebbe non essere sintomatica del carattere non normativo dell’atto ma costituire piuttosto elemento di potenziale invalidità²³. D’altro canto, “*la presenza della pubblicazione legale è condizione necessaria ma non sufficiente della natura normativa dell’atto ai fini del suo trattamento giuridico*”²⁴, infatti non tutti gli atti soggetti a pubblicazione possono essere ritenuti di natura normativa.

Al fine di utilizzare un metodo il più possibile oggettivo, dunque, i d.P.C.M. presi in considerazione nel presente studio sono stati individuati ricorrendo ad un criterio strettamente formale²⁵ costituito dall’autoqualificazione di regolamento secondo quanto previsto dall’art. 17, legge n. 400/1988. Si tratta di un criterio che consente di disporre di un importante elemento di certezza dal momento che l’autoqualificazione, assieme all’obbligo di numerazione e di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, è previsto per tutti i regolamenti governativi²⁶, dunque anche per quelli approvati tramite d.P.C.M.

I d.P.C.M. che assumono natura regolamentare rappresentano, naturalmente, solo una parte dell’ampio panorama dei d.P.C.M. e non si tratta neppure della parte più rilevante. Basti pensare che nel Rapporto del Comitato per la legislazione del 2016, su 213 d.P.C.M. pubblicati in Gazzetta Ufficiale nel biennio preso in considerazione soltanto 21 possedevano tutti i requisiti formali richiesti per i regolamenti. Peraltro, non è possibile escludere che vi siano d.P.C.M. che si autoqualificano come regolamenti ma presentano

²² G.U. Rescigno, *L’atto normativo*, Torino, Zanichelli, 1998, p. 20.

²³ Lo evidenzia V. Crisafulli, (voce) *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 254.

²⁴ G.U. Rescigno, *L’atto normativo*, cit., p. 20, su cui concorda anche V. Crisafulli, *Atto normativo*, cit., p. 254.

²⁵ Come riassume autorevole dottrina, la *forma* corrisponde all’aspetto esteriore dell’atto giuridico e tale aspetto coglie, in un unico assieme, la veste in cui l’atto si presenta nel mondo esterno, il procedimento per l’emanazione, il soggetto o organo dal quale proviene (A. Sandulli, *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1970, p. 10, nt. 13).

²⁶ O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 61. Si sofferma sull’importanza dell’autoqualificazione formale, dopo la legge n. 400/1988, anche L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 45.

contenuto sostanzialmente amministrativo o provvedimentale²⁷. Così come, specularmente, il ricorso ad un criterio di individuazione formale non permette di escludere che vi siano d.P.C.M. a contenuto sostanzialmente normativo che non si autoqualificano di natura regolamentare²⁸. L'Osservatorio della Camera, sempre con riferimento ai 213 d.P.C.M. considerati nel medesimo Rapporto, ha stimato che fossero 53 quelli con contenuto normativo che non possedevano i requisiti necessari e le forme previste per gli atti di natura regolamentare.

La finalità della presente indagine, tuttavia, impone di individuare un criterio quanto più possibile oggettivo che consenta di delimitare in maniera precisa i confini della ricerca e di giungere ad un primo tentativo di classificazione. In alternativa, infatti, sarebbe necessario verificare, caso per caso, se al di là dell'autoqualificazione formale i d.P.C.M. posseggono o meno natura regolamentare, con tutte le incertezze derivanti dalle possibili divergenze interpretative. Infine, una ulteriore difficoltà deriverebbe dal fatto che non tutti i d.P.C.M. sono sottoposti a numerazione progressiva salvo, appunto, che non si autoqualifichino come regolamenti, per cui molti d.P.C.M. che non presentano i requisiti formali di regolamento potrebbero sfuggire alla pubblicazione legale o comunque risultare di difficile reperibilità nelle banche dati²⁹.

Ricorrendo al criterio dell'autoqualificazione formale, dunque, è possibile stabilire che a partire dal 1987³⁰ fino ad oggi i d.P.C.M. che presentano le caratteristiche di regolamento,

²⁷ In dottrina si parla di *regolamenti provvedimento*, ossia atti che si autoqualificano come regolamenti ma sono di fatto privi dei caratteri della generalità e astrattezza, cfr. L. Carlassare e P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, cit., p. 963, dove si sottolinea come tale prassi, pur se quantitativamente non significativa, si pone in profondo contrasto con la logica della legge del 1988, la quale inserisce il regolamento tra le fonti del diritto: "esso è cioè assunto nella sua essenza di atto subordinato alla legge ma avente carattere normativo, e, quindi, non provvedimentale".

²⁸ V., al riguardo, le riflessioni di G.U. Rescigno, *Il nome proprio degli atti normativi*, cit., p. 1507. Segnalano la frequenza di atti di contenuto normativo non rivestiti di forma regolamentare, già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge n. 400/1988: M. Baldassarri e E. Sarti, *I regolamenti del Consiglio dei ministri e dei ministri dopo la legge n. 400/1988*, in U. De Siervo (a cura di), *Il potere regolamentare dell'amministrazione centrale*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 253 ss. Laddove in concreto il *nomen iuris* identificativo della natura dell'atto viene a mancare, è stato ritenuto che «nello spirito dell'attuale regime maggiormente formalizzato, potrebbe esser valorizzata quella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentt. n. 4/1958; n. 47/1963; n. 150/1967; n. 205/1981 e, per l'ordinamento statutario, n. 71/1981) che vuole l'atto, nel dubbio, regolamentare», così A. Cerri, (voce) *Regolamenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, Ist. Enc. Italiana, 1991, p. 9.

²⁹ Ciò emerge anche dall'analisi empirica di L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 123, p. 66 ss. che riguarda anche la reperibilità degli atti nelle banche dati giuridiche tra le quali la piattaforma Normattiva.it, utilizzata ai fini della presente ricerca.

³⁰ Ossia dopo l'entrata in vigore del citato d.P.R. n. 1092 de 28 dicembre 1985.

numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale, risultano 309³¹. Essi sono stati reperiti tramite Normattiva.it, piattaforma dalla quale è possibile ottenere solo gli atti normativi numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale, come si evince tra i «caratteri qualificanti del progetto»³². Dei 309 d.P.C.M. analizzati, larga parte (esattamente 296) riportano già in epigrafe la denominazione di *regolamento* oppure, in qualche caso, espressioni similari come *norme regolamentari* oppure contengono una esplicita indicazione che li riconduce ad un intervento di modifica o integrazione su precedenti regolamenti³³. Nei restanti casi, la qualifica di regolamento è comunque oggettivamente deducibile all'interno del testo normativo in quanto ricorrono formule del tipo: «il Presidente del Consiglio [...] adotta il seguente regolamento» oppure «ai sensi del presente regolamento»³⁴. A tal riguardo la

³¹ Alla data di pubblicazione del presente lavoro si riscontra un solo D.P.C.M. di natura regolamentare nel corso dell'attuale legislatura, ossia il n. 43 del 14-3-2023 *Regolamento di organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112*.

³² Il progetto di Normattiva dà attuazione all'art. 107 della legge n. 388/2000 il quale aveva disposto l'istituzione di un fondo destinato al finanziamento di «iniziative volte a promuovere l'informatizzazione e la classificazione della normativa vigente al fine di facilitarne la ricerca e la consultazione gratuita da parte dei cittadini, nonché di fornire strumenti per l'attività di riordino normativo».

³³ Incidentalmente è utile annotare che attraverso una ricerca su tale piattaforma senza applicare filtri se non quello della tipologia di atto (Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri), risultano attualmente 324 risultati. La differenza rispetto ai 309 oggetto della presente indagine dipende dal fatto che sono stati riscontrati 15 d.P.C.M. che pur essendo numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale (e per questo motivo presenti in Normattiva.it) non sono in alcun modo qualificati come regolamenti e, pertanto, non sono stati presi in considerazione nel presente studio. Si precisa, per mero scrupolo, che è stato escluso dal novero dei d.P.C.M. di natura regolamentare il d.P.C.M. n. 475/1987 il quale riporta sì la denominazione di *regolamento* ma non inteso nel senso di regolamento governativo. Si tratta, infatti, del decreto di approvazione del regolamento della biblioteca centrale del Consiglio nazionale delle ricerche. A riprova, la premessa dell'atto non riporta alcun riferimento alla legge n. 400 del 1988 in relazione alla disciplina dei regolamenti governativi.

³⁴ Si tratta, nello specifico, dei seguenti: d.P.C.M. n. 163/2011 recante *Individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza dell'Istituto nazionale di statistica, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69*; d.P.C.M. n. 275/2010 *Attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di durata non superiore ai novanta giorni del Ministero del lavoro e delle politiche sociali*; d.P.C.M. n. 242/2010 recante *Definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che concorrono all'assolvimento delle operazioni doganali di importazione ed esportazione*; d.P.C.M. n. 186/2009 recante *Modifica al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 25 gennaio 1999, n. 11, concernente il compenso spettante ai tabaccaia che riscuotono le tasse automobilistiche*; d.P.C.M. n. 288/2006 recante *Istituzione della Commissione scolastica regionale per l'istruzione in lingua slovena, ai sensi dell'articolo 13, comma 3, della legge 23 febbraio 2001, n. 38*; d.P.C.M. n. 97/2005 recante *Approvazione del nuovo Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa* (il quale non contiene esplicitamente il riferimento alla forma regolamentare ma richiama l'art. 17, c. 3, l. n. 400/1988); d.P.C.M. n. 72/2005 recante *Istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri del Premio Giacomo Matteotti*; d.P.C.M. n. 259/2004 recante *Costituzione del Collegio dei revisori dei conti del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA)*; d.P.C.M. n. 249/2002 recante *Individuazione dei termini e dei responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza del Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei ministri, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241*; d.P.C.M. n. 208/2002 recante *Approvazione del nuovo Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa*; d.P.C.M. n. 29/2002 recante *Modificazioni dell'allegato al decreto legislativo 18 aprile 1994, n. 280, relativo al risparmio di greggio mediante l'impiego di carburanti*

dottrina è concorde nel ritenere che la prescrizione contenuta nell'art. 17, legge n. 400/1988 relativa all'obbligo di recare la denominazione di *regolamento* possa considerarsi rispettata non solo quando tale dizione è riportata nel titolo dell'atto ma anche quando, nella formula di decretazione, si usano le parole: il Presidente del Consiglio «emana il seguente regolamento» oppure quando all'interno dell'atto espressamente si stabilisce di approvare «il regolamento allegato»³⁵.

Come già ricordato, l'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale riguarda solo i d.P.C.M. che assumono natura normativa. In molti casi, tuttavia, risultano pubblicati anche quelli che non si autoqualificano come *regolamento* e che non sono neppure dotati di numerazione. Basti pensare ai vari d.P.C.M. approvati durante l'emergenza Covid (su cui si tornerà più ampiamente in seguito) oppure a quelli più recentemente utilizzati nella gestione e nell'attuazione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR)³⁶. In tal caso la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale viene comunque garantita ai sensi dell'art. 18, c. 1, d.P.R. n. 1092/1985 in quanto atti che possono interessare la generalità dei cittadini³⁷.

di sostituzione; d.P.C.M. n. 395/2001 recante *Recepimento della direttiva 99/32/CE relativa alla riduzione del tenore di zolfo di alcuni combustibili liquidi*"; d.P.C.M. n. 319/2001, recante *Modificazioni ed integrazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 luglio 1995, n. 502, concernente il trattamento economico del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo delle aziende sanitarie*; d.P.C.M. n. 446/2000 recante *Individuazione delle modalità e delle procedure per il trasferimento del personale ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112*.

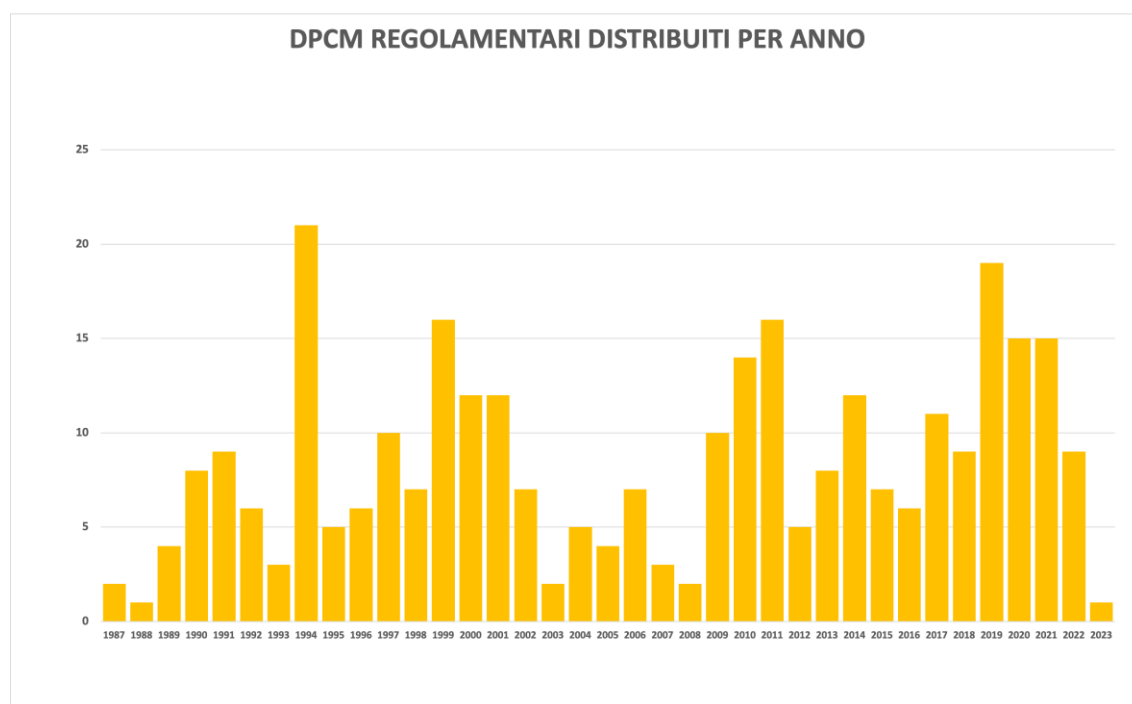
³⁵ Così G.U. Rescigno, *Il nome proprio degli atti normativi*, cit., p. 1505.

³⁶ Interessante notare che, al pari di quanto accade con i D.P.C.M. di natura regolamentare (cfr. *infra* § 2), anche quest'ultima tipologia di d.P.C.M. si riscontra un procedimento di formazione che passa attraverso concerti, intese e, in generale, coinvolge diversi soggetti interni ed esterni al Governo. Cfr., ad esempio: d.P.C.M. del 23-8-2022 *Assegnazione e modalità di trasferimento alle Regioni e alle Province Autonome di Trento e Bolzano delle risorse finanziarie della Missione 2, Componente 4, Sub-investimento* adottato su proposta del Capo del Dipartimento della Protezione Civile della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con l'intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano; d.P.C.M. 30-12-2022 *Riparto delle risorse destinate ad assunzioni a tempo determinato, anni dal 2022 al 2026, a favore dei comuni fino a 5.000 abitanti* adottato di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali ed emanato dal delegato Ministro per la pubblica amministrazione; d.P.C.M. 12-11-2021 *Riparto delle risorse per il conferimento di incarichi di collaborazione per il supporto ai procedimenti amministrativi connessi all'attuazione del PNRR* adottato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro per gli affari regionali e le autonomie e il Ministro per il sud e la coesione territoriale, d'intesa con la Conferenza unificata. Per una ricostruzione del sistema delle fonti nell'attuazione del PNRR v. E. Cavasino, *Le fonti nel piano nazionale di ripresa e resilienza: alla ricerca di nuovi vincoli "esterni" alla funzione normativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, in part. P. 110 ss.

³⁷ A tal riguardo vi è chi sottolinea che tutti i provvedimenti del Governo (e delle sue articolazioni interne) la cui conoscibilità sia indispensabile per consentire al Parlamento di svolgere le proprie funzioni costituzionali di indirizzo e controllo sull'attività dell'esecutivo dovrebbero trovare pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. In tale prospettiva, l'obbligo di pubblicità permane anche per i d.P.C.M. a contenuto provvedimentale e ciò in virtù di un principio generale dell'ordinamento che richiede che il soggetto che adotta un atto normativo od un atto provvedimentale di rilevanza generale debba assumere anche l'onere di forme adeguate di pubblicità collettiva, anche laddove non espressamente previste. Non è questa la sede per dimostrare la sussistenza nel nostro ordinamento di un tale principio, ma sembra connaturato con quello democratico e con

Essi non costituiscono oggetto principale della presente indagine in quanto la loro natura giuridica normativa non può che essere eventualmente valutata caso per caso³⁸. Tuttavia, laddove utile ed opportuno, si darà conto anche di questa circostanza.

Prima di entrare nel merito del presente studio, da ultimo, è utile evidenziare qualche dato quantitativo. I d.P.C.M. regolamentari si distribuiscono, su base annua, secondo una frequenza piuttosto altalenante ma che negli ultimi anni tende a consolidarsi (salvo per l'anno 2023 ancora in corso), come è possibile evidenziare nel grafico che segue.



Il dato numerico dimostra quanto il ricorso a regolamenti approvati tramite d.P.C.M. costituisca un fenomeno significativo e, pertanto, quanto sia opportuno approfondirne lo studio partendo, per le ragioni già richiamate, dai differenti procedimenti di formazione.

quello della trasparenza degli atti della pubblica amministrazione, così O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 61.

³⁸ Sarebbe bene evitare, in ogni caso, di lasciare alla discrezionalità del Governo la scelta relativa alla natura normativa o meno dell'atto a seconda del procedimento e della forma che il Governo stesso decide di attribuirgli. Sul punto cfr. M. Ainis, *Dalla produzione alla diffusione della regola: la conoscenza delle fonti normative tra vecchi equivoci e nuovi modelli*, in *Foro it.*, n. V/1987, p. 403 ss.

2. Un tentativo di classificazione in base ai differenti procedimenti di formazione.

La stratificazione dei numerosi interventi normativi che hanno disposto il ricorso ai d.P.C.M. ha dato luogo ad una varietà molto ampia di possibili soluzioni procedurali che, di volta in volta, attribuiscono un peso e un ruolo diverso al Presidente del Consiglio, al Consiglio dei ministri, al singolo Ministro o a soggetti esterni al governo. Tutti i d.P.C.M. oggetto della presente indagine, pertanto, sono stati distinti secondo elementi utili a individuare le principali caratteristiche del procedimento di formazione e il ruolo dei diversi soggetti coinvolti. In molti casi, infatti, l’emanazione da parte del Presidente del Consiglio giunge solo al termine di un procedimento variamente articolato che vede il coinvolgimento di soggetti che contribuiscono a definire o, quantomeno, a condizionare il contenuto dell’atto.

Per ogni d.P.C.M. è stata verificata la presenza o meno di uno o più dei seguenti elementi: a) iniziativa da parte di soggetti diversi dal Presidente del Consiglio; b) intese o concerti; c) deliberazione del Consiglio dei ministri; d) soggetti *sentiti* o *informati*; e) pareri. Occorre evidenziare che la ricognizione è resa particolarmente complessa dal fatto che tali elementi si presentano sia in maniera disgiunta sia in maniera congiunta e di ciò si cercherà di dar conto laddove utile e necessario. In ogni caso, uno schema riepilogativo complessivo è contenuto in appendice al presente lavoro con una ricognizione analitica che consente di verificare, per ogni d.P.C.M. oggetto dell’analisi, la presenza congiunta o disgiunta di ciascun elemento distintivo.

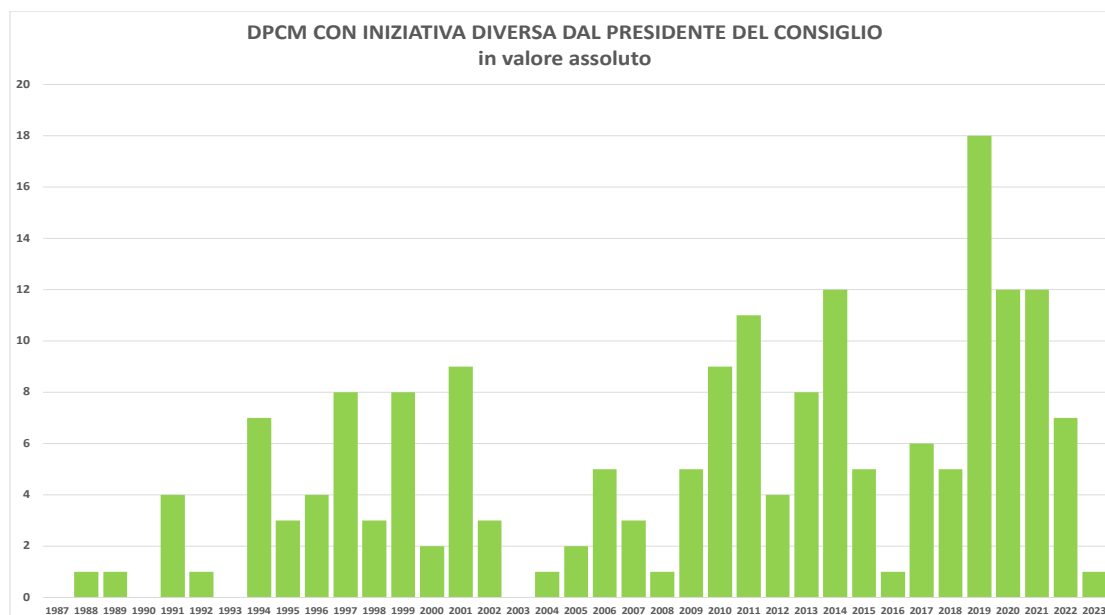
Gli elementi che caratterizzano la formazione dell’atto sono stati ricondotti all’interno di tre fasi che, sulla base di modelli consolidati, possono essere individuati in una fase di iniziativa, una fase costitutiva e una fase integrativa dell’efficacia.

2.1. La fase dell’iniziativa.

Il primo dato che emerge in buona parte dei d.P.C.M. oggetto di analisi è che già nella prima fase del procedimento di formazione, l’iniziativa appartiene a soggetti diversi dal Presidente del Consiglio. Più precisamente, ciò accade in 181 d.P.C.M. (sui 309 analizzati) e, tra questi, in circa il 90% dei casi la proposta proviene da uno o più ministri o da un

Comitato interministeriale. Dunque, si tratta prevalentemente di iniziativa endogovernativa. Solo in qualche caso la proposta proviene da soggetti esterni, come ad esempio dal CNIPA³⁹ o dalle Autorità garanti⁴⁰, in particolare quando si tratta della disciplina delle rispettive strutture organizzative. In linea di massima, inoltre, tutti i regolamenti che introducono o modificano la disciplina relativa all'organizzazione di un ministero o che interessano, in qualche modo, l'ambito di intervento di un ministero sono adottati su proposta del Ministro interessato⁴¹.

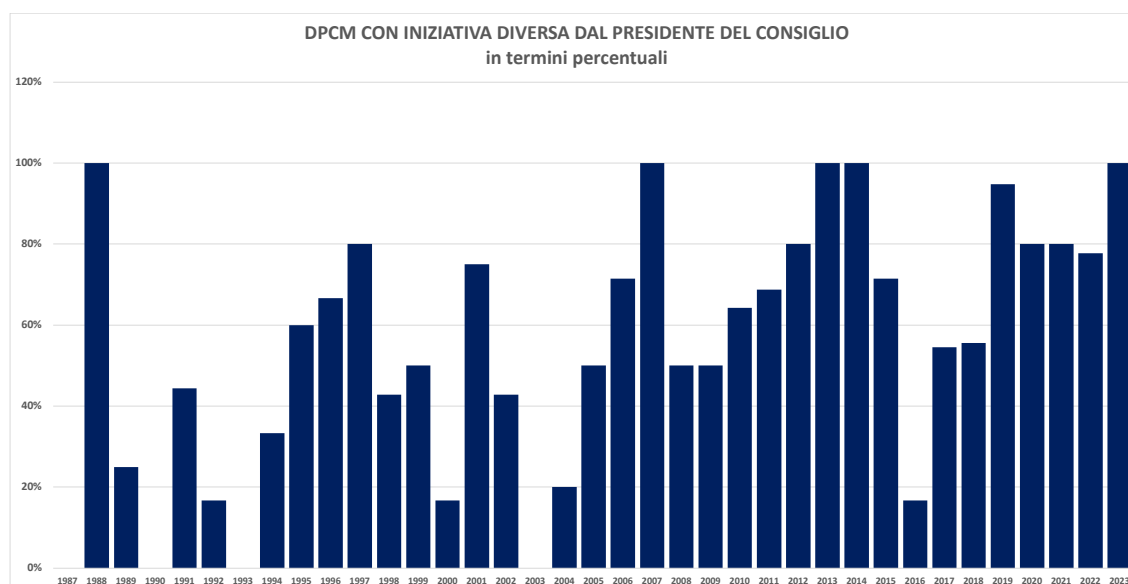
Dal punto di vista numerico i d.P.C.M. adottati su iniziativa specifica, se analizzati per ciascun anno, si distribuiscono in maniera abbastanza altalenante e, quando il dato viene considerato in termini percentuali rispetto al totale, non sembra potersi individuare un particolare trend ascendente o discendente.



³⁹ Cfr. d.P.C.M. n. 318/2006 *Regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, in attuazione degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.*

⁴⁰ Ad esempio v. il recente d.P.C.M. n. 43/2023 *Regolamento di organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112* o il d.P.C.M. n. 609/1994 *Regolamento recante norme per l'organizzazione ed il funzionamento della Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione*, entrambi adottati su proposta delle rispettive citate Autorità.

⁴¹ Gli esempi sono innumerevoli pertanto non si può che rinviare all'appendice per una ricognizione più specifica. Solo per citarne alcuni tra i più recenti: d.P.C.M. n. 109/22 *Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 luglio 2021, n. 128, di organizzazione del Ministero della transizione ecologica*, d.P.C.M. n. 102/2022 *Modifiche al regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 giugno 2015, n. 84, relativamente agli uffici centrali e articolazioni territoriali della Direzione generale dell'esecuzione penale esterna e di messa alla prova del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità*, d.P.C.M. n. 149/2021 *Regolamento di organizzazione del Ministero dello sviluppo economico*, adottati tutti su iniziativa dei ministri interessati.



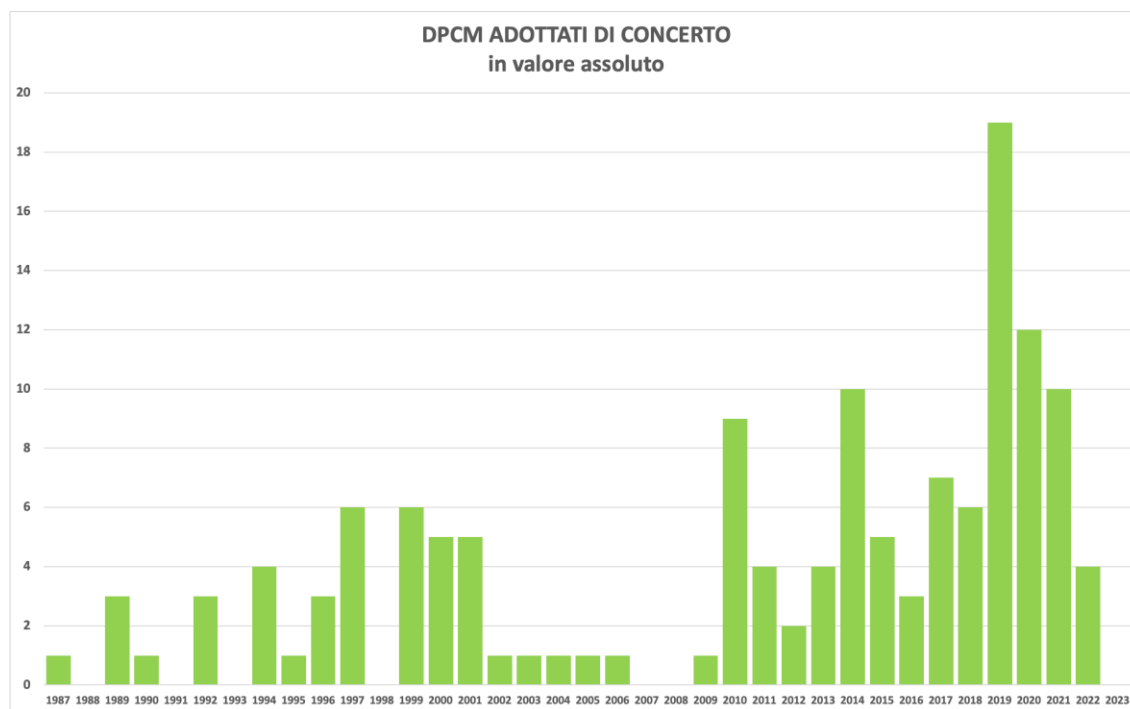
658

Il dato quantitativo è utile ad evidenziare, in ogni caso, il grado di diffusione della presenza di una proposta proveniente da un soggetto diverso dal Presidente del Consiglio, dimostrando che si tratta di un elemento fortemente caratterizzante i d.P.C.M. regolamentari. Molto spesso, peraltro, l'iniziativa è assunta tramite *concerto* con uno o più ministri o tramite intese. Si tratta di una ipotesi particolarmente interessante che testimonia la necessità di condivisione e di compartecipazione nella definizione del contenuto dell'atto. Pertanto, appare utile analizzare separatamente entrambe le circostanze.

L'iniziativa tramite concerto ricorre in 139 d.P.C.M. sui 309 analizzati. I ministri prevalentemente coinvolti, i quali firmano l'atto assieme al Presidente del Consiglio⁴², sono il Ministro dell'economia e delle finanze e quello per la pubblica amministrazione e la

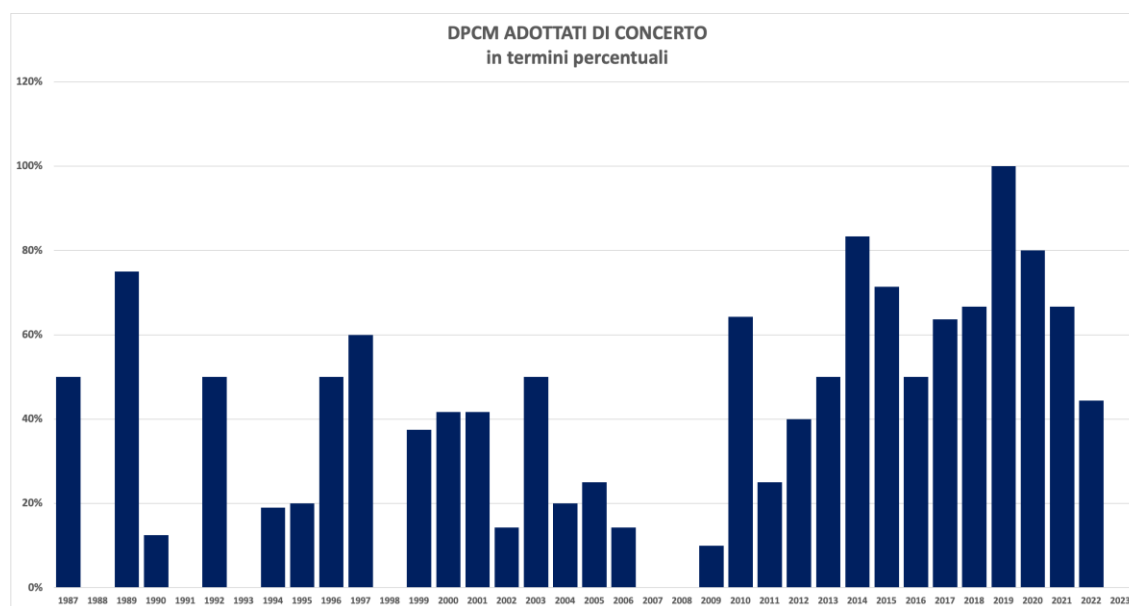
⁴² In giurisprudenza si ritiene necessario che gli atti adottati di concerto portino sia la firma dell'autorità *concertante*, sia quella dell'autorità *concertata*, così Cons. St., sez. VI, n. 1073/1978 e n. 80/1979. Il concerto, infatti, postula l'intervento nel procedimento di tutti gli organi concertati in posizione di parità alla fase costitutiva per cui l'atto va giuridicamente imputato a tutte le autorità che sono intervenute in tale fase e deve essere sottoscritto da tutte le predette autorità (cfr. TAR Lombardia, III, n. 44/1990, Cons. St., VI, n. 4302/2002 e, in dottrina, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 372 ss.).

semplificazione⁴³. Significativi anche i casi di concerto con il Ministro della salute⁴⁴. Dal punto di vista quantitativo i dati suddivisi per anno mostrano una generale crescita dei d.P.C.M. adottati previo concerto, sebbene la tendenza risulti più attenuata quando il dato viene espresso in termini percentuali rispetto al totale, come risulta dai grafici che seguono.



⁴³ Si tratta, in larga parte, dei regolamenti di organizzazione dei ministeri, cfr., ad esempio: d.P.C.M. n. 102/2021 *Regolamento di organizzazione del Ministero del turismo, degli Uffici di diretta collaborazione e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance*, d.P.C.M. n. 128/2021 *Regolamento di organizzazione del Ministero della transizione ecologica*, d.P.C.M. n. 196/2020 *Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione* ma il ministero dell'economia e delle finanze è coinvolto anche in altri ambiti, cfr.: d.P.C.M. n. 223/2021 *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, d.P.C.M. n. 196/2021 *Regolamento recante modalità per la concessione di un contributo, sotto forma di credito di imposta, sugli investimenti pubblicitari in favore di leghe e società sportive professionistiche e di società e associazioni sportive dilettantistiche*, d.P.C.M. n. 51/2020 *Regolamento in materia di anticipo del TFS/TFR, in attuazione dell'articolo 23, comma 7, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26*.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, d.P.C.M. n. 395/2001 *Recepimento della direttiva 99/32/CE relativa alla riduzione del tenore di zolfo di alcuni combustibili liquidi* oppure d.P.C.M. n. 434/2000 *Regolamento recante recepimento della direttiva 98/70/CE relativa alla qualità della benzina e del combustibile diesel*.



660

Non si può trascurare che, anche in questo caso, l’iniziativa previo concerto assume un carattere frequente e, quindi, elemento ormai caratterizzante il procedimento di formazione dei d.P.C.M. regolamentari. In circa un terzo dei casi, peraltro, al concerto con uno o più ministri si aggiunge anche, come si vedrà meglio in seguito, la successiva deliberazione del Consiglio dei ministri. Anche questo è un dato fortemente significativo poiché la partecipazione di alcuni ministri interessati all’adozione dell’atto, in questo caso, è duplice: nella fase del concerto, in cui il Ministro è individualmente portatore di volontà dello specifico ministero di cui è al vertice, e nella fase della deliberazione del Consiglio, in cui partecipa collegialmente al momento decisionale.

Il concerto, come è noto, è un istituto che si riscontra, di regola, nelle relazioni tra gli organi che compongono il Governo. L’autorità concertante elabora uno schema di provvedimento e lo trasmette all’autorità concertata, che si trova in posizione di parità rispetto alla prima. In ciò si differenzia dall’intesa che, invece, riguarda prevalentemente enti differenti e si riscontra tipicamente nel rapporto tra Stato e regioni⁴⁵. Più precisamente, organi diversi di uno stesso apparato amministrativo possono dare vita sia ad intese che a concerti mentre

⁴⁵ V. sul punto V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 378, secondo cui “l’intesa è simile al concerto, ma è istituto proprio delle relazioni intersoggettive”; più ampiamente cfr. A. Buccisano, *Intesa e concerto: analogie e differenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, p. 141. Anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 566, si sofferma sul medesimo aspetto per cui «il concerto è un istituto che si riscontra di norma nelle relazioni tra organi dello stesso ente» mentre «l’intesa, invece, viene di norma raggiunta tra enti differenti». Altri sembrano trattare in maniera equivalente i due istituti, cfr. B. Mattarella, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 305 ss.

soggetti amministrativi tra loro autonomi possono dare vita ad intese ma non a forme di accordo riconducibili al concerto⁴⁶. In entrambi i casi l'autorità concertata o quella con la quale si conclude l'intesa sono in grado di condizionare il contenuto dell'atto finale⁴⁷, infatti sia l'uno che l'altro caso richiedono un coordinamento dell'azione normativa fra centri di volontà differenti, in mancanza del quale verrebbe meno la possibilità di adottare l'atto. Tuttavia, mentre l'accordo raggiunto in sede di concerto raccoglie esso stesso il provvedimento che soddisfa l'interesse pubblico, l'accordo che sta alla base dell'intesa è funzionalmente propedeutico all'adozione di un successivo e diverso provvedimento che verrà assunto in via autonoma dall'amministrazione competente, la quale ne porterà, essa sola, la responsabilità nei confronti dei destinatari⁴⁸.

Il compito del Presidente di Consiglio di coordinare l'attività dei ministri al fine di mantenere, tra l'altro, l'unità di indirizzo politico e amministrativo, così come delineato dall'art. 95 Cost., rivela l'importanza del coordinamento interministeriale nell'organizzazione strutturale e funzionale dell'attività governativa. L'attività del Presidente del Consiglio nei confronti dei ministri, infatti, è stata descritta come attività (sovraordinata) di direzione e, nello stesso tempo, come attività (equiordinata) di coordinamento⁴⁹. In questa prospettiva, i d.P.C.M. adottati tramite concerto con uno o più ministri rappresentano proprio l'esempio più evidente di questo duplice ruolo del Presidente del Consiglio.

In linea generale la dottrina ha sottolineato che con la pratica del concerto “si prescrive un previo accordo fra il Ministro titolare dell'interesse prevalente all'adozione dell'atto e altri ministri portatori di interessi egualmente meritevoli di considerazione ed eventualmente confliggenti”⁵⁰. Nel caso in esame, l'accordo riguarda, più nello specifico, il Presidente del Consiglio (titolare verosimilmente dell'interesse prevalente in quanto soggetto che emana l'atto) e altri ministri portatori di interessi. In ciò sembra distinguersi la pratica del concerto con quella dei comitati interministeriali nella quale si istituzionalizza la collaborazione pariordinata di più ministri all'adozione dell'atto⁵¹, sebbene sul punto la dottrina mostri

⁴⁶ In questi termini R. Roffi, «Concerto» e «intesa» nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi, in *Giur. it.*, 1988, IV, p. 420.

⁴⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 447 ss.

⁴⁸ R. Roffi, «Concerto» e «intesa» nell'attività amministrativa, cit., p. 420.

⁴⁹ Così introduce il tema degli atti adottati tramite concerto F. Cuocolo, (voce) *Concerto (atti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, Ist. Enc. Italiana, 1988, p. 1.

⁵⁰ F. Cuocolo, *Concerto (atti di)*, cit., p. 2.

⁵¹ Sulla distinzione si rinvia a G. Correale, *Contributo allo studio del concerto*, Padova, Cedam, 1974, p. 198 ss.

sfumature diverse in quanto è stato sottolineato che anche in presenza di concerto tutti i soggetti che partecipano alla ponderazione sul contenuto dell'atto esprimono interessi di eguale livello⁵².

Il diverso *peso* che assume il concerto all'interno del procedimento di approvazione dei d.P.C.M. va pertanto analizzato caso per caso, a seconda del ruolo che di volta in volta assume il Ministro che partecipa al concerto. Nei frequenti d.P.C.M. relativi alla organizzazione dei ministeri, il concerto con il Ministro dell'economia mira, ad esempio, a verificare la compatibilità rispetto alle esigenze di bilancio e agli equilibri complessivi della finanza pubblica⁵³. Analogamente il concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione mira a verificare la compatibilità con il sistema di organizzazione complessiva della pubblica amministrazione, con le esigenze della semplificazione, nonché con gli obiettivi di efficacia e di efficienza. Ma non si può escludere che in altri casi i ministeri che partecipano alla decisione assunta di concerto possano far valere in maniera più incisiva le rispettive posizioni sul contenuto dell'atto nell'ambito di competenze più ampie.

La seconda ipotesi presa in esame, oltre al concerto, riguarda i d.P.C.M. assunti previa intesa. Dal punto di vista quantitativo essi rappresentano l'11% del totale (esattamente ne risultano 34 su 309). Non sono molto numerosi ma la loro presenza contribuisce a far emergere, assieme al concerto, un altro importante elemento di condivisione del procedimento di formazione dell'atto con soggetti diversi dal Presidente del Consiglio. Intese e concerti, infatti, dimostrano entrambi che l'approvazione del d.P.C.M. richiede una convergenza di volontà dell'organo che assume l'iniziativa rispetto ad altri soggetti sia interni che esterni al Governo.

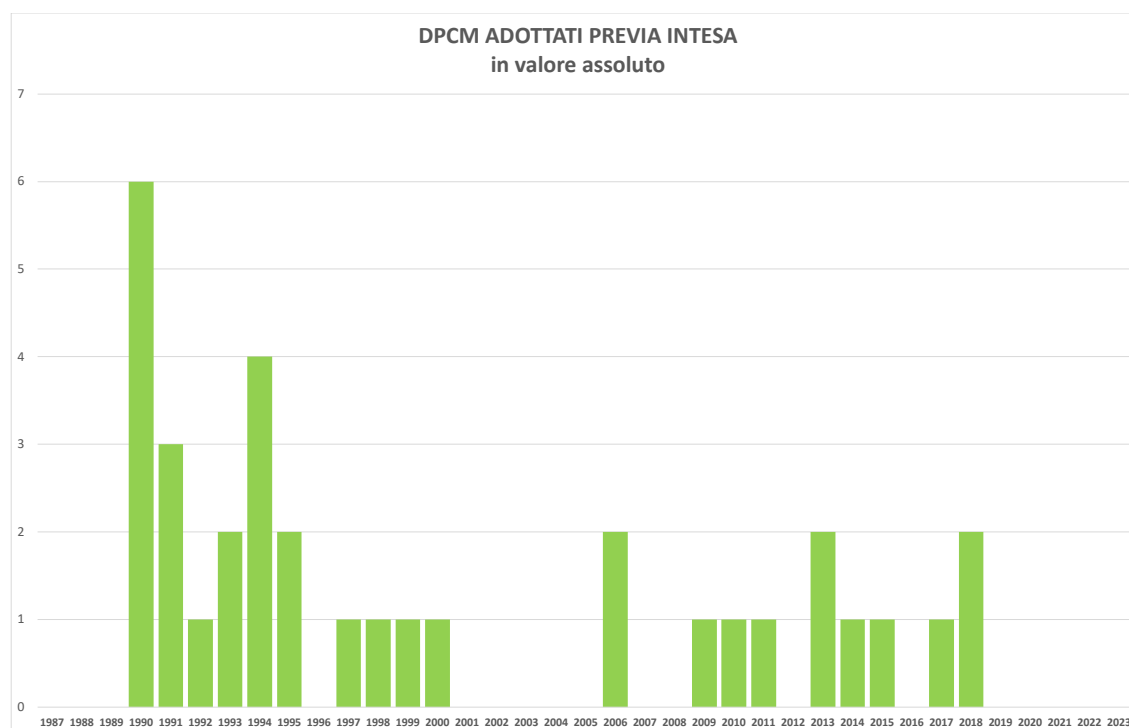
Come già è stato evidenziato in dottrina, non è possibile collocare l'intesa all'interno di una figura unitaria. In linea generale, infatti, essa trova impiego in numerose e differenti circostanze, manifestando la propria funzione specie quando si tratta di disciplinare situazioni e rapporti caratterizzati da una posizione di autonomia dei soggetti coinvolti che richiedono di convergere su una posizione comune. Così si possono trovare intese nelle relazioni internazionali, nei rapporti tra Stato ed enti territoriali o nella collaborazione tra enti in generale⁵⁴.

⁵² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, 301, vol. II, pp. 862 e 907.

⁵³ Sul punto v. anche A. Monaco, (voce) *Concerto (Atti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, Ist. Enc. Italiana, 1961, p. 365.

⁵⁴ G. Rizza, (voce) *Intese*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, Ist. Enc. Italiana, 1989, p. 1.

Nel caso dei d.P.C.M. regolamentari l'intesa è generalmente richiesta quando occorre coinvolgere una o più regioni⁵⁵ oppure interessare la Conferenza unificata⁵⁶ o la Conferenza permanente Stato/regioni⁵⁷. Abbastanza frequente anche l'intesa con singoli ministri⁵⁸. Il campo di impiego dell'intesa, infatti, non esclude i rapporti interorganici mentre il concerto, come si è già visto, riguarda esclusivamente questa tipologia di rapporti. Come si evince dai grafici che seguono, le intese risultano un po' più frequenti nel corso degli anni novanta mentre tendono a diminuire in tempi più recenti.

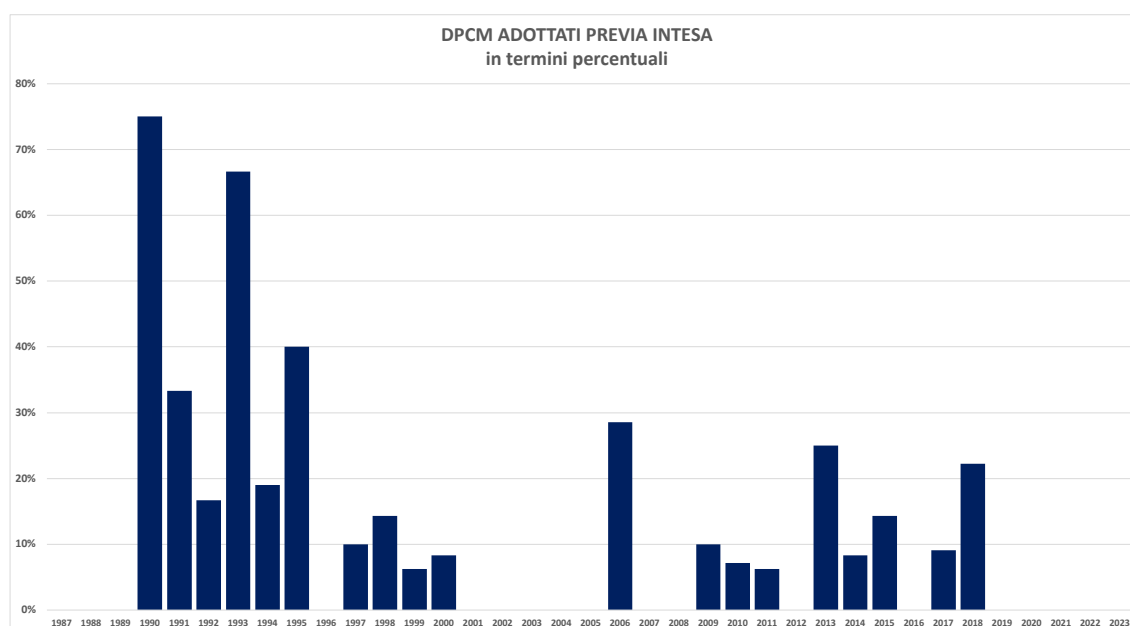


⁵⁵ V., ad esempio, il d.P.C.M. n. 262/1988 *Piano quinquennale di disinquinamento del bacino idrografico dei fiumi Lambro, Olona e Seveso* o il d.P.C.M. n. 212/2009 *Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)*, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246.

⁵⁶ A titolo esemplificativo: d.P.C.M. n. 185/2006 *Regolamento recante modalità e criteri per l'individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap*, ai sensi dell'articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, d.P.C.M. n. 159/2012 *Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE)*, d.P.C.M. n. 21/2017, *Regolamento recante criteri e modalità di attuazione dell'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali*.

⁵⁷ È il caso del d.P.C.M. n. 242/2010 *Definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che concorrono all'assolvimento delle operazioni doganali di importazione ed esportazione*.

⁵⁸ Tra i tanti cfr. il d.P.C.M. n. 109/1990 *Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento per gli affari sociali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri* adottato d'intesa con il Ministro per gli affari sociali o il d.P.C.M. n. 405/1997 *Regolamento recante istituzione ed organizzazione del Dipartimento per le pari opportunità nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei ministri* adottato d'intesa con il Ministro per le pari opportunità.



In qualche caso, intese e concerti si riscontrano entrambi nel medesimo procedimento di formazione⁵⁹, tuttavia l'intesa viene generalmente considerata una figura procedimentale più attenuata rispetto al concerto⁶⁰ sebbene entrambi siano in grado di condizionare in varia misura l'esercizio del potere dell'autorità decidente. In analogia con quanto avviene nel caso del concerto, infatti, non si può escludere che il mancato raggiungimento di una intesa apra un conflitto potenzialmente in grado anche di impedire l'adozione dell'atto.

Nell'intesa il titolare del potere di adottare l'atto finale (nello specifico il Presidente del Consiglio o il Ministro proponente) «dà atto dell'intesa e dunque dell'*idem consensus*, mentre nel concerto anche le autorità concertate devono sottoscrivere il provvedimento» sicché l'intesa si distingue dal concerto soprattutto perché caratterizzata da flessibilità e si presta ad una più agevole espressione delle esigenze dell'autonomia e a una più informale e sensibile valutazione di esse. In sintesi, lo strumento dell'intesa si sostanzia in una

⁵⁹ È il caso, ad esempio, del d.P.C.M. n. 589/1995 *Regolamento concernente modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 giugno 1992, n. 366, recante norme per l'organizzazione ed il funzionamento della segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano*, adottato d'intesa con il Ministro del tesoro e di concerto con il Ministro per la funzione pubblica e gli affari regionali.

⁶⁰ G. Rizza, (voce) *Intesa*, cit., p. 1.

paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto, da realizzare e ricercare, laddove occorra, attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolano il raggiungimento di un accordo⁶¹.

2.2. La fase costitutiva.

Prima dell'emanazione da parte del Presidente del Consiglio il procedimento di formazione dei d.P.C.M. regolamentari molte volte prevede la deliberazione del Consiglio dei ministri. Si tratta di un passaggio che si può collocare all'interno della fase costitutiva dell'atto. Tale circostanza ricorre in 68 d.P.C.M. sui 309 analizzati (pari al 22% del totale). Da un certo punto di vista, la deliberazione del Consiglio dei ministri rende manifesta la necessità politica di una assunzione di responsabilità più ampia rispetto a quella del solo Presidente del Consiglio⁶². E in effetti ciò accade solitamente in quei regolamenti che si occupano di questioni sulle quali occorre coinvolgere l'intera compagine di governo. Tra questi spiccano, in maniera prevalente, i decreti che disciplinano l'organizzazione dei ministeri⁶³. In passato, i regolamenti disciplinanti l'organizzazione dei ministeri assumevano, in via generale, la forma del d.P.R., pertanto erano deliberati dal Consiglio dei ministri e costituivano chiara espressione di una volontà collegiale. Il decreto-legge n. 95/2012 ha introdotto la possibilità di utilizzare lo strumento del d.P.C.M., anziché il d.P.R., col fine dichiarato di «semplificare ed accelerare» il riordino dei ministeri⁶⁴. In successivi interventi

⁶¹ G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo, Parte generale*, I, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 692 ma cfr. anche Corte cost., sent. n. 21/1992, p.to 3 *cons. in dir.*

⁶² In questi termini M. Rubechi, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 102, secondo il quale si è dato vita, in questo modo, ad un ibrido fra il d.P.C.M. approvato sotto forma di regolamento ministeriale e d.P.R., con la differenza fondamentale data dall'assenza di controllo obbligatorio da parte del Consiglio di Stato.

⁶³ La casistica è molto ampia e per una verifica analitica si rinvia all'Appendice di questo lavoro. A titolo meramente esemplificativo sia sufficiente richiamare, tra i più recenti: d.P.C.M. n. 166/2020 *Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione*, d.P.C.M. n. 103/2019 *Regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze*, d.P.C.M. n. 169/2019 *Regolamento di organizzazione del Ministero della cultura, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance*, successivamente modificato dal d.P.C.M. n. 123/2021 *Regolamento concernente modifiche al regolamento di organizzazione del Ministero della cultura, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance*.

⁶⁴ L'art. 2, comma 10-ter, decreto-legge n. 95/2012 ha disposto che «a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino al 31 dicembre 2012» e «al fine di semplificare ed accelerare» il riordino dei ministeri, i relativi regolamenti di organizzazione siano adottati con decreto del

legislativi la prassi di disciplinare l'organizzazione dei ministeri attraverso d.P.C.M. si è consolidata, anche attraverso differenti previsioni procedurali. Ad esempio, il decreto-legge n. 22/2021 stabilisce che «i regolamenti di organizzazione dei Ministeri dello sviluppo economico, della transizione ecologica, della cultura, delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del turismo, ivi inclusi quelli degli uffici di diretta collaborazione, sono adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri» (art. 10, c. 1). Ai meccanismi di raccordo con uno o più ministri precedentemente richiamati si aggiunge, dunque, la deliberazione del Consiglio dei ministri⁶⁵.

Interessante notare che in alcuni casi il procedimento di approvazione contiene una duplice deliberazione del Consiglio dei ministri, di cui una «preliminare»⁶⁶. Ciò costituisce un ulteriore elemento atto a dimostrare che la volontà che si manifesta nel d.P.C.M. è spesso il risultato di una decisione condivisa, una convergenza di volontà che talora richiede anche più di una seduta del Consiglio dei ministri, verosimilmente anche per facilitare il raggiungimento di concerti e intese.

La ragione del passaggio dal d.P.R. al d.P.C.M. adottato previa deliberazione del Consiglio dei ministri nella disciplina sull'organizzazione dei ministeri sembra riconducibile

Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze.

⁶⁵ E si può ritenere che ciò valga anche in quei casi (piuttosto sporadici) in cui la deliberazione del Consiglio dei ministri è registrata come un semplice «assenso», cfr. ad esempio: d.P.C.M. n. 208/2002 *Approvazione del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa* e, di conseguenza, d.P.C.M. n. 297/2003, *Regolamento recante modifica dell'articolo 57 del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa, approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 luglio 2002, n. 208*". Vi sono anche d.P.C.M. che recano in alcuni casi un semplice parere del Consiglio dei ministri ma si tratta di atti non numerati, pertanto estranei al presente studio. A titolo meramente ricognitivo si vedano, ad esempio: d.P.C.M. 8-4-2014 *Conferimento dell'incarico per gli affari regionali e le autonomie al Ministro senza portafoglio Maria Carmela Lanzetta*, i d.P.C.M. 23-4-2014 *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio on. avv. Maria Elena Boschi per le riforme costituzionali, i rapporti con il Parlamento e il programma di Governo*, *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio on. dott.ssa Maria Anna Madia per la semplificazione e la pubblica amministrazione*, *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio dott.ssa Maria Carmela Lanzetta per gli affari regionali e le autonomie*, *Delega di funzioni al Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali Maurizio Martina per l'Expo 2015 (esclusa l'adozione di atti riguardanti la governance)*, *Delega di funzioni al Ministro del lavoro e delle politiche sociali Giuliano Poletti in materia di politiche giovanili, servizio civile nazionale, integrazione, famiglia*, *Delega al Ministro dell'interno Angelino Alfano a presiedere la Conferenza Stato-città ed autonomie locali congiuntamente al Ministro per gli affari regionali e le autonomie dott.ssa Maria Carmela Lanzetta, per le materie di competenza di quest'ultima*.

⁶⁶ Accade in 22 d.P.C.M. tra quelli analizzati. Molti di questi riguardano sempre la disciplina di organizzazione dei ministeri (v. ad esempio: d.P.C.M. n. 164/2020 recante *Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'università e della ricerca*) ma la circostanza si rinviene anche in altri ambiti (cfr. ad esempio: d.P.C.M. n. 453/2001 *Regolamento generale di disciplina relativa agli obbiettivi di coscienza, a norma dell'articolo 8, comma 2, lettera i), della legge 8 luglio 1998, n. 230*).

all'esigenza di disporre di uno strumento più rapido e flessibile, necessario a garantire la piena funzionalità del ministero in tempi ragionevoli. Ma non sono solo i d.P.C.M. che si occupano della disciplina organizzativa dei ministeri ad essere approvati previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Tra i casi più ricorrenti vi è la previsione contenuta nella legge di contabilità pubblica del 2009⁶⁷ con riferimento alle clausole di salvaguardia. Essa prevede che, qualora si riscontrino scostamenti tra la quantificazione degli oneri prevista dalla legge nell'esercizio finanziario in corso e quelli che effettivamente si verificano durante l'attuazione, si può procedere alla copertura mediante riduzioni degli stanziamenti utilizzabili relativi al medesimo stato di previsione attraverso un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in attesa delle correzioni normative da apportare per gli esercizi successivi. Tuttavia, nel caso in cui gli stanziamenti individuati con decreto ministeriale non consentano una copertura integrale, è previsto che si intervenga con d.P.C.M. approvato «previa deliberazione del Consiglio dei ministri», corredato da un'apposita relazione che indichi le cause i metodi utilizzati per la quantificazione degli stessi.

Nella prima ipotesi la decisione appare più tecnica e, dunque, rimessa alla volontà del solo Ministro dell'economia, in quanto è possibile procedere con le risorse dei ministeri interessati. Nella seconda ipotesi, invece, la decisione sembra caratterizzata da una natura maggiormente politica in quanto bisogna ricorrere a risorse finanziarie che vanno oltre la dotazione del singolo ministero, in particolare coinvolgendo anche gli altri ministeri. Questo impone che la decisione sia maggiormente condivisa e, pertanto, sembra così emergere la *ratio* per la quale occorre sottoporre il d.P.C.M. alla deliberazione dell'intero Consiglio dei ministri.

Il ricorso ai d.P.C.M. adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri si rinviene anche nelle bozze di intese predisposte dal primo governo Conte con le regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna per l'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. (il cosiddetto regionalismo differenziato). Esse non sono mai state approvate anche in seguito alle dimissioni del Presidente del Consiglio nell'estate del 2019, tuttavia era previsto che il

⁶⁷ Legge n. 196/2009, *Legge di contabilità e finanza pubblica*. Peraltro il ricorso al d.P.C.M. si riscontra, in linea generale, proprio quando occorre uno strumento normativo flessibile e occorre assicurare rapidità nella decisione. Sin dal periodo statutario si sottolineava che «quando la legge attribuisce al ministro o al Capo del Governo la facoltà di regolamentare in una data materia, essa non voglia semplicemente il mutamento dell'organo di emanazione, ma anche una forma di regolamentazione diversa dalla normale, e cioè più sollecita, più semplice, scevra di solennità», così P. Virga, *La potestà normativa del Capo del Governo*, cit., p. 93.

trasferimento di beni, risorse finanziarie e strumentali necessarie all'esercizio di ulteriori forme di autonomia attribuite dallo Stato alla regione interessata venisse effettuato tramite uno o più d.P.C.M. previa deliberazione del Consiglio dei ministri⁶⁸.

Più recentemente, la legge sul bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025⁶⁹ prevede, per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e i correlati costi e fabbisogni standard, il ricorso a d.P.C.M. adottati su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Sullo schema di decreto deve essere acquisita anche l'intesa della Conferenza unificata⁷⁰. Alla stessa procedura fa espresso rinvio anche il recente disegno di legge sull'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario approvato in Consiglio dei ministri il 15 marzo 2023⁷¹.

In dottrina è stato opportunamente evidenziato che i d.P.C.M. adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri costituiscono una deroga implicita all'art. 1, c. 1, lett. ii), legge n. 13/1991, laddove dispone che tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei ministri devono essere adottati con decreto del Presidente della Repubblica. Tuttavia, con riferimento ad esempio al regolamento interno del Consiglio dei ministri, già la legge n. 400/1988, all'art. 4, c. 4, espressamente prevedeva che esso fosse deliberato dall'intero organo collegiale ma adottato con d.P.C.M., anziché con decreto del Presidente della Repubblica. La *ratio* sembra essere, in questo caso, quella di garantire piena autonomia al Governo nel disciplinare il funzionamento interno dei propri organi⁷². Come si è visto, tuttavia, sono numerosi i casi in cui ciò accade e non può sempre invocarsi l'esigenza di una particolare autonomia del Governo o del Presidente del Consiglio.

⁶⁸ Ne dà conto M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 103.

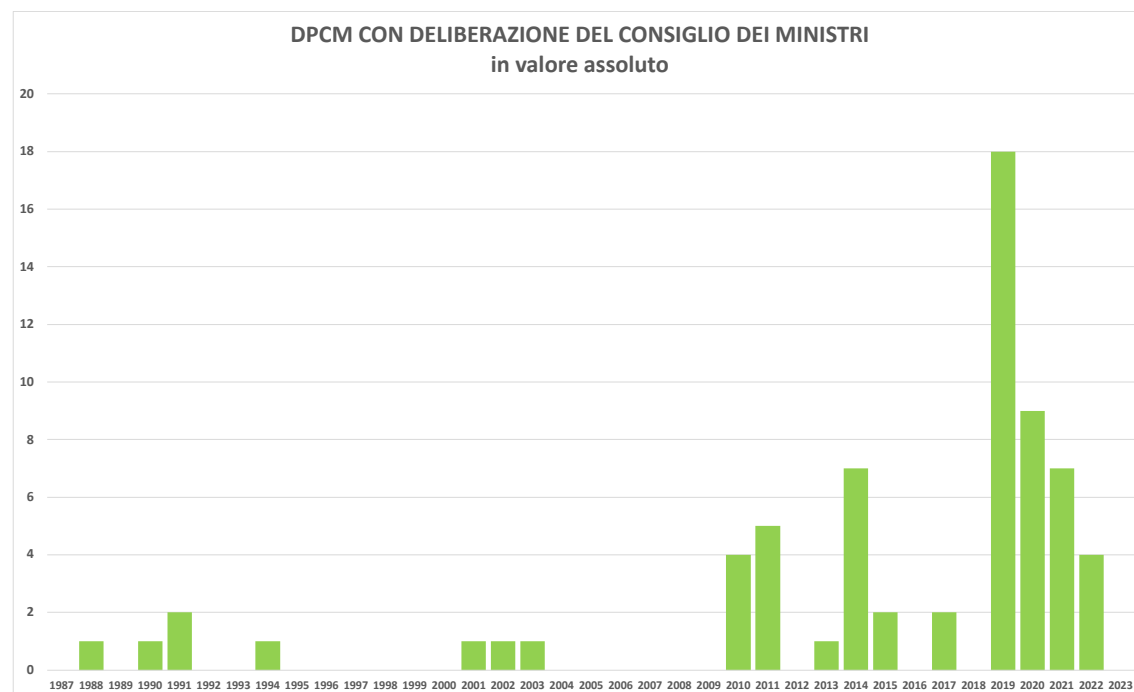
⁶⁹ Art. 1, c. 796, legge n. 197/2022.

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 281/1997. Peraltro, già da tempo si era assistito all'utilizzo del d.P.C.M. per la fissazione dei livelli essenziali di assistenza e sanitari (d.P.C.M. del 12-01-2017, *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, che ha sostituito il d.P.C.M. del 29 novembre 2001). Sul punto cfr. i rilievi critici di R. Calvano, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-2023, tra crisi, emergenze e squilibri della forma di governo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2023, p. 47 ss.

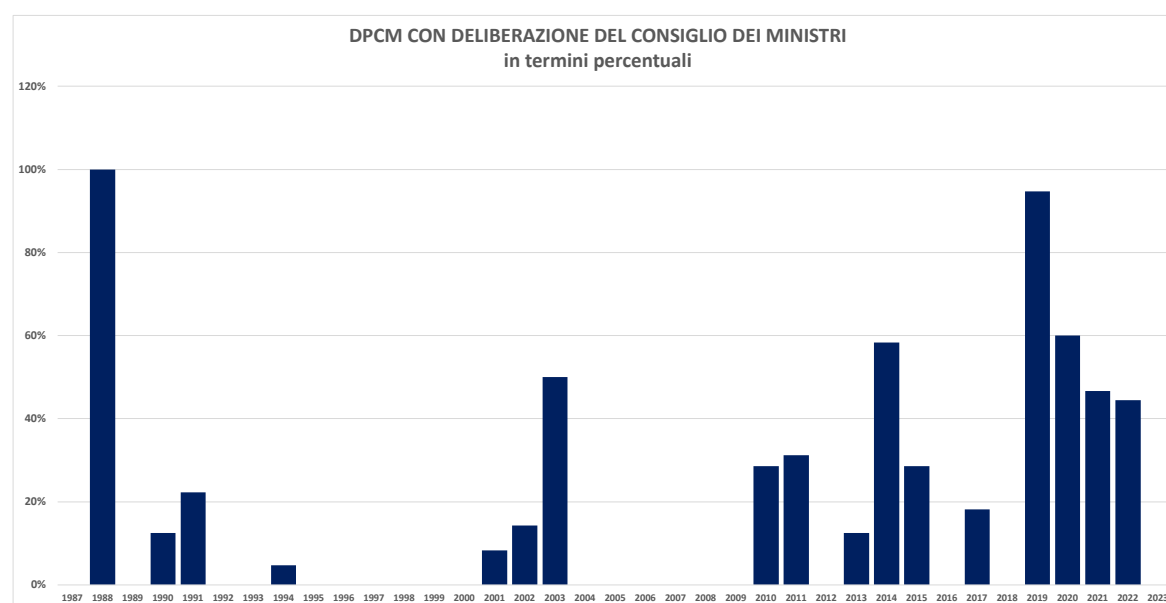
⁷¹ Cfr. art. 3, c. 1, del disegno di legge recante *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, assegnato alla 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali) del Senato in sede referente il 26 aprile 2023. Esprime perplessità, al riguardo, R. Calvano, *Appunti sulle fonti del diritto del periodo 2020-2023*, cit., p. 21, la quale evidenzia "un'attuazione che rischia di venire affidata a strumenti normativi ancora una volta inappropriati, con una complessiva sottovalutazione dell'impatto che la scelta nel ventaglio delle possibili fonti normative potrà produrre, ridondando in scompensi a catena sul sistema delle autonomie".

⁷² Così O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 55.

Dal punto di vista numerico, e distinguendo i d.P.C.M. adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri in base all'anno di adozione, emerge una maggiore diffusione soprattutto negli ultimi anni.



669



Il dato quantitativo dimostra che anche la deliberazione del Consiglio dei ministri non è un elemento accidentale o straordinario del procedimento di formazione del d.P.C.M. ma costituisce sempre più un elemento caratterizzante, specie negli anni più recenti. Infine, è utile annotare che la presenza di una deliberazione del Consiglio dei ministri non si rinviene solo nei d.P.C.M. di natura regolamentare ma anche in altri, tra cui quelli non numerati che non formano oggetto del presente studio⁷³.

Oltre alla deliberazione da parte del Presidente del Consiglio il procedimento di formazione dei d.P.C.M. regolamentari è spesso caratterizzato anche dall'adozione previo rilascio di pareri. Prima di soffermarsi su tale ipotesi, occorre distinguere i pareri che la singola fonte autorizzativa richiede di volta in volta a seconda del diverso contenuto dell'atto rispetto al parere obbligatorio rilasciato dal Consiglio di Stato, previsto in linea generale dalla legge n. 400/1988. Precisamente ci si riferisce all'art. 17 il quale stabilisce che i d.P.R. adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri, i regolamenti ministeriali ed interministeriali, sono approvati previo parere del Consiglio di Stato e sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti⁷⁴.

Come si è avuto già modo di sottolineare, l'assenza di un esplicito riferimento al procedimento di formazione dei d.P.C.M. aveva indotto ad assimilare quelli di natura regolamentare ai decreti ministeriali con la conseguenza che in entrambi i casi fosse obbligatorio il parere del Consiglio di Stato e la registrazione della Corte dei conti. Lo

⁷³ Dal citato Rapporto del 2016 v., ad esempio: d.P.C.M. 14-3-2014, *Approvazione del piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria, a norma dell'articolo 1, commi 5 e 7, del decreto-legge 4 giugno 2013, n. 61, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2013, n. 89*; d.P.C.M. 23-7-2014, *Adozione delle note metodologiche e dei fabbisogni standard per ciascun Comune e Provincia relativi alle funzioni generali di amministrazione di gestione e controllo*; d.P.C.M. 1-12-2014, *Proroga dello stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nel territorio dei comuni di Treviso e Vicenza*; d.P.C.M. 20-1-2015, *Proroga dello stato di emergenza determinatosi nel settore del traffico e della mobilità nell'asse autostradale Corridoio V dell'autostrada A4 nella tratta Quarto d'Altino - Trieste e nel raccordo autostradale Villesse - Gorizia*; d.P.C.M. 27-3-2015, *Adozione delle note metodologiche e dei fabbisogni standard per ciascun comune delle regioni a Statuto ordinario, relativi alle funzioni di istruzione pubblica, nel campo della viabilità e dei trasporti, di gestione del territorio e dell'ambiente e nel settore sociale*; d.P.C.M. 11-6-2015, *Approvazione della Variante al Piano stralcio per l'assetto idrogeologico - rischio di frana, relativamente ai comuni di Cervinara, Sant'Angelo a Cupolo, Torrioni e Vitulano*; d.P.C.M. 7-8-2015, *Approvazione del Piano di gestione dei bacini idrografici del distretto della Sicilia*; d.P.C.M. 13-11-2015, *Approvazione del Piano stralcio per l'assetto idrogeologico del sottobacino del fiume Fella*.

⁷⁴ Ciò vale anche per i regolamenti che recepiscono gli accordi collettivi nel pubblico impiego e, deve ritenersi, per i regolamenti di attuazione delle direttive comunitarie, non essendo ostativo a tale regola generale l'eventuale parere delle Commissioni parlamentari. Cfr. sul punto: A. Cerri, *Regolamenti*, cit., p. 8. La registrazione della Corte dei conti ha effetto sospensivo per l'entrata in vigore del regolamento (Cons. St., sez. IV, sent. n. 277/1974).

stesso Consiglio di Stato si è più volte espresso per una assimilazione tra il regime di approvazione dei d.m. e quello dei d.P.C.M. regolamentari, estendendo a questi ultimi sia le forme previste dell'art. 17 sia il suo stesso parere obbligatorio⁷⁵. Tuttavia, la questione è sempre stata caratterizzata da una certa ambiguità poiché successivi interventi legislativi hanno esonerato alcune tipologie di d.P.C.M. di natura regolamentare dall'obbligo di ottenere il parere del Consiglio di Stato⁷⁶.

In effetti la presente indagine sui d.P.C.M. regolamentari mostra che non tutti presentano detto parere⁷⁷ soprattutto perché in diverse occasioni è la stessa fonte autorizzativa a prevederne soltanto la facoltà e non l'obbligo. Ad esempio, con particolare riferimento ai d.P.C.M. di organizzazione dei ministeri, l'art. 2, c. 10-ter, decreto-legge n. 95/2012 ha stabilito che essi sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, mentre rientra nella facoltà del Presidente del Consiglio richiedere anche il parere del Consiglio di Stato.

Sotto il profilo quantitativo, dei 309 d.P.C.M. oggetto di indagine sono 54 quelli privi del parere del Consiglio di Stato e in larga parte si tratta, ancora una volta, di decreti che disciplinano l'organizzazione dei ministeri. Le ragioni che spingono ad evitare il parere del Consiglio di Stato sono verosimilmente riconducibili ad esigenze di celerità. L'art. 17, c. 1 della legge n. 400/1988 prevede che il parere del Consiglio di Stato debba essere rilasciato entro 90 giorni (l'eventuale inutile decorso del termine deve ritenersi equivalente a parere favorevole⁷⁸). La legge n. 127/1997 appena richiamata, prevede che il Consiglio di Stato disponga di 45 giorni, con la possibilità anche di sospendere il termine per richiedere ulteriori elementi istruttori, ricevuti i quali il parere è da rendere entro ulteriori 20 giorni. Inoltre, è utile ricordare che i termini previsti dalla legge riguardano la deliberazione del parere da parte del Consiglio di Stato e non la trasmissione all'amministrazione richiedente, per cui possono trascorrere ulteriori giorni prima che il decreto possa essere effettivamente emanato.

Con riferimento ai pareri diversi da quello del Consiglio di Stato, l'analisi effettuata sui 309 d.P.C.M. che presentano i requisiti formali di regolamento ha consentito di rilevarne la

⁷⁵ Cfr. il parere n. 379/2020 oppure, ancor prima, il parere n. 26/1996 e il n. 1695/2016.

⁷⁶ La legge n. 127/1997, ad esempio, formalizza il parere obbligatorio esclusivamente per i d.P.R. e per i decreti «dei singoli ministri, ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400» (art. 17, comma 25), il che ha reso dubbia l'estensione automatica di tale forma di controllo anche ai decreti del Presidente del Consiglio di natura normativa, cfr. M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 807.

⁷⁷ Basti pensare alla formula, espressamente richiamata in premessa in diversi d.P.C.M., con la quale essi non vengono sottoposti al parere del Consiglio di Stato per «ragioni di speditezza e celerità».

⁷⁸ In questo senso A. Cerri, *Regolamenti*, cit. p. 8.

presenza in 66 casi (pari al 21% del totale). Si tratta di pareri rilasciati da soggetti sia interni che esterni al Governo, in prevalenza di Commissioni parlamentari⁷⁹, di Comitati interministeriali⁸⁰, di Autorità garanti⁸¹. In molti casi, inoltre, il parere viene richiesto per coinvolgere gli enti territoriali attraverso una procedura meno vincolante rispetto alle intese (numerosi i D.P.C.M. adottati previo parere della Conferenza permanente Stato/regioni⁸² o della Conferenza unificata⁸³).

Tra le ipotesi che prevedono la richiesta di pareri, è interessante annotare anche la disciplina sui regolamenti esecutivi relativi al sistema di informazione per la sicurezza e il segreto di

⁷⁹ Gli esempi sono molteplici, solo per citare i più recenti, sono stati adottati previo parere di Commissioni parlamentari il d.P.C.M. n. 179/2020 *Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*, il d.P.C.M. n. 180/2020 *Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*, il d.P.C.M. n. 223/2021 *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, il d.P.C.M. n. 81/2021 *Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza*, il d.P.C.M. n. 224/2021 *Regolamento del personale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*. In dottrina si sottolinea la particolare rilevanza dei pareri resi dalle Commissioni parlamentari su atti del Governo dal momento che, nonostante la qualificazione consultiva del parere, la diretta legittimazione democratica dell'organo consente una importante e "non negabile azione di influenza", cfr. F. Trimarchi, (voce) *Parere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, Ist. Enc. Italiana, 1990, p. 10.

⁸⁰ Ad esempio sono stati adottati con il parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica il d.P.C.M. n. 475/1987 *Approvazione del regolamento della biblioteca centrale del Consiglio nazionale delle ricerche* e il d.P.C.M. n. 408/1987 *Approvazione del regolamento concernente la determinazione del numero e della competenza dei comitati nazionali di consulenza del Consiglio nazionale delle ricerche, nonché le modalità per lo svolgimento delle elezioni e per le nomine dei relativi membri*. Invece risulta adottato col parere del soppresso Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica nel Trasporto il d.P.C.M. n. 315/1992 recante *Regolamento recante compiti, modalità di funzionamento e articolazione degli Uffici del Segretario del Comitato interministeriale per la programmazione economica nel trasporto*.

⁸¹ Ad esempio è adottato con il parere dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali il d.P.C.M. n. 242/2010 *Definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che concorrono all'assolvimento delle operazioni doganali di importazione ed esportazione*, mentre è adottato con il parere dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali e dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione il d.P.C.M. n. 208/2002 *Regolamento per la determinazione del modello e delle modalità di tenuta del registro dei casi di mesotelioma asbesto correlati ai sensi dell'articolo 36, comma 3, del decreto legislativo n. 277 del 1991*.

⁸² Si tratta, ad esempio, del d.P.C.M. n. 329/2001 *Regolamento recante norme per l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale* o del d.P.C.M. n. 231/2011 *Regolamento di attuazione dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, recante "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro", relativamente all'individuazione delle particolari esigenze connesse all'espletamento delle attività del Dipartimento della protezione civile, nel conseguimento delle finalità proprie dei servizi di protezione civile*.

⁸³ Si vedano, ad esempio, il d.P.C.M. n. 34/2021 *Regolamento concernente la regolamentazione dei criteri di riparto del «Fondo per gli investimenti delle isole minori»*, di cui all'articolo 1, comma 553, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, annualità 2020, 2021 e 2022, il d.P.C.M. n. 12/2018 *Regolamento recante istituzione di Zone economiche speciali (ZES)* o il d.P.C.M. n. 43/2009 *Regolamento recante istituzione e funzionamento del nuovo Osservatorio nazionale sulla famiglia*.

Stato contenuta nella legge n. 124/2007⁸⁴ la quale prevede che le disposizioni di carattere regolamentare necessarie a dare attuazione alla stessa legge siano emanate con uno o più d.P.C.M. adottati «anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, previo parere del Comitato parlamentare di cui all'articolo 30 e sentito il CISR».

A differenza di quanto accade con le intese o i concerti, attraverso il parere l'obiettivo non è quello di raggiungere un accordo, uno scopo comune o un contenuto condiviso dell'atto. Col parere «non è possibile concertarsi» in quanto «è un atto di valutazione o di apprezzamento e si risolve nell'enunciazione di un giudizio valutativo (e quindi non vincolato) circa l'oggetto della conoscenza»⁸⁵.

L'esigenza di condivisione della decisione contenuta nei d.P.C.M. è testimoniata anche dalle numerose occasioni in cui il procedimento prevede che taluni soggetti, interni o esterni al Governo, siano *sentiti* o *informati*. Naturalmente nel primo caso emerge la necessità di conoscere la posizione del soggetto *sentito* al fine di tenerne eventualmente conto nella elaborazione dell'atto mentre nel secondo caso il coinvolgimento del soggetto *informato* ha il solo fine di metterlo a conoscenza del contenuto dell'atto senza che esso possa esprimere una propria posizione.

Nello specifico sono 95 i d.P.C.M. che contengono un qualche riferimento ad organi che sono stati *sentiti* prima dell'adozione dell'atto. Tra questi si rinvencono associazioni di categoria⁸⁶, Commissioni parlamentari⁸⁷, Conferenza permanente Stato/regioni⁸⁸,

⁸⁴ Ci si riferisce a quanto stabilito, in particolare, nell'art. 43, legge n. 124/2007 *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*.

⁸⁵ A. Monaco, (voce) *Concerto* (Atti di), cit., p. 366 ma cfr. ampiamente anche F. Franchini, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944. Per una classificazione delle varie tipologie di parere v. G. Correale, (voce) *Parere*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 676 ss., in part. p. 684 ss.

⁸⁶ Come in d.P.C.M. n. 191/91, *Regolamento disciplinante i criteri per la mobilità d'ufficio dei dipendenti in esubero degli enti locali disestati*, d.P.C.M. n. 212/2009 *Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*, d.P.C.M. n. 338/2001 *Regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana degli autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 18 agosto 2000, n. 248, recante nuove norme di tutela del diritto d'autore*.

⁸⁷ Cfr. ad esempio d.P.C.M. n. 117/1989 *Norme regolamentari sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale*.

⁸⁸ Come nel caso dei d.P.C.M. n. 178/2015, *Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico* e d.P.C.M. n. 11/1999 *Regolamento recante disciplina uniforme del rapporto tra i tabaccai e le regioni relativamente alla riscossione delle tasse automobilistiche emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 12, della legge n. 449 del 1997*.

conferenza unificata⁸⁹, Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici⁹⁰, Autorità garanti⁹¹, INPS⁹², ISTAT⁹³.

In alcuni casi risultano *sentiti* anche il Consiglio dei ministri⁹⁴, i comitati interministeriali⁹⁵ o singoli ministri interessati dal provvedimento⁹⁶. Sebbene quest'ultima circostanza mostri comunque l'intenzione di dar vita ad una certa condivisione nella decisione, il coinvolgimento di tali organi assume un rilievo diverso rispetto al caso del concerto o dell'intesa, dove la volontà del soggetto coinvolto risulta determinante ai fini dell'adozione dell'atto.

Un'altra circostanza abbastanza ricorrente è quella di sentire le organizzazioni sindacali (accade in 28 casi tra quelli analizzati). Si tratta prevalentemente di d.P.C.M. che si

⁸⁹ Cfr., tra gli altri: d.P.C.M. n. 535/99 *Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*, d.P.C.M. n. 226/2000 *Regolamento recante conferma con modificazioni del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 agosto 1999, n. 320 concernente disposizioni di attuazione dell'art. 27 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, sulla fornitura gratuita o semigratuita di libri di testo*.

⁹⁰ Ci si riferisce alla disciplina sull'organizzazione del Ministero della Cultura (cfr. d.P.C.M. n. 123/2021 *Regolamento concernente modifiche al regolamento di organizzazione del Ministero della cultura, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance*).

⁹¹ Risulta sentita l'autorità garante per la protezione dei dati personali in varie occasioni come ad esempio nel d.P.C.M. n. 187/2016 *Regolamento recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della carta elettronica, prevista dall'articolo 1, comma 979, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e successive modificazioni* o nel d.P.C.M. n. 152/2000 *Regolamento recante norme per la definizione dei criteri e delle procedure per l'individuazione dei soggetti privati partecipanti al Sistema statistico nazionale (SISTAN) ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge 28 aprile 1998, n. 125* mentre risulta sentita l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni nel d.P.C.M. n. 110/2020 *Regolamento recante modalità e criteri di attivazione e gestione del servizio IT-Alert e l'autorità per l'informatica nella PA* nel d.P.C.M. n. 305/1999 *Regolamento recante disposizioni per la certificazione della situazione economica dichiarata, a norma dell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109*.

⁹² È il caso del d.P.C.M. n. 51/2020 *Regolamento in materia di anticipo del TFS/TFR, in attuazione dell'articolo 23, comma 7, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26* o del d.P.C.M. n. 150/2017 *Regolamento recante norme attuative delle disposizioni in materia di anticipo finanziario a garanzia pensionistica (APE)*.

⁹³ Cfr. d.P.C.M. n. 194/2014 *Regolamento recante modalità di attuazione e di funzionamento dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e di definizione del piano per il graduale subentro dell'ANPR alle anagrafi della popolazione residente*.

⁹⁴ Cfr. d.P.C.M. n. 110/1997 *Regolamento recante approvazione del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce rossa*.

⁹⁵ Risulta sentito il Comitato interministeriale per la cybersicurezza nei d.P.C.M. nn. 222/2021, 223/2021 e 224/2021 recanti rispettivamente *Regolamento di contabilità dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, *Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, *Regolamento del personale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale*.

⁹⁶ Ad esempio risultano sentiti il Ministro dell'università e della ricerca nel d.P.C.M. n. 72/2008 *Regolamento recante la disciplina per il concorso di accesso alla carriera diplomatica*, il Ministro delle attività produttive nel d.P.C.M. n. 395/2001 *Recepimento della direttiva 99/32/CE relativa alla riduzione del tenore di zolfo di alcuni combustibili liquidi*, il Ministro dell'agricoltura e delle foreste nel d.P.C.M. n. 138/1991 *Regolamento recante i nuovi limiti di statura per l'ammissione ai corsi per la nomina ad allievo guardia e ad ufficiale del Corpo forestale dello Stato*.

occupano della disciplina riguardante l'organizzazione dei ministeri⁹⁷ o, più in generale, altri ambiti che possono in qualche modo interessare talune categorie di lavoratori⁹⁸.

L'adempimento di *informare* alcuni soggetti si rinviene, invece, in 41 d.P.C.M. tra quelli analizzati. In larga parte (esattamente in 36 casi) risultano informate le organizzazioni sindacali⁹⁹. Piuttosto rari, invece, i casi in cui il d.P.C.M. reca una *informativa* al Consiglio dei ministri¹⁰⁰ o una *comunicazione* alle competenti Commissioni parlamentari¹⁰¹ in sostituzione della più impegnativa e condizionante deliberazione del Consiglio dei ministri o del parere della Commissione parlamentare competente.

2.3. La fase integrativa dell'efficacia.

Nella fase conclusiva dell'articolato e mutevole procedimento di approvazione dei d.P.C.M. regolamentari, l'elemento invariante resta naturalmente l'emanazione da parte del Presidente del Consiglio, cui segue la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Proprio l'emanazione è la fase che caratterizza l'atto, attribuendogli la relativa denominazione. Tuttavia, in 70 casi tra quelli analizzati, il decreto non reca esattamente la firma del

⁹⁷ A titolo meramente esemplificativo: d.P.C.M. n. 47/2019 *Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, d.P.C.M. n. 184/2015 *Regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia e riduzione degli uffici dirigenziali e delle dotazioni organiche*.

⁹⁸ Sia sufficiente richiamare il d.P.C.M. n. 110/2007 *Nuovo regolamento per la gestione delle spese del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione*, il d.P.C.M. n. 448/2000 *Regolamento recante modalità e procedure per il trasferimento del personale dell'Ente nazionale per le strade (ANAS) alle regioni ed agli enti locali, in attuazione dell'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112*, il d.P.C.M. n. 200/2009 *Regolamento recante disposizioni per il funzionamento del fondo perequativo del personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato, istituito ai sensi dell'articolo 43, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69*.

⁹⁹ Anche in questo caso, come per i d.P.C.M. che prevedono di sentire le organizzazioni sindacali, si tratta prevalentemente di d.P.C.M. disciplinanti l'organizzazione dei ministeri (cfr. d.P.C.M. n. 128/2021 *Regolamento di organizzazione del Ministero della transizione ecologica*, d.P.C.M. n. 169/2019 *Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero della giustizia*, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 giugno 2015, n. 84).

¹⁰⁰ Si tratta solo di due d.P.C.M., esattamente il n. 80/2020 *Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56* e il n. 179/2020 *Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*.

¹⁰¹ Accade solo in due occasioni: nel d.P.C.M. n. 108/2014 *Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56* e dell'analogo d.P.C.M. n. 253/2012 *Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56*.

Presidente del Consiglio ma di un suo delegato. Si tratta, in maniera prevalente, del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio¹⁰², di altro Sottosegretario¹⁰³ o di un Ministro¹⁰⁴ in alcuni casi anche senza portafoglio¹⁰⁵. Anche nell'attuale legislatura, la firma del recente d.P.C.M. di natura regolamentare approvato il 23 marzo 2023¹⁰⁶ è delegata al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri sulla base di quanto dispone il d.P.C.M. del 23 ottobre 2022.

In sostanza, l'atto più tipico che l'ordinamento affida nelle mani del Presidente del Consiglio, viene talora delegato ad altro organo governativo, sebbene con qualche limite. Ad esempio, il d.P.C.M. del 13 febbraio 2021, nel delegare al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri la firma dei decreti, degli atti e dei provvedimenti di competenza dello stesso Presidente del Consiglio dei ministri, ha escluso che ciò possa accadere per i d.P.C.M. che richiedono una preventiva deliberazione del Consiglio dei ministri. In maniera analoga il citato d.P.C.M. del 23 ottobre 2022, nel delegare il Sottosegretario di Stato alla firma dei decreti, degli atti e dei provvedimenti di competenza del Presidente del Consiglio dei ministri, esclude quelli che richiedono una preventiva deliberazione del Consiglio dei ministri e quelli relativi alle attribuzioni di cui all'art. 5, legge, n. 400/1988.

Ciò che emerge in maniera evidente dall'analisi sinora svolta, al di là di una possibile delega, è che molto spesso la competenza del Presidente nell'emanazione dei propri decreti giunge solo nella fase conclusiva del procedimento mentre nella fase costitutiva egli partecipa come componente di organo collegiale (il Consiglio dei ministri) oppure come organo monocratico coinvolto nell'adozione di un atto giuridico complesso frutto di intese,

¹⁰² Cfr., ad esempio: d.P.C.M. n. 133/2022 *Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotazione e misure di semplificazione dei procedimenti*, d.P.C.M. n. 394/1998 *Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 2, comma 20, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, concernente la disciplina del Fondo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria per le integrazioni tariffarie da corrispondere alle Poste italiane S.p.a.*

¹⁰³ È il caso del d.P.C.M. n. 178/2015 *Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico*.

¹⁰⁴ Cfr., ad esempio: d.P.C.M. n. 310/1998 *Regolamento recante norme di attuazione degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza del Dipartimento della funzione pubblica* o, più recentemente, d.P.C.M. n. 202/2015 *Regolamento recante determinazione del trattamento economico dei docenti della Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA)*.

¹⁰⁵ È il caso del d.P.C.M. n. 473/1992 *Regolamento recante la disciplina del trasferimento agli enti locali dei fondi relativi ai dipendenti dell'Ente ferrovie dello Stato trasferiti con le modalità del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 agosto 1988, n. 325*.

¹⁰⁶ d.P.C.M. n. 43/2023 *recante Regolamento di organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112*.

concerti, pareri e dunque risultato della volontà convergente di più organi. In sostanza il d.P.C.M., specie negli ultimi anni, tende a perdere i caratteri di un atto puramente monocratico per assumere le vesti di un atto collegiale o complesso, condiviso con una pluralità di soggetti, sia interni che esterni al Governo.

In tale prospettiva, l’emanazione da parte del Presidente del Consiglio sembra assumere una funzione per molti aspetti simile a quella che il Presidente della Repubblica esercita classicamente sui decreti-legge, i decreti legislativi o i d.P.R. Pertanto, si potrebbe considerare l’emanazione una fase integrativa dell’efficacia che giunge al termine di un articolato procedimento all’interno del quale convergono le volontà di organi sia collegiali che monocratici. Naturalmente ciò non vale nella generalità dei casi ma solo quando la fonte autorizzativa prevede effettivamente procedimenti articolati. Laddove, invece, il procedimento è costituito solo dalla emanazione da parte del Presidente del Consiglio, eventualmente preceduta da una iniziativa specifica, è evidente che la fase costitutiva andrà a fondersi con quella integrativa dell’efficacia.

Resta da indagare quale funzione svolga l’emanazione da parte del Presidente del Consiglio negli articolati procedimenti di formazione del d.P.C.M.. In linea generale la dottrina descrive l’emanazione come “espressione, [...] dichiarazione, [...] manifestazione, [...] esternazione, [...] comunicazione di quanto racchiuso in un atto voluto, in Italia, dal Presidente della Repubblica, o da chiunque sia al vertice dell’apparato esecutivo o di una sua branca”¹⁰⁷. Elementi che possono riferirsi anche all’emanazione da parte del Presidente del Consiglio. Alla emanazione, inoltre, si riconduce “una partecipazione dell’organo emanante al processo produttivo dell’atto, partecipazione volta a consentire che un certo atto faccia il suo ingresso nell’ordinamento, contribuendo ad integrare il diritto oggettivo”¹⁰⁸. Ciò che determina opinioni differenti in dottrina è il *grado* di partecipazione dell’emanante: dal mero controllo formale passando per il sindacato di legittimità e di merito costituzionale fino alla partecipazione attiva nella formazione dell’atto¹⁰⁹.

¹⁰⁷ G. Ferrara, *Atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 178, il quale evidenzia come il nome “emanazione” ed il nome “decreto” rivelano la derivazione storica di molte attribuzioni dei capi di stato, attribuzioni la cui pertinenza era tipica della figura di capo dell’esecutivo, ma è altrettanto vero che di questa pertinenza, nelle forme parlamentari di governo, non è rimasta che la memoria storica, come è, d’altronde, per quella parte del nome che alcuni cittadini della Repubblica ricavano dal titolo nobiliare dei loro antenati.

¹⁰⁸ Così ancora G. Ferrara, *Atti costituzionali*, cit., p. 179. Naturalmente la specie di partecipazione è diversa a seconda degli atti: «non esiste in teoria generale un criterio certo per l’individuazione del contenuto essenziale ed irriducibile di tale partecipazione», ivi, p. 180.

¹⁰⁹ Le differenti posizioni circa il ruolo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione sono efficacemente sintetizzate da G.M. Salerno, *Art. 87*, in V. Crisafulli e L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 537 ss. il quale riferisce che parte della dottrina riconduce

Non è questa la sede per entrare nel merito di tale dibattito ma si può ritenere che il *grado* di partecipazione del Presidente del Consiglio dipenda di volta in volta dal diverso procedimento di formazione del d.P.C.M. Di certo andrà oltre il mero controllo di legalità formale o la verifica della regolarità del procedimento, non solo quando sono previste intese o concerti che per loro natura comportano una convergenza di volontà tra l'emanante e gli altri soggetti coinvolti, ma anche quando il Presidente del Consiglio emana un atto recante la preventiva deliberazione del Consiglio dei ministri. Anche in questo caso, infatti, egli potrà influire sul contenuto dell'atto in ragione della funzione di direzione, di coordinamento e di indirizzo politico che l'art. 95 Cost. gli attribuisce. Senza contare le ragioni di natura strettamente politica e il ruolo di *leadership* che il Presidente del Consiglio generalmente assume all'interno della compagine di Governo.

Ciò comporta, d'altro canto, che rispetto all'emanazione da parte del Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio non è nella posizione di poter garantire una qualche forma di controllo che possa dirsi *esterna* rispetto al Governo. In dottrina si ritiene che qualora il Presidente della Repubblica volesse manifestare apertamente la propria contrarietà all'emanazione del provvedimento governativo potrebbe chiedere all'esecutivo di riesaminare l'atto¹¹⁰. Tale problema non può porsi negli stessi termini con riferimento all'emanazione del d.P.C.M. dal momento che il procedimento di approvazione si conclude all'interno del Governo; pertanto, è tra le dinamiche negoziali dei concerti, delle intese o dell'attività deliberativa del Consiglio dei ministri che il Presidente del Consiglio potrà far valere la propria manifestazione di volontà o eventualmente segnalare le proprie contrarietà e incidere sul contenuto dell'atto.

Il venir meno di un controllo *esterno* sui d.P.C.M. sembra entrare in contrasto con la *ratio*

l'emanazione ad un potere di controllo simile alla promulgazione e si collega, quindi, ad un sindacato di legittimità e di merito costituzionale (Lavagna); secondo altri il sindacato presidenziale in fase di emanazione sarebbe meno penetrante rispetto alla promulgazione in quanto interverrebbe in un campo tipico, sebbene non esclusivo, del potere esecutivo pertanto dovrebbe limitarsi ad un controllo di legittimità costituzionale dell'atto e non potrebbe estendersi, ad esempio, ad un controllo di legittimità rispetto alle leggi ordinarie (Barile); diverso, ancora, l'orientamento di chi ritiene che proprio il potere di emanazione dovrebbe essere quello più rigoroso (rispetto alla promulgazione) perché costituisce il più delle volte l'unico rimedio istituzionale avente una qualche efficacia nei confronti dei regolamenti governativi (Rescigno); se si ritiene, invece, che l'emanazione avrebbe la stessa struttura giuridica di tutti gli altri poteri presidenziali rispetto agli atti che gli vengono proposti dal Governo, il Presidente della Repubblica parteciperebbe alla stessa formazione dell'atto (Balladore Pallieri); infine, si sostiene che il potere di emanazione sarebbe "formalmente" presidenziale (Martines) pertanto al Presidente della Repubblica spetterebbe solo competenza relativa alla dichiarazione esterna della volontà formatasi prima e all'infuori dell'intervento presidenziale (Mortati).

¹¹⁰ Cfr. sul punto G.M. Salerno e B. Malaisi, *Art. 87*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Torino, Utet, 2006, p. 1697, i quali ritengono superabile la richiesta di riesame in caso di conferma da parte del Governo.

dell'art. 4, c. 4, legge n. 400/1988 che attribuisce al Presidente della Repubblica l'emanazione dei regolamenti approvati dal Consiglio dei ministri proprio per assicurare, verosimilmente, un controllo il più possibile *terzo* rispetto al Governo. Viene da chiedersi, in questa prospettiva, quale sia la ragione della singolare coesistenza di regolamenti approvati dal Consiglio dei ministri ed emanati dal Presidente della Repubblica e regolamenti emanati dal Presidente del Consiglio previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Ma soprattutto viene da chiedersi se tale differente trattamento delle fonti regolamentari sia coerente sul piano costituzionale.

Per fornire qualche elemento in più di riflessione al riguardo sarebbe utile chiarire a quali regolamenti fa esattamente riferimento l'art. 87 Cost. quando dispone che il Presidente della Repubblica «emana i regolamenti». In dottrina è apparso da sempre pacifico che la disposizione costituzionale non potesse fare riferimento a tutti gli atti che vengono denominati regolamenti, dal momento che la stessa Costituzione prevede in diversi casi che essi non siano soggetti alla emanazione del Presidente della Repubblica. Basti pensare ai regolamenti parlamentari (art. 64), a quelli regionali (artt. 121 e 123) e, implicitamente, anche a quelli comunali e provinciali¹¹¹. Pertanto, la disposizione costituzionale va certamente riferita ai soli regolamenti statali e, in particolare, ai regolamenti come atti normativi secondari, subordinati alla legge. In altri termini, il quinto comma dell'art. 87 “va interpretato nel senso che il Presidente della Repubblica non emana tutti i regolamenti statali ma solo quei regolamenti che la legge ordinaria attribuisce al suo potere”¹¹², rimanendone esclusi, dunque, i regolamenti emessi da organi distinti dal Governo, quali, ad esempio, i ministri¹¹³.

Se si accetta questa interpretazione, l'art. 87 Cost. si limiterebbe semplicemente a presupporre l'esistenza dei regolamenti e, in qualche modo, si limiterebbe a *ricordarli* ma

¹¹¹ Infatti, la Costituzione garantisce l'esistenza di Comuni e Province e più in generale delle autonomie locali, e quindi “per ciò stesso presuppone e recepisce la esistenza e validità degli atti normativi di tali enti” G.U. Rescigno, *Art. 87*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978, p. 210. Allo stesso modo, quando l'art. 87 della Costituzione stabilisce che il Presidente della Repubblica emana “i decreti aventi valore di legge” non intende riferirsi solo all'atto chiamato “decreto” nel comune linguaggio legislativo ma «a qualsiasi atto del potere esecutivo dello Stato, o meglio impone di chiamare “decreto” tutti gli atti del potere esecutivo dello Stato che pretendono di avere valore di legge. Detto diversamente: non sarebbe ammissibile, neanche con legge costituzionale (ma solo con legge di revisione costituzionale che muti lo stesso articolo 76), sottrarre alla emanazione da parte del capo dello Stato un atto con valore di legge di competenza del potere esecutivo con la scusa che non viene chiamato decreto» (*Ibidem*, p. 109).

¹¹² *Ibidem*, p. 211.

¹¹³ G.M. Salerno e B. Malaisi, *Art. 87*, cit., p. 1697.

non a *disciplinarli*¹¹⁴. Di conseguenza, così come restano esclusi dall'emanazione del Presidente della Repubblica i regolamenti ministeriali, allo stesso modo potrebbero restare esclusi anche i regolamenti del Presidente del Consiglio.

Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale evidenziando che è vero che «i soli regolamenti statali dei quali fa menzione la Carta costituzionale sono quelli emanati dal Presidente della Repubblica, ma da ciò non può dedursi che sia stata riservata alla competenza esclusiva del Capo dello Stato l'emanazione dei regolamenti e che quindi sarebbero illegittime, in riferimento all'art. 87, comma quinto, tutte quelle disposizioni di legge che attribuiscono tale potestà ai ministri». Così come è da escludere «che la Costituzione, col solo cenno fattone nell'art. 87, abbia inteso regolare la materia dei regolamenti statali del potere esecutivo. La norma contiene una semplice enunciazione delle competenze del Capo dello Stato tra le quali è compresa quella di emanare i regolamenti. Quali siano questi regolamenti e quale il procedimento che deve essere seguito per la loro formazione non è però indicato nella Costituzione»¹¹⁵.

Tuttavia, le perplessità sollevate in merito ai d.P.C.M. non sembrano potersi fugare in maniera definitiva e qualche dubbio ancora persiste. In dottrina, infatti, la formula contenuta nell'art. 87 Cost. «fin dall'inizio e costantemente è stata intesa come attributiva del potere di emanazione dei soli regolamenti cd. governativi e cioè deliberati dal Consiglio dei ministri»¹¹⁶. Sotto tale punto di vista anche i d.P.C.M. adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri, non essendo emanati dal Presidente della Repubblica, potrebbero risultare incoerenti con tale consolidata interpretazione. Inoltre, si pone un problema di coerenza anche sul piano della complessiva disciplina sulle fonti secondarie. Da un lato, infatti, la stessa legge n. 400/1988 impone a tutti i regolamenti deliberati dal Consiglio dei ministri l'emanazione da parte del Presidente della Repubblica mentre, dall'altro, le singole fonti *legittimanti* il ricorso al d.P.C.M. hanno successivamente attribuito, in più occasioni, al Presidente del Consiglio l'emanazione di regolamenti deliberati dal Consiglio dei

¹¹⁴ In altre parole, la norma costituzionale esige che, se regolamenti esistono, alcuni almeno siano emanati dal capo dello Stato, e quindi per lo meno quelli che già per l'innanzi erano da lui emanati: «finché esiste potestà regolamentare, questa almeno in parte deve spettare al capo dello Stato quanto alla emanazione. Quindi non potrebbe essere abolita quella governativa e restare in vigore quella ministeriale, e comunque l'ultima potestà regolamentare ammessa spetta sempre al capo dello Stato quanto alla emanazione» (G.U. Rescigno, *Art. 87*, cit., p. 211 ss.)

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 79/1970, p.to 2, *cons. in dir.* Si tratta di conclusioni che sono state ritenute «confermative» di quelle già raggiunte dalla prevalente dottrina, così G.U. Rescigno, *I regolamenti ministeriali secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1055 s., cui si rinvia anche per una più complessiva analisi della sentenza.

¹¹⁶ G.U. Rescigno, (voce) *Regolamento [dir. cost.]*, in *Enc. giur. Treccani (on line)*, 2014.

ministri.

A tal riguardo, è stato opportunamente evidenziato che “ove si ritenga che l’elemento discriminante per integrare l’obbligo del passaggio per l’emanazione presidenziale sia l’imputabilità dell’atto normativo al Consiglio dei ministri collegialmente inteso, a prescindere dal *nomen* regolamento o dall’applicabilità della legge n. 400/1988, qualche dubbio [di costituzionalità] in effetti si pone, nei non infrequenti casi in cui il d.P.C.M. sia stato adottato previa deliberazione del Consiglio dei ministri: in siffatte ipotesi, il d.P.C.M., pur formalmente imputabile al Presidente del Consiglio, è comunque il frutto di una deliberazione collegiale”¹¹⁷.

Si tratta di un fenomeno che potrebbe essere etichettato come *fuga dall’emanazione presidenziale* per intendere il tentativo, sempre più diffuso, da parte del Governo ma anche della maggioranza parlamentare che sostanzialmente ne avalla l’operato, di sostituire il d.P.R. con il d.P.C.M. deliberato dal Consiglio dei ministri. Esso testimonia, a parere della dottrina, un rafforzamento dei poteri normativi del Presidente del Consiglio: «in parte si tratta di un mutamento di forma – decreto del Presidente del Consiglio dei ministri anziché decreto del Presidente della Repubblica – in parte di sostanza, nell’ottica di un rafforzamento della posizione di chi presiede l’organo collegiale rispetto al collegio»¹¹⁸.

Le finalità che alimentano il fenomeno sembra essere quello di accelerare i tempi di approvazione del regolamento o il tentativo, da parte del Governo, di ritagliarsi un ambito di potestà normativa il più possibile autonomo e comunque svincolato da altre forme di controllo o di condizionamento esterno¹¹⁹. Tuttavia, considerando che molti dei d.P.C.M. approvati previa deliberazione del Consiglio dei ministri sono anche condizionati dal rilascio di pareri o adottati previa intesa o di concerto con altri soggetti, spesso anche esterni al Governo, la differenza fondamentale rispetto ad un d.P.R. resta circoscritta alla sola fase di emanazione da parte del Presidente della Repubblica nonché al controllo della Corte dei conti e all’obbligo di parere del Consiglio di Stato che, come è già stato evidenziato, la legge n. 400/1988 impone, in via generalizzata, ai regolamenti emanati tramite d.P.R. La prassi di ricorrere ai d.P.C.M. determina, dunque, sicuramente la riduzione dei tempi d’approvazione dell’atto, ma comporta anche la sottrazione del relativo contenuto ad

¹¹⁷ Così D. De Lungo, *Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell’esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2009, p. 23.

¹¹⁸ L. Carlassare e P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, cit., p. 952.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 23 s.

alcune forme di controllo¹²⁰. In alcuni casi, inoltre, ha rappresentato anche il tentativo di aggirare il riparto di competenze regolamentari tra Stato e regioni (art. 117, c. 6, Cost.) evitando censure di illegittimità¹²¹.

In alcune circostanze si è parlato anche di “truffa delle etichette”¹²² per intendere il tentativo dell’esecutivo di aggirare la sostanza regolamentare dell’atto usando una forma idonea, invece, a veicolare contenuti amministrativi. A tal riguardo, nella sentenza n. 278 del 2010 la Corte costituzionale ha stabilito «non possono essere requisiti di carattere formale, quale il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall’ordinamento, a determinare di per sé l’esclusione dell’atto dalla tipologia regolamentare». Secondo la Corte, infatti, il controllo sui contenuti risulta necessario per evitare tentativi di «eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito»¹²³.

Quella appena ricordata non è certamente l’unica occasione in cui la giurisprudenza costituzionale ricorre ad un approccio sostanziale di questo tipo. Nella sentenza n. 141/2016 la Corte, nell’escludere che la disposizione impugnata, rinviando al d.P.C.M., violasse l’art. 117, c. 6, Cost., ha negato che fossero identificabili «gli indici sostanziali che la [propria] giurisprudenza costante [...] assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti». In particolare, non ricorreva «il requisito dell’astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità, nel tempo, delle regole contenute nell’atto, ovvero quale attitudine dell’atto stesso ad essere applicato tutte le volte in cui si verificano i presupposti da esso indicati»¹²⁴.

Più in generale, si tratta di un approccio riscontrabile diffusamente sia nella giurisprudenza amministrativa che in quella di legittimità¹²⁵, le quali sottolineano la necessità di

¹²⁰ E. Catelani, *I poteri del governo nell’emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, p. 737.

¹²¹ Lo rileva M. Cartabia, *Il governo signore delle fonti?*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, p. X s. ma cfr. anche A. Moscarini, *Sui decreti del Governo «di natura non regolamentare»*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 5075 ss.

¹²² F. Modugno e A. Celotto, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, n. 2/2003, p. 356.

¹²³ Corte cost., sent. n. 278/2010, p.to 16 *cons. in dir.*

¹²⁴ Corte cost., sent. n. 141/2016, p.to 6.1 *cons. in dir.*

¹²⁵ Sia sufficiente il richiamo della Corte di Cassazione al «contenuto dell’atto» ai fini del riconoscimento della natura regolamentare o meno di un decreto ministeriale (Cass. Civ., sez. III, sent. n. 1972/2000) o quello del Consiglio di Stato alla necessità di una indagine «di tipo sostanzialistico (secondo la metodologia costantemente utilizzata anche dalla Corte costituzionale)» ai fini della individuazione della natura di atti di

concentrarsi sul contenuto dell'atto normativo proprio per evitare fenomeni di elusione che si potrebbero verificare quando il Governo omettesse la denominazione formale di regolamento per atti di natura sostanzialmente normativa. Risulta evidente, dunque, che la mancata corrispondenza tra forma e sostanza dell'atto costituisce un problema assai rilevante in relazione allo studio delle fonti secondarie e, in maniera particolare, dei d.P.C.M. Pertanto, appare utile aggiungere qualche ulteriore riflessione riguardo tale problematica.

3. Le incertezze tra forma regolamentare e natura regolamentare.

L'analisi dei d.P.C.M. che espressamente si autoqualificano come *regolamento* deve necessariamente tener conto che l'autoqualificazione formale non sempre può ritenersi dirimente nello stabilire la reale natura del d.P.C.M. Non sempre, infatti, la denominazione di *regolamento* è effettivamente esplicitata e, soprattutto, può accadere che il contenuto del d.P.C.M. riveli una natura diversa da quella dichiarata¹²⁶. L'individuazione di tutti i d.P.C.M. *effettivamente* regolamentari richiederebbe di verificare, di volta in volta, la reale natura normativa o amministrativa dell'atto e, quindi, secondo consolidati orientamenti "se l'atto da qualificare sia, per suo contenuto e per gli effetti che è idoneo a produrre, o per il fine cui è istituzionalmente rivolto, esercizio di attribuzioni normative: così, schematizzando le più comuni impostazioni, se innovi al diritto oggettivo, se contenga disposizioni generali e astratte, se sia diretto alla regolazione astratta di situazioni e rapporti

formazione secondaria dal momento che non opera, in questo caso, il principio di tipicità delle fonti (Cons. St., sez. IV, sent. n. 2674/2012).

¹²⁶ Mentre per gli atti con forza di legge del Governo la legge n. 400/1988 ha imposto la corrispondenza espressa tra *nomen iuris* e formula di pubblicazione dell'atto, per gli atti secondari è stata mantenuta la formula di pubblicazione generica di "decreto" ed è stato stabilito che il riferimento al *nomen* di regolamento debba essere solo incorporato nel titolo dell'atto (art. 17, c. 4 della legge n. 400/1988). Ne consegue che, a differenza di quanto avviene per le fonti primarie, la forma non è risolutiva per il riconoscimento dell'atto. Si tratta di un tema spinoso e ampiamente dibattuto. Si veda, *ex multis*, F. Batistoni Ferrara, *Una nuova fonte di produzione normativa: i decreti ministeriali non aventi natura regolamentare*, in AA.VV. *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa, 2006, p. 191 ss., F. Cintioli, *A proposito dei decreti ministeriali "non aventi natura regolamentare"*, in *Quad. cost.*, n. 4/2003, p. 820 ss. In particolare, sulla tendenza a preferire criteri più sostanziali che formali nell'individuazione della natura normativa si soffermano A. Moscarini, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare»*, cit., p. 5082; G. Sciuolo, *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la l. n. 400 del 1988*, in *Le Regioni*, 1993, p. 1277 ss.; A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 19-1-2022.

ovvero alla cura concreta di interessi pubblici predeterminati dal diritto oggettivo”¹²⁷.

Ogni volta che il criterio di distinzione non può basarsi sulla forma dell’atto, il requisito della generalità e dell’astrattezza costituiscono “condizione necessaria anche se non sufficiente. La assenza di tale requisito basta per escludere la natura normativa dell’atto; la sua presenza impone di verificare se vi sono altri elementi paralizzanti, e se non vi sono, di concludere che l’atto è normativo”. Gli elementi che possono paralizzare l’elemento della generalità/astrattezza sono in linea di principio: “la provenienza dell’atto; la sua temporaneità; la natura del ‘beneficiario’ della regola; la localizzazione della regola; la natura interna della regola”¹²⁸.

La sintesi generalità-astrattezza, come è noto, è strettamente correlata alla distinzione tra *disporre* e *provvedere*: “lo scopo, disporre, dovrebbe aggiungersi in alcuni casi alla generalità/astrattezza come ulteriore elemento per l’identificazione della fonte. Le ordinanze emanate da varie autorità e rivolte a provvedere non sarebbero fonti, pur potendo

¹²⁷ V. Crisafulli, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XVII, 1968, p. 925 ss. in part. p. 947. Sul carattere della innovatività si sofferma, in particolare, A. Sandulli poiché se gli atti normativi sono destinati a creare norme ed immetterle nel sistema normativo, “è chiaro che gli stessi si caratterizzano necessariamente per il fatto di ‘innovare’ a quel sistema, e cioè di modificarlo” (Id., *L’attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., 12). Anche la giurisprudenza ha avuto più volte modo di chiarire che il discrimine tra le due categorie di atti non risiede tanto in un fatto nominalistico, quanto nella presenza o meno dei caratteri della normatività quali generalità, astrattezza, novità, cfr. Cons. St., sez. VI, sent. n. 2731/2005 ma cfr. anche Cass., Sez. unite, sent. n. 10124/1994 dove si sottolinea che “a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali – che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili – i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all’amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all’ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità ed astrattezza”. Riguardo la individuazione dei caratteri di generalità, di astrattezza e di novità, in termini formali e sostanziali, v. ancora, V. Crisafulli, (voce) *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 238 ss. Sulla stessa linea F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 209, secondo il quale “si avrà atto normativo ogni volta che questo sia diretto a regolare ipotesi generali e astratte, ripetibili nel tempo, mentre si avrà atto amministrativo ogni volta che si interverrà ad applicare una norma ad una fattispecie concreta o ad una pluralità di esse”. In senso analogo A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici, I - Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1990, 102, pubblicato in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1961, VII, pp. 524-533 “il nostro ordinamento considera norme giuridiche soltanto i precetti aventi carattere di generalità ed astrattezza [...] e considera fonti dell’ordinamento, a parte le fonti primarie, soltanto gli atti e i fatti che hanno per effetto la nascita di precetti dotati delle anzidette caratteristiche” pertanto anche le fonti secondarie “devono dunque contenere necessariamente norme generali e astratte”. Il requisito della generalità e dell’astrattezza, dunque, rappresenta “il criterio di base che guida tutte le soluzioni, nel senso che o basta da solo a risolvere la questione o comunque deve essere paralizzato da altro criterio prevalente e quindi costituisce un principio di prova a meno non esistano controindicazioni”, G.U. Rescigno, *L’atto normativo*, cit., p. 30, il quale si sofferma anche sul carattere della “ripetibilità” (p. 15 ss.) e sull’assenza di motivazione degli atti normativi. Una caratteristica, quest’ultima, che non riguarda solo gli atti normativi, ma anche gli altri tipi di atti per cui “l’obbligo di motivare un atto è condizione sufficiente per escludere la sua natura di atto normativo, ma la assenza di tale obbligo è condizione necessaria ma non sufficiente per dedurre natura normativa dell’atto considerato” (*Ibidem*, p. 20).

¹²⁸ G.U. Rescigno, *L’atto normativo*, cit., p. 30.

derogare temporaneamente, nel rispetto dei principi, a disposizioni di grado legislativo per l'esigenza di provvedere"¹²⁹. Per tale ragione occorrerebbe negare, di regola, carattere normativo agli atti meramente *applicativi*, non soltanto quando sono destinati a *provvedere* concretamente in relazione a uno o più casi singoli specificamente indicati, ma pure quando *provvedano* stabilendo l'assetto giuridico di una serie nettamente definita di casi concreti, anche se ripetibili per un preciso numero di volte (e non di una serie di ipotesi indefinitamente ripetibili), "riflettenti una pluralità di soggetti non indicati tuttavia nell'atto *per capita*, ma solo attraverso la categoria pluricomprendiva cui appartengono"¹³⁰.

Se alle statuizioni di portata generale e astratta, poste in essere nell'esercizio di scelte discrezionali, vengono riconosciuti valore e forza normativi, occorre negare, di massima, carattere normativo, ad esempio, "a un'ordinanza di necessità contenente una o più statuizioni per un caso o per una serie di casi concreti (e cioè tassativamente delimitati nel tempo e nello spazio nella loro individualità), anche se, eventualmente, siano indeterminati e di difficile determinazione a priori". Al contrario, il carattere normativo non dovrà essere negato, in linea generale, "a un'analoga ordinanza, la quale, sulla base di una scelta discrezionale, detti una disciplina in astratto, per tutti i possibili ed eventuali casi, soltanto ipotizzati a priori"¹³¹.

Ancor più complessa diviene la questione quando gli atti posseggono i caratteri della generalità e dell'astrattezza, in quanto dispongono in ordine a fattispecie ipotetiche, ma non

¹²⁹ L. Carlassare, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 540, la quale, in nota, fa esplicito riferimento al caso delle ordinanze per la protezione civile.

¹³⁰ A.M. Sandulli, *Precisazioni in tema di atti "normativi" e "applicativi" della pubblica Amministrazione*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Scritti giuridici, I - Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1990, p. 206 ss., ove si precisa che la prima ipotesi ricorre quando l'atto si indirizza ad una serie conclusa di soggetti già individuati o comunque individuabili, poiché esso riguarda una o più fattispecie concrete già realizzatesi al momento della sua adozione. La seconda ipotesi, invece, si verifica quando i destinatari dell'atto non rappresentano una serie conclusa di soggetti, e perciò non sono né individuati né individuabili al momento dell'emanazione dell'atto. La fattispecie contemplata dall'atto, in sostanza, dovrà consumarsi – in tutto o in parte – in futuro e i suoi destinatari non si presenteranno – in tutto o in parte – se non in futuro.

¹³¹ "Non può accedersi dunque alla tesi di chi vorrebbe negare, in via di principio, carattere normativo a quelle statuizioni di provenienza 'amministrativa', le quali – sia pure, eventualmente, a tempo limitato – fissino, previamente, in base a scelte discrezionali, per una serie di casi ipotizzati in astratto, aliquote di tributi, tariffe di prestazioni, limiti da osservare nella circolazione delle strade, standards urbanistici, obblighi di distanza delle costruzioni dalle strade pubbliche, divieti di impiego di particolari attrezzi per la pesca in certi fiumi [...], orari di apertura e chiusura dei negozi e dei pubblici esercizi, limiti di orario per l'esercizio di industrie rumorose, 'tabelle' ed 'elenchi' di elementi occorrenti per l'integrazione e la specificazione della fattispecie contemplata dalla legge, ecc. Al rifiuto del carattere normativo degli atti di tal genere si suole pervenire – non diversamente da quanto si suol fare per i provvedimenti-prezzi – nel convincimento che si tratterebbe di statuizioni ispirate dall'intento di realizzare fini concreti e puntuali, e dotate, per ciò solo, di natura 'provvedimentale'. Ma si tratta di assunto assiomatico, al quale è facile opporre che tutti gli atti normativi – persino le leggi (e non soltanto le 'leggi-provvedimento') – rappresentano mezzi per il conseguimento di specifici risultati concreti», così A.M. Sandulli, *Precisazioni in tema di atti "normativi" e "applicativi" della pubblica Amministrazione*, cit., p. 214 ss.

possono essere considerati atti normativi in ragione del fatto che essi si limitano, in obbedienza alla normativa preesistente, a specificare, sulla base della semplice verifica della sussistenza di certi presupposti di fatto, i limiti di operatività di norme già presenti nell'ordinamento. Ciò comporta che, “come può esservi normatività anche in mancanza di generalità e astrattezza nelle statuizioni, così, correlativamente, può esservi quest'ultima senza normatività”¹³².

Con specifico riferimento ai d.P.C.M., quando la Corte costituzionale si è trovata di fronte ad incertezze sulla loro natura normativa o amministrativa, ha preferito il più delle volte non affrontare direttamente il problema spostando l'attenzione altrove, ad esempio, sulla violazione del riparto di competenze Stato/regioni¹³³. Mentre ha assunto una posizione più esplicita, come si vedrà meglio in seguito, con riferimento ai d.P.C.M. dell'emergenza pandemica.

Il d.P.C.M., in ogni caso, può assumere in alcuni casi i caratteri di un atto amministrativo o di un atto normativo ben al di là della autoqualificazione formale. Questo comporta che sarà l'interprete a dover distinguere concretamente tra atti normativi e non normativi¹³⁴, integrando i criteri formali con il ricorso a requisiti sostanziali quali, appunto, generalità, astrattezza, innovatività delle norme. La discrezionalità dell'interprete nell'individuare i criteri e nel rilevarne o meno la presenza comporta, naturalmente, possibili conseguenze negative in termini di certezza del diritto, ancor più quando, come nel caso dei d.P.C.M., non si rinviene una forma tipica e un modello unitario nel procedimento di formazione dell'atto.

Esula dagli obiettivi di questo lavoro effettuare una disamina dei d.P.C.M. che assumono natura ma non forma regolamentare. Ci si limita semplicemente ad evidenziare, in relazione alle modalità di esercizio dell'attività normativa da parte del Presidente del Consiglio, il

¹³² A.M. Sandulli, *Precisazioni in tema di atti “normativi” e “applicativi” della pubblica Amministrazione*, cit., p. 210 ss. in cui si specifica, a titolo esemplificativo, che in questa ultima categoria rientrano, ad esempio, i decreti con i quali il Presidente del Consiglio dei ministri riconosce il carattere di pubblica calamità a particolari avversità atmosferiche ai fini della concessione delle provvidenze in favore delle imprese industriali, commerciali e artigiane previste dalla legge oppure la condizione di crisi economica di una località.

¹³³ Lo evidenziano, tra gli altri, G. Rivoscechi, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, p. 96; T. Cerruti, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1030 ss. Con particolare riferimento ad un decreto ministeriale del quale si esplicitava la natura “non regolamentare”, la Corte costituzionale ha già avuto modo di ammonire che si tratta di «un atto statale dalla indefinibile natura giuridica», sancendo peraltro l'incostituzionalità della legge che lo prevedeva, ma per profili legati alla violazione del riparto di competenze regolamentari Stato-regioni ex art. 117, comma 6, Cost. (Corte cost., sent. n. 116/2006, p.to 7 *cons. in dir.*).

¹³⁴ Lo ribadisce G.U. Rescigno, *Il nome proprio degli atti normativi*, cit., p. 1512.

rischio di *fuga* dalla forma regolamentare con l'obiettivo, verosimilmente, di evitare i controlli, i vincoli e le procedure che la legge impone agli atti di natura normativa¹³⁵. Si tratta di un fenomeno che è stato diffusamente riscontrato, specie negli ultimi anni, e che pertanto merita qualche considerazione ulteriore.

3.1. La *fuga* dalla forma regolamentare.

L'adozione, da parte degli organi governativi, di atti sostanzialmente normativi ma aventi forme e denominazioni diverse, determina incertezze alimentate, in qualche caso, dalla stessa legge n. 400¹³⁶. L'art. 17, c. 4-*bis* della legge, infatti, tra i criteri dettati per i regolamenti relativi alla disciplina degli uffici dei ministeri include la "previsione di decreti ministeriali di natura non regolamentare per la definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell'ambito degli uffici dirigenziali generali". Ora, poiché la definizione dei compiti degli uffici amministrativi è potenzialmente riconducibile all'esercizio di funzione normativa, il riferimento ai "decreti ministeriali di natura non regolamentare" sembra avere

¹³⁵ Sulla crisi dei regolamenti *tipici* e sull'emersione di atti sostanzialmente normativi ma non soggetti alle prescrizioni di cui all'art. 17, cc. 3 e 4, legge n. 400 si sofferma, in particolare, G. Tarli Barbieri, *L'attività normativa del Governo*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018 Roma, Università LUISS Guido Carli, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2020, 92 s. Più in generale, l'espressione *fuga dal regolamento* è assai ricorrente in dottrina e sta ad indicare, come è ormai noto, il fatto che l'attuazione degli atti legislativi è affidata molto spesso non alla fonte regolamentare tipizzata dalla legge ma a differenti fonti atipiche quali decreti esplicitamente qualificati dal legislatore di natura non regolamentare, decreti ministeriali dal contenuto tipicamente normativo, decreti del Presidente del Consiglio. Si tratta, dunque, di *fuga* dalla forma del regolamento ma non dalla produzione normativa secondaria, come sottolinea V. Marcenò, *Quando il formalismo tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2011, p. 3. Per un inquadramento della problematica, anche all'interno del più ampio fenomeno di crisi della legge, tra i tanti v.: U. De Siervo, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988)*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 279 ss.; E. Malfatti, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, Giappichelli, 1999; F. Modugno, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II: *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 16 ss.; A. Moscarini, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare»*, cit., p. 5075 ss.; G. Arconzo, *I regolamenti governativi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa del periodo 2001-2011: un bilancio*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., p. 67 ss.; N. Lupo, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti, n. 3/2017, p. 8 ss.; M. Losana, *L'attività esecutiva del Governo tra principi costituzionali e scelte legislative*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, p. 16 ss.; F. Dal Canto, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, p. 35 ss.

¹³⁶ La fuga dal regolamento, infatti, è stata favorita sia da un comportamento omissivo del legislatore, sia da un comportamento "commissivo", lo sottolinea V. Marcenò, *Quando il formalismo tradisce se stesso*, cit., p. 3.

il solo scopo di sottrarre tale attività alle regole generali stabilite dal comma 3 e dal comma 4, comportanti il parere del Consiglio di Stato, la registrazione della Corte dei conti e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale¹³⁷. Quella dei decreti che esplicitamente si autoqualificano come non regolamentari è una categoria certamente particolare, a tratti paradossale se si considera che sotto tale forma sono state adottate vere e proprie riforme di settore¹³⁸.

Particolarmente significativa, al riguardo, è la presa di posizione del Consiglio di Stato secondo cui «nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di ‘fuga dal regolamento’ (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l’adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti ‘atipici’, di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga [...] in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall’art. 17 legge n. 400 del 1988»¹³⁹. In sede applicativa,

¹³⁷ In tal senso si esprime anche T. Cerruti, *I decreti ministeriali non regolamentari*, cit., p. 1029, la quale evidenzia che né la legge n. 400/1988 né la riforma costituzionale del Titolo V del 2001 hanno limitato in qualche modo il fenomeno della fuga dal regolamento. Occorre convenire, peraltro, che la *ratio* dei decreti non regolamentari di aggirare i controlli del Consiglio di Stato a volte appare piuttosto paradossale, considerato che spesso le disposizioni di questo tipo derivano proprio dalla “penna” di consiglieri di Stato, su cui ricade la responsabilità di larga parte degli uffici legislativi ministeriali; lo annota N. Lupo, *Gli atti normativi del governo*, cit., p. 543.

¹³⁸ Lo evidenzia efficacemente B. Caravita, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, p. 4 ss. Peraltro non manca chi solleva anche dubbi di legittimità costituzionale su quelle norme che rinviano, per la loro attuazione ed esecuzione, a decreti di natura non regolamentare; sul punto: G. Tarli Barbieri, *Il potere regolamentare del Governo (1996-2006)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006, p. 183 ss.; A. Moscarini, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare»*, cit., p. 5076 ss.; la quale sottolinea come non sia possibile ricondurre questi provvedimenti ad una unica tipologia di atti. In alcuni casi, infatti, il legislatore deve integrare la previsione normativa con elementi contingenti o tecnici che richiedono una frequente rimodulazione della disciplina e, pertanto, correttamente non rinvia ad organi latamente politici ma ad organi amministrativi (è il caso dei provvedimenti di determinazione di aliquote, fissazione dei prezzi, contingentamento della produzione). In altri casi, invece, il legislatore non intende provvedere per un numero generale ma comunque determinabile di soggetti, bensì intende rinviare l’integrazione della fattispecie ad atti “di natura non regolamentare” per sottrarsi ai vincoli posti dall’ordinamento, sia in ordine al procedimento di cui all’art. 17 della legge n. 400/1988, sia in ordine ai vincoli costituzionali sulle competenze (*Ibidem*, p. 5101).

¹³⁹ C.d.S., Ad. Plen., sent. n. 9/2012. Cfr. anche Tar Lazio-Roma, sez. II-bis, sent. n. 11452/2017, che ha annullato il decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare n. 272/2014, con oggetto *Decreto recante modalità per la redazione della relazione di riferimento, di cui all’art. 5, comma 1, lettera v-bis), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*, proprio per violazione dell’art. 17, legge n. 400/1988. Riconosciuta la natura regolamentare del decreto sulla base di criteri sostanziali, il giudice amministrativo ha evidenziato che esso avrebbe dovuto essere adottato nel rispetto della procedura prevista dalla legge n. 400/1988, la quale «non riveste un carattere meramente formale ma costituisce condizione di legittimità del regolamento adottato». Anche in dottrina si sottolinea la potenziale illegittimità degli atti aventi

tuttavia, questo orientamento ha avuto poche occasioni di dar prova di sé dal momento che nella maggior parte dei casi il giudice amministrativo ha negato a monte la natura normativa dell'atto censurato¹⁴⁰ e qualche “coraggioso tentativo” di arginare il fenomeno¹⁴¹ si è sempre scontrato con la “ragion politica”¹⁴².

Il ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di natura non regolamentare per provvedimenti di natura effettivamente normativa testimonia, in ogni caso, l'esigenza di assicurare all'esecutivo, e in particolare al suo vertice, sempre nuovi e maggiori spazi d'azione, “anche a scapito degli organi consultivi e di controllo e, in definitiva, della certezza del diritto”¹⁴³. La *fuga dal regolamento* diviene ancora più evidente soprattutto quando con d.P.C.M. o con d.m. di natura non regolamentare si emanano, di fatto, regolamenti che avrebbero dovuto essere adottati nella forma del d.P.R., ex art. 17, c. 1, legge n. 400/1988, in quanto esecuzione o integrazione di leggi particolarmente rilevanti¹⁴⁴. In tal modo, ad atti atipici viene devoluta «la definizione di una disciplina che dovrebbe essere oggetto di una fonte secondaria del diritto e, segnatamente [...] di regolamenti governativi emanati a norma dell'articolo 17, c. 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400»¹⁴⁵. Si tratta, il più delle volte, di deviazioni *tacite* dalla legge n. 400/1988

sostanzialmente natura regolamentare ma adottati senza rispettare la procedura prevista dall'art. 17, legge n. 400/1988, cfr. U. De Siervo, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo*, cit., p. 300.

¹⁴⁰ Così riflette D. De Lungo, *Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, cit., p. 15 ss., al quale si rinvia per una sintesi della casistica.

¹⁴¹ Cfr., ad esempio, C.d.S., sent. n. 584/2007 in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter qualificare quale atto amministrativo generale ma di dover ravvisare i requisiti della normatività nei decreti ministeriali di aggiornamento biennale delle tariffe applicabili alle revisioni di veicoli, in ragione del fatto che l'attribuzione al potere discrezionale del ministero della misura delle tariffe produce effetti sulla fiscalità allargata e, dunque, non si limita ad un provvede ma integra gli estremi di una disciplina integrativa della fattispecie normativa, che rientra appunto nell'attività, in senso lato, politica del Governo e non in quella amministrativa (cfr. sul punto A. Moscarini, *Sui decreti del governo «di natura non regolamentare»*, cit., 5101 s.).

¹⁴² In questi termini B. Caravita, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo*, cit., p. 4 ss.

¹⁴³ Lo evidenzia efficacemente F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 209 ss. Sulla fuga dal regolamento come fuga dalla certezza del diritto si sofferma L. Longhi, *Il ruolo dei regolamenti di fronte alla crisi del legislativo*, in *Federalismi.it*, n. spec. 2/2017, p. 8 ss.

¹⁴⁴ L. Carlassare e P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, cit., p. 959. A titolo meramente esemplificativo sia sufficiente ricordare che da 402 atti legislativi approvati nel corso della XVII legislatura sono scaturiti, complessivamente, ben 2069 provvedimenti attuativi. La maggior parte di essi (70,29%) era rappresentata da decreti ministeriali, un'altra parte (15,52%) da decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, la rimanente parte (circa il 15%) da atti di diversa natura e provenienza (decreti del Presidente della Repubblica, decreti direttoriali, decreti interministeriali e deliberazioni del Cipe). Dal momento che i regolamenti del Governo dovrebbero essere emanati, sulla base di quanto prescritto dell'art. 17, c. 1, della legge n. 400/1988, con d.P.R., trova conferma il carattere sempre più residuale di questi atti tipici (così M. Losana, *L'attività esecutiva del Governo*, cit., p. 16 ss.).

¹⁴⁵ *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione*, Quinto turno di Presidenza, Presidente On. Andrea Giorgis (8 settembre – 7 luglio 2017), p. 50. Nel parere reso dal Comitato per la legislazione il 2

legittimate dalla specifica fonte “autorizzativa”¹⁴⁶.

Il fenomeno della *fuga dal regolamento*, testimoniato dall’uso di d.P.C.M. che si autoqualificano di natura non regolamentare ma assumono effettivamente natura normativa determina, dunque, uno scollamento tra forma e sostanza, rischia di alimentare ulteriori incertezze e incongruenze sull’intero sistema delle fonti e induce a riflettere sull’effettivo grado di estensione del potere normativo del Presidente del Consiglio che proprio attraverso i d.P.C.M. trova la sua più immediata manifestazione.

4. Il ruolo del Presidente del Consiglio in base alla natura monocratica, collegiale o complessa dell’atto tra forma e sostanza.

Sulla base dello stretto legame che generalmente intercorre tra organo e strumenti di esercizio delle sue funzioni, il d.P.C.M. può essere ritenuto un importante indice in grado di rilevare alcuni elementi utili a delineare la posizione costituzionale che il Presidente del Consiglio ha assunto nell’evoluzione della forma di governo italiana¹⁴⁷. Come è noto, infatti, il dato normativo desumibile dall’art. 95 della Costituzione è stato soggetto a interpretazioni molto diverse e talora contrapposte che non hanno consentito una definizione univoca del ruolo del Presidente del Consiglio. All’interno del Governo è

agosto 2018 (riguardante la Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge, n. 86/2018, recante disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri dei beni e delle attività culturali e del turismo, delle politiche agricole, alimentari e forestali e dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché in materia di famiglia e disabilità), si legge che più disposizioni del testo presentano profili problematici per quel che attiene l’utilizzo dello strumento del d.P.C.M. In particolare, alcune disposizioni prevedono l’adozione del decreto di concerto con singoli ministri. A tal riguardo chiarisce il parere che «il d.P.C.M. risulta allo stato, nell’ordinamento, un atto atipico; pertanto un suo frequente utilizzo, mutuando peraltro procedure tipiche dell’adozione dei regolamenti, quali il concerto dei ministri interessati, rischia di tradursi in un impiego non corretto delle fonti del diritto e in quel fenomeno che il Consiglio di Stato ha definito *fuga dal regolamento*, fuga probabilmente indotta anche dalla complessità e dalla tempistica delle procedure per l’adozione di norme regolamentari.

¹⁴⁶ Circostanza che ripropone l’annoso problema della capacità di tale legge di vincolare i successivi atti legislativi e la collocazione delle norme sulla normazione nel sistema delle fonti, su cui la prassi e la giurisprudenza sembrano orientate a riconoscere la natura prevalentemente politica e non propriamente giuridica del vincolo generato dalla legge n. 400/1988, come annota M. Losana, *L’attività esecutiva del Governo*, cit., p. 25. Per una ricostruzione si rinvia ad A. Ruggeri, *I «fondamenti» della potestà regolamentare del Governo*, in *Dir. e soc.*, n. 1/1991, p. 93 ss.

¹⁴⁷ Come è già stato efficacemente evidenziato, «quando si muta il rapporto tra le fonti normative si incide immediatamente (quanto surrettiziamente) sulla forma di governo, la cui concreta configurazione non può in alcun modo venir separata da quella dello Stato e, quindi, sul perimetro delle libertà politiche: in una parola, sul modello democratico», A. Saitta, *Distorsioni e fratture nell’uso degli atti normativi del governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in M. Cartabia, E. Lamarque e P. Tanzanella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., p. 487.

possibile riconoscere tradizionalmente una natura monocratica del Presidente, cui è riconducibile la funzione di promozione e coordinamento dell'attività dei ministri e di mantenimento dell'unità di indirizzo politico ed amministrativo, da una natura collegiale del Consiglio dei ministri cui spettano le decisioni più rilevanti per l'azione di governo¹⁴⁸. In Assemblea costituente il dibattito sull'art. 95 Cost. si era concentrato proprio sulla ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di una maggiore collegialità di governo e il conferimento al Presidente del Consiglio dei poteri necessari a fare fronte a tutte le eventuali carenze di omogeneità politica e di stabilità del Governo¹⁴⁹. Alla fine la dottrina prevalente ha evidenziato che le norme costituzionali che ne sono scaturite “non segnano affatto una netta affermazione del principio monocratico o di quello collegiale nella determinazione dell'indirizzo politico di governo, ma rappresentano piuttosto un compromesso risultante da un dibattito contraddittorio e incerto e caratterizzato dalla sostanziale ambivalenza della formulazione usata”¹⁵⁰.

L'interpretazione ritenuta *più convincente* dell'art. 95 Cost. relativamente al rapporto intercorrente tra Consiglio e Presidente del Consiglio, porta a ravvisare una compresenza del principio collegiale e del principio monocratico: “il Presidente del Consiglio è responsabile della politica generale del Governo, ma non la determina, dovendo solo dirigerla; non determina, altresì, l'indirizzo politico, mantenendone soltanto l'unità; i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio e individualmente degli

¹⁴⁸ Per tutti v. P. Ciarlo, *Art. 95*, in G. Branca (fondato da), A. Pizzorusso (continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 321 ss. Più recentemente, sul fenomeno della monocratizzazione e del ruolo del Presidente del Consiglio si è soffermato, specie sotto il profilo storico-evolutivo, L. Dell'Atti, *Genesi, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, in part. p. 241 ss.

¹⁴⁹ E. Rotelli, *La Presidenza del Consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento amministrativo centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 477 ss. Le forze politiche di sinistra, come è noto, sostenevano la prevalenza del principio collegiale mentre la Democrazia cristiana ed altri partiti minori erano più impegnati a difendere il principio monocratico o, parallelamente, il principio della responsabilità individuale dei ministri. Ad esempio l'onorevole La Rocca, a nome del gruppo Comunista, affermò la centralità del Parlamento come espressione prima della sovranità popolare. L'onorevole Bozzi, invece, sostenne che la stabilità dell'esecutivo avrebbe dovuto essere perseguita dando autonomo rilievo costituzionale alla figura del Primo ministro ed assimilandone la posizione a quella del Cancelliere, cfr. P. Ciarlo, *Art. 95*, cit., p. 346.

¹⁵⁰ P.A. Capotosti, (voce) *Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 139. Parla di «compromesso costituzionale malamente compiuto» S. Merlini, *Presidente del Consiglio e collegialità di governo*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 19. Al contrario, vi è chi sottolinea che flessibilità e adattabilità del disegno costituzionale costituisce uno dei maggiori pregi della nostra forma di governo, cfr. F. Bassanini, *Il rapporto tra il Presidente del Consiglio e i ministri*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, cit., p. 131 ss.; S. Bartole, (voce) *Governo italiano*, in *Dig. discl. pubbl.*, IV ed., vol. VII, Torino, Utet, 1991, 637; L. Paladin, (voce) *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 693 ss.

atti dei loro dicasteri”¹⁵¹. Da ciò si è tradizionalmente dedotta l'impossibilità di ravvisare una netta prevalenza del Presidente, con la conseguenza che a tale organo spettano poteri di direzione, coordinamento e promozione ma non di determinazione¹⁵².

Il legislatore costituente, in sostanza, ha inteso affidare la posizione giuridica del Presidente alla fluidità del sistema parlamentare, assegnandogli una funzione di direzione della politica generale del Governo, “che non è definibile in astratto, poiché, in realtà, il ruolo del Presidente del Consiglio varia a seconda della singola formula di governo che viene sottoposta, di volta in volta, al giudizio del Parlamento”¹⁵³. Un “compromesso costituente” forse “non esemplare” ma che tuttavia appare utile nella misura in cui non ingabbia uno dei punti di massima sensibilità politica dell'ordinamento in un assetto rigido e, quindi, più facilmente soggetto a rotture¹⁵⁴. Anche perché, laddove vi fossero divergenze sul ruolo del Presidente del Consiglio, a prevalere alla fine sarebbe sempre il rapporto di forza politico che si concretizza, nella sua forma più estrema, nella minaccia di crisi. Insomma, da qualsiasi angolazione si affronti la tematica in questione, non si può negare che il modo di essere del rapporto tra Presidente e ministri si modella in base alle dinamiche del rapporto tra forze politiche e, conseguentemente, al conformarsi del sistema partitico: la normazione costituzionale individua solo i parametri entro cui tale rapporto può oscillare¹⁵⁵.

¹⁵¹ P. Ciarlo, *Art. 95*, cit., 376, il quale precisa che “le formule volte a sancire la prevalenza del principio collegiale furono respinte, e ugualmente nessuno degli strumenti giuridici proposti per affermare la supremazia del Capo del Governo venne adottato” pertanto “non sembrano condivisibili le interpretazioni opposte ed estreme che assumono essere prevalso in Costituente il principio collegiale oppure il principio monocratico”. Questo conferma l'idea di un organo che segue una via intermedia fra il modello (di estrazione fascista) dei ministri che aderiscono alla politica del “Capo del Governo” ed il modello alternativo, di sinistra, dei ministri che determinano la politica del Governo (A. Ruggeri, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 126).

¹⁵² Sebbene anche solo l'attribuzione di detti poteri dovrebbe far riconoscere al Presidente una posizione differenziata anche se non necessariamente di supremazia, P. Ciarlo, *Art. 95*, cit., p. 376.

¹⁵³ J. Buccisano, *Premesse per uno studio sul Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 43 ss. “E questa è una dinamica che non può essere collegata a fatti politici contingenti; la elasticità funzionale del Presidente del Consiglio è cioè diritto, norma, non deviazione dal diritto e dalla norma o fenomeno estraneo all'una e all'altra [...] il costituente non ha inteso incardinare l'istituzione del Premier in uno schema rigido e non ha inteso proporre all'operatore giuridico (e politico) un modello da cui trarre puntuali indicazioni” (*Ibidem*, p. 44).

¹⁵⁴ P. Ciarlo, *Art. 95*, cit., p. 378. Sulle ragioni del “compromesso” tra linea monocratica e linea collegiale v., in particolare, E. Cheli, V. Spaziant, *Il Consiglio dei ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 443 ss.

¹⁵⁵ P. Ciarlo, *Art. 95*, cit., p. 380 ma cfr. anche L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, Milano, Giuffrè, p. 642 ss. Da ciò deriva una certa “oscurità” nell'art. 95, proprio nella misura in cui si presta a molteplici possibilità interpretative, specialmente quando si prendono in considerazione i concetti di “indirizzo politico” e di “politica generale del Governo”: alcuni li hanno ritenuti sostanzialmente sovrapponibili (L. Preti, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 11 ss.; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 149 ss.), altri invece hanno considerato la politica generale come l'attuazione dell'indirizzo politico (T. Martines, (voce) *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 155; G. Ferrara, *Il Governo di coalizione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 144

All'interno del Consiglio dei ministri, dunque, le posizioni dei singoli componenti non possono considerarsi eguali e, soprattutto, il modello strutturale non può considerarsi statico ma dinamico, "in continuo divenire e relativistico a seconda delle varie temperie politiche"¹⁵⁶. L'elasticità delle norme costituzionali consente interpretazioni diverse in base al concreto evolversi dei rapporti di forza all'interno del quadro politico e della forma di governo. Da ciò deriva una certa adattabilità funzionale del Presidente del Consiglio e una poliedricità della sua posizione giuridica¹⁵⁷ che gli assicura un'ampia gamma di attribuzioni, ma soprattutto diverse modalità di esercizio di queste attribuzioni, senza rigide formalizzazioni e procedimentalizzazioni¹⁵⁸.

In questa prospettiva, l'uso dei d.P.C.M. assume particolare rilevanza nel rendere manifesto l'esercizio di funzioni amministrative e normative che si sono estese in ambiti sempre maggiori, consentendo al Presidente del Consiglio di rafforzare "il proprio ruolo di protagonista dell'indirizzo politico, mettendo sempre più in ombra quello che appariva essere il ruolo assegnato al Parlamento dalla Costituzione (dal punto di vista giuridico-formale) e ai partiti (da quello politico-fattuale)"¹⁵⁹. Non essendo sufficiente il dato costituzionale a spiegare l'effettiva posizione del Presidente del Consiglio, l'analisi dei differenti procedimenti di formazione dei d.P.C.M. può diventare un valido strumento in grado di mostrare le concrete e mutevoli modalità di esercizio dei poteri di tale organo costituzionale¹⁶⁰.

ss.), altri ancora hanno sostenuto l'esatto contrario (A. Mannino, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 52 ss.). Vi è sostanziale accordo, tuttavia, nel ritenere che la determinazione di entrambi spetti al Governo nel suo complesso, cfr. P. Ciarlo, *Art. 95, cit.*, p. 333, il quale precisa, infatti, che "le formule che la Costituzione riguardanti il Presidente del Consiglio [...] vanno analizzate nella consapevolezza che l'obiettivo non è quello di estrarre dal disposto lessicale il suo 'vero' ed 'unico' significato possibile ma cercando di capire quali possano essere le scansioni interpretative in grado di far valere la norma costituzionale come effettivo parametro di legittimità", *ivi*, p. 329.

¹⁵⁶ A. Saitta, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi. Rileggendo "Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana" di Antonio Ruggeri*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2020, p. 435.

¹⁵⁷ In sostanza, l'Assemblea costituente ha inteso rinviare ad un momento futuro la concreta determinazione degli equilibri endogovernativi e in questa prospettiva si colloca l'ultimo comma dell'art. 95 che prevede la legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, così G. Pitruzzella, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in AA.AV., *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, *cit.*, p. 115 ss.

¹⁵⁸ P.A. Capotosti, *Presidente del Consiglio dei ministri*, *cit.*, p. 141. "Al Presidente del Consiglio spetta una funzione che può esprimersi in forma amplissima: direzione della politica generale del Governo; e che può anche ridursi ad una mera attività di impulso e coordinamento dell'attività dei ministri", così J. Buccisano, *Premesse per uno studio sul Presidente del Consiglio dei ministri*, *cit.*, p. 45.

¹⁵⁹ A. Saitta, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi*, *cit.*, p. 437.

¹⁶⁰ Ciò conferma, peraltro, che "l'esatta definizione della posizione costituzionale del Premier non può [...] essere ricavata solo dalle norme scritte, che, del resto, come già si è rilevato, sono talora di difficile ed oscura interpretazione, ma deve anche fondarsi sulla prassi che origina da norme non scritte, di natura consuetudinaria o convenzionale, le quali sembrano non solo disporre *secundum Constitutionem*, cioè come specificazione dei precetti costituzionali, ma anche *praeter Constitutionem*, cioè integrazione-sviluppo di

Se il d.P.C.M. venisse considerato semplicemente come un atto monocratico, capace di esprimere autonome prerogative, anche di natura normativa, del Presidente del Consiglio, si potrebbe facilmente ricondurre la crescente diffusione di tale atto normativo al progressivo rafforzamento dell'organo emanante, nell'ambito di quel graduale passaggio dalla concezione del Presidente del Consiglio *primus inter pares*¹⁶¹ a quella di *primus supra pares*¹⁶² che si manifesta proprio attraverso una tendenziale prevalenza del principio monocratico rispetto a quello collegiale. L'espansione verso una natura sempre più marcatamente normativa del d.P.C.M. rivelerebbe, in altri termini, il progressivo dilatarsi delle funzioni del Presidente del Consiglio rispetto a quanto originariamente immaginato nell'idea del Costituente e, conseguentemente, una sempre più chiara preminenza del Presidente all'interno del Consiglio dei ministri¹⁶³.

In questa prospettiva, se in passato il baricentro della produzione legislativa si è spostato progressivamente dal Parlamento al Governo¹⁶⁴, ora si potrebbe intravedere un parallelo

principi costituzionali, il cui disegno di fondo, per così dire, a maglia larga, può consentire diverse linee di sviluppo", così P.A. Capotosti, *Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., 140. Pone altresì l'accento sulle prassi, dalle quali è possibile ricavare significative indicazioni sugli equilibri endogovernativi e sui loro mutamenti più rilevanti, con particolare riferimento alla crescita del ruolo del Presidente del Consiglio, N. Lupo, *Gli atti normativi del governo*, cit., p. 537.

¹⁶¹ Principio che comporta, come è noto, una prevalenza della natura collegiale del Governo, lo sottolinea L. Paladin, (voce) *Governo (italiano)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, p. 706, laddove afferma che "la parte essenziale dello sforzo del Presidente deve tendere [...] a far prevalere il principio collegiale: giuridicamente è questa la via per conservare, in ultima analisi, un significato all'art. 95 comma 1, Cost.". La riaffermazione del principio del Presidente del Consiglio come *primus inter pares* si ritrova anche, in tempi più recenti, in Corte cost., sent. n. 262/2009 (sulla legge n. 124/2008, il c.d. *lodo Alfano*) su cui però v. criticamente, E. Catelani, *Potere e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Tipografia Editrice Pisana, Pisa, 2017, p. 293 ss. Sulle origini di questa formula cfr. V. Capperucci, *Tra monocraticità e collegialità. Il ruolo del presidente del consiglio nel dibattito costituzionale italiano (1943-1948)*, in *Ventesimo secolo*, 2018, p. 43, spec. p. 56 ss. In epoca precedente alla fase costituente v. anche le riflessioni di V. Crisafulli, *Intorno ai provvedimenti emessi dal Capo del Governo sulle divergenze tra ministri e alla loro impugnabilità innanzi al Consiglio di Stato*, in *Stato e diritto*, I, 1940, p. 232 ss.

¹⁶² Efficacemente è stato sottolineato che la riforma attuata con il d.lgs. n. 303/1999 "rivisita e razionalizza la Presidenza quale autentica 'cabina di regia' della politica governativa, secondo un modello che, al pari di molte altre esperienze europee, è costruita intorno alla figura del Presidente del Consiglio e alla funzione centrale che assume nell'assicurare tanto l'unitarietà dell'azione della compagine governativa (anche attraverso il collegamento funzionale con le altre amministrazioni), quanto i rapporti con le istituzioni europee e con il sistema delle autonomie territoriali, promuovendo la necessaria collaborazione tra i diversi livelli di governo", C. Colapietro, *Governo*, in S. Mangiameli (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto costituzionale*, IlSole24Ore, 2008, p. 896.

¹⁶³ Sulla correlazione fra rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio e potenziamento del ricorso al d.P.C.M. si sofferma anche M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 188 ss.

¹⁶⁴ Fenomeno inteso non solo come mero incremento numerico degli atti governativi (prevalentemente decreti-legge, decreti legislativi, regolamenti) rispetto alla legge ma come vera e propria "alterazione degli equilibri istituzionali" alimentata dalla tendenza del Governo a sottrarsi ai limiti formali e procedurali previsti per la produzione normativa e a "disporre a piacimento del sistema delle fonti" in base alle esigenze e agli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiungere, così M. Cartabia, *Il Governo "Signore" delle fonti?*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pp. XI e XIII.

spostamento dall'organo collegiale (il Consiglio dei ministri) alle sue articolazioni monocratiche e, in particolare, al Presidente del Consiglio¹⁶⁵. Considerare il d.P.C.M. come semplice atto monocratico, in sostanza, porta ad affermare che il Presidente del Consiglio ha assunto progressivamente compiti riguardanti la concreta amministrazione di interessi generali e non la semplice direzione dell'attività di governo o la mediazione tra ministri, con l'effetto, più o meno evidente nel corso degli anni, di una marcata esposizione dell'organo monocratico su quello collegiale.

Una tale interpretazione del fenomeno ha indotto in più occasioni a parlare di *presidenzializzazione* del Governo¹⁶⁶ che si manifesterebbe non tanto nella forza e nella capacità del Presidente del Consiglio di garantire l'unità di indirizzo politico del Governo, che rappresenta la sua funzione tipica, quanto nell'esercizio di funzioni proprie e di natura politica, nell'assunzione di decisioni di rilievo esterno che travalicano i confini tradizionalmente riconducibili al vertice dell'esecutivo. Tutto ciò si dedurrebbe proprio dalla prassi sull'uso dei d.P.C.M. che è uscita dalla tipica orbita governativa per estendersi ai rapporti con le regioni e gli enti locali, ad esempio in materia di coordinamento finanziario, per poi passare ad ambiti che coinvolgono direttamente i cittadini come ad esempio in materia di livelli essenziali di assistenza, di sicurezza, di tutela della salute.

In altri termini, se si considerasse il d.P.C.M. come mero atto monocratico, il rafforzamento della posizione dell'organo di vertice del Governo sembrerebbe muoversi di pari passo con

¹⁶⁵ Quest'ultimo fenomeno, naturalmente, è riferibile solo le fonti secondarie, stante il *numerus clausus* delle fonti primarie tra le quali, come è noto, non vi sono atti che non siano deliberati dall'intero Consiglio dei ministri, cfr. per tutti: V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, p. 126.

¹⁶⁶ M. Losana, *L'attività esecutiva del Governo*, cit., p. 25. Secondo alcuni autori il fenomeno della "presidenzializzazione" è stato favorito anche dal processo di integrazione europea in quanto il Presidente del Consiglio dei ministri è chiamato a rappresentare e coordinare, nell'ambito dell'Unione europea, le linee di azione espresse dal Governo, collocandosi in una posizione di sostanziale sovraordinazione rispetto ai suoi ministri, lo evidenzia N. Lupo, *I rapporti tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e gli altri organi di rilevanza costituzionale*, in AA.VV., *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, cit., p. 58. Sono state individuate varie fasi nel processo di rafforzamento del ruolo del Premier all'interno del Governo con un'affermazione del fenomeno che ha riguardato proprio gli anni più recenti, cfr. R. Cherchi, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del governo?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 136 ss., in part. p. 146 ss. Si concentra, in particolare, sulla ipertrofica dilatazione dell'apparato della Presidenza e l'incremento di funzioni M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 61 ss. ma cfr. anche, attorno alla stessa problematica, le considerazioni di E. Catelani, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., p. 130 ss. La tendenza alla presidenzializzazione degli esecutivi, peraltro, è riscontrabile diffusamente a livello comparatistico (cfr. ampiamente A. Di Giovine e A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007), favorita il più delle volte da fattori extraistituzionali, come emerge molto chiaramente in S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 525 ss.

un utilizzo sempre più diffuso del suo più tipico strumento giuridico di intervento, in ambiti sempre più ampi e diversificati¹⁶⁷. E questo rappresenterebbe la manifestazione esterna di una trasformazione evolutiva che ha interessato il rapporto non solo tra Parlamento e Governo ma tra il Governo e il suo vertice o, se vogliamo, una “plastica rappresentazione dei rapporti di forza endogovernativi”¹⁶⁸.

Il presente studio, tuttavia, restituisce un quadro eterogeneo e articolato dei procedimenti di formazione dei d.P.C.M. regolamentari e dimostra come tali atti non abbiano sempre natura monocratica, come si sarebbe portati a pensare considerando il *nomen iuris*. In molti casi, l’adozione del d.P.C.M. è il risultato di una volontà complessa nella quale convergono soggetti diversi rispetto al Presidente del Consiglio, in cui si alternano o si presentano congiuntamente iniziative tramite intese o concerti, rilascio di pareri da parte di soggetti diversi tra loro, interni ed esterni al Governo, e in cui si inserisce sovente la deliberazione dell’intero Consiglio dei ministri. Questo consente di affermare che la diffusione di questa tipologia di d.P.C.M. non sempre e non necessariamente corrisponde ad un rafforzamento della posizione del Presidente del Consiglio. Quest’ultimo, infatti, in molti casi interviene solo nella fase conclusiva del procedimento, quando il contenuto dell’atto è già sostanzialmente definito.

D’altro canto, se da un lato la prassi di adozione dei d.P.C.M. rivela una natura non sempre e non propriamente monocratica della fonte, non è possibile neppure classificare sempre questo atto come collegiale, sia perché la deliberazione del Consiglio dei ministri è frequente ma non sempre presente, sia perché il coinvolgimento di altri soggetti avviene attraverso forme di raccordo che non hanno natura collegiale ma che, al contrario, sembrano mostrare proprio una crisi della collegialità. Il mutevole articolarsi di iniziativa, intese, accordi e pareri portano ad un coinvolgimento bilaterale o plurilaterale di attori di volta in volta differenti (Ministri, Comitati interministeriali ma anche enti territoriali,

¹⁶⁷ Cfr. le analoghe considerazioni di M. Della Morte, *Sistema delle fonti e peso dell’esecutivo*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., p. 134 ss. il qualche evidenza che è proprio il diverso peso assunto dall’esecutivo a contribuire al progressivo sfaldamento del sistema delle fonti e non il contrario.

¹⁶⁸ D. Piccione, *Il Comitato per la legislazione*, cit., p. 6. Su questa linea si collocano le preoccupazioni di chi vede il rischio che attraverso un uso, talora ritenuto “patologico”, di determinate fonti si compromettano gli equilibri sottesi al modello costituzionale espresso dalla forma di governo o di Stato. Così E. Cheli, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro “sistema” delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2010. Non manca chi ritiene che il significativo incremento dei d.P.C.M. e la rilevanza degli spazi a essi attribuiti sono causa ma al contempo anche effetto di un rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio negli equilibri di potere interni al Governo, così D. De Lungo, *Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell’esperienza recente*, cit., p. 24 ss.

Commissioni parlamentari, agenzie, ecc.) all'interno di geometrie variabili che certamente sono sintomo di condivisione, convergenza di volontà, cooperazione ma non già di collegialità.

In sintesi, siamo di fronte ad un atto che assume la veste formale di decreto del Presidente del Consiglio ma che, nella sostanza, solo in alcuni casi manifesta la semplice volontà dell'organo monocratico emanante, mentre in molti altri casi rivela una volontà complessa di diversi soggetti, monocratici o collegiali, interni o esterni al Governo, che a vario titolo e secondo differenti forme e modalità partecipano al procedimento di formazione.

5. La problematica collocazione gerarchica dei d.P.C.M. regolamentari.

Le riflessioni sinora svolte sollecitano un'ulteriore questione riguardante un eventuale rapporto gerarchico tra d.P.C.M. ed altre fonti di natura regolamentare, in particolare quelle che si presentano sotto forma di d.P.R. o di d.m. Un tema che non potrebbe essere affrontato adeguatamente se si considerasse il d.P.C.M. quale atto meramente monocratico ed espressione della sola volontà del Presidente del Consiglio. Al contrario, proprio il complesso e articolato quadro procedimentale precedentemente descritto rivela tutta la problematicità di individuare la reale natura di ciascuna tipologia di d.P.C.M. e un qualche rapporto gerarchico rispetto ad altre fonti governative.

L'art. 17, c. 3, legge n. 400/1988 prevede espressamente che i regolamenti ministeriali ed interministeriali non possano dettare norme contrarie ai regolamenti emanati dal Governo e che, come noto, assumono di regola la forma del d.P.R. Da ciò si deduce una superiorità gerarchica di questi ultimi sugli altri regolamenti dell'esecutivo¹⁶⁹, anche in ragione del fatto che la decisione collegiale del Governo conferisce maggior forza alla fonte; pertanto, i singoli ministri possono adottare decreti a carattere regolamentare solo nella misura in cui non entrano in contrasto con i d.P.R. Si delinea, in tal modo, una differenziazione tra le fonti basata sulla posizione costituzionale dell'organo che le pone in essere.

La legge n. 400/1988, nell'estendere ai decreti ministeriali gli stessi vincoli procedurali cui sono sottoposti i regolamenti governativi, ne prevede anche uno ulteriore che consiste nella previa comunicazione del testo al Presidente del Consiglio. Si tratta di una previsione volta a tutelare, evidentemente, la funzione di direzione unitaria dell'indirizzo politico che l'art.

¹⁶⁹ In tal senso A. Cerri, *Regolamenti*, cit., p. 9.

95 Cost. riconosce al Presidente del Consiglio. In sostanza, il Presidente del Consiglio esercita un'attività di controllo sui decreti ministeriali che rafforza il modello disegnato dalla legge n. 400/1988 e che rappresenta un elemento coerente con la loro subordinazione gerarchica rispetto ai regolamenti governativi.

Tali considerazioni potrebbero indurre a ritenere che i regolamenti ministeriali si collocano in una posizione di subordinazione gerarchica anche rispetto ai d.P.C.M. in ragione del ruolo di direzione e coordinamento che il Presidente del Consiglio assume nei confronti dei ministri. Ma tale conclusione non può essere generalizzata. Considerando, infatti, che esiste una delimitazione di competenze tra il Presidente del Consiglio e i ministri, sarebbe più opportuno ricorrere al criterio della competenza anziché quello gerarchico. Tuttavia, tale approccio risulta valido solo quando i d.P.C.M. sono effettivamente espressione di volontà del solo Presidente del Consiglio. Quando, invece, si tratta di d.P.C.M. assunti previa deliberazione del Consiglio dei ministri occorre necessariamente mutare prospettiva. In questo caso, infatti, se la *ratio* della superiorità gerarchica del d.P.R. rispetto ai decreti ministeriali sta nel fatto che i primi sono espressione di volontà dell'intero Governo, lo stesso potrebbe dirsi anche dei d.P.C.M. che recano una deliberazione del Consiglio dei ministri. Pertanto, un d.P.C.M. approvato previa deliberazione del Consiglio dei ministri potrebbe, in analogia con i d.P.R., considerarsi gerarchicamente superiore rispetto ad un decreto ministeriale.

Con riferimento al rapporto tra d.P.C.M. e d.P.R. la questione diviene ancora più complessa. Come è stato ricordato più volte, la legge n. 400/1988 non contiene una esplicita disciplina dei d.P.C.M. di natura regolamentare e tale circostanza aveva indotto ad assimilare tale fonte ai regolamenti ministeriali¹⁷⁰. Tale parallelismo potrebbe portare a ritenere che anche i regolamenti approvati con d.P.C.M., in analogia con i decreti ministeriali, possano ritenersi subordinati ai regolamenti approvati con d.P.R.¹⁷¹. Tale analogia, però, non può essere sostenuta nella generalità dei casi e solleva dubbi¹⁷² soprattutto quando si considera, ancora una volta, che i d.P.C.M. possono essere espressione di volontà anche dell'intero

¹⁷⁰ A. Pizzorusso, *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla Legge n. 400/1988*, cit., p. 274.

¹⁷¹ Propende per la subordinazione dei regolamenti del Presidente del Consiglio ai regolamenti governativi in ragione della posizione di primazia che la legge n. 400 del 1988 ha assegnato al Consiglio dei ministri, A. Morrone, *Fonti normative*, cit., p. 233, il quale tuttavia riconosce come eccezione la sovraordinazione gerarchica dei d.P.C.M. rispetto ai decreti ministeriali e interministeriali in virtù della posizione di "vertice" politico e costituzionale del Presidente del Consiglio nei confronti dei singoli ministri.

¹⁷² L. Carlassare, P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, cit., p. 952; O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 55.

Consiglio dei ministri. Proprio l'analisi sul procedimento di formazione del d.P.C.M. impone, dunque, la rilettura di un eventuale rapporto gerarchico tra questa tipologia di regolamenti rispetto ai regolamenti del Governo approvati tramite d.P.R.

In sostanza, considerando che non esiste *un* solo d.P.C.M., ma tanti quanti sono i diversi procedimenti di formazione dell'atto, non è possibile condurre un discorso unitario. In particolare, quelli adottati previa deliberazione del Consiglio dei ministri non possono essere equiparati ad un atto puramente monocratico di competenza del solo Presidente del Consiglio. La volontà che il d.P.C.M. esprime è il risultato dell'intero organo collegiale, a cui spesso si aggiungono pareri, intese e altre forme di coordinamento con altri soggetti. Pertanto, risolvere il problema del rapporto gerarchico tra d.P.R. e d.P.C.M. ragionando sul rapporto tra Presidente del Consiglio e Consiglio dei ministri rischia di diventare fuorviante.

Quando, invece, il d.P.C.M. è manifestazione della sola volontà del Presidente del Consiglio è possibile ricostruire un qualche rapporto rispetto ai regolamenti governativi ricorrendo al principio di competenza. In questi termini, al Presidente del Consiglio dei ministri spetta un potere regolamentare compatibile con le proprie funzioni di direzione e responsabilità della politica generale del Governo, di perseguimento della relativa unità di indirizzo politico e amministrativo, di promozione e coordinamento dell'attività dei ministri, che gli conferisce l'art. 95 Cost. e che il d.lgs. n. 303/1999 specifica all'art. 2, c. 2. Al Consiglio dei ministri, invece, spetta un potere normativo in tutti gli altri ambiti¹⁷³. Naturalmente la linea di confine tra le competenze dei due organi non può essere sempre individuata in maniera rigida ed astratta. I d.P.C.M., pur avendo inizialmente assolto la funzione di fonte regolatrice dell'organizzazione della Presidenza, hanno ben presto esteso i propri campi di intervento in ambiti molto diversi tra loro¹⁷⁴.

¹⁷³ O. Roselli, *La riforma della presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 56, il quale precisa che «al Presidente del Consiglio dovrebbe competere un potere normativo espresso prevalentemente attraverso la determinazione di principi, al fine di consentire che l'azione di governo, sul versante normativo, sia il prodotto dei due poteri regolamentari concorrenti». Sulla stessa linea cfr., più recentemente, M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 194 ss.

¹⁷⁴ Sotto questo punto di vista, i d.P.C.M. tendono a divenire fonti di carattere residuale cui assegnare la competenza a regolare ambiti non riservati ai decreti del Presidente della Repubblica o ai decreti interministeriali, sicché hanno lentamente assunto le vesti di “decreti ministeriali *sui generis*, in certa misura imitandone anche la non commendevole missione di costituire un'arma nei rapporti con i poteri regolamentari delle autonomie territoriali e, al fine, una notevole scorciatoia per concorrere allo stravolgimento del riparto di competenze amministrative delineato dall'art. 118 Cost.”, D. Piccione, *Il Comitato per la legislazione*, cit., p. 7. È invece sfumato nel tempo un possibile fondamento teorico dell'adozione dei d.P.C.M. con l'obiettivo di eleggerli a concreti ed efficaci strumenti idonei a “condurre un'azione di governo guidata in modo unitario e coordinato” (l'espressione è di A. Sandulli, *Il problema della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 624).

In conclusione, il problema dell'eventuale rapporto gerarchico tra regolamenti del Presidente del Consiglio, regolamenti governativi e regolamenti ministeriali non può che essere risolto volta per volta attraverso un'analisi che tenga conto del contenuto dell'atto, dell'ambito di competenza che l'emanante sta esercitando ma soprattutto del procedimento di formazione e degli organi di cui il d.P.C.M. esprime la volontà.

6. La particolare natura dei d.P.C.M. della fase pandemica.

L'analisi sinora svolta ha riguardato essenzialmente i periodi *ordinari* mentre, come si ricordava sin dal primo paragrafo, i d.P.C.M. hanno assunto estrema notorietà durante un periodo straordinario e di emergenza quale quello pandemico. In tale situazione, la necessità di intervenire con urgenza, attraverso misure immediate, rapide ed efficaci, talora anche molto incisive e in deroga alla legislazione vigente, ha reso ancora più rilevante non solo la complessa problematica del rapporto tra principio collegiale e monocratico ma anche del sistema di limiti e di garanzie nei confronti dei poteri del Presidente del Consiglio.

Nonostante i d.P.C.M. adottati durante l'emergenza da Covid-19 non rientrino nella categoria di quelli regolamentari, oggetto principale del presente studio, una riflessione sul loro utilizzo rappresenta un utile campo di indagine per verificare, anche in ottica comparativa, le riflessioni svolte sinora in merito alla natura giuridica del d.P.C.M., soprattutto in relazione alla possibile divergenza tra forma e natura dell'atto e riguardo al ruolo svolto dal Presidente del Consiglio in una situazione di emergenza, anche nel quadro di una inedita ripartizione di competenze tra i diversi livelli di governo statale, regionale e locale disegnata dai decreti-legge dell'emergenza¹⁷⁵.

Come è stato altrove evidenziato, nel periodo pandemico le torsioni sul sistema delle fonti

¹⁷⁵ Così riassume recentemente M. Francaviglia, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19. Linee ricostruttive alla luce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2022, p. 116. Il ruolo svolto dal Presidente del Consiglio è stato reso notevolmente più complesso anche dai difetti di funzionamento dei moduli di coordinamento tra i diversi livelli di governo che hanno senza dubbio rappresentato "la più evidente carenza nelle modalità di gestione della crisi [...] pur in presenza di adeguate disposizioni normative di riferimento", F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2020, p. 334. Talora l'ansia, avvertita da tutti i soggetti istituzionali di qualunque livello, di dimostrare il proprio impegno sul campo, ha determinato sovrapposizioni e incertezze: un «profluvio di provvedimenti [...] che spesso ripetevano il contenuto di provvedimenti già precedentemente assunti dagli enti di livello superiore», così A. Morelli, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, p. 749.

si sono mosse di pari passo con la torsione dei ruoli istituzionali¹⁷⁶. Mai prima di allora i d.P.C.M. avevano avuto un così rilevante impatto sulla sfera dei diritti costituzionalmente tutelati e questo ha imposto al costituzionalista un *supplemento d'anima* e di riflessione¹⁷⁷ al fine di inquadrare il tema all'interno delle categorie dommatiche delle scienze giuspubblicistiche.

Per le stesse ragioni illustrate all'inizio di questo lavoro, è opportuno innanzitutto partire dal procedimento di formazione dell'atto. Il primo schema di gestione dell'emergenza pandemica è quello fissato, come è noto, nel decreto-legge n. 6/2020. Esso demandava al d.P.C.M. l'introduzione delle misure idonee e necessarie a contenere la diffusione del virus, anche attraverso limitazioni alla libertà di circolazione dei cittadini. Questo primo atto di rango primario tipizzava solo parzialmente gli interventi destinati alla disciplina del d.P.C.M. in maniera esemplificativa e non tassativa (art. 1), poiché consentiva poi di adottare «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza» (art. 2), senza specificarne i contorni o la portata¹⁷⁸. Il procedimento di formazione prevedeva che il d.P.C.M. dovesse essere predisposto su iniziativa del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, della difesa, dell'economia e finanze ed eventuali altri ministri competenti per materia. Era prevista anche una minima forma di coordinamento con i livelli di governo substatali poiché dovevano essere sentiti, inizialmente, i Presidenti delle regioni competenti nel caso in cui il decreto avesse riguardato esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni oppure il Presidente della Conferenza di Presidenti di regioni nel caso in cui il decreto avesse riguardato l'intero territorio nazionale (art. 3).

Risulta abbastanza evidente come in questa prima fase il d.P.C.M. assumesse natura tendenzialmente monocratica con un ruolo decisamente centrale del Presidente del Consiglio nella determinazione del contenuto dell'atto, dal momento che non era prevista alcuna forma di intesa o di accordo così come nessuna valutazione collegiale in seno al Consiglio dei ministri¹⁷⁹. Lo spazio di discrezionalità attribuito al Presidente era, di conseguenza, molto ampio e aveva sollevato non poche perplessità. Anche per questa

¹⁷⁶ A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consultaonline.it*, n. 3/2020, p. 687 ss. Sui riflessi in termini di ipertrofia normativa e intellegibilità dei provvedimenti e, più in generale, sugli effetti in termini di qualità della legislazione v. L. Di Majo, *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da Covid-19*, in *Dirittiregionali.it*, n. 2/2020, p. 141 ss.

¹⁷⁷ In questi termini si esprime L. Castelli, *Tra «disporre» e «provvedere». I d.P.C.M. pandemici al test di normatività*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022, p. 45.

¹⁷⁸ M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 117.

¹⁷⁹ E. Longo e M. Malvacini, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, p. 212 ss.

ragione si passò ad un secondo modello introdotto con il decreto-legge n. 19/2020, successivamente rivisto e reso stabile con il decreto-legge n. 33/2020. Una delle novità più importanti riguardava la tipizzazione delle misure restrittive delle libertà individuali che potevano essere previste, a seconda della situazione epidemiologica, tramite successivi d.P.C.M. Questi ultimi non potevano più introdurre nuove misure restrittive ma solo *attivare* o *disattivare* quelle previste nella fonte primaria.

Anche dal punto di vista del procedimento di formazione venivano introdotte alcune importanti novità. La prima riguardava il potere di iniziativa che veniva esteso ai Presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui il d.P.C.M. avesse riguardato esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, oppure al Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui avesse riguardato l'intero territorio nazionale. In questo caso dovevano comunque essere sentiti il Ministro della salute e gli altri ministri già previsti nel precedente decreto-legge n. 19/2020 (art. 2, c. 1). Inoltre, veniva introdotto un ulteriore strumento tendente a ridurre la discrezionalità politica della decisione attraverso il Comitato tecnico-scientifico¹⁸⁰ che doveva essere sentito «di norma» al fine di monitorare l'andamento epidemiologico e di valutare l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure adottate.

Il nuovo modello previsto dal decreto-legge n. 19/2020, infine, introduceva esplicitamente un regime di pubblicità con l'obbligo di pubblicazione del testo del d.P.C.M. in Gazzetta Ufficiale oltre ad alcune forme di raccordo con il Parlamento. Era previsto, infatti, che il testo dovesse essere trasmesso alle Camere il giorno successivo alla pubblicazione e che, con cadenza quindicinale, il Presidente del Consiglio – o un Ministro delegato – dovesse riferire sulle misure adottate. In sede di conversione del decreto-legge è stato introdotto l'obbligo, a carico del Presidente del Consiglio dei ministri o di un Ministro da lui delegato, di illustrare preventivamente alle Camere il contenuto dei d.P.C.M. «al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati» (art. 2, c. 2), salvo ragioni di urgenza, che avrebbero comunque comportato un intervento successivo. In questo modo si è inteso rafforzare le forme di coinvolgimento e di interlocuzione con il Parlamento nella scelta delle misure restrittive delle libertà individuali.

Il secondo modello di gestione della pandemia, dunque, si poneva l'obiettivo di ridurre l'eccessiva discrezionalità del Presidente del Consiglio e favorire una qualche forma di

¹⁸⁰ Istituito tramite Ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020.

coinvolgimento del Parlamento¹⁸¹ e degli enti territoriali, sebbene restassero piuttosto evidenti e marcate le differenze rispetto ai procedimenti emersi nell'analisi dei d.P.C.M. di natura regolamentare (intese, concerti, preventiva deliberazione del Consiglio dei ministri). Ciò dipende, naturalmente, dalla particolare situazione di emergenza in cui questa tipologia di d.P.C.M. è stata concepita e utilizzata. Una situazione che imponeva tempi rapidi di approvazione e la necessità di intervenire tempestivamente in stretta relazione con l'evoluzione dell'emergenza pandemica. Un obiettivo che poteva essere compromesso dalla esigenza di dover addivenire a forme di coordinamento o di raccordo con altre sedi decisionali.

L'incerta natura giuridica dei d.P.C.M. utilizzati nella gestione della pandemia ha determinato non pochi dubbi e un dibattito assai ampio in dottrina che si è concentrato sia su taluni elementi formali che sostanziali. Tra le numerose ipotesi formulate¹⁸², si distingue quella che riconduce i d.P.C.M. al modello delle ordinanze di protezione civile emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri ex artt. 5 e 25 del Codice della protezione civile¹⁸³, e

¹⁸¹ Cfr. sul punto E. Griglio, *La parlamentarizzazione dei D.P.C.M. "pandemici": un caso di inversione dell'onere della prova*, in *"Il Filangieri"*, Quaderno 2020, Napoli, Jovene, 2020, p. 27 ss.

¹⁸² A voler essere più analitici, molte sarebbero le posizioni emerse in dottrina, ognuna con sfumature diverse. Ad esempio, solo a volerne richiamare alcune, i d.P.C.M. della pandemia sono stati identificati come "provvedimenti attuativi di natura amministrativa generale non normativa" (A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online*, n. 3/2021, p. 846), atti necessitati (L. Castelli, *Una fonte anomala*, cit., p. 123), "atti di coordinamento tecnico basati sulle analisi scientifiche condotte sulla malattia" (Q. Camerlengo, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, p. 750); oppure ricondotti «al novero degli atti amministrativi generali, a contenuto normativo, e non a quello delle fonti di normazione secondaria» (G. Vesperini, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2021, p. 294; fa riferimento agli atti amministrativi a contenuto normativo 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, p. 297). All'"atto amministrativo generale" fa riferimento A. Pertici, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 10 agosto 2020, p. 7, così come si riferisce alla categoria degli atti amministrativi (senza particolari specificazioni) R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline.it*, n. 3/2020, p. 524. Altri, invece, si concentrano sulla natura regolamentare (R. Manfrellotti, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, p. 234; G. D'Amico, *La libertà capovolta. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 169), specie nella misura in cui i d.P.C.M. «contengono misure che vietano comportamenti individuali e sanzionano penalmente le trasgressioni ai divieti, proprio come fanno di solito gli atti normativi» (G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *Iacostituzione.info*, 22 aprile 2020). Infine vi è chi non ha dubbi sulla natura normativa dell'atto nella misura in cui esso limita i diritti costituzionali con disposizioni generali ed astratte assumendo un contenuto tipico delle fonti primarie con funzione sostanzialmente legislativa (C. Padula, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, p. 176 ss.) e chi vi intravede un rango più che primario, "superprimario" in quanto i d.P.C.M. producono effetti sospensivi o derogatori nei riguardi di diritti di libertà (A. Ruggeri, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2021, p. 245).

¹⁸³ In tal senso, tra molti, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 123; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 537 ss.; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 388; M. Cavino, *Appunti sui limiti*

quella che invece li colloca tra i provvedimenti attuativi dei vari decreti-legge che si sono succeduti per fronteggiare l'emergenza pandemica a partire da febbraio 2020¹⁸⁴. A tal riguardo, i d.P.C.M. dell'emergenza, contrariamente a quanto previsto dall'art. 25 del Codice della protezione civile, non indicavano le norme di legge derogate e non erano adottate dal Capo di Dipartimento della Protezione Civile ma direttamente dal Presidente del Consiglio. In sostanza quest'ultimo non sembra aver esercitato attribuzioni riconducibili all'art. 5 del Codice e ciò si deduce soprattutto dal dato testuale riscontrabile nel preambolo di ciascun d.P.C.M. che richiama la deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza, e i vari decreti-legge che si sono succeduti a partire dal n. 6/2020. In sostanza, si può convenire che «i d.p.c.m. emanati in occasione della crisi pandemica si sono nettamente distaccati dallo schema delle ordinanze di protezione civile»¹⁸⁵.

Si tratta di una impostazione che ha trovato riscontro anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 198/2021, laddove si chiarisce che i d.P.C.M. dell'emergenza attuativi del decreto-legge n. 19/2020 «si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle *ordinanze necessitate* (a contenuto libero) seguito dal codice della protezione civile»¹⁸⁶. Malgrado il punto di

territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia), in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 452; E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021, p. 14 ss.; M. Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato meno Regioni*, in *Le Regioni*, n. 3/2021, p. 571.

¹⁸⁴ Sulla natura attuativa si concentra A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. Cost.*, n. 198 del 2021, in *giurcost.org*, 26 ottobre 2021, p. 846 ss., ma v. anche Id., *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., p. 846. Cfr. altresì R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline.it*, n. 3/2020, p. 519, il quale, dopo aver richiamato le due «catene normative» – quella che parte dal Codice della protezione civile e quella che trova fondamento nei decreti-legge dell'emergenza – riconduce alla seconda la maggior parte della normativa emergenziale e, in particolare, quella contenuta nei vari d.P.C.M.

¹⁸⁵ Cfr. sempre A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., p. 846 ss.

¹⁸⁶ La Corte riprende quanto ebbe a sostenere con la sentenza n. 4/1977 distinguendo gli *atti necessitati* dalle *ordinanze necessitate*, «i primi, come le seconde, fondanti sulla urgente necessità; ma i primi, emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell'esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni», così sintetizza M. Cavino, *La natura dei D.P.C.M. adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021, p. 83. Si tratta di una impostazione che ha solide radici in dottrina. Precisava al riguardo M.S. Giannini che le funzioni relative all'emanazione di atti necessitati hanno carattere «normale e ordinario» mentre quelle relative all'emanazione di ordinanze hanno carattere «eccezionale e straordinario». I primi, infatti, sono strumento che «l'ordinamento attribuisce alle autorità per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale, cioè di rara verifica; le seconde provvedono a situazioni eccezionali in senso giuridico, cioè che richiedono delle deroghe alle norme vigenti [...] in quanto queste non offrono possibilità di provvedere. I primi contemplano fattispecie, seppure rare, sempre però ordinate nel sistema legislativo e quindi ordinarie; le seconde, fattispecie non previste né prevedibili, quindi straordinarie» (Id., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Raccolta completa della giurisprudenza della cassazione civile*, fasc. XXVII, Milano, Giuffrè, 1948, p. 391).

intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19/2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze di protezione civile, l’emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1/2018. Lo stesso d.P.C.M. 10 aprile 2020, applicabile nel caso di specie, pur richiamando nella premessa la dichiarazione dello stato di emergenza, fin dal titolo definisce le proprie disposizioni ‘attuative’ del d.l. n. 19 del 2020, e non del codice della protezione civile»¹⁸⁷. In tutti i casi, «l’alternatività dei modelli di regolazione non solleva tuttavia un problema di legittimità costituzionale»¹⁸⁸.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è in più occasioni confrontata con la natura dei d.P.C.M. dell’emergenza Covid, sebbene con esiti non sempre convergenti. In sintesi è utile ricordare la posizione del T.A.R. catanzarese che aveva affermato che il d.P.C.M. «non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale» e che pertanto esso «non può essere oggetto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, essendo piuttosto onere del soggetto interessato promuovere tempestivamente l’azione di annullamento»¹⁸⁹. Posizione presto superata da altre successive pronunce¹⁹⁰ che, in particolare, hanno disapplicato alcune disposizioni contenute nei d.P.C.M. dell’emergenza al fine di annullare i provvedimenti sanzionatori derivanti dalla violazione dei divieti imposti durante la pandemia.

Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza del Tribunale di Pisa n. 419/2021 relativa all’annullamento di una sanzione amministrativa per la violazione delle prescrizioni contenute nel d.P.C.M. 8 marzo 2020 che vietava, tra l’altro, ogni spostamento delle persone fisiche salvo che per comprovate esigenze lavorative, motivi di salute o situazioni di necessità. Si legge nella sentenza che a causa della epidemia da COVID-19, sono state

¹⁸⁷ Corte cost., sent. cit., p.to 8.1 *cons. in dir.*

¹⁸⁸ Corte cost., sent. cit., p.to 8.1.1 *cons. in dir.*, laddove si chiarisce, richiamando alcuni passaggi della sent. n. 37/2002, che nel riconoscere la competenza legislativa esclusiva dello Stato nel contenimento della pandemia giacché attinente alla «profilassi internazionale» ex art. 117, c. 2, lett. q), Cost., «il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell’emanazione del codice della protezione civile, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall’altro non ne costituisce l’unica attuazione possibile», essendo «ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest’ultima», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l’impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire».

¹⁸⁹ Corte cost., sent. n. 841/2020. Anche la Corte costituzionale, in tempi precedenti all’emergenza pandemica, aveva qualificato come atto amministrativo a carattere generale il d.P.C.M. con cui, fino al 2012, veniva dichiarato lo stato di emergenza ai sensi dell’art. 5 della legge n. 225/1992 (sent. n. 83/2010, p.to 2.4 *cons. in dir.*).

¹⁹⁰ Cfr., ad es., T.A.R. Puglia, Bari, sent. n. 733/2020.

emanate disposizioni che hanno comportato la compressione di alcune libertà garantite dalla Carta costituzionale, libertà che concernono i diritti fondamentali dell'uomo e costituiscono il *nucleo duro* della Costituzione stessa. In questa prospettiva, il giudice amministrativo ha sottolineato che la compressione di alcuni diritti fondamentali dell'individuo a favore del diritto alla salute è avvenuta attraverso atti aventi natura amministrativa e non normativa (deliberazioni del Consiglio dei ministri e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri)¹⁹¹. Inoltre, nella Carta costituzionale non sarebbe riscontrabile alcuna disposizione che conferisce poteri particolari al Governo, tranne il caso in cui venga deliberato dalle Camere lo stato di guerra (art. 78 Cost.). Pertanto, non rientrerebbe tra i poteri del Consiglio dei ministri quello di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria.

Nella stessa sentenza si contesta il fatto che è stato delegato al Presidente del Consiglio dei ministri un potere troppo ampio e senza indicazione di alcun limite, neppure temporale, nell'attuare misure restrittive con conseguente compressione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, quali la libertà di movimento e di riunione (artt. 16 e 17 Cost.), il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, anche in forma associata (art. 19 Cost.), il diritto alla scuola (art. 34 Cost.), il diritto alla libertà di impresa (art. 41 Cost.), e tutto ciò non con legge ordinaria, ma con un decreto del Presidente del Consiglio¹⁹². Dalla illegittimità e invalidità del d.P.C.M. il giudice amministrativo fa derivare la sua disapplicazione.

A conclusioni analoghe e con argomentazioni molti simili giunge il Tribunale di Frosinone. Con la sentenza n. 842/2022, confermando l'annullamento di un verbale elevato per violazione delle restrizioni contenute nel d.P.C.M. 9 marzo 2020¹⁹³, il Tribunale ha ritenuto che la deliberazione dichiarativa dello stato di emergenza adottata dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 debba essere considerata illegittima in quanto emanata in

¹⁹¹ Ci si riferisce, in particolare, alla deliberazione del Consiglio dei ministri del 31-1-2020 dichiarativa dello stato di emergenza sanitaria, emessa in forza del d.lgs. n. 1/2018, la quale non sarebbe legittima, secondo il giudice amministrativo, poiché non riguarderebbe nessuna delle tipologie di emergenza previste da tale decreto legislativo. In altre parole, le disposizioni del Codice di protezione civile non avrebbero nulla a che vedere con le situazioni di rischio sanitario quale è quello derivante dal Covid-19.

¹⁹² L'illegittimità deriverebbe, in particolare, dalla: a) mancanza di fissazione di un effettivo termine di efficacia; b) elencazione meramente esemplificativa delle misure di gestione dell'emergenza adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri; c) omessa disciplina dei relativi poteri. Infine, altro aspetto che emerge dall'esame dei d.P.C.M. sarebbe un ricorrente difetto di motivazione, ai sensi dell'art. 3, legge n. 241/1990.

¹⁹³ Tale d.P.C.M. estendeva all'intero territorio nazionale le prescrizioni di cui al d.P.C.M. 8-3-2020 che aveva vietato, tra l'altro, ogni spostamento delle persone fisiche salvo che per comprovate esigenze lavorative, motivi di salute o situazioni di necessità.

assenza dei presupposti legislativi poiché non sarebbe rinvenibile alcuna fonte avente forza di legge, ordinaria o costituzionale, che attribuisca al Consiglio dei ministri il potere di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario. Da qui l'illegittimità, a parere del Tribunale di Frosinone, di tutti i successivi provvedimenti emessi per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Trattandosi di atti amministrativi e non legislativi, precisano sempre i giudici di Frosinone, una volta accertata la illegittimità dei d.P.C.M. il giudice deve procedere alla loro disapplicazione.

A fronte di tali prese di posizione occorre tuttavia considerare un importante parere del Consiglio di Stato¹⁹⁴ il quale ricostruisce il sistema delineato dai decreti-legge dell'emergenza osservando che «il governo ha impostato correttamente la sequenza logico-giuridica degli *atti-fonte* preordinati a fronteggiare la pandemia» introducendo, da un lato, norme primarie attraverso la decretazione d'urgenza e dall'altro, sulla base delle fonti primarie, «un potere normativo di livello secondario e di provvedimento generale, modellato sull'esempio delle ordinanze emergenziali di protezione civile sotto il profilo della temporaneità, della eccezionalità e del presupposto dello stato di emergenza»¹⁹⁵. Pertanto, il Consiglio di Stato ha confermato che si tratta di un modello simile ma alternativo a quello di protezione civile di cui al d.lgs. n. 1/ 2018. Sulla base di tale premessa, i d.P.C.M. possono essere considerati «atti attuativi a contenuto generale di rango secondario, *ad tempus*, con causa rinvenibile nello stato emergenziale creatosi a seguito della pandemia [...] equivalenti nella sostanza alle ordinanze contingibili e urgenti», la cui competenza è stata assegnata al Presidente del Consiglio in funzione di «un'elevazione del livello di responsabilità amministrativa compiuta dalla normazione del 2020»¹⁹⁶.

L'intervento del giudice amministrativo sulla legittimità dei d.P.C.M. consente una ulteriore riflessione sul ruolo che essi possono rivestire nel definire i confini di intervento del Presidente del Consiglio. I giudici amministrativi, infatti, hanno messo in relazione i vincoli e i divieti imposti dal d.P.C.M. direttamente con il sistema di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dando vita ad una sorta di controllo diffuso di legittimità delle fonti secondarie¹⁹⁷. Come è stato già ben evidenziato in occasioni analoghe, «guardando

¹⁹⁴ Cons. St., Sez. I, parere n. 850/2021, parere reso nell'ambito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato per l'annullamento, tra gli altri, dei d.P.C.M. del 24-10-2020 e del 3-11-2020.

¹⁹⁵ Cons. St., par. cit., p.to 6.5 *cons. in dir.*

¹⁹⁶ Cons. St., par. cit., p.to 6.6 *cons. in dir.*

¹⁹⁷ Sul potenziale contatto diretto tra atti amministrativi (normativi) e norme costituzionali è stato autorevolmente evidenziato che il regolamento opera «non diversamente da una fonte primaria, in quanto effettua restrizioni o, più genericamente, modifiche di sfere di autonomia, ponendosi quale fonte diretta ed

alla prassi ed al funzionamento del processo amministrativo, non sembra certo irrealistico l'ipotesi in cui la violazione della Costituzione rappresenti la causa *petendi* della impugnazione di un atto; non sembra irrealistico che il ricorrente lamenti la diretta lesione di una norma costituzionale, sia essa una norma che tutela una situazione giuridica soggettiva sia essa una norma sulla organizzazione (quali sono le norme sul riparto di competenze)» potendosi parlare di fatto di «incostituzionalità (diretta) dell'atto amministrativo»¹⁹⁸.

Si tratta di un ruolo che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto al giudice amministrativo evidenziando, con particolare riferimento alle fonti regolamentari, che esse «rimangono soggette al controllo di legittimità del giudice comune – ordinario o amministrativo – chiamato a sindacare la conformità della norma secondaria sia alla legge sia alla Costituzione, attraverso gli strumenti – disapplicazione o annullamento – a sua disposizione»¹⁹⁹. In effetti, nell'ambito del giudizio amministrativo si determina spesso una proliferazione di momenti di contatto tra il giudice e la Costituzione, anche al di là della classica logica di legalità formale. Una proliferazione che riguarda, “da un parte, la diffusione del sindacato di costituzionalità che si concretizza nella disapplicazione provvisoria della legge in sede cautelare, nella disapplicazione officiosa dei regolamenti incostituzionali (o anticomunitari), nell'annullamento degli stessi, e dall'altra, invece, la diffusione della Costituzione attraverso la sua applicazione diretta, che si manifesta vistosamente nell'annullamento di un atto amministrativo (non normativo) direttamente lesivo di una norma costituzionale (o comunitaria)”²⁰⁰.

L'emergenza pandemica, in conclusione, ha dato vita ad una “nuova impalcatura giuridica fondata sull'art. 77 Cost., mediante la quale – attivando lo schema comune ‘legge generale

esclusiva dei nuovi doveri, diritti, interessi legittimi», C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 93.

¹⁹⁸ N. Pignatelli, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 164, il quale riflette sulla circostanza che “probabilmente i Costituenti sottovalutarono la possibilità di configurare la categoria della incostituzionalità dell'atto amministrativo (in sé e non connessa alla illegittimità di una norma sottesa), così che la negazione di una qualche competenza della Corte costituzionale in questo ambito ha fisicamente ‘scaricato’ il bisogno di garanzia costituzionale direttamente sui giudici amministrativi nella sede di impugnazione dell'atto, illegittimo (non per violazione di legge, non perché emanato sulla base di una norma costituzionalmente illegittima ma) perché esso stesso *contra Constitutionem*» (p. 261 ss.). In effetti la tesi dominante parte dal presupposto che “i vizi materiali di incostituzionalità di disposizioni regolamentari siano generalmente riconducibili a vizi delle leggi su cui si fonda la potestà regolamentare” (V. Onida, *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali, (a proposito della libertà religiosa dei tenuti)*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1035).

¹⁹⁹ Corte cost., sent. n. 436/1997, p.to 4 *cons. in dir.*

²⁰⁰ N. Pignatelli, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, cit., p. 312, il quale sottolinea, altresì, come l'utilizzabilità delle norme costituzionali come parametro di legittimità sia degli atti amministrativi sia dei regolamenti abbia generato, soprattutto nelle sue prime manifestazioni, “una sorta di trauma, analogo per certi versi alla irruzione del sollevamento d'ufficio della questione di costituzionalità in seno al processo amministrativo” (ivi, 272).

– atti attuativi dell’esecutivo’ – ha predefinito al livello normativo primario, con un sufficiente livello di analisi, gli ambiti, le condizioni e i limiti del potere di disciplina emergenziale, attribuendo al vertice politico-amministrativo dell’esecutivo medesimo la competenza ad adottare decreti aventi la *duplice natura*, del regolamento – sotto il profilo della relazione attuativa, di livello secondario, rispetto alla norma di legge – e delle ordinanze *extra ordinem* contingibili e urgenti – sotto il profilo della ragione giustificatrice del potere e quanto alla modalità della eccezionalità e temporaneità²⁰¹. Seguendo questa impostazione, dunque, all’interno dei d.P.C.M. dell’emergenza convivono sia una natura regolamentare, sia una provvedimentale²⁰².

Neppure la sentenza della Corte costituzionale n. 198/2021, precedentemente richiamata, ha aiutato a sciogliere completamente il nodo della natura dei d.P.C.M. dell’emergenza²⁰³, sebbene in alcuni passaggi argomentativi la Corte fornisca alcuni utili elementi di riflessione. Il giudizio della Corte si concentra sul secondo dei due modelli di d.P.C.M. precedentemente richiamati, ossia quello che aveva sollevato meno dubbi e perplessità in dottrina. Il primo modello, quello derivante dal decreto-legge n. 6/2020 e che era stato oggetto di numerosi rilievi critici, non è stato preso in considerazione nella pronuncia. La Corte, infatti, ha accolto il difetto di rilevanza sollevato dall’Avvocatura dello Stato poiché il fatto che stava alla base del ricorso (una sanzione per violazione del divieto di abbandonare la propria dimora) si era svolto in vigenza di un d.P.C.M. adottato dopo il decreto-legge n. 19/2020.

E in effetti è proprio la tassatività delle misure di contenimento prevista dal decreto-legge n. 19/2020 che induce la Corte ad accostare le stesse «per certi versi» agli atti amministrativi necessitati «emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto». Pertanto, non si ravvede quella delega impropria di funzione legislativa dal Parlamento al Governo. Sottolinea, infatti, la Corte che la fonte primaria oggetto del

²⁰¹ Cons. St., par. cit., p.to 6.11 *cons. in dir.* Sulla relazione tra normazione primaria e d.P.C.M. nel periodo pandemico v. ampiamente A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 568 ss.

²⁰² G. Mobilio, *La decretazione d’urgenza alla prova delle vere emergenze. L’epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 369; su questa peculiare categoria di atti e sulle trasformazioni che essi comportano sul principio di collegialità all’interno del Governo, cfr. M.A. Gliatta, *L’uso dei d.P.C.M. nella più recente prassi dei governi di coalizione*, cit., p. 1192.

²⁰³ Ciò era abbastanza prevedibile trattandosi di un giudizio di legittimità su atti con forza di legge. Infatti vi è chi sottolinea che “il d.l. n. 19 del 2020 (e solo esso!) è stato dichiarato esente da vizi di legittimità costituzionale” e che pertanto la sentenza non costituisce una “assoluzione” sui d.P.C.M., cfr. L. Mazzaroli, *La sent. N. 198/2021 della Corte costituzionale e la pratica dell’uso dei D.P.C.M. in epoca covid-19: non si tratta di un’assoluzione, anzi*, in *Ambienteditto.it*, n. 3/2022, p. 14.

giudizio «non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale»²⁰⁴. In sostanza la Corte costituzionale ha riconosciuto una natura meramente attuativa e non innovativa al d.P.C.M., nonostante alcune sue caratteristiche riconducibili alla generalità e all'astrattezza.

Se la lettura della sentenza lascia propendere per la natura amministrativa dei d.P.C.M. dell'emergenza²⁰⁵, quel riferimento all'efficacia generale lascia contemporaneamente emergere ancora qualche perplessità²⁰⁶. La generalità, come si rifletteva nei precedenti paragrafi, è uno degli criteri (assieme ad altri quali astrattezza, ripetibilità/applicabilità, ecc.) che permette di attribuire, al di là della qualificazione formale e in mancanza di altri elementi, carattere normativo ad un atto e tali elementi sembrano rinvenibili nei d.P.C.M. adottati durante la pandemia²⁰⁷ i quali, anche per questa ragione, continuano a dimostrarsi uno strumento “dalla natura ambigua (atto amministrativo a contenuto normativo) spesso

²⁰⁴ Corte cost., sent. n. 198/2021, p.to 6.2 *cons. in dir.* “Non sono quindi i d.P.C.M. (come, invece, non pochi commentatori hanno erroneamente sostenuto) a porre limitazioni a precedenti facoltà o diritti, ma è il legislatore (prima governativo e poi parlamentare) a determinare la liceità e possibilità di queste compressioni per contrastare la pandemia, affidando ai d.P.C.M. il solo compito di specificarne esattamente la misura all'interno delle materie più o meno analiticamente elencate», così sintetizza U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 303. Sottolinea, invece, il fondamento giuridico a “maglie larghe” del decreto-legge, che ha consentito ai d.P.C.M. un eccesso di discrezionalità, non proporzionata ed adeguata, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 571. In questa prospettiva lo stesso A. evidenzia che “l'emergenza sanitaria, nella sua espressione pandemica, è un fenomeno che andava ricompreso, ai fini regolatori, nei casi straordinari di necessità ed urgenza, di cui all'art. 77 Cost., riservando al decreto legge, e non ai d.p.c.m., il ruolo e la funzione di fonte dominante e protagonista del processo emergenziale sul piano normativo”, Id., *La gestione dell'emergenza da Covid-19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in *Giur. cost.*, n. 2/2021, p. 473.

²⁰⁵ Viene ribadito, senza sollevare dubbi, in A. Barbera e C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, 2022, Bologna, Il Mulino, p. 125: “regolamenti assimilabili a quelli ministeriali possono essere adottati dal presidente del Consiglio dei ministri con proprio decreto. I decreti del presidente del Consiglio hanno svolto un ruolo cruciale nella gestione dell'emergenza Covid-19. In quel caso essi sono stati tuttavia qualificati dalla Corte costituzionale come atti amministrativi a contenuto generale piuttosto che come regolamenti in senso proprio (v. sent. n. 198/2021)”.

²⁰⁶ Le perplessità nascono non tanto della decisione in sé di ricondurre il potere esercitato dal Presidente del Consiglio al paradigma del *provvedere*, quanto piuttosto da quella di lasciare quasi interamente nel non detto i passaggi del percorso argomentativo che ha portato la Corte a questa convinzione, in questi termini A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i d.P.C.M. e la gestione della pandemia*, cit.

²⁰⁷ In tal senso: M. Francaviglia, *La gestione normativa dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 126 ss., il quale richiama anche il carattere della innovatività, su cui però si esprime negativamente A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., p. 846.

usato in sostituzione della fonte regolamentare”²⁰⁸.

E in effetti non sono mancate posizioni in dottrina che hanno riconosciuto ai d.P.C.M. del periodo pandemico una natura normativa proprio perché presentavano, al di là della forma, quelle caratteristiche che generalmente conducono alla natura regolamentare delle fonti secondarie²⁰⁹. Pertanto, si può affermare che quelli utilizzati durante l'emergenza pandemica sono d.P.C.M. che dal punto di vista formale assumono la veste di atto amministrativo ma nella sostanza una loro effettiva natura normativa è ancora oggetto di dibattito, a dimostrazione della multiforme e mutevole natura giuridica dei d.P.C.M.

A ciò si collega un ulteriore profilo problematico che non costituisce oggetto del presente studio ma che ha attirato un dibattito particolarmente interessante in dottrina e, pertanto, merita quantomeno di essere rapidamente richiamato. Ci si riferisce alla valutazione degli elementi normativi della fonte secondaria rispetto alle riserve di legge costituzionalmente previste per alcune libertà fondamentali²¹⁰. La presenza di riserva di legge, infatti, imporrebbe, “se non una vera e propria legge ordinaria, quanto meno specifici decreti-legge: il necessario bilanciamento tra interessi di rilievo costituzionale in conflitto è attività imprescindibile del Parlamento in situazioni ordinarie e del Governo nelle forme indicate nell'art. 77 Cost. – che implicano e rendono possibili controlli del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte costituzionale – in situazioni straordinarie. I decreti del Presidente del Consiglio dei ministri con cui via via sono state introdotte le misure restrittive non consentono tali controlli e, nel caso di specie, trovano un fondamento non sempre diretto, certo e preciso nel decreto-legge a monte”²¹¹.

In situazioni di emergenza, tuttavia, si pone il problema, per il legislatore, di disciplinare *ex ante* situazioni non previste né prevedibili, per cui resta inevitabile un certo grado di *apertura* delle fattispecie rispetto alla fonte secondaria²¹², soprattutto considerando la

²⁰⁸ 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, p. 296 ss.

²⁰⁹ Su questa linea cfr. G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *Lacostituzione.info*, 22 aprile 2020; C. Padula, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, p. 169 ss. Sotto questo profilo molte delle misure introdotte negli atti con cui il governo ha modulato gli interventi sembrano possedere le caratteristiche della generalità e dell'astrattezza, ancorché risultino in parte sprovviste del requisito della innovatività ed essendo limitate temporalmente nei loro effetti, così M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 125.

²¹⁰ Tra i tanti v. la ricostruzione della problematica fatta da A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., p. 683.

²¹¹ I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del COVID-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 2020.

²¹² R. Di Maria, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una questione non soltanto “di principio”*, in *Dirittiregionali.it*, n. 1/2020, p. 511 ss.; E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *Biodiritto.org*, 2020, p. 5.

natura assai variabile e dell'evoluzione repentina del fenomeno pandemico²¹³. La legittimità della fonte secondaria, a cui i decreti-legge rinviano in funzione *attuativa*, si ritiene giustificata anche laddove sussista una riserva di legge assoluta, purché la disciplina riguardi strettamente quegli aspetti che non possono essere oggetto di fonte primaria in ragione della “necessità di un continuo adattamento della normativa all'evoluzione di un'emergenza a carattere epidemiologico, la cui caratteristica è quella di modificarsi continuamente”²¹⁴.

6.1. L'inedito ruolo del Presidente del Consiglio nel governo dell'emergenza.

Il ruolo del Presidente del Consiglio ha assunto notevole rilievo nel governo della pandemia soprattutto alla luce della discrezionalità che tale organo si è trovato a disporre attraverso i d.P.C.M. dell'emergenza. Al riguardo la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 198/2021, ha sottolineato che tale discrezionalità è stata delimitata dal decreto-legge n. 19/2020 attraverso «i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso». In particolare la Corte ha evidenziato come rispetto a tale profilo sia rilevante quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 2, c. 1, dello stesso decreto, ossia che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n.630, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020»²¹⁵.

Appare evidente il tentativo di ricondurre nell'alveo della discrezionalità amministrativa i poteri del Presidente del Consiglio nell'approvazione dei D.P.C.M. dell'emergenza, ma si tratta di una soluzione non esente da rilievi critici. Il parere del Comitato tecnico-scientifico, infatti, non può essere considerato vincolante e neppure obbligatorio, dal momento che il legislatore, stabilendo che dovesse essere assunto «di norma», ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di prescindere, «potere pur esso incompatibile con

²¹³ Su cui cfr. anche P. Carrozzino, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Lacostituzione.info*, 2020, p. 19.

²¹⁴ A. Pertici, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, cit., p. 8 ma cfr. anche G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 8 ss.

²¹⁵ Corte cost., sent. n. 198/2021, p.to 6 cons. in dir.

l'adozione di provvedimenti amministrativi necessitati, poiché, evidentemente, la scelta degli strumenti utili a valutare la sussistenza di elementi di fatto rappresenta essa stessa una forma di valutazione che trascende la mera discrezionalità amministrativa»²¹⁶.

Enfatizzando soltanto il profilo amministrativo del d.P.C.M. dell'emergenza, senza accennare alla possibilità che possa anche assumere valore normativo, la Corte sembra concentrarsi su un'unica dimensione che coincide solo in parte con quella che un'evoluzione ultratrentennale della prassi applicativa dell'atto ha ormai compiutamente disvelato. L'accostamento non pieno, ma solo «per certi versi» dei d.P.C.M. agli atti necessitati, lascia immaginare che la Corte costituzionale fosse pienamente consapevole della natura poliedrica di tali atti o, addirittura, che si sia lasciata una qualche *uscita di sicurezza* qualora il giudice, chiamato di volta in volta a valutare se qualcuno di questi provvedimenti leda diritti costituzionali, dubiti che la discrezionalità del Presidente del Consiglio sia andata oltre i limiti posti all'esercizio del potere amministrativo²¹⁷.

Occorre considerare, peraltro, che non tutte le misure introdotte dai d.P.C.M. dell'emergenza corrispondevano esattamente alla categoria di limiti prevista in via generale dal decreto-legge: vi era una parte del contenuto che si presentava come integrazione della normazione primaria, che è un tratto tipico della natura regolamentare. In questi casi, il potere di decretazione attribuito al Presidente del Consiglio incide in senso espansivo sulla preesistente disciplina avente forza di legge, ampliandone il contenuto precettivo²¹⁸. Inoltre, anche la possibilità di *attivare* o *disattivare*, in base all'evoluzione epidemiologica

²¹⁶ M. Cavino, *La natura dei D.P.C.M.*, cit., p. 85 ss. il quale richiama anche quanto evidenziato, al riguardo, dal Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati, nel Dossier n. 63 *Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto-legge 30 marzo 2020*: «l'utilizzo dell'espressione di norma non permette di individuare con precisione i casi in cui il Comitato tecnico scientifico è coinvolto nel procedimento di adozione delle misure di contenimento». Inoltre anche il dossier del Servizio studi del Senato del 14 maggio 2020 sulla conversione del decreto legge n. 19/2020 sottolinea come «parrebbe suscettibile di approfondimento se l'utilizzo dell'espressione “di norma” permetta di individuare con precisione i casi in cui il Comitato tecnico-scientifico, a cui è affidata anche la valutazione dei profili di adeguatezza e proporzionalità, sia coinvolto nel procedimento di adozione delle misure di contenimento» (*Ibidem*, p. 19).

²¹⁷ In tal senso L. Castelli, *Tra «disporre» e «provvedere»*, cit., pp. 97 e 99.

²¹⁸ V. ancora L. Castelli, *Tra «disporre» e «provvedere»*, cit., p. 95. Peraltro il modello decreto-legge/d.P.C.M. si basava sulla capacità della fonte primaria di tipizzare tutte le misure adottabili attraverso la fonte secondaria. Ma tale capacità si è scontrata inevitabilmente con la contingibilità e l'urgenza della fattispecie emergenziale che non permette sempre di definire in maniera univoca e preventiva tutte le misure necessarie, così A. Cardone, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di quad. cost.*, n. 2/2021, p. 322, ha osservato come «il modello d.l./d.P.C.M. “funzionava” sulla capacità dei primi di tipizzare le misure adottabili con i secondi, ma tale capacità si è scontrata inevitabilmente con la contingibilità e urgenza della fattispecie emergenziale, che non permette di definire univocamente ed ex ante le misure necessarie, anche perché queste possono cambiare con l'evoluzione dell'emergenza in corso, proprio come la sentenza sottolinea».

del virus, determinate prescrizioni previste nella fonte primaria costituisce comunque l'esercizio di un potere rilevante che non può essere ricondotto in maniera così automatica alla discrezionalità amministrativa, specie nella misura in cui esso ha consentito un'ampia valutazione del bilanciamento degli interessi pubblici implicati dai singoli provvedimenti²¹⁹.

In tale prospettiva, è stata ritenuta anomala la tecnica di affidare ad un decreto-legge una sorta di delega ad altro strumento normativo, appunto il d.P.C.M., allo scopo di dare esecuzione a quanto stabilito dal decreto-legge²²⁰. Il primo decreto-legge n. 6/2020 era apparso persino una *delega in bianco* dal momento che riconosceva la competenza a determinare le misure indicate, in maniera meramente esemplificativa, nello stesso decreto, senza fissare alcun limite alle misure stesse, né di carattere temporale, né sostanziale, tranne il generico riferimento ad una "gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica"²²¹. A tal riguardo si è parlato anche di "auto-delega" del Governo in favore del solo Presidente del Consiglio, senza passare per quella emanazione del Capo dello Stato prevista per i regolamenti governativi adottati dall'organo governativo collegiale²²². Problemi a cui il Governo ha cercato di porre rimedio col successivo decreto-legge n. 19/2020 tipizzando i casi in cui possono essere adottate le misure restrittive²²³.

Non può essere messo in dubbio, dunque, che al di là di qualsiasi valutazione sulla legittimità, la coerenza, la proporzionalità, la logicità dell'intero sistema normativo messo in piedi durante l'emergenza pandemica, il potere del Presidente del Consiglio ha assunto

²¹⁹ Soprattutto se si considera che tale valutazione ha potuto incidere sul sistema di diritti fondamentali della Carta costituzionale "tutti assieme e in un sol colpo sottoposti a rilevanti sacrifici; ciò che – se ci si pensa – neppure in tempo di guerra si è avuto" (A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., 696, p. 13). La discrezionalità esercitata dal Presidente del Consiglio nell'adozione dei d.P.C.M. è testimoniata, tra l'altro, anche dalla *parlamentarizzazione* prevista dal decreto-legge n. 19/2020, consistente nella previsione di un obbligo di riferire ogni quindici giorni alle Camere, da parte dello stesso Presidente del Consiglio o di un suo delegato, sul contenuto dei decreti, così riflette A. Morelli, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 3/2021, p. 4.

²²⁰ Ad esempio, parla di "delega ai d.P.C.M. di scelte politiche fondamentali" C. Padula, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, p. 170, il quale sottolinea che il decreto-legge n. 19 ha rimesso "il cuore della scelta politica di bilanciamento" tra la salute pubblica e gli altri interessi costituzionali "ad un atto sublegislativo di un organo monocratico, privo di potere di indirizzo politico".

²²¹ In questi termini R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., 522 p. ss.

²²² Così A. D'Andrea, *Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustiziainsieme.it*, 24-3-2020, p. 4 ss.

²²³ Come rileva, tra molti, 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, p. 190 ss.

marginari molto estesi²²⁴, assieme ad una consistente assunzione di responsabilità non soltanto tecnica o amministrativa ma di natura sostanzialmente politica. E ciò trova conferma anche prendendo in esame un ulteriore fenomeno che è emerso proprio attraverso l'analisi della natura giuridica dei d.P.C.M. Si tratta della cosiddetta “fuga dal codice di protezione civile”²²⁵ in analogia con il fenomeno della *fuga dal regolamento* cui si è fatto cenno in precedenza.

Tale espressione mette bene in evidenza come la gestione della pandemia sia stata affidata ad un sistema normativo che non ha trovato fondamento, come ci si sarebbe potuto aspettare, sulle ordinanze di protezione civile ma si è sviluppato attorno alla serie di decreti-legge e conseguenti d.P.C.M. che hanno coinvolto direttamente il Presidente del Consiglio e il suo ruolo politico. Nonostante i primi giorni dell'emergenza pandemica, quando le informazioni sulla gravità del rischio sanitario erano poche, incerte e frammentarie, il modello messo a disposizione dal d.lgs. n. 1/2018 (dichiarazione dello stato di emergenza nazionale – Ordinanze del Capo della protezione civile) era sembrato adeguato, è bastato pochissimo tempo per realizzare che il perdurare della situazione, la gravità della diffusione del virus e le straordinarie misure limitative di fondamentali diritti costituzionali cui occorreva fare ricorso, non consentivano di lasciare in mano al Capo del Dipartimento la gestione dell'emergenza (nonostante l'espressa previsione legislativa e l'autorizzazione del Consiglio di ministri in seno alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale)²²⁶. Occorreva, invece, una presa di responsabilità politica del Governo e “i provvedimenti concretamente attuativi delle norme contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di

²²⁴ Parla di “margine di discrezionalità inaccettabile” anche in virtù delle riserve di legge disposte a presidio delle libertà costituzionali, M. Cavino, *Comitato per la legislazione e d.P.C.M.: il diavolo si cela nei dettagli*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, p. 402, il quale motiva che se alla riserva di legge si riconosce la funzione di presidio alle libertà dei cittadini nei confronti dell'amministrazione è difficilmente accettabile l'attribuzione alla stessa amministrazione del potere di “dettagliare” in termini più restrittivi il precetto legislativo (*ivi*, 403). Sulla discrezionalità che le fonti primarie hanno lasciato in mano ai d.P.C.M. v. anche i toni molto critici di L. Mazzaroli, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 12 ss.

²²⁵ Così la definisce A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica*, cit., p. 846 ss.

²²⁶ Più precisamente, quando la diffusione del virus ha effettivamente assunto le proporzioni di un'epidemia si è deciso di ricorrere ad altri mezzi, in particolare, a partire dal 21 febbraio il ministero della salute ha adottato una serie di ordinanze contingibili e urgenti ex art. 32 della legge n. 833/1978. Il Governo ha imboccato contestualmente due strade, dunque, quella del codice di protezione civile e quella delle ordinanze contingibili e urgenti previste dalla legge sul Servizio sanitario nazionale. Ritenendo evidentemente che nessuna delle due fosse adeguata a consentire un'efficace gestione dell'emergenza, ha deciso di seguire una terza via, quella del decreto-legge n. 6/2020 e dei conseguenti d.P.C.M. Così ricostruisce A. Morelli, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 751 ss.

direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica”²²⁷, tenuto conto che l’alternativa di ricorrere alla sola fonte primaria sarebbe stata comunque poco idonea a regolare l’intera materia²²⁸.

In sostanza, “una crisi sanitaria nazionale, in grado di mettere a repentaglio la vita di milioni di cittadini, di piegare l’economia del paese, di impedire l’esercizio delle libertà fondamentali non poteva essere gestita dal Dipartimento della protezione civile e non per carenze normative o tecnico-organizzative, quanto per esigenze strettamente costituzionali: solo organi dotati di piena responsabilità politica (e, quindi, democratica) potevano farsi carico di atti così gravi”²²⁹.

L’emergenza pandemica ha dato vita anche ad un inedito rapporto diretto e quasi quotidiano tra Presidente del Consiglio e cittadini attraverso i canali dell’informazione e della rete, relegando in secondo piano la mediazione della rappresentanza politica. Attraverso conferenze stampa in diretta, post e videocomunicati sui social network, rilanciati e condivisi migliaia e migliaia di volte, con la possibilità (almeno nella percezione dei cittadini) anche di esprimere commenti, suggerimenti, critiche alle decisioni adottate, si aveva l’impressione che il Presidente del Consiglio potesse entrare non solo in contatto diretto con i cittadini ma persino dar vita ad una comunicazione individuale e interattiva. Tutto questo ha certamente inciso sul ruolo esercitato dal Presidente del Consiglio, divenuto per alcuni momenti il *dominus* della crisi emergenziale, artefice prevalente della politica dell’emergenza, sicché «la trasformazione della comunicazione politica si è riflessa e poi irradiata sulla legittimazione del governo e del suo Capo»²³⁰.

Le modalità di comunicazione immediata, il ricorso continuo e sistematico ai d.P.C.M., il ruolo centrale e determinante che ha assunto il Presidente del Consiglio durante l’emergenza pandemica sono tutti elementi che hanno finito per produrre effetti,

²²⁷ A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l’emergenza pandemica*, cit., p. 846 s. Cfr. anche E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., p. 8, il quale parla di “un’emergenza che per la portata senza precedenti necessitava di un apposito e differente sistema, che come diciamo si pone in una posizione parallela rispetto al TU di protezione civile”. Mette l’accento sulle “caratteristiche totalmente impreviste” dell’emergenza, “che non rispondeva pienamente ad una gestione affidata solo alla protezione civile, ma [...] imponeva di mettere in gioco tutto l’assetto del governo e dello Stato” E. Catelani, *I poteri del governo nell’emergenza*, cit., p. 729.

²²⁸ A. Pertici, *I poteri politici di fronte all’emergenza*, cit., p. 8 il quale sottolinea che neppure un regolamento del Governo sarebbe stato adeguato, dovendo passare dal Consiglio dei ministri, oltre che dal Consiglio di Stato per il parere e dal Presidente della Repubblica per l’emanazione.

²²⁹ A. Saitta, *Il codice della protezione civile e l’emergenza pandemica*, cit., p. 847.

²³⁰ E. Catelani, *I poteri del governo nell’emergenza*, cit., p. 741, la quale evidenzia come il potere di esternazione del Presidente del Consiglio, che pure si poteva desumere dal contenuto dell’art. 5, legge n. 400/1988 ed avente come obiettivo quello di attribuirgli il ruolo di coordinamento della politica generale del Governo, è stato assorbito nel ruolo autonomo del Presidente.

direttamente o indirettamente, sull'intera articolazione dei rapporti di forza all'interno della forma di governo parlamentare. Infatti, mentre il Parlamento rimaneva tendenzialmente silente e in ombra²³¹ la figura del Presidente del Consiglio si collocava in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri²³² dal momento che le decisioni più rilevanti, quelle che hanno maggiormente inciso sulle libertà fondamentali dei cittadini e sulla gestione complessiva della pandemia, si concentravano sul Governo e, in particolare, direttamente sul suo vertice²³³, sebbene supportato dai dati e dalle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico²³⁴, dall'iniziativa del Ministro della salute e dal parere di altri ministri²³⁵.

²³¹ Anche a causa delle difficoltà, nella situazione emergenziale, di potersi riunire e quindi di funzionare regolarmente (su cui si sofferma, in particolare, R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 525 ss.). Sull'ampia problematica che ne deriva v., tra i tanti, S. Curreri, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, p. 705 ss.; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. VI; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, p. 9. Proprio il ruolo marginale che stava assumendo il Parlamento nella prima fase dell'emergenza aveva convinto il Governo, in una fase successiva, ad impegnarsi a presentare alle Camere il contenuto dei d.P.C.M. prima della loro adozione, al fine di raccogliervi le osservazioni. Ma criticamente si evidenzia quanto si tratti di "una previsione debole e che conferma, anche da questo punto di vista, i dubbi sulla correttezza del ricorso a questo tipo di fonte", così P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 297. Sul protagonismo dell'esecutivo e la marginalizzazione del ruolo del Parlamento nel periodo pandemico si sofferma anche C.A. Ciaralli, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, in part. p. 76 ss.

²³² Parla di «ruolo egemone» del Presidente del Consiglio durante la pandemia, riconducendolo proprio allo straordinario rilievo conferito ai d.P.C.M., F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 139. Cfr. anche E. Catelani, *I poteri del governo nell'emergenza*, cit., p. 732 s., la quale si sofferma sul rischio che questa straordinaria circostanza abbia introdotto ulteriori elementi di distorsione della nostra forma di governo, in danno della originaria centralità parlamentare, determinando effetti permanenti anche dopo il termine dell'emergenza pandemica.

²³³ La tendenza ad accentrare i poteri emergenziali in capo al Governo è del resto riscontrabile in tutti i principali ordinamenti europei, lo evidenzia, con alcuni richiami comparativi, E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia*, cit., p. 20 ss.

²³⁴ Quello del comitato tecnico-scientifico è stato certamente un ruolo «centrale» le cui indicazioni spesso venivano richiamate nel preambolo dei d.P.C.M. a sostegno delle decisioni assunte e talvolta anche degli stessi decreti-legge. Tuttavia è stato opportunamente evidenziato che per lungo tempo non è stato possibile conoscere il contenuto dei relativi verbali, e conseguentemente le indicazioni tecniche ed i dati scientifici in essi presenti, fino alla sentenza del TAR Lazio (sez. I-quater, sent. n. 8615/2020), che ha precisato come fosse «illogica e contraddittoria» la giustificazione dell'Amministrazione in ordine alla propria discrezionalità in ordine all'«ostensibilità», solo al termine dello stato di emergenza e sempre che fosse da quella «ritenuto opportuno», cfr. E. Catelani, *I poteri del governo nell'emergenza*, cit., p. 731.

²³⁵ I decreti venivano approvati attraverso un procedimento che, dopo la proposta del Ministro della salute, prevedeva di sentire tutti i ministri maggiormente coinvolti (Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e altri ministri sentiti, volta per volta, *ratione materiae*) nonché i Presidenti delle Regioni interessate (nei casi in cui le misure riguardino una o più specifiche Regioni) ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (nei casi in cui le misure coinvolgano il territorio nazionale), cfr. R. Cherchi e A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Dir. reg.*, n. 1/2020, p. 648 ss., in part. p. 653 ss., cui si rinvia in relazione alla problematica sul rapporto tra d.P.C.M. e la compressione delle libertà fondamentali (p. 656). Inoltre, il decreto-legge n. 19 del 2020 prevedeva che i d.P.C.M. dovessero essere comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e stabiliva che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui

La gravità dell'emergenza, dunque, ha reso evidente l'esigenza di affidarne la gestione ad un organo di natura politica, capace di una esplicita assunzione di responsabilità dinanzi al corpo elettorale, ma anche in grado, allo stesso tempo, di intervenire in maniera rapida ed efficace²³⁶. Il Presidente del Consiglio è l'organo che, alla prova dei fatti e nell'immediatezza della crisi, ha dimostrato di essere in possesso di tali caratteristiche e di poter intervenire efficacemente attraverso un atto capace di assicurare il più adeguato, autonomo, immediato e diretto margine di azione.

In conclusione, appare evidente che il ruolo svolto dal Presidente del Consiglio attraverso i d.P.C.M. dell'emergenza pandemica si è presentato profondamente diverso rispetto al ruolo che ordinariamente svolge nell'emanazione dei d.P.C.M. di natura regolamentare. Difficile dire cosa resterà in futuro dell'inedito ruolo assunto dal Presidente del Consiglio durante la pandemia²³⁷. Di certo questa esperienza dovrebbe contribuire a riflettere con ancora più consapevolezza sull'opportunità di un intervento legislativo in grado di fare chiarezza sui numerosi aspetti problematici emersi sia in relazione ai d.P.C.M. *ordinari* che a quelli emanati nel periodo dell'emergenza.

7. Opportunità di un intervento legislativo.

Nonostante gli sforzi di sistematizzazione e i tentativi di classificazione delle varie tipologie di d.P.C.M., la frammentarietà della loro disciplina lascia spazio a incertezze e

delegato riferissero alle Camere ogni quindici giorni. La legge di conversione ha trasformato l'obbligo di comunicazione successiva in illustrazione preventiva, accogliendo un emendamento presentato da Stefano Ceccanti. Una soluzione "debole e insufficiente" secondo alcuni (G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 390), il tentativo di un rinnovato protagonismo delle Camere secondo altri (V. Lippolis, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, p. 271).

²³⁶ Con estrema efficacia è stato evidenziato che l'emergenza sanitaria reclama «aggiustamenti continui della disciplina volta a farvi fronte, quali possono aversi unicamente a mezzo di atti di organi monocratici, a partire appunto dai decreti del Presidente del Consiglio. Immaginare che ogni due settimane si debba varare un nuovo decreto-legge modificativo di altro anteriore equivale a creare un intasamento presso le Camere, anzi a svuotare il ruolo di queste ultime di controllo dell'operato del Governo, dal momento che l'esame di un decreto nel frattempo innovato perderebbe gran parte del proprio significato. Il Parlamento-tartaruga non riuscirebbe mai a raggiungere ed a superare il Governo-Achille» A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., p. 695. Dunque l'emergenza giustifica e legittima l'uso di queste fonti, sebbene per un tempo estremamente limitato così da consentire un ritorno celere alla normalità, sia sotto il profilo normativo che nei rapporti tra organi e poteri dello Stato (così E. Catelani, *I poteri del governo nell'emergenza*, cit., p. 738).

²³⁷ È ciò che si chiede, proprio con riferimento alle trasformazioni che hanno interessato la figura del Presidente del Consiglio, F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, cit., p. 139: "ma quante di queste mutazioni sopravvivranno al termine dell'emergenza?".

lacune che rischiano di minare non solo la conoscibilità delle norme e dunque la certezza del diritto, ma anche l'equilibrato e corretto svolgimento dei rapporti fra i diversi organi costituzionali. In questa prospettiva, un intervento legislativo organico in grado di chiarire le questioni più problematiche emerse in relazione alla natura giuridica dei d.P.C.M., agli aspetti procedurali, alle esigenze di pubblicità, al sistema di garanzie appare sempre più opportuno.

Un'assunzione di consapevolezza della forza e della portata dell'atto d.P.C.M., da parte del legislatore, potrebbe essere utile a dare più chiara legittimazione, struttura e limiti adeguati all'attività normativa del Presidente del Consiglio affinché non resti delegata a forme atipiche o ad interventi sporadici e sordinati, ma si collochi all'interno di una disciplina organica, equilibrata, sorretta dalle necessarie garanzie²³⁸. A titolo di mero esercizio teorico, si potrebbe ipotizzare, ad esempio, l'introduzione di alcune regole minime in merito ai poteri di iniziativa, alle modalità di partecipazione degli attori coinvolti in fase decisionale, ad una qualche forma di controllo *terzo* che non consenta all'intero procedimento di restare confinato all'interno della compagine governativa. Sarebbe assai utile introdurre qualche elemento di chiarezza riguardo la diversa natura amministrativa e normativa dei d.P.C.M., così come una più chiara demarcazione tra i d.P.C.M. tipicamente riconducibili alle funzioni di organizzazione, di coordinamento e di indirizzo unitario all'interno del Governo, rispetto a quelli che esprimono un potere del Presidente del Consiglio autonomo ed *esterno* al Governo e che, con più frequenza, assumono natura normativa, innovando l'ordinamento e determinando rilevanti effetti su soggetti terzi²³⁹.

Tutto ciò potrebbe avvenire attraverso un intervento sulla legge n. 400/1988²⁴⁰, ponendo particolare attenzione ad introdurre una disciplina efficace ma snella, non appesantita da

²³⁸ Giunge alle medesime conclusioni, anche con il supporto di riflessioni comparatistiche, M. Rubechi, *I decreti del Presidente*, cit., p. 190 ss.

²³⁹ Concentra l'attenzione su tale distinzione anche D. De Lungo, *Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, cit., p. 9. Si tratta di distinzione non semplice, come non lo è quella tra regolamenti ad efficacia esterna e quelli ad efficacia esclusivamente interna, come evidenzia U. De Siervo, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo*, cit., p. 297.

²⁴⁰ Uno dei principali fattori di successo della legge n. 400/1988 fu proprio dato dall'esplicitazione di alcuni essenziali profili relativi all'identificazione delle fonti governative e al procedimento di formazione delle stesse, così G. Tarli Barbieri, *L'attività normativa del Governo*, cit., p. 88 ss. Scettico, invece, su una possibile razionalizzazione della legge n. 400, ritenendo « più facile vivere alla giornata, per così dire, che inseguire riforme archetipiche destinate ad essere presto erose dal mutevole corso della prassi » D. De Lungo, *Nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, cit., p. 27, il quale suggerisce, invece, un ruolo più incisivo del Comitato per la legislazione, sebbene al contempo riconosca che si tratti di un organo dalle «armi spuntate» che gli hanno consentito di incidere ben poco (*Ibidem*, p. 28).

vincoli eccessivi che rischiano di far venir meno proprio i punti di forza tipici del d.P.C.M. quali la flessibilità, l'adattabilità a situazioni diverse e imprevedibili, la rapidità di adozione, l'efficienza della sua azione. Anche i d.P.C.M. utilizzabili in periodi straordinari come la gestione di una pandemia e che non assumono espressamente natura regolamentare, andrebbero inseriti all'interno di una più organica disciplina della gestione delle emergenze²⁴¹. In situazioni di emergenza, infatti, il d.P.C.M. ha dimostrato di assumere funzioni ben diverse da quelle *ordinarie*, soprattutto nella misura in cui si è dimostrato un atto abilitato a definire concretamente, sebbene sotto la *copertura* di fonti primarie, la linea di confine tra diritto alla salute e altri diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. La maggiore incisività dell'atto in condizioni di emergenza dovrebbe essere temperata non solo da garanzie più solide ma anche dalla previsione di un qualche vincolo temporale, strettamente e proporzionalmente connesso alle ragioni dell'emergenza. Si tratta di una operazione non semplice, tenuto conto che non esiste *una* situazione di emergenza ma un ventaglio assai ampio di ipotesi emergenziali, ognuna delle quali richiederebbe modalità e strumenti di intervento diversi e funzionali alle problematiche da affrontare, talora anche difficili da prevedere.

Ogni riflessione su una possibile disciplina organica dei d.P.C.M., infine, assumerebbe tutt'altra prospettiva se si dovesse prendere in considerazione l'ipotesi – che pure sembra affacciarsi all'orizzonte, a fasi alterne, tra riserve e incertezze – di una revisione costituzionale in senso presidenzialista della forma di governo. In quel caso, un intervento legislativo sui d.P.C.M. diverrebbe probabilmente ancor più necessario ma dovrebbe assumere forme strettamente funzionali al differente ruolo che il Presidente del Consiglio andrebbe a rivestire all'interno della nuova forma di governo.

Tutte decisioni che naturalmente spettano al legislatore, chiamato a scegliere se e come intervenire, purché non sfumi nel tempo la consapevolezza delle complesse problematiche che la concreta esperienza dei d.P.C.M. ha portato alla luce e che restano potenzialmente capaci di incidere in maniera sensibile sia sul sistema delle fonti che sugli equilibri e gli assetti istituzionali.

²⁴¹ La quale potrebbe richiedere anche una qualche modifica della Carta costituzionale. L'ipotesi è sollecitata, in particolare, da A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., p. 693 ss. Riguardo l'opportunità di introdurre in Costituzione una specifica disciplina degli stati di emergenza, sulla falsariga di quanto avviene in altri ordinamenti, v. le riflessioni di A. Patroni Griffi, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico e M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta online*, 2020, p. 41 ss.

Abstract: Il contributo analizza le caratteristiche dei d.P.C.M. regolamentari al fine di verificare la correlazione tra i contenuti, i procedimenti di formazione e la natura giuridica di questa tipologia di atto con il ruolo effettivo che assume il Presidente del Consiglio. In assenza di una disciplina organica e unitaria dei d.P.C.M., i mutevoli e differenti procedimenti di formazione mostrano come tali atti siano a volte espressione della volontà dell'organo monocratico emanante ma molte altre volte costituiscano il risultato di una volontà collegiale o complessa cui partecipano soggetti diversi, sia interni che esterni al governo. In tali casi, l'intervento del Presidente del Consiglio si inserisce nella fase conclusiva del procedimento, quando il contenuto dell'atto è già sostanzialmente definito, a differenza dei d.P.C.M. dell'emergenza pandemica in cui il ruolo del Presidente del Consiglio si è manifestato in maniera decisamente più incisiva e prevalente. L'analisi complessiva induce a riflettere sulla opportunità di un intervento legislativo in grado di fare chiarezza sulla natura giuridica, le procedure, i limiti e le garanzie di un atto che ha ormai perso carattere di marginalità all'interno dell'ordinamento.

Abstract: The paper analyzes the characteristics of the d.P.C.M. regulations in order to verify the correlation between the contents, the formation procedures and the legal nature of this type of deed with the effective role of Prime Minister. In the absence of an organic and unitary discipline of the d.P.C.M., the different procedures show how such acts are sometimes an expression of the will of the emanating monocratic body but many other times they constitute the result of a collegial or complex will involving different subjects both inside and outside the government. In such cases, the intervention of the Prime Minister is integrated in the final stage of the procedure, when the content of the deed is already substantially defined, instead of the d.P.C.M. of the pandemic emergency in which the role of the Prime Minister manifested itself in a more incisive way. The overall analysis leads us to reflect on the opportunity for a legislative intervention capable of clarifying the legal nature, procedures, limits and guarantees of an act that has taken on significant importance within the legal system.

Parole chiave: Decreto – Presidente del Consiglio – Governo – Regolamento – Emergenza sanitaria.

Key words: Decree – Prime Minister – Government – Regulation – Sanitary emergency

APPENDICE
Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
14/03/23	43	Regolamento di organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112	Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
01/09/22	189	Regolamento recante disciplina dei meccanismi di raccordo tra obbligo di notifica e procedure di gara e delle misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria dei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, nel caso di affidamento di concessioni, anche di competenza regionale	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Gruppo di coordinamento costituito ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 agosto 2014, nella seduta del 30 agosto 2022	NO
01/09/22	166	Regolamento recante le procedure per la stipula di contratti di appalti di lavori, servizi e forniture per le attività dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico.	Direttore generale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale	NO	NO	NO	Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica	NO	Comitato interministeriale per la cybersicurezza	NO
23/08/22	143	Regolamento in attuazione dell'articolo 1, comma 596, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 in materia di compensi, gettoni di presenza e ogni altro emolumento spettante ai componenti gli organi di amministrazione e di controllo, ordinari e straordinari, degli enti pubblici.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
01/08/22	133	Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modificazioni ed integrazioni, della prenotifica e misure di semplificazione dei procedimenti.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Gruppo di coordinamento costituito ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 agosto 2014, nella seduta del 30 agosto 2022	NO
22/06/22	102	Modifiche al regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 giugno 2015, n. 84, relativamente agli uffici centrali e articolazioni territoriali della Direzione generale dell'esecuzione penale esterna e di messa alla prova del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità.	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
22/06/22	100	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 giugno 2019, n. 103, concernente il regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Ministro per la pubblica amministrazione	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
22/06/22	109	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 luglio 2021, n. 128, di organizzazione del Ministero della transizione ecologica.	Ministro della transizione ecologica	NO	Ministri per la pubblica amministrazione e dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
18/05/22	92	Regolamento in materia di accreditamento dei laboratori di prova e di raccordi tra Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale, i laboratori di prova accreditati e i Centri di Valutazione del Ministero dell'interno e del Ministero della difesa, ai sensi dell'articolo 1, comma 7, lettera b), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133	Comitato interministeriale per la cybersicurezza	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
22/04/22	54	Modifiche al regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 giugno 2015, n. 84 e al regolamento concernente l'organizzazione degli uffici di diretta collaborazione del Ministero della giustizia, nonché dell'Organismo indipendente di valutazione di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 giugno 2019, n. 100.	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
30/12/21	196	Regolamento recante modalità per la concessione di un contributo, sotto forma di credito di imposta, sugli investimenti pubblicitari in favore di leghe e società sportive professionistiche e di società e associazioni sportive dilettantistiche	Ministro per le politiche giovanili e lo sport	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
23/12/21	243	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 luglio 2021, n. 128, concernente il regolamento di organizzazione del Ministero della transizione ecologica	Ministro della transizione ecologica	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
09/12/21	224	Regolamento del personale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale	NO	NO	NO	NO	Commissioni IV (Difesa), V (Bilancio) e XI (Lavoro pubblico e privato) della Camera, Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), VIII (Lavori pubblici, comunicazione) e XI (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato, Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica	NO	Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC)	NO
09/12/21	222	Regolamento di contabilità dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale	Direttore generale dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica	NO	Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC)	NO

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
09/12/21	223	Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Commissioni IV (Difesa), V (Bilancio) e XI (Lavoro pubblico e privato) della Camera, Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), VIII (Lavori pubblici, comunicazione) e XI (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato, Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica	NO	Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC)	NO
18/11/21	239	Regolamento recante norme per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche al personale non dirigenziale della Presidenza del Consiglio dei ministri, a norma del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
02/08/21	145	Regolamento di riordino della disciplina delle modalità di valutazione periodica dei funzionari diplomatici appartenenti ai gradi di segretario di legazione e di consigliere di legazione	Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
29/07/21	128	Regolamento di organizzazione del Ministero della transizione ecologica	Ministro della transizione ecologica	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
29/07/21	149	Regolamento di organizzazione del Ministero dello sviluppo economico	Ministro dello sviluppo economico	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
24/06/21	140	Regolamento concernente modifiche al regolamento di organizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
24/06/21	123	Regolamento concernente modifiche al regolamento di organizzazione del Ministero della cultura, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance	Ministro della cultura	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	Consiglio superiore beni culturali e paesaggistici	NO
24/06/21	115	Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 dicembre 2020, n. 190, concernente il regolamento di organizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.	Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
20/05/21	102	Regolamento di organizzazione del Ministero del turismo, degli Uffici di diretta collaborazione e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance	Ministro del turismo	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
14/04/21	81	Regolamento in materia di notifiche degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera b), del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, e di misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza.	Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica	NO	NO		Commissioni I e IX riunite, IV e V della Camera dei deputati e delle Commissioni I, IV e V del Senato della Repubblica	NO	NO	SI
04/02/21	34	Regolamento concernente la regolamentazione dei criteri di riparto del «Fondo per gli investimenti delle isole minori», di cui all'articolo 1, comma 553, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, annualità 2020, 2021 e 2022.	Ministro per gli affari regionali e le autonomie	NO	NO	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
23/12/20	191	Regolamento di organizzazione degli uffici di diretta collaborazione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	SI
23/12/20	180	Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.	Ministri dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico e delle infrastrutture e dei trasporti		Ministri dell'interno e degli affari esteri e della cooperazione internazionale	NO	Competenti commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica	Consiglio dei ministri		NO
23/12/20	185	Regolamento recante attuazione dell'articolo 74, comma 3, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in relazione ai Titoli II e III del medesimo decreto legislativo	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
23/12/20	190	Regolamento recante l'organizzazione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	SI
18/12/20	179	Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.	Ministri dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico e delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministri dell'interno, della difesa, degli affari esteri e della cooperazione internazionale, della giustizia, della salute, delle politiche agricole, alimentari e forestali e dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare	NO	Competenti commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica	Consiglio dei ministri	NO	NO

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
30/10/20	175	Modifiche al regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 giugno 2015, n. 84, in materia di articolazioni decentrate dell'organizzazione giudiziaria	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	SI
30/09/20	167	Regolamento concernente l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'istruzione.	Ministro dell'istruzione	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Ministero dell'univ. e della ricerca, organizz. sindacali, organismo paritetico per l'innovaz., Comitato unico di garanzia per le pari opport. e il benessere di chi lavora e contro le discriminaz. (CUG) dell'istruzione, dell'università e della ricerca	SI
30/09/20	165	Regolamento concernente l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'università e della ricerca.	Ministro dell'istruzione	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	No	Ministero dell'univ. e della ricerca, organizz. sindacali, Organismo paritetico per l'innovaz. e il Comitato unico di garanzia per le pari opport. e il benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG) dell'istruzione, dell'università e della ricerca	SI
30/09/20	166	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione.	Ministro dell'istruzione	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Ministero dell'univ. e della ricerca, organizz. sindacali, Organismo paritetico per l'innovaz. e il Comitato unico di garanzia per le pari opport. e il benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG) dell'istruzione, dell'università e della ricerca	SI
30/09/20	164	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'università e della ricerca.	Ministro dell'istruzione	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Ministero dell'univ. e della ricerca, organizz. sindacali, Organismo paritetico per l'innovaz. e il Comitato unico di garanzia per le pari opport. e il benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG) dell'istruzione, dell'università e della ricerca	SI
30/09/20	161	Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 26 giugno 2019, n. 103, concernente il regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze.	Ministero dell'economia e delle finanze	NO	Ministro per la pubblica amministrazione	SI	NO	NO	NO	SI
30/07/20	131	Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133.	Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica	NO	NO	NO	I Commissione del Senato della Repubblica, Commissioni riunite I e IX della Camera dei deputati e della V Commissione della Camera dei deputati	NO	NO	SI
19/06/20	110	Regolamento recante modalità e criteri di attivazione e gestione del servizio IT-Alert.	NO	NO	NO	NO	Conferenza unificata	NO	Garante per la protezione dei dati e Autorità per le garanzie delle comunicazioni	SI
22/04/20	51	Regolamento in materia di anticipo del TFS/TFR, in attuazione dell'articolo 23, comma 7, del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26.	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Ministro per la pubblica amministrazione	NO	Garante per la protezione dei dati personali e Garante della concorrenza del mercato	NO	Inps	SI
24/03/20	53	Regolamento recante modifica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2019, n. 179, concernente la riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali	NO	Ministri per la pubblica amministrazione e dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
12/12/19	178	Regolamento di riorganizzazione del Ministero dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 2, comma 16, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132.	Ministero dello sviluppo economico	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
05/12/19	180	Regolamento di organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance.	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
05/12/19	179	Regolamento di riorganizzazione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, a norma dell'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132.	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
02/12/19	169	Regolamento di organizzazione del Ministero ((della cultura)), degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance.	Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	Consiglio superiore beni culturali e paesaggistici	NO
06/11/19	138	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
21/10/19	140	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca	Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali, Organismo paritetico per l'innovazione e il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità e il benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG)	NO
21/10/19	155	Regolamento recante l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca.	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali, Organismo paritetico per l'innovazione e il Comitato unico di garanzia per le pari opportunità e il benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG)	NO
26/06/19	103	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Ministro per la pubblica amministrazione	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
19/06/19	99	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero della giustizia, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 giugno 2015, n. 84	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
19/06/19	93	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 4-bis del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 97	Ministero dello sviluppo economico	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
19/06/19	100	Regolamento concernente organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro della giustizia, nonché dell'organismo indipendente di valutazione della performance.	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
19/06/19	97	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dell'Organismo indipendente di valutazione della performance e degli Uffici di diretta collaborazione	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
19/06/19	76	Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance	Ministro per i beni e le attività culturali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
11/06/19	78	Regolamento recante l'organizzazione degli Uffici centrali di livello dirigenziale generale del Ministero dell'interno.	Ministro dell'interno	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
18/04/19	45	Regolamento concernente la rimodulazione dell'organico della carriera diplomatica, ai sensi dell'articolo 1, comma 335, della legge di bilancio 2019	Presidente del Consiglio dei Ministri e Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
10/04/19	89	Regolamento concernente la determinazione della struttura e della composizione dell'Ufficio posto alle dipendenze del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale	NO	NO	Ministro della giustizia, Ministro dell'interno e Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
04/04/19	48	Regolamento concernente l'organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
04/04/19	47	Regolamento concernente l'organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca	Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
08/02/19	25	Regolamento concernente organizzazione del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, a norma dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 97	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali e del turismo	NO	Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	SI
07/12/18	138	Regolamento recante ulteriori modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2016, n. 187, recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica prevista dall'articolo 1, comma 979, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.	NO	NO	Ministro per i beni e le attività culturali, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati	SI
16/05/18	90	Regolamento recante le modalità ed i criteri per la concessione d'incentivi fiscali agli investimenti pubblicitari incrementali su quotidiani, periodici e sulle emittenti televisive e radiofoniche locali, in attuazione dell'articolo 57-bis, comma 1 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96	Ministro dello sviluppo economico	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
10/05/18	76	Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	NO	NO	NO	Conferenza unificata	NO	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
27/04/18	80	Regolamento recante l'individuazione, ai sensi dell'articolo 7, commi 1 e 2, del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 70, delle scuole di specializzazione che rilasciano i diplomi di specializzazione che consentono la partecipazione ai concorsi per l'accesso alla qualifica di dirigente della seconda fascia	NO	NO	Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	NO	NO	NO	SI
23/04/18	67	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 21 febbraio 2017, n. 21, concernente criteri e modalità di attuazione dell'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali, ivi incluse le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato, in caso di inerzia o ritardo da parte delle regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.	NO	Conferenza unificata	NO	NO	5ª Commissione parlamentare del Senato della Repubblica	NO	NO	SI
16/04/18	78	Regolamento che stabilisce i titoli valutabili nell'ambito del concorso per l'accesso alla qualifica di dirigente e il valore massimo assegnabile, ad ognuno di essi, ai sensi dell'articolo 3, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 24 settembre 2004, n. 272	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
27/02/18	28	Regolamento disciplinante la Fondazione per la realizzazione del progetto scientifico e di ricerca «Human Technopole»	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	NO	NO	NO	SI
25/01/18	12	Regolamento recante istituzione di Zone economiche speciali (ZES)	Ministro per la coesione territoriale e il Mezzogiorno	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Ministro dello sviluppo economico	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
22/01/18	13	Regolamento recante la definizione delle condizioni di esercizio dei condhotel, nonché dei criteri e delle modalità per la rimozione del vincolo di destinazione alberghiera in caso di interventi edilizi sugli esercizi alberghieri esistenti e limitatamente alla realizzazione della quota delle unità abitative a destinazione residenziale, ai sensi dell'articolo 31 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.	Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo	Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281	Ministro dello sviluppo economico	NO	NO	NO	NO	SI
01/12/17	238	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 agosto 2014, n. 171, concernente il regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, in attuazione dell'articolo 22, comma 7-quinquies, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96	Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	Consiglio superiore beni culturali e paesaggistici	NO
15/09/17	169	Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
04/09/17	150	Regolamento recante norme attuative delle disposizioni in materia di anticipo finanziario a garanzia pensionistica (APE)	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	Inps	SI
04/08/17	136	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 15 settembre 2016, n. 187, recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica prevista dall'articolo 1, comma 979, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, e successive modificazioni	NO	NO	Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
17/07/17	143	Regolamento recante adeguamento dell'organizzazione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, a norma dell'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	NO
23/05/17	88	Regolamento di attuazione dell'articolo 1, commi da 179 a 186, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di APE sociale	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
23/05/17	87	Regolamento di attuazione dell'articolo 1, commi da 199 a 205, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di riduzione del requisito contributivo di accesso al pensionamento anticipato per i lavoratori c.d. precoci	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
22/05/17	109	Regolamento recante attuazione dell'articolo 31 della legge 6 agosto 2013, n. 97, concernente l'Organismo di conciliazione ai sensi degli articoli 10 e 11 della decisione della Commissione 2009/750/CE del 6 ottobre 2009 sulla definizione del servizio europeo di telepedaggio.	NO	NO	Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Ministro della giustizia, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Consiglio dell'Autorità di regolazione dei trasporti	NO	NO	SI
28/04/17	82	Regolamento recante criteri e modalità di nomina degli arbitri, supporto organizzativo alle procedure arbitrali e modalità di funzionamento del collegio arbitrale per l'erogazione, da parte del Fondo di solidarietà, di prestazioni in favore degli investitori, a norma dell'articolo 1, comma 859, della legge 28 dicembre 2015, n. 208	Presidente del Consiglio dei ministri e Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	SI	Commissione VI Finanze e tesoro del Senato della Repubblica e della Commissione VI Finanze della Camera dei deputati.	NO	NO	SI
10/04/17	102	Regolamento recante lo statuto della Cassa delle ammende, adottato a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 9 maggio 1932, n. 547	Ministro della giustizia	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
21/02/17	21	Regolamento recante criteri e modalità di attuazione dell'articolo 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, in materia di ricorso all'indebitamento da parte delle regioni e degli enti locali	NO	Conferenza unificata	NO	NO	V Commissione della Camera dei deputati e della V Commissione del Senato della Repubblica	NO	NO	SI
10/11/16	234	Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24	NO	NO	Ministro degli affari esteri, Ministro dell'interno, Ministro della giustizia, Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Ministro della salute	NO	Conferenza Unificata, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e Garante per la protezione dei dati	NO	NO	SI
15/09/16	187	Regolamento recante i criteri e le modalità di attribuzione e di utilizzo della Carta elettronica, prevista dall'articolo 1, comma 979, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 e successive modificazioni	NO	NO	Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati	SI
23/07/16	144	Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76	Ministro dell'interno	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
15/06/16	158	Regolamento recante determinazione dei limiti e delle modalità di applicazione delle disposizioni dei titoli II e III del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, al Ministero dell'economia e delle finanze e alle Agenzie fiscali	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO	SI
17/03/16	60	Regolamento di modifica del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 24 luglio 2009, n. 126, recante modalità e criteri per l'assegnazione del premio intitolato a Giacomo Matteotti	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
15/02/16	40	Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico	NO	NO	NO	NO	Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, Agenzia per l'Italia digitale e Garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
25/11/15	202	Regolamento recante determinazione del trattamento economico dei docenti della Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA)	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
29/09/15	178	Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico.	Ministro della salute	Conferenza permanente tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	Conferenza permanente tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano	SI
15/06/15	84	Regolamento di riorganizzazione del Ministero della giustizia e riduzione degli uffici dirigenziali e delle dotazioni organiche.	Ministro della giustizia	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	NO	Organizzaz. sindacali	SI
08/06/15	184	Regolamento riguardante l'individuazione del responsabile del procedimento amministrativo e del titolare del potere sostitutivo, ai sensi dell'articolo 4 e dell'articolo 2, comma 9-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per i procedimenti amministrativi di competenza della Presidenza del Consiglio dei ministri.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
20/02/15	29	Regolamento recante norme attuative delle disposizioni in materia di liquidazione del TFR come parte integrante della retribuzione per il periodo di paga decorrente da marzo 2015 a giugno 2018	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	NO	NO	Inps	SI
21/01/15	24	Regolamento concernente i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero della salute aventi durata non superiore a novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni	Ministro della salute	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione	NO	NO	NO	NO	SI
20/01/15	77	Regolamento di organizzazione degli Uffici di diretta collaborazione del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
10/11/14	194	Regolamento recante modalità di attuazione e di funzionamento dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e di definizione del piano per il graduale subentro dell'ANPR alle anagrafi della popolazione residente.	Ministero dell'interno, Ministro per la semplificazione e per la pubblica amministrazione	Agenzia per l'Italia digitale, Conferenza unificata	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	Istituto nazionale di statistica	SI
30/10/14	184	Regolamento di attuazione relativo ai distacchi di personale della pubblica amministrazione presso l'Unione Europea, le organizzazioni internazionali o Stati esteri.	Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
30/10/14	193	Regolamento recante disposizioni concernenti le modalità di funzionamento, accesso, consultazione e collegamento con il CED, di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, istituita ai sensi dell'articolo 96 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.	Ministro dell'interno	NO	Ministri per la semplificazione e la pubblica amministrazione, della giustizia, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministero dell'economia e delle finanze	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
29/08/14	171	Regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89	Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	Consiglio superiore beni culturali e paesaggistici	NO
31/07/14	151	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero della salute, aventi durata superiore a novanta giorni, a norma dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241	Ministro della salute e Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
10/07/14	142	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dell'Organismo indipendente di valutazione della performance e degli Uffici di diretta collaborazione. (14G00156)	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
06/06/14	108	Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.	Ministro della difesa, Ministro dell'interno	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro degli affari esteri, Ministro dello sviluppo economico	NO	NO	Competenti Commissioni parlamentari	NO	SI
14/02/14	121	Regolamento di organizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, a norma dell'articolo 2, comma 10-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, modificato dall'articolo 2, comma 7, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, come modificato dall'articolo 1, comma 6, del decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 150	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO
11/02/14	98	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.	Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca	Organizzaz. sindacali	NO	NO
11/02/14	59	Regolamento di organizzazione del Ministero della salute	Ministro della salute	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
11/02/14	72	Regolamento di organizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, Ministro dell'economia e delle finanze	SI	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
17/01/14	33	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 3 marzo 2011, n. 90, concernente l'individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero degli affari esteri, a norma dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241.	Ministro degli affari esteri, Ministro per la pubblica amministrazione e per la semplificazione	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
05/12/13	159	Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE).	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	Conferenza unificata	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Garante per la protezione dei dati personali, Commissioni parlamentari	NO	NO	SI
05/12/13	158	Regolamento di organizzazione del Ministero dello sviluppo economico.	Ministro dello sviluppo economico	NO	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
02/10/13	129	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 novembre 2012, n. 253, concernente il regolamento recante l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56	Ministro della difesa	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro degli affari esteri, Ministro dello sviluppo economico, Ministro dell'interno	NO	NO	Competenti Commissioni parlamentari	NO	SI
23/08/13	109	Regolamento recante disposizioni per la prima attuazione dell'articolo 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, come modificato dall'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che istituisce l'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR)	Ministro dell'interno, Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione	Agenzia per l'Italia digitale, Conferenza unificata	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Istituto Nazionale di Statistica, Garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
21/03/13	58	Regolamento di attuazione dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dell'interno di durata superiore a novanta giorni. (	Ministro dell'interno e Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
27/02/13	67	Regolamento di organizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze, a norma degli articoli 2, comma 10-ter, e 23-quinquies, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
27/02/13	105	Regolamento recante organizzazione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, a norma dell'articolo 2, comma 10-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. (13G00148)	Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali	NO	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO
28/01/13	17	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2008, n. 72 concernente la disciplina del concorso di accesso alla carriera diplomatica.	Ministro degli affari esteri	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
21/12/12	262	Regolamento recante disciplina dei nuclei istituiti presso le amministrazioni centrali dello Stato con la funzione di garantire il supporto tecnico alla programmazione, alla valutazione e al monitoraggio degli interventi pubblici.	Ministro per la coesione territoriale	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
30/11/12	253	Regolamento recante individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56	Ministro della difesa	NO	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro degli affari esteri, Ministro dello sviluppo economico e Ministro dell'interno	NO	NO	Competenti Commissioni parlamentari	NO	SI
14/11/12	252	Regolamento recante i criteri e le modalità per la pubblicazione degli atti e degli allegati elenchi degli oneri introdotti ed eliminati, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, della legge 11 novembre 2011, n. 180 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese".	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
10/10/12	214	Regolamento di attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dell'interno di durata non superiore a novanta giorni.	Ministro dell'interno	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione	NO	NO	NO	NO	SI
20/07/12	168	Regolamento recante l'organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, la sede e la gestione delle spese, a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112.	Autorità garante per la protezione dell'infanzia	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
28/11/11	231	Regolamento di attuazione dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, recante "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro", relativamente all'individuazione delle particolari esigenze connesse all'espletamento delle attività del Dipartimento della protezione civile, nel conseguimento delle finalità proprie dei servizi di protezione civile.	NO	NO	Ministro del lavoro e delle politiche sociali e Ministro del lavoro	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano	NO	Organizzaz. sindacali	SI
11/11/11	225	Regolamento di individuazione dei termini non superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
08/11/11	237	Regolamento di cui all'articolo 24 del decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, in materia di misure compensative per l'esercizio delle professioni di maestro di sci e maestro di snowboard.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Collegio Nazionale dei maestri di sci italiani, Fondazione italiana sport invernali	SI
27/09/11	191	Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	NO	NO	NO	NO	Conferenza unificata, Ministro degli affari esteri, Ministro interno, Ministro della giustizia	NO
08/09/11	178	Regolamento di attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi del Ministero degli affari esteri aventi durata non superiore a novanta giorni.	Ministro degli affari esteri	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
30/06/11	163	Individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza dell'Istituto nazionale di statistica, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro per la pubblica amministrazione, l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
30/06/11	147	Regolamento recante attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge n. 69/2009, in materia di termini, non superiori a 90 giorni, di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze, della Scuola superiore dell'economia e delle finanze, dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, della Guardia di finanza e dei Fondi previdenziali e assistenziali del personale della Guardia di finanza.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
27/06/11	143	Regolamento recante «L'individuazione dei casi di esclusione dal diritto d'accesso ai documenti amministrativi di competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241»	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Strutture generali della Presidenza del Consiglio dei Ministri	SI
25/05/11	131	Regolamento recante attuazione della previsione dell'articolo 74, comma 3, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in relazione ai Titoli II e III del medesimo decreto legislativo.	NO	Organizzaz. sindacali	NO	NO	NO	NO	NO	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
05/05/11	109	Regolamento recante attuazione dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge n. 69/2009, in materia di termini, superiori a 90 giorni, di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze, della Scuola superiore dell'economia e delle finanze, dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, dell'Agenzia delle entrate, dell'Agenzia del territorio, dell'Agenzia delle dogane, della Guardia di finanza e dei Fondi previdenziali e assistenziali del personale della Guardia di finanza.	Ministro dell'economia e delle finanze e Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
18/04/11	81	Regolamento recante modifica al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 1994, n. 298, recante regolamento di attuazione dell'articolo 4, comma 9, della legge 8 novembre 1991, n. 362, concernente norme di riordino del settore farmaceutico.	Ministro della salute	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
03/03/11	90	Regolamento di individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero degli affari esteri, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro degli affari esteri, Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
03/03/11	72	Regolamento di individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
18/02/11	46	Regolamento recante l'attuazione dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di durata superiore ai novanta giorni del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.	Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
09/02/11	66	Regolamento recante attuazione della previsione dell'articolo 74, comma 3, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in relazione al Titolo IV, Capi II e III del medesimo decreto legislativo.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
26/01/11	51	Modifiche al regolamento recante norme per l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 marzo 2001, n. 329.	Ministro dell'economia e delle finanze e Ministro delle politiche sociali	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano	NO	NO	SI
23/12/10	277	Regolamento recante criteri e modalità per la concessione dei contributi di cui all'articolo 9 della legge 8 marzo 2000, n. 53.	NO	NO	Ministro per le pari opportunità, Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
22/12/10	275	Attuazione dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di durata non superiore ai novanta giorni del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.	Ministro del lavoro e delle politiche sociali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione ed il Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
22/12/10	273	Regolamento recante individuazione dei termini non superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro dello sviluppo economico	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione ed il Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
22/12/10	276	Regolamento recante modifica all'articolo 25, comma 1, dello Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa, approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 6 maggio 2005, n. 97.	Ministro della salute	NO	Ministri: della difesa, dell'economia e delle finanze e della pubblica amministrazione e l'innovazione	NO	NO	NO	Commissario straordinario dell'Associazione italiana della Croce rossa	SI
18/11/10	231	Regolamento di attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguardante i termini dei procedimenti amministrativi del Ministero per i beni e le attività culturali aventi durata superiore ai novanta giorni.	Ministro per i beni e le attività culturali, Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
17/11/10	246	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Dipartimento per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'innovazione non superiori a novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	Ministro per la pubblica amministrazione e innovazione	NO	Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
05/11/10	226	Regolamento recante attuazione della previsione dell'articolo 74, comma 3, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, in relazione al Titolo IV, Capi I, IV e V del medesimo decreto legislativo.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
04/11/10	242	Definizione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi che concorrono all'assolvimento delle operazioni doganali di importazione ed esportazione.	Ministro dell'economia e delle finanze	Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, Ministri interessati	NO	NO	Autorità garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
22/10/10	271	Regolamento di attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguardante i termini dei procedimenti amministrativi del Ministero per i beni e le attività culturali aventi durata non superiore a novanta giorni.	Ministro per i beni e le attività culturali	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
22/10/10	272	Regolamento recante individuazione dei termini superiori ai novanta giorni per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Ministro dello sviluppo economico, Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
16/07/10	145	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Dipartimento della funzione pubblica aventi durata non superiore a novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione	NO	Ministro per la semplificazione normativa	NO	NO	NO	NO	SI
16/07/10	144	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Dipartimento della funzione pubblica aventi durata superiore a novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e Ministro per la semplificazione normativa	SI	NO	NO	NO	SI
16/07/10	143	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, aventi durata non superiore ai novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione	NO	NO	NO	NO	SI
16/07/10	142	Regolamento riguardante i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, aventi durata superiore ai novanta giorni, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
04/12/09	212	Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246.	NO	Governo, Regioni e autonomie locali	NO	NO		NO	Categorie produttive, associazioni di utenti e consumatori, Regioni, Province, Comuni, Comunità montane	SI
04/12/09	208	Regolamento recante disposizioni modificative del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 febbraio 1972 in materia di ripartizione degli onorari e delle competenze tra avvocati e procuratori dello Stato.	Avvocatura generale	NO	NO	NO	Consiglio Avvocati e Procuratori dello Stato	NO	NO	SI
04/12/09	214	Regolamento recante disposizioni per il funzionamento del fondo perequativo dei proventi derivanti agli avvocati e procuratori dello Stato da incarichi arbitrali.	Avvocatura generale	NO	NO	NO	Consiglio degli avvocati e dei procuratori dello Stato	NO	NO	SI
04/12/09	200	Regolamento, recante disposizioni per il funzionamento del Fondo perequativo del personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato, istituito ai sensi dell'articolo 43, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69.	Avvocatura generale	NO	NO	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali	SI
20/11/09	171	Regolamento di modifica dell'articolo 51, comma 2, dello Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa, approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2005, n. 97	Ministro del lavoro, Ministro della salute e delle politiche sociali	NO	Ministri: della difesa, dell'economia e delle finanze, per la pubblica amministrazione e innovazione	NO	NO	NO	Commissario straordinario dell'Associazione italiana della Croce rossa	SI
12/11/09	186	Modifica al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 gennaio 1999, n. 11, concernente il compenso spettante ai tabaccai che riscuotono le tasse automobilistiche.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano	SI
24/07/09	126	Regolamento recante: «Modalità e criteri per l'assegnazione del premio intitolato a Giacomo Matteotti»	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
31/03/09	49	Regolamento di integrazione al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 novembre 2006, n. 312, concernente il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
10/03/09	43	Regolamento recante istituzione e funzionamento del nuovo Osservatorio nazionale sulla famiglia.	NO	NO	NO	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
23/02/09	31	Regolamento di disciplina del contrassegno da apporre sui supporti, ai sensi dell'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633.	Ministro per i beni e le attività culturali	NO	NO	NO	NO	NO	Società italiana degli autori e degli editori, associazioni di categoria interessate	SI

APPENDICE
Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
11/09/08	170	Regolamento recante disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Categorie produttive, associazioni di utenti e consumatori, Regioni, Province, Comuni, Comunità montane	SI
01/04/08	72	Regolamento recante la disciplina per il concorso di accesso alla carriera diplomatica.	Ministro degli affari esteri	NO	NO	NO	NO	NO	Ministro dell'università e della ricerca	SI
20/07/07	153	Regolamento di riordino della disciplina delle modalità di valutazione periodica dei funzionari diplomatici appartenenti ai gradi di segretario di legazione e di consigliere di legazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.	Ministro degli affari esteri	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
01/06/07	110	Nuovo Regolamento per la gestione delle spese del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione.	CNIPA	NO	NO	NO	Collegio dei revisori dei conti del CNIPA	NO	Organizzaz. sindacali	SI
30/03/07	71	Regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso l'Avvocatura generale dello Stato e le Avvocature distrettuali, ai sensi degli articoli 20 e 22 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali.	Avvocatura generale	NO	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
28/12/06	318	Regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, in attuazione degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.	Cnipa	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
30/11/06	312	Regolamento concernente il trattamento dei dati sensibili e giudiziari presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
25/09/06	288	Istituzione della Commissione scolastica regionale per l'istruzione in lingua slovena, ai sensi dell'articolo 13, comma 3, della legge 23 febbraio 2001, n. 38.	Ministro dell'istruzione	NO	NO	NO	Comitato di cui all'articolo 3 della Legge 23 febbraio 2001 n. 38	NO	NO	SI
06/04/06	211	Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 agosto 1999, n. 320, come modificato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 luglio 2000, n. 226, concernente disposizioni di attuazione dell'articolo 27 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, sulla fornitura gratuita e semigratuita di libri di testo.	Ministro dell'istruzione, università e ricerca	NO	Ministro dell'interno	NO	Commissioni della Camera e del Senato, Conferenza Stato, Regioni e Province autonome	NO	NO	SI
03/04/06	200	Regolamento recante modalità di coordinamento, attuazione ed accesso al Registro informatico degli adempimenti amministrativi.	Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie	Ministro delle attività produttive, Ministro per l'innovazione e le tecnologie, Presidente delle Camere di Commercio industria, artigianato e agricoltura	NO	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
07/03/06	187	Regolamento sulla istituzione e tenuta presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della banca di dati informatica denominata «Opportunità territoriali di investimento».	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	NO	SI
23/02/06	185	Regolamento recante modalità e criteri per l'individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap, ai sensi dell'articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.	Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e Ministro della salute	Conferenza unificata	NO	NO	Commissioni della Camera e del Senato	NO	NO	SI
24/06/05	183	Regolamento di sicurezza nucleare e protezione sanitaria per l'Amministrazione della difesa.	Ministro della difesa	NO	NO	NO	NO	NO	Consiglio interministeriale di coordinamento e di consultazione per i problemi relativi all'impiego pacifico dell'energia nucleare	SI
06/05/05	97	Approvazione del nuovo Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa.	Ministro della salute	NO	Ministri: della difesa, dell'economia e delle finanze e della funzione pubblica	NO	NO	NO	Commissario straordinario dell'Associazione italiana della Croce rossa	SI
04/03/05	72	Istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri del Premio Giacomo Matteotti.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
14/01/05	93	Nuovo regolamento di esecuzione della legge 9 luglio 1990, n. 185, recante nuove norme per il controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Consiglio dei ministri	SI
21/12/04	318	Regolamento concernente le modalità di riconoscimento del credito di imposta, di cui all'articolo 4, commi da 181 a 186 e 189, della legge 24 dicembre 2003, n. 350	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	SI
11/11/04	325	Regolamento per le procedure di gara non concluse bandite dalla CONSIP S.p.a.	NO	NO	NO	SI	NO	NO	NO	SI
29/09/04	295	Regolamento recante modalità di riconoscimento dei titoli post-universitari considerati utili ai fini dell'accesso al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale, ai sensi dell'articolo 28, comma 3, del decreto legislativo, 30 marzo 2001, n. 165.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Scuola superiore per la pubblica amministrazione	SI
09/09/04	259	Costituzione del Collegio dei revisori dei conti del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA).	Cnipa	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
11/02/04	118	Regolamento recante modalità di individuazione delle posizioni professionali di dipendenti privati, equivalenti a quelle di dipendenti pubblici, per l'ammissione al corso-concorso selettivo di formazione dirigenziale, bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI

APPENDICE
Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
03/10/03	297	Regolamento recante modifica dell'articolo 57 del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa, approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 luglio 2002, n. 208.	NO	NO	Ministro della salute e Ministro della difesa	SI	NO	NO	NO	SI
30/06/03	265	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 novembre 2002, n. 294, concernente disposizioni di attuazione dell'articolo 4 del decreto-legge 23 novembre 2001, n. 411, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 dicembre 2001, n. 463, riguardante tariffe postali agevolate.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
10/12/02	308	Regolamento per la determinazione del modello e delle modalità di tenuta del registro dei casi di mesotelioma asbesto correlati ai sensi dell'articolo 36, comma 3, del decreto legislativo n. 277 del 1991.	Ministro del lavoro e delle politiche sociali e Ministro della salute	NO	NO	NO	Autorità garante per la protezione dei dati personali, Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome	NO	NO	SI
27/11/02	294	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 4 del decreto-legge 23 novembre 2001, n. 411, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 dicembre 2001, n. 463.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
25/10/02	296	Regolamento concernente modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 luglio 2001, n. 338, recante regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Associazioni di categoria interessate, Società italiana degli autori e degli editori	SI
07/08/02	249	Individuazione dei termini e dei responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza del Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
06/08/02	143	Regolamento recante la disciplina del credito di imposta in favore delle imprese produttrici di prodotti editoriali, ai sensi dell'articolo 8 della legge 7 marzo 2001, n. 62.	Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
05/08/02	208	Approvazione del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa.	NO	NO	Ministro della salute e Ministro della difesa	SI	NO	NO	NO	SI
30/01/02	29	Modificazioni dell'allegato al decreto legislativo 18 aprile 1994, n. 280, relativo al risparmio di greggio mediante l'impiego di carburanti di sostituzione.	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, Ministro delle attività produttive, Ministro della salute e Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
21/11/01	453	Regolamento generale di disciplina relativa agli obbiettivi di coscienza, a norma dell'articolo 8, comma 2, lettera i), della legge 8 luglio 1998, n. 230.	NO	NO	NO	SI	Consulta nazionale per il Servizio civile; Competenti commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, Ministro dell'economia e delle finanze	NO	NO	SI
07/09/01	395	Recepimento della direttiva 99/32/CE relativa alla riduzione del tenore di zolfo di alcuni combustibili liquidi.	Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio	NO	Ministro della salute	NO	NO	NO	Ministro delle attività produttive	SI
04/09/01	373	Regolamento recante la disciplina delle modalità di valutazione periodica dei funzionari diplomatici appartenenti ai gradi di segretario di legazione e consigliere di legazione.	Ministro degli affari esteri	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
11/07/01	338	Regolamento di esecuzione delle disposizioni relative al contrassegno della Società italiana degli autori e degli editori (S.I.A.E.) di cui all'articolo 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, come introdotto dall'articolo 10 della legge 18 agosto 2000, n. 248, recante nuove norme di tutela del diritto d'autore.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Associazioni di categoria interessate; la Società italiana degli autori e degli editori	SI
31/05/01	319	Modificazioni ed integrazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 luglio 1995, n. 502, concernente il trattamento economico del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo delle aziende sanitarie.	Ministri della sanità, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale e per gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano	SI
30/05/01	341	Regolamento relativo ai criteri per la composizione delle commissioni esaminatrici del corso concorso selettivo di formazione dei dirigenti scolastici.	Ministro della pubblica istruzione	NO	Ministro per la funzione pubblica	NO	NO	NO	NO	SI
17/05/01	285	Regolamento concernente la riforma del concorso diplomatico in applicazione dell'articolo 1 del decreto legislativo 24 marzo 2000, n. 85/2000.	Ministri degli affari esteri	NO	NO	NO	NO	NO	Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica	SI
09/04/01	266	Regolamento relativo alla gestione delle spese ed al rendiconto dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.	Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici	NO	Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica	NO	NO	NO	NO	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
04/04/01	242	Regolamento concernente modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 maggio 1999, n. 221, in materia di criteri unificati di valutazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate e di individuazione del nucleo familiare per casi particolari, a norma degli articoli 1, comma 3, e 2, comma 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109, come modificato dal decreto legislativo 3 maggio 2000, n. 130.	Ministro per la solidarietà sociale e del Ministro delle finanze	NO	Ministri: dell'interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale, dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, della pubblica istruzione e per la funzione pubblica	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
21/03/01	329	Regolamento recante norme per l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale.	Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro del lavoro e delle politiche sociali e Ministro per la solidarietà sociale	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, Regione e Province autonome di Trento e Bolzano	NO	NO	SI
05/03/01	197	Regolamento di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di termini, partecipazione e responsabilità del procedimento amministrativo.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
14/02/01	106	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 1, comma 9, della legge 10 marzo 2000, n. 62, concernenti un piano straordinario di finanziamento alle regioni ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per l'assegnazione di borse di studio a sostegno della spesa delle famiglie per l'istruzione.	Ministro della pubblica istruzione	NO	Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, delle finanze, per gli affari regionali e per la solidarietà sociale	NO	Conferenza unificata	NO	NO	SI
22/12/00	448	Regolamento recante modalità e procedure per il trasferimento del personale dell'Ente nazionale per le strade (ANAS) alle regioni ed agli enti locali, in attuazione dell'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.	NO	NO	NO	NO	Commissione parlamentare consultiva, Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome	NO	Organizzaz. sindacali ; Unione italiana delle Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura	SI
14/12/00	446	Individuazione delle modalità e delle procedure per il trasferimento del personale ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.	NO	Ministro per la funzione pubblica, Presidente della conferenza dei presidenti delle Regioni, Presidente dell'Unione delle province d'Italia, Presidente dell'Associaz. nazionale dei Comuni d'Italia e le organizzaz. sindacali	NO	NO	Commissione parlamentare consultiva in ordine all'attuazione della riforma amministrativa	NO	Unione italiana delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; organizzaz. sindacali	SI
28/11/00	454	Regolamento di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di termini, partecipazione e responsabilità del procedimento amministrativo.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
23/11/00	434	Regolamento recante recepimento della direttiva 98/70/CE relativa alla qualità della benzina e del combustibile diesel.	Ministro dell'ambiente	NO	Ministro della sanità	NO	NO	NO	Ministro dell'economia e delle finanze e Ministro per l'industria, commercio ed artigianato	SI
15/11/00	378	Modificazioni al regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 41 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, concernente la concessione di un contributo diretto volto ad agevolare le spedizioni di libri, giornali e periodici e pubblicazioni informative di associazioni ed organizzazioni senza fini di lucro.	NO	NO	Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica	NO	NO	NO	NO	SI
04/10/00	377	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 41 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, concernente la concessione di un contributo diretto volto ad agevolare le spedizioni di libri, giornali e periodici e pubblicazioni informative di associazioni ed organizzazioni senza fini di lucro.	NO	NO	Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica	NO	NO	NO	NO	SI
04/07/00	226	Regolamento recante conferma con modificazioni del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 agosto 1999, n. 320 concernente disposizioni di attuazione dell'art. 27 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, sulla fornitura gratuita o semigratuita di libri di testo.	Ministro della pubblica istruzione	NO	Ministro dell'interno	NO	Commissioni competenti della Camera e del Senato	NO	Conferenza unificata	SI
26/06/00	227	Regolamento recante la fissazione dei limiti di altezza per il personale femminile del Corpo di Guardia di finanza.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Ministri delle finanze e per le pari opportunità, Commissione nazionale per la parità e per le pari opportunità tra uomo e donna	SI
14/04/00	175	Regolamento recante disposizioni modificative del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 febbraio 1972 in materia di ripartizione degli onori e delle competenze tra avvocati e procuratori dello Stato.	NO	NO	Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica	NO	NO	NO	NO	SI
13/04/00	141	Regolamento recante il limite di età per la partecipazione al concorso per procuratore dello Stato.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/03/00	112	Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 luglio 1987, n. 411, relativo ai limiti di altezza per la partecipazione ai concorsi pubblici.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Ministri: della difesa, dei trasporti e della navigazione e per le pari opportunità, Commissione nazionale per la parità e le pari opportunità tra uomo e donna	SI
09/03/00	152	Regolamento recante norme per la definizione dei criteri e delle procedure per l'individuazione dei soggetti privati partecipanti al Sistema statistico nazionale (SISTAN) ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge 28 aprile 1998, n. 125.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
09/12/99	535	Regolamento concernente i compiti del Comitato per i minori stranieri, a norma dell'articolo 33, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.	Ministro per la solidarietà sociale	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	Conferenza unificata, Ministro degli affari esteri, Ministro interno, Ministro della giustizia	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
22/10/99	437	Regolamento recante caratteristiche e modalità per il rilascio della carta di identità elettronica e del documento di identità elettronico, a norma dell'articolo 2, comma 10, della legge 15 maggio 1997, n. 127, come modificato dall'articolo 2, comma 4, della legge 16 giugno 1998, n. 191.	Ministro dell'interno	NO	Ministro per la funzione pubblica	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	SI
29/09/99	425	Regolamento recante norme per l'individuazione dei documenti di competenza del Dipartimento per i servizi tecnici nazionali sottratti al diritto di accesso, in attuazione dell'articolo 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	NO	NO	Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi	NO	NO	SI
25/09/99	448	Nuovo regolamento di esecuzione della legge 9 luglio 1990, n. 185, recante nuove norme per il controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/09/99	504	Regolamento recante agevolazioni in materia di diritto d'autore nel caso di esecuzioni, rappresentazioni e manifestazioni effettuate da determinati soggetti ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 650.	NO	NO	NO	NO	Commissioni competenti della Camera e del Senato	NO	NO	SI
05/08/99	320	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 27 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, sulla fornitura gratuita o semigratuita di libri di testo.	Ministro della pubblica istruzione		Ministro dell'interno		Commissioni competenti della Camera e del Senato	NO	Conferenza permanente per i rapporti Stato Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano	
21/07/99	305	Regolamento recante disposizioni per la certificazione della situazione economica dichiarata, a norma dell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 109.	Ministro per la solidarietà sociale	NO	Ministro delle finanze	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati, Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, Conferenza unificata	SI
07/05/99	221	Regolamento concernente le modalità attuative e gli ambiti di applicazione dei criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni agevolate.	Ministro delle finanze	NO	Ministri: della solidarietà sociale, dell'interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale	NO	NO	NO	NO	SI
20/04/99	166	Regolamento recante norme per l'istituzione dell'Ufficio per le politiche di promozione dell'occupazione, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro del lavoro e della previdenza sociale	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/04/99	215	Regolamento recante norme per la determinazione dei requisiti acustici delle sorgenti sonore nei luoghi di intrattenimento danzante e di pubblico spettacolo e nei pubblici esercizi.	Ministro dell'ambiente	NO	Ministro della sanità	NO	NO	NO	NO	SI
19/03/99	98	Regolamento recante norme per l'organizzazione e il funzionamento della segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.	Ministro per gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
15/03/99	218	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 6 della legge 30 luglio 1998, n. 281, concernente agevolazioni e contributi in favore delle attività editoriali delle associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato di cui all'articolo 5 della stessa legge.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/03/99	117	Regolamento recante norme per la determinazione degli elementi di valutazione e dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 23, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici di cui alla categoria 14 della classificazione comune dei prodotti 874, contenuta nell'allegato 1 al decreto legislativo n. 157/1995.	Ministro del lavoro e della previdenza sociale	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
10/03/99	294	Regolamento recante norme per la disciplina delle categorie di documenti in possesso degli organismi di informazione e di sicurezza sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'articolo 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241.	NO	NO	NO	NO	Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi	NO	NO	SI
25/01/99	11	Regolamento recante disciplina uniforme del rapporto tra i tabaccai e le regioni relativamente alla riscossione delle tasse automobilistiche emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 12, della legge n. 449 del 1997.	NO	NO	NO	NO	Garante per la protezione dei dati personali	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e province autonome	SI
08/01/99	52	Regolamento recante norme per la tenuta in forma automatizzata dei registri cartacei presso il Consiglio di Stato e i tribunali amministrativi regionali.	NO	NO	Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica	NO	NO	NO	NO	SI
19/11/98	456	Regolamento recante istituzione del Dipartimento per le riforme istituzionali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per le riforme istituzionali	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/10/98	486	Regolamento recante norme per le modalità di versamento all'erario dell'importo previsto dall'articolo 1, comma 126, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.	Ministro per la funzione pubblica e gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
08/07/98	307	Regolamento recante modificazione all'allegato A al decreto legislativo 2 maggio 1994, n. 319, in attuazione della direttiva della Commissione 97/38/CE del 20 giugno 1997, relativo ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
08/07/98	163	Regolamento recante norme sul pubblico registro per la cinematografia, ai sensi dell'articolo 22, comma 4, del decreto-legge 14 gennaio 1994, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 marzo 1994, n. 153.	Ministro delegato in materia di spettacolo e sport	NO	NO	NO	NO	NO	Commissione centrale per la cinematografia	SI

APPENDICE
Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
30/06/98	310	Regolamento recante norme di attuazione degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, relativamente all'individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza del Dipartimento della funzione pubblica.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
25/05/98	394	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 2, comma 20, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, concernente la disciplina del Fondo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per l'informazione e l'editoria per le integrazioni tariffarie da corrispondere alle Poste italiane S.p.a.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/02/98	34	Regolamento recante modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 1994, n. 298, concernente norme di riordino del settore farmaceutico.	Ministro della sanità	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
12/12/97	502	Regolamento recante norme per l'inquadramento nel ruolo medico del Servizio sanitario nazionale di incaricati del servizio di guardia medica e medicina dei servizi.	Ministro della sanità	NO	Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e Ministro della funzione pubblica	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome	NO	NO	SI
28/10/97	405	Regolamento recante istituzione ed organizzazione del Dipartimento per le pari opportunità nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per le pari opportunità	NO	NO	NO	NO	NO	SI
14/10/97	412	Regolamento recante l'individuazione delle attività lavorative comportanti rischi particolarmente elevati, per le quali l'attività di vigilanza può essere esercitata dagli ispettorati del lavoro delle direzioni provinciali del lavoro.	Ministri del lavoro e della previdenza sociale e della sanità	NO	NO	NO	NO	NO	Commissione consultiva permanente per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro	SI
07/10/97	397	Regolamento recante modificazione dell'allegato al decreto legislativo 18 aprile 1994, n. 280, relativo al risparmio di greggio mediante l'impiego di componenti di carburanti di sostituzione.	Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato, delle finanze, della sanità e dell'ambiente	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
06/08/97	452	Regolamento recante approvazione del capitolato di cui all'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, relativo alla locazione e all'acquisto di apparecchiature informatiche, nonché alla licenza d'uso dei programmi.	Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
05/08/97	517	Regolamento recante norme per la individuazione delle ipotesi e delle fattispecie di lavori, sottratte all'applicazione del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, ed assoggettate alla normativa sui lavori pubblici.	Ministro dei lavori pubblici	NO	Ministri: dei trasporti e della navigazione, delle poste e telecomunicazioni, dell'industria, commercio e artigianato, per i beni culturali e ambientali, per le politiche agricole	NO	NO	NO	NO	SI
30/07/97	365	Regolamento per il giudizio di idoneità ai sensi dell'articolo 9, comma 8, del decreto legislativo 7 dicembre 1993, n. 517.	Ministro della sanità	NO	Ministri del tesoro e della funzione pubblica	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome	NO	NO	NO
28/07/97	311	Regolamento recante norme di attuazione delle direttive 94 / 54 / CE e 96/21/CE recanti modifiche della direttiva 79 / 112 / CEE concernente l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari destinati al consumatore.	Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato	NO	Ministro della sanità	NO	NO	NO	NO	SI
07/03/97	110	Regolamento recante approvazione del nuovo statuto dell'Associazione italiana della Croce rossa.	NO	NO	Ministro della sanità e Ministro della difesa	NO	NO	NO	Consiglio dei ministri	SI
27/02/97	116	Regolamento recante norme per la determinazione degli elementi di valutazione e di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 23, comma 1, lettera b) , del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi in materia di architettura, ingegneria e di altri servizi tecnici di cui alla categoria 12 della C.P.C. (classificazione comune dei prodotti) n. 867 contenuta nell'allegato 1 del decreto n. 157/1995.	Ministro dei lavori pubblici	NO	NO	NO	NO	NO	Commissione istituita con decreto n. 4582 / 21 / 65 del 26 maggio 1995	SI
06/12/96	694	Regolamento recante norme per la riproduzione sostitutiva dei documenti di archivio e di altri atti dei privati.	Ministro per i beni culturali e ambientali	NO	Ministro di grazia e giustizia, con il Ministro delle finanze e con il Ministro del tesoro	NO	NO	NO	Comitato di settore per i beni archivistici	SI
09/08/96	483	Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'art. 4 del decreto-legge 29 marzo 1995, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 maggio 1995, n. 203, recante riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport.	Vice Presidente del Consiglio dei Ministri, delegato per lo spettacolo	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
07/08/96	621	Regolamento recante modificazioni al decreto legislativo 2 maggio 1994, n. 319, concernente attuazione della direttiva 92/51/CEE relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale che integra la direttiva 89/48/CEE.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
06/02/96	175	Regolamento di attuazione della direttiva 93/102/CE recante modifica della direttiva 79/112/CE concernente l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale.	Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato	NO	Ministro della sanità	NO	NO	NO	NO	SI
26/01/96	200	Regolamento recante norme per la disciplina di categorie di documenti formati o comunque rientranti nell'ambito delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato sottratti al diritto di accesso.	NO	NO	NO	NO	Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi	NO	NO	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
17/01/96	137	Regolamento recante modificazione al regolamento sulla disciplina per il trasporto ferroviario dei rifiuti speciali, tossici e nocivi, classificati dal decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 giugno 1991, n. 308.	Ministro dell'ambiente	NO	NO	NO	NO	NO	Ministri della sanità e dei trasporti e della navigazione, Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, Regioni e province autonome di Trento e Bolzano	SI
26/10/95	589	Regolamento concernente modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 giugno 1992, n. 366, recante norme per l'organizzazione ed il funzionamento della segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano.	Direttore della segreteria	Ministro del tesoro	Ministro per la funzione pubblica e gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	SI
09/08/95	531	Regolamento di attuazione degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, relativamente alla determinazione dei termini entro i quali debbono essere adottati i provvedimenti di competenza del Dipartimento della protezione civile e gli uffici delle relative istruttorie e adozioni.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
19/07/95	502	Regolamento recante norme sul contratto del direttore generale, del direttore amministrativo e del direttore sanitario delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere.	Ministri della sanità, del tesoro, del lavoro e della previdenza sociale e per gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome	SI
24/03/95	207	Regolamento recante disposizioni per l'organizzazione ed il funzionamento della Scuola superiore della pubblica amministrazione.	Ministro per la funzione pubblica	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
11/03/95	291	Regolamento recante norme per l'individuazione delle necessarie procedure amministrative e l'operatività del fondo di garanzia sui mutui contratti dalle associazioni concertistiche e assimilate per il ripiano dei relativi deficit.	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	NO	SI
20/12/94	763	Regolamento concernente le categorie di documenti formati o comunque rientranti nella disponibilità del Consiglio di Stato, del consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana, dei tribunali amministrativi regionali e del tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino-Alto Adige, sottratti al diritto d'accesso.	NO	NO	NO	NO	Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri	NO	NO	SI
15/12/94	753	Regolamento concernente l'istituzione e l'organizzazione del Dipartimento per gli italiani nel mondo, nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per gli italiani nel mondo	NO	NO	NO	NO	NO	SI
03/11/94	773	Regolamento recante criteri e modalità di utilizzo del Fondo per lo sviluppo, istituito dall'art. 1-ter del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236.	Ministri del lavoro e della previdenza sociale, dell'industria, del commercio e dell'artigianato e del tesoro	NO	NO	NO	Comitato per il coordinamento delle iniziative per l'occupazione	NO	NO	SI
27/10/94	770	Regolamento concernente la nuova disciplina dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali nelle amministrazioni pubbliche.	NO	Amministrazioni regionali	Ministro per la funzione pubblica e Ministro del tesoro	SI	NO	NO	NO	SI
20/10/94	755	Regolamento recante disposizioni sulle modalità per il perseguimento dei fini della Riserva Fondo lire UNRRA e sui criteri di gestione del relativo patrimonio, in attuazione dell'art. 9, comma 3, della legge 23 dicembre 1993, n. 559.	Ministro dell'interno	NO	Ministro per la famiglia e la solidarietà sociale e con il Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
18/10/94	692	Regolamento recante norme per la determinazione dei requisiti richiesti ai fini della nomina di esperti a dirigente generale e per il conferimento di incarichi di dirigente generale con contratti di diritto privato.	Ministro per la funzione pubblica	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
06/10/94	769	Regolamento per la gestione delle spese occorrenti per il funzionamento dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione.	Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
05/10/94	623	Modificazione al regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/09/94	716	Regolamento recante la disciplina della mobilità dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.	NO	NO	NO	NO	Conferenza permanente per i rapporti Stato Regioni e province autonome Trento e Bolzano	NO	Confederazioni sindacali CGIL, CISL, UIL, CIDA, CISNAL, CISAL, CONF.S.A.L., CONFEDIR, R.D.B./CUB	SI
09/05/94	412	Regolamento per il riordino delle competenze e dell'organizzazione del Dipartimento per gli affari sociali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per gli affari sociali	NO	NO	NO	NO	NO	SI
06/05/94	565	Regolamento recante norme per la classificazione delle entrate e delle spese e per l'amministrazione e la contabilità degli enti autonomi lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate.	NO	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
21/04/94	439	Regolamento relativo all'accesso alla qualifica di dirigente.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
14/04/94	321	Regolamento per l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale e delle relative funzioni del Dipartimento della funzione pubblica.	NO	Ministro per la funzione pubblica	NO	NO	NO	NO	NO	SI
14/04/94	609	Regolamento recante norme per l'organizzazione ed il funzionamento della Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione.	Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI

APPENDICE
Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
30/03/94	298	Regolamento di attuazione dell'art. 4, comma 9, della legge 8 novembre 1991, n. 362, concernente norme di riordino del settore farmaceutico.	Ministro della sanità	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
19/03/94	282	Regolamento di attuazione degli articoli 2 e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in ordine ai procedimenti di competenza del Consiglio di Stato, dei tribunali amministrativi regionali e del tribunale di giustizia amministrativa con sede in Trento e sezione autonoma di Bolzano.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
19/03/94	281	Regolamento di attuazione dell'art. 3 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, concernente la determinazione di fatti, stati e qualità per la prova dei quali è ammessa una dichiarazione del soggetto che tenga temporaneamente luogo della normale documentazione.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
11/03/94	374	Regolamento recante norme sull'istituzione dell'Albo dei dirigenti pubblici.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
07/03/94	276	Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Osservatorio delle politiche regionali, in attuazione dell'art. 4, comma 4, del decreto legislativo 3 aprile 1993, n. 96.	Ministro del bilancio e della programmazione economica	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
07/02/94	174	Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche.	NO	NO	NO	NO	NO	NO		SI
03/01/94	244	Regolamento concernente il registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Società italiana degli autori ed editori	SI
30/12/93	593	Regolamento concernente la determinazione e la composizione dei comparti di contrattazione collettiva di cui all'art. 45, comma 3, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29.	NO	Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano	NO	NO	NO	NO	Consiglio dei Ministri	SI
11/11/93	597	Regolamento recante norme sulle competenze e sull'organizzazione del Dipartimento della funzione pubblica.	NO	Ministro della funzione pubblica	NO	NO	NO	NO	NO	SI
27/04/93	233	Regolamento concernente la rimozione del limite massimo fissato in m 1,80 per l'ammissione ai concorsi pubblici per vigili del fuoco nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali del personale dei vigili del fuoco maggiormente rappresentative sul piano nazionale; Commissione nazionale per la realizzazione della parità tra uomo e donna	SI
30/09/92	432	Regolamento recante modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 luglio 1987 n. 411, concernente specifici limiti di altezza per la partecipazione ai concorsi pubblici, relativamente al limite minimo di statura delle candidate ai concorsi per l'accesso alla Polizia di Stato.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Organizzaz. sindacali del personale della Polizia di Stato; Ministro dell'interno	SI
15/06/92	473	Regolamento recante la disciplina del trasferimento agli enti locali dei fondi relativi ai dipendenti dell'Ente Ferrovie dello Stato trasferiti con le modalità del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 agosto 1988, n. 325.	NO	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
04/06/92	366	Regolamento di organizzazione e funzionamento della segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano	NO	NO	Ministro per le riforme istituzionali e per gli affari regionali	NO	NO	NO	NO	SI
04/05/92	389	Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Ufficio di Segreteria del Consiglio Supremo di Difesa.	NO	NO	Ministro del tesoro e Ministro della difesa	NO	NO	NO	NO	SI
01/04/92	321	Regolamento recante modificazioni al decreto del Presidente della Repubblica del 19 gennaio 1987 n. 12 relativo all'Ordinamento del Dipartimento per il Mezzogiorno	NO	Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno	NO	NO	NO	NO	Commissione parlamentare sugli interventi nel Mezzogiorno	SI
21/02/92	315	Regolamento recante compiti, modalità di funzionamento e articolazione degli Uffici del Segretario del Comitato interministeriale per la programmazione economica nel trasporto.	Ministro dei Trasporti	NO	NO	NO	CIPET	NO	NO	SI
13/12/91	444	Regolamento recante adeguamento delle competenze e dell'organizzazione del Dipartimento per gli affari sociali nell'ambito della presidenza del Consiglio dei Ministri	NO	Ministro per gli affari sociali	NO	NO	NO	NO	NO	SI
09/07/91	276	Regolamento di organizzazione dell'ufficio di coordinamento della produzione di materiali di armamento.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
07/06/91	308	Regolamento concernente la disciplina per il trasporto ferroviario dei rifiuti speciali, tossici e nocivi, classificati dal decreto del Presidente della Repubblica del 10 settembre 1982 n. 915	Ministro dell'ambiente	NO	NO	NO	NO	NO	Ministro della sanità e Ministro dei trasporti; Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome; Comitato tecnico-scientifico	SI
11/05/91	187	Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso.	Ministro del tesoro	Ministro dei lavori pubblici	NO	SI	NO	NO	NO	SI
10/05/91	191	Regolamento disciplinante i criteri per la mobilità d'ufficio dei dipendenti in esubero degli enti locali disestati.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Confederazioni sindacali	SI
03/05/91	170	Disposizioni integrative del regolamento concernente la istituzione e l'organizzazione del Dipartimento per le aree urbane nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per i problemi delle aree urbane	NO	NO	NO	NO	NO	SI
04/03/91	138	Regolamento recante i nuovi limiti di statura per l'ammissione ai corsi per la nomina ad allievo guardia e ad ufficiale del Corpo forestale dello Stato.	NO	NO	NO	NO		NO	Ministro dell'agricoltura e delle foreste; organizzaz. sindacali	SI

APPENDICE

Tabella dei d.P.C.M. regolamentari numerati e pubblicati in Gazzetta Ufficiale.
Aggiornata al 31-05-2023.

DATA	N.	EPIGRAFE	PROPOSTA	INTESE	CONCERTI	DELIB. del Consiglio dei Ministri	PARERI	SOGGETTI INFORMATI	SOGGETTI SENTITI	PARERE del Cons. di Stato
23/02/91	94	Regolamento di esecuzione della legge 9 luglio 1990, n. 185, recante nuove norme per il controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento.	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI
16/10/90	297	Regolamento di esecuzione della legge 2 maggio 1990, n. 103, recante indizione e finanziamento del quarto censimento generale dell'agricoltura.	NO	NO	Ministri: dell'interno, del tesoro, di grazia e giustizia, del bilancio e della programmazione economica, dell'agricoltura e delle foreste e dell'industria, del commercio e dell'artigianato	SI	Conferenza permanente per i rapporti Stato Regioni e province autonome Trento e Bolzano	NO	NO	SI
06/08/90	282	Regolamento per l'individuazione delle aree scientifico-disciplinari di cui all'art. 11 della legge 9 maggio 1989, n. 168, nonché per le modalità di elezione, l'organizzazione ed il funzionamento del Consiglio nazionale della scienza e della tecnologia.	Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica	NO	NO	NO	Comitati consultivi del CUN; Assemblea plenaria dei Comitati nazionali di consulenza del CNR e del Consiglio Nazionale della scienza e della tecnologia	NO	NO	SI
30/04/90	150	Regolamento concernente l'organizzazione del Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per il coordinamento delle politiche comunitarie	NO	NO	Competenti commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica	NO	NO	SI
13/02/90	112	Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento della protezione civile nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per il coordinamento della protezione civile	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/02/90	113	Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento per gli affari regionali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per gli affari regionali ed i problemi istituzionali	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/02/90	109	Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento per gli affari sociali nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per gli affari sociali	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/02/90	111	Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento per i rapporti con il Parlamento nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per i rapporti con il Parlamento	NO	NO	NO	NO	NO	SI
13/02/90	110	Regolamento concernente istituzione ed organizzazione del Dipartimento per le aree urbane nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.	NO	Ministro per i problemi delle aree urbane	NO	NO	NO	NO	NO	SI
10/01/90	55	Regolamento recante disposizioni per garantire omogeneità di comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai contenuti dei bandi, avvisi di gara e capitolati speciali, nonché disposizioni per la qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare per l'esecuzione di opere pubbliche.	Ministro dei lavori pubblici	NO	NO	SI	NO	NO	Ministri dell'interno e per il coordinamento delle pratiche comunitarie	
04/08/89	296	Regolamento in materia di accesso alle qualifiche funzionali del personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato e di procedimenti semplificati di accesso alle varie qualifiche per il personale in servizio, a norma degli articoli 2, comma 1, e 6, comma 2, della legge 15 ottobre 1986, n. 664.	Avvocato generale dello Stato	NO	NO	NO	NO	NO	Organizzazioni sindacali	SI
22/07/89	428	Regolamento concernente il trasferimento dei fondi agli enti destinatari del personale in mobilità.	NO	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	NO	SI
17/05/89	197	Modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 marzo 1989, n. 117, recante norme regolamentari sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale.	NO	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	Competenti commissioni parlamentari; organizz. sindacali	SI
17/03/89	117	Norme regolamentari sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale.	NO	NO	Ministro del tesoro	NO	NO	NO	Competenti commissioni parlamentari; organizzaz. sindacali	SI
10/08/88	377	Regolamentazione delle pronunce di compatibilità ambientale di cui all'art. 6 della legge 8 luglio 1986, n. 349, recante istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale.	Ministro dell'ambiente	NO	NO	SI	NO	NO	Comitato scientifico	NO
24/09/87	408	Approvazione del regolamento concernente la determinazione del numero e della competenza dei comitati nazionali di consulenza del Consiglio nazionale delle ricerche, nonché le modalità per lo svolgimento delle elezioni e per le nomine dei relativi membri.	NO	NO	Ministro per il Coordinamento delle iniziative per la ricerca scientifica e tecnologica	NO	CIPE	NO	NO	NO
08/04/87	227	Modificazioni al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 gennaio 1985, recante: "Nuovo regolamento concernente le modalità di ammissione ai corsi di preparazione, con concessione di borsa di studio, per il reclutamento di impiegati alle qualifiche funzionali settima ed ottava delle amministrazioni dello Stato, nonché le modalità di organizzazione e di svolgimento dei corsi medesimi".	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO

VACCINE REQUIREMENTS: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF DIFFERENT JURISPRUDENTIAL AND REGULATORY INSTANCES IN THE U.S. STATES*.

di Damiano Fuschi**

Sommario. 1. Preface. – 2. The most important jurisprudential cases about Covid-19 vaccination in the federated State of U.S. – 2.1. Michigan. – 2.2. Maine. – 2.3. New York State. – 3. Powers of the executive branch in relation of to the introduction of vaccination requirements: the case of the moratorium on eviction and the related jurisprudence. – 3.1. Centers for Medicare & Medicaid Services Medicare/Medicaid provider mandate: The CMS mandate provided for Medicare/Medicaid providers. – 3.2. *OSHA's large-employer vaccination and testing mandate*: vaccination and Emergency Temporary Standard (ETS) for employers with 100 or more employees. – 3.3. Executive Order 14,043 Federal employee mandate. – 3.4. Executive order 14,042. Federal contractor mandate: the mandate contractors. – 3.4. Office of Head Start IFM, Head Start mandate: the mandate for Head Start programs. – 4. The constitutionally recognized authority of Congress to introduce mandatory vaccination requirements. – 4.1. Spending clause and commerce clause: vaccination mandates. 4.2. FDA Emergency Use Authorization and Covid-19 Vaccines. 4.3. Some interpretive profiles of section 564 (e)(1) of the EUA. – 4.4. Jurisprudential pronouncements under the EUA. – 5. Conclusions.

1. Preface.

In 2021, various state and local entities instituted COVID-19 vaccination requirements to address the pandemic, particularly when the Delta variant began to cause spikes in COVID-19 cases across the country. Many public universities, for example, imposed vaccination requirements on their students and staff as a condition to be physically in the campus. Only few States have imposed statewide vaccination requirements and, when present, they are generally limited to health care workers. Two States, California and Louisiana, and the District of Columbia have announced plans in 2021 to add COVID-19 vaccination to their lists of mandatory vaccinations for students.¹ Except as is the case with several mandates regarding

* Submitted to a blind peer review.

** Researcher junior in Comparative public law – University of Milano Statale.

¹ California was the first federated state to announce mandatory COVID-19 vaccination requirements for schools starting Oct. 1, 2021. After implementing the first school masking and staff vaccination measures, California becomes the first state to announce plans to require vaccinations for students, adding the COVID-19 vaccine to the list of vaccinations required for school, such as measles, mumps and rubella vaccines. Students will have to be vaccinated to gain personal access to educational institutions effective when the Food and Drugs Administration grants full approval to the vaccine and for grades (7-12 and K-6). Governor Newsom announced, "The state already

state health care providers (as well as California's student vaccination requirements), which allow only exemptions based on medical reasons; most of these state and local vaccination requirements include both medical and religious exemptions.

It is therefore not surprising that many of these state mandatory vaccination requirements against COVID-19 have been the focus of several legal challenges.

The decisions of the Courts here analyzed have mostly upheld these requirements, especially where the relevant regulations allowed for both medical and religious exemptions.

Some of the common claims raised in these challenges include, for example, an alleged violation of plaintiffs' substantive rights to bodily integrity or the right to refuse unwanted medical treatment or an alleged violation of their equal protection rights.

Most Courts have rejected these claims, relying on the *Jacobson* case² and denying that fundamental rights or suspect classifications are introduced by vaccination mandates since they reasonably promote a legitimate governmental interest and are subject to review on a rational basis.

The main area of legal uncertainty regarding state vaccination requirements concerns 'if' and 'when' state vaccination requirements should provide for and allow for exemptions and the circumstances under which such exemptions may be granted or denied. It is precisely on this

requires that students be vaccinated against viruses that cause measles, mumps, and rubella - there's no reason why we wouldn't do the same for COVID-19. Today's measure, just like our first-in-the-nation school masking and staff vaccination requirements, is about protecting our children and school staff, and keeping them in the classroom", "Vaccines work. It's why California leads the country in preventing school closures and has the lowest case rates. We encourage other States to follow our lead to keep our kids safe and prevent the spread of COVID-19".

² In U.S. Supreme Court, 197 U.S. 11, *Jacobson v. Massachusetts*, 1905, the States' Supreme Court recognized the right of individual states to introduce mandatory vaccination laws. The case concerned 1902 regulation mandating vaccinations against smallpox, a growing disease that posed a present threat to the city of Cambridge during the early 1900s. The regulation in question provided for a medical exemption for children only while requiring individuals over the age of 21 to undergo the vaccinations in question or, alternatively, to pay a fine of five dollars. Mr. Henning Jacobson had refused the vaccine alleging that a vaccination received at a young age had made him seriously ill. For this, Jacobson was being criminally charged for not receiving the vaccination despite being over 21 years old and having free access to it. Jacobson claimed that the Massachusetts law, by mandating smallpox vaccination violated, *the spirit of the U.S. Constitution* and complained of the state's duty to uphold the Constitution through the Fourteenth Amendment. He also complained of an invasion by the law of his liberty in the part where it subjected him to a fine or imprisonment because of choosing not to vaccinate. According to Jacobson, this imposition was «hostile to the inherent right of every freeman to care for his own body and health in such a way as to him seems best», and he argued that the penalties provided for would constitute «an assault upon his person». However, the Supreme Court rejected the argument based on the Fourteenth Amendment noting how it was not a source of any substantive power of the U.S. government. After recognizing the state's authority to enact this statute as part of its police powers, the Court then examined the validity of a mandatory vaccination mandate. The Court then acknowledged that individual constitutional rights can be reasonably limited when necessary for the protection of the common good. In particular, the Court recognized how genuine freedom within an organized society can exist only when balanced against the harm that an individual's actions may cause to other individuals.

issue that there have been sharp disagreements among the Federal Appellate Courts, which have often reached conflicting results.

2. The most important jurisprudential cases about Covid-19 vaccination in the federated State of U.S.

2.1. Michigan.

In *Dahl v. Board of Trustees of Western Michigan University* (2021)³, the District Court, on remand, suspended a state university's policy requiring student-athletes to be vaccinated in order to participate in team activities. The university's policy, which applied only to student-athletes and not the student body in general, stated that «[m]edical or religious exemptions and accommodations will be considered on an individual basis»⁴. Several student-athletes who were denied religious exemptions and were therefore excluded from activities instituted a lawsuit challenging this policy, alleging, among other claims, that it violated the free exercise of their rights. In considering the motion filed by the university to lift the preliminary injunction, the U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit held that the discretionary exemption process introduced by the university provided a *mechanism for individualized exemptions* (in line with what was affirmed in the *Fulton* case⁵) that thus precluded a blanket application of the policy by subjecting it to a stricter scrutiny. Delving into a closer examination, the Sixth Circuit concluded that student-athletes were more likely to succeed with reference to the *free exercise claim* because, while the university had a compelling interest in fighting COVID-19, the

³ U. S. Court of Appeals, Sixth Circuit, *Dahl et al v. The Board of Trustees of Western Michigan University et al*, n. 21-2945, 2021.

⁴ «medical or religious exemptions and further arrangements will be considered on an individual basis».

⁵ U.S. Supreme Court, *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S., 2021: This was a case decided by the U.S. Supreme Court that was called to hear litigation alleging discrimination of local regulations based on the Free Exercise Clause and the Establishment Clause of the First Amendment of the U.S. Constitution. The specific case involved a religiously based foster care agency that had been denied a new contract by the city of Philadelphia, Pennsylvania, because of the agency's refusal, on religious grounds, to certify married same-sex couples as *foster parents*. "In a ruling adopted unanimously on June 17, 2021, the Court ruled that the city's refusal to enter into a new contract with the agency in question and based on the agency's adopted policy for same-sex couples violated the free exercise clause. The case was decided on a narrow basis contrasts with an earlier Supreme Court decision: U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 1190, in which the Court had ruled that neutral laws of general applicability could not be challenged for violation of *religious exemptions*. In contrast, in *Fulton*, the Court ruled that services such as foster care contracts did not constitute public agreements attributable to the *Smith* case and were therefore subject to strict scrutiny. Since the city of Philadelphia had allowed exceptions in its anti-discrimination policy for certifying foster care, the Court held that the city's policy had violated the foster care agency's free exercise of religion in accordance with what was affirmed in *Smith*.

vaccination policy had not been adequately applied to achieve this goal. This was because, first, non-athlete students were not required to be vaccinated, a circumstance that undermined the university's stated interest in wanting to prohibit behavior that could have resulted in health risks; moreover, the Court proposed comparisons with other university policies that, unlike the one at issue, allowed exemptions, and thus suggested that the vaccination policy adopted by the University of Michigan might have come across as unnecessarily burdensome.

2.2. Maine.

In *Does v. Mills* (2021)⁶, the U.S. Court of Appeals for the First Circuit was asked to review Maine's regulation that introduced COVID-19 vaccination into the list of required vaccinations for employees of licensed health care facilities. In 2019, the Maine legislature had eliminated all non-medical exemptions to the state's health care worker and student vaccination requirements, appealing to the recorded decline in vaccination rates and the need to protect those who were immunocompromised and thus dependent on others' vaccinations for their own protection.

In adopting the regulation in August 2021, the Maine *Department of Health and Human Services* and the *Center for Disease Control* stated that the rule introduced was necessary since: the highly contagious Delta variant had caused a 300 percent increase in COVID-19 cases between June and July 2021; health care facilities were particularly susceptible to outbreaks of infectious diseases such as COVID-19; such outbreaks hampered the state's ability to care for its residents with both COVID-19 and other diseases; alternatives to vaccination (such as regular testing or reliance on personal protective equipment) were not as effective alternatives; no health facility at the time, despite various efforts by States to promote voluntary vaccination, had achieved vaccination rates above 90 percent, a percentage that the State Public Health Agency said constituted the minimum rate required to prevent community transmission of Delta Variant. Many unvaccinated health care workers, faced with this regulation, decided to start a lawsuit challenging the regulation, claiming, among other allegations, that the COVID-19 vaccination requirement violated the *free exercise clause* since no religious exemption was allowed. In upholding the District Court's denial of issuance of a preliminary injunction, the

⁶ U.S. Court of Appeals, First Circuit, *Does v. Mills*, n. 21-1826, 2021.

First Circuit Court concluded that the plaintiffs were unlikely to have their claim based on the *free exercise clause* granted. According to the Court, the vaccine regulation introduced in Maine constituted a neutral law of general applicability that did not «single out religious objections because of their religious nature»⁷. And «applie[d] equally across the board»⁸ without requiring the state government «to exercise discretion in evaluating individual requests for exemptions»⁹. According to the First Circuit, making a general medical exemption available to employees who provided a written statement from a licensed physician attesting to the medical inadvisability of vaccination precluded the general applicability of the requirement. Unlike the exemption system at issue in the *Fulton* case, the medical exemption, according to the Court, constituted *a single objective exemption* that did not require discretionary evaluation, nor did it permit «secular conduct that undermines the government's asserted interests in a similar way» as a religious exemption would. On the contrary, according to the Court, exempting only those whose health would be endangered by vaccination strengthened the state's interests in protecting the health and safety of its residents, including those of the health workers and the most vulnerable who could not vaccinate for medical reasons. Since the medical exemption is significantly different from the religious exemption, the Court concluded that Maine's vaccination requirement had to be considered to be of general applicability and subject to rational review, which it would easily pass. Although the Court did not need to delve into the consideration of this issue, it noted that, the vaccination requirement under review would easily survive even the application of stricter scrutiny: Maine had a compelling interest in both stemming the spread of COVID-19 and in denying plaintiffs an exemption since exceptions to the requirement on non-health grounds threaten *the most vulnerable Mainers*. Even the vaccination requirement, according to the Court, was sufficiently narrow and proportional to what was necessary to achieve these interests, given that: Maine had considered alternatives such as testing, use of masks, and social distancing, but found them inadequate to achieve the state's goals, particularly in the face of the spread of the Delta variant; Maine «demonstrated that it ha[d] tried many alternatives to get its healthcare workers vaccinated short of a mandate»¹⁰ but such efforts had failed to achieve the vaccination rate of at least 90 percent

⁷ *Id.*, «[...] does not target religious exemptions merely because of their religious nature».

⁸ *Id.*, «[...] applies uniformly in every sphere».

⁹ *Id.*, «[...] to exercise its discretion in evaluating individual requests for exemption».

¹⁰ *Id.*, «[...] demonstrated that it has tried to implement many alternatives to vaccinate its health workers short of a mandate».

needed to stop community transmission; and finally, the requirement was neither too narrow, in that it applied to all but those attesting to a medical contraindication nor too broad, in that it was limited to «the narrow sphere of healthcare workers...who regularly enter healthcare facilities»¹¹.

2.3. New York State.

In *We the Patriots USA, Inc. v. Hochul* (2021)¹², the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit considered an emergency regulation adopted by the *New York Health Department*, N.Y.C.R.R. § 2.61, which ordered certain healthcare facilities in the state to require their employees to receive COVID-19 vaccines. Like Maine's emergency regulation, the vaccination requirement provided only for a medical exemption, which applied «only until such immunization is found no longer to be detrimental to [the employees'] health and must be supported by a certification from a licensed physician or nurse practitioner issued in accordance with generally accepted medical standards, including recommendations of the Advisory Committee on Immunization Practices»¹³. In the face of this regulation, several health care providers had decided to start a legal suit to challenge the rule in question, arguing that it violated the *free exercise clause*. The Court of Appeals for the Second Circuit had reaffirmed what the First Circuit had said: the claim could not be granted since the plaintiffs had not met their burden of proving that the New York rule, by allowing a medical but not a religious exemption, was not a neutral law of general applicability or that it would otherwise fail a scrutiny performed on a rational basis. In a similar vein to the First Circuit, the Second Circuit had observed how medical exemptions and religious exemptions could not be placed on the same footing with respect to what were the underlying governmental interests of the regulation (protecting the health of health care employees to avoid excessive shortages in the availability of personnel that could have compromised patient safety) this was because if medical exemptions promoted those interests religious exemptions would pose a threat to them.

¹¹ *Id.*, «[...] the restricted sphere of health care workers who regularly enter health care facilities».

¹² U.S. Court of Appeals, Second Circuit, *We the Patriots USA, Inc. v. Hochul*, n. 21-2179, 2021.

¹³ *Id.*, «[...] Only until such immunization is no longer detrimental to the health [of employees] and must be supported by certification by a licensed physician or nurse practitioner and issued in accordance with generally accepted medical standards, including the recommendations of the Advisory Committee on Immunization Practices».

Similarly to what the First Circuit's has stated, the Second Circuit found that the medical exemption in the regulation at issue did not create a system of individualized exemptions under *Fulton*¹⁴ because the rule «provide[d] for an objectively defined category of people to whom the vaccine requirement does not apply»¹⁵, i.e., those who present a suitable certification issued by a licensed physician and conforming to generally accepted medical standards. Since the plaintiffs, according to the Court, had not shown that § 2.61 lacked neutrality or general applicability, the Court had applied a *rational-basis review*. A standard adopted in an emergency requiring employees of health care facilities to be vaccinated in the face of a particularly contagious variant of the virus, which had claimed the lives of more than 750,000 U.S. residents and some 55,000 New Yorkers, the Court observed, *easily met that standard*. In sum, the *Dahl* case on the one hand, and the *Does case* and the *We the Patriots* case on the other, highlight some of the unresolved issues raised by *Fulton* as they too address vaccination requirements and the circumstances under which States may be constitutionally required to provide or grant religious exemptions. While the *Dahl* case suggests that the provision of a medical exemption with respect to a vaccination requirement may be sufficient to preclude it from having general applicability and thus allow it to be subject to *rational-basis review*; the *Does case* and the *We the Patriots case* hold that, at least in the context of health care employment, a vaccination requirement that provides only a medical exemption is generally applicable and thus subject to rational-basis review. The Supreme Court rejected the requests to suspend the application of the emergency rules introduced by Maine and New York and litigated in *Does* and *We the Patriots*, allowing their implementation.

3. Powers of the executive branch in relation of to the introduction of vaccination requirements: the case of the moratorium on eviction and the related jurisprudence.

Prior to the outbreak of the COVID-19 pandemic, federally mandated vaccination requirements related primarily to immigration, the military, and to some federal health care employment settings.

¹⁴ See note 5.

¹⁵ *Id.*, «[...] provided an objectively defined category of people to whom the vaccination requirement does not apply».

At the onset of the COVID-19 pandemic, and even before the pandemic, some commentators believed that a likely source of authority for the issuance of federal public health orders, including those related to vaccination requirements, might have been found in section 361(a) of the Public Health Service Act (PHSA), the *Centers for Disease Control's* moratorium on evictions, and related litigation. This provision, codified at 42 U.S.C. § 264(a), grants to the Secretary of HHS the authority, delegated in part to the *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) to introduce and enforce regulations necessary «to prevent the introduction, transmission, or spread of communicable diseases from foreign countries into the States or possessions, or from one State or possession into any other State or possession»¹⁶. In accordance with this provision, Section 361 (a) states: «[f]or purposes of carrying and enforcing such regulations», the agency «may provide for such inspection, fumigation, disinfection, sanitation, pest extermination, destruction of animals or articles found to be so infected or contaminated as to be sources of dangerous infection to human beings, and other measures, as in [its] judgment may be necessary»¹⁷. Based on this statute, it was argued that through a broad interpretation of the authority described by Section 361 (a) it would be possible to allow CDC to issue regulations requiring vaccination under circumstances that would prevent foreign or interstate transmission of COVID-19.

Before COVID-19 vaccines became available through the Emergency Use Authorization (EUA) during the Trump administration, the CDC then invoked Section 361 of the PHSA to issue a national moratorium on evictions in September 2020. The CDC justified this moratorium by asserting that evictions threatened to increase the spread of COVID-19 as they forced people to live in new shared housing or congregate environments.

As a result of this moratorium on evictions, numerous legal challenges were brought. In June 2021, the U.S. Court of Appeals for the District of *Columbia Circuit* (D.C. Circuit) and the Sixth Circuit, in reviewing procedural motions to stay or lift the stay of the District Courts' preliminary injunction orders, had reached different conclusions about the CDC's asserted statutory authority to issue the order in question. The D.C. Circuit, adopting a broad interpretation of Section 361, concluded that «the CDC's eviction moratorium f[ell] within the

¹⁶ «[...] prevent the introduction, transmission or spread of communicable diseases from foreign countries into the States or possessions, or from one state or possession to any other state or possession».

¹⁷ Section 361 (a), *Public Health Service Act* (PHSA): «[...] For the purpose of the introduction and enforcement of such regulations», the agency «may put in place such inspection, fumigation, disinfection, sanitation, extermination of pests, destruction of animals or objects found infected or contaminated so as to be sources of infection dangerous to humans, and other measures, as in [its] judgment may be necessary».

plain text of 42 U.S.C. § 264(a)»¹⁸. The Sixth Circuit, on the other hand, had characterized the measures listed in Section 361(a) as *property interest restrictions* and concluded that the eviction moratorium was *radically unlike* those restrictions and therefore «f[ell] outside the scope of the statute». The litigation over the eviction moratorium has introduced much legal uncertainty about the scope of CDC's authority under PHSA Section 361(a), including the agency's authority to issue regulations relating to public health measures, such as vaccinations, that are likely to affect infectious disease control more directly than eviction moratoriums. Uncertainty about the scope of Section 361(a) was compounded after August 2021, when the Supreme Court, in granting a procedural motion to lift a stay on the eviction moratorium in *Alabama Ass'n of Realtors v. Department of Health and Human Services* (2021)¹⁹, noted that plaintiffs challenging the eviction moratorium would be likely to succeed with respect to their legal claim. And it described the measures listed by Section 361(a) as measures «directly relate[d] to preventing the interstate spread of disease by identifying, isolating, and destroying the disease itself», the Court concluded that the moratorium on evictions «relate[d] to interstate infection far more indirectly», and the scope of the CDC's purported authority discouraged an interpretation by the government. The government has since voluntarily dropped its appeal and no final decision on the merits has been made in the case. In short, while the eviction moratorium litigation suggests that CDC's authority under Section 361(a) does not extend to the issuance of eviction moratoriums, it does leave unresolved the precise scope of the agency's authority, conferred on it by that provision, to take other measures to prevent the spread of communicable diseases. To address the spread of the Delta variant in 2021, the President and several executive agencies, including the *Centers for Medicare and Medicaid Services* (CMS) and the *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), have engaged several other statutory authorities to issue COVID-19 vaccination mandates related to employment or workforce for civilians. These vaccination requirements include those that apply: to most Medicare and Medicaid certificate providers (*CMS's Medicare/Medicaid provider mandate*); employers with 100 or more employees (*OSHA's large-employer vaccination and testing mandate*); civilian employees of the federal executive agency (*Federal employee mandate*); federal contractors for executive departments, agencies, and bureaus (*Federal contractor*

¹⁸ *Id.*, «[...] the CDC's moratorium on evictions is contained in the plain text 42 U.S.C. § 264(a)».

¹⁹ U.S. District Court, District of Columbia, *Alabama Ass'n of Realtors v. Department of Health and Human Services*, n. 20-cv-3377, 2021.

mandate); and Head Start program personnel who provide comprehensive early childhood education and developmental services for low-income children (*Head Start mandate*). Subject to exemptions required by federal law for medical reasons or related to religious beliefs, these employment-based mandates directly require certain employees to receive COVID-19 vaccinations or direct certain employers to impose a vaccination or testing requirement on their employees and staff.²⁰

3.1. Centers for Medicare & Medicaid Services Medicare/Medicaid provider mandate: The CMS mandate provided for Medicare/Medicaid providers.

On Nov. 4, 2021, the *Centers for Medicare & Medicaid Services* (CMS) published an *Interim Final Rule* (IFR), effective Nov. 5, 2021, requiring Medicare and Medicaid providers to introduce and enforce a policy requiring, subject to exceptions required by law, all eligible staff to receive the first dose of COVID-19 vaccine and two doses or one dose of a single-dose COVID-19 vaccine by Dec. 6, 2021 and to complete the vaccination series by Jan. 4, 2022. This requirement applies to 15 types of providers participating in the Medicare and Medicaid programs, including hospitals, long-term care facilities and rural health clinics. The requirement does not apply to other health care entities such as physician practices, organ procurement organizations and portable x-ray providers.

The vaccination policy for providers involved in the RFI, must apply to all staff who directly provide any care, treatment or other services for the facility and/or its patients, including employees of the Congressional Research Service (including administrative staff and facility leadership); licensed professionals; students, interns and volunteers; and individuals who provide care, treatment or other services for the facility and/or its patients under contract or other arrangement (including cleaning and food services). Individuals who provide services 100 percent remote from patient care sites and away from staff working at care sites, such as telemedicine or fully remote payroll services, are not subject to immunization requirements. CMS states that providers who fail to comply with these requirements will be subject to the application of remedies based on the level of noncompliance and relative readiness, which may

²⁰ Cmp. W.W. Shen, *State and Federal Authority to Mandate COVID-19 Vaccination*, in *Congressional Research Service*, 2022.

include civil monetary penalties; denial of payment for new admissions; and termination of Medicare/Medicaid programs. At least 24 states, on behalf of some of their state health facilities likely to be subject to such immunization requirements, filed lawsuits challenging the IFR shortly after it was issued. The cases are still in their early stages, but the legal issues that District Courts have been asked to consider relate to whether CMS had a *good cause* to waive the applicable regulatory requirements. Courts may also consider whether or not the vaccination requirements imposed exceed CMS's statutory authorities applicable to a particular service provider.

3.2. OSHA's large-employer vaccination and testing mandate: vaccination and Emergency Temporary Standard (ETS) for employers with 100 or more employees.

On the same day CMS released its IFR, the *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) issued an Emergency Temporary Standards (ETS) requiring private employers with 100 employees or more to introduce and enforce a policy requiring all employees: to receive the COVID-19 vaccination, subject to exceptions required by law, or requiring employees as an alternative to the COVID-19 vaccination to regularly provide proof of COVID-19 testing and wear a face cover when indoors or occupying a vehicle with another person. Based on the ETS, employees who are not fully vaccinated, including those who have been granted exemptions, must undergo a COVID-19 test at least once every seven days if they attend a workplace where other workers are present. Employees who do not attend the workplace at least once every seven days must take a test within seven days before returning to the workplace. Employees exempt from ETS requirements are employees who work remotely or at a site where no other people are present and employees who work exclusively outside. Involved employers may, but are not obligated to, pay any costs associated with testing and must ensure that employees with paid leave are able to receive and catch up on vaccination requirements. The vaccination requirements under the ETS are based on OSHA's authority provided in Section 6(c) of the *Occupational Safety and Health Act*²¹ of 1970. The provision authorizes the

²¹ The *Occupational Safety and Health Act* of 1970 is a U.S. labor law governing federal occupational health and safety in the private sector and federal government in the United States. It was enacted by Congress in 1970 and was signed into law by President Richard Nixon on December 29, 1970. Its main objective is to ensure that employers provide employees with an environment free of recognized hazards, such as exposure to toxic

agency to issue an ETS that takes effect immediately upon publication in the *Federal Register*²², without submitting to APA regulation²³ in the event it establishes «that employees are exposed to grave danger from exposure to substances or agents determined to be toxic or physically harmful or from new hazards, and that such emergency standard is necessary to protect employees from such danger».

OSHA then decided to issue the ETS noting how unvaccinated workers faced a grave danger from exposure to SARS-CoV-2 in the workplace, since: COVID-19 had killed more than 725,000 people in the U.S. in less than two years; that unvaccinated individuals of exposed to a much higher risk of serious health outcomes; and that evidence demonstrated the transmissibility of the virus in the workplace and there was a prevalence of infection in employee populations.

On the same day the ETS was issued, numerous petitioners, including employers, States, and religious groups decided to challenge the mandate in several federal Appellate Courts. In response to one such petition filed by several affected employers and four States, the Fifth Circuit suspended enforcement of the ETS the day after it was issued. On November 12, 2021, the Court upheld the suspension, largely based on its conclusion that the ETS «grossly exceeds OSHA's statutory authority». In addition, the Court concluded that COVID-19 does not constitute a required *serious danger* of Section 6(c), since the agency cannot prove that all workplaces affected by the regulation are exposed to COVID-19, and since the effects of COVID-19 may be mild and the status of the spread of the virus has changed over time. The ETS, according to the Court, was not even *necessary* to protect unvaccinated workers given its «staggering[] overb[readth]», such that its application was on the one hand too inclusive (since it was to apply to employers and employees in virtually all industries and workplaces in

chemicals, excessive noise levels, mechanical hazards, heat or cold stress, or unsanitary conditions. The law gave birth to the *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) and the *National Institute for Occupational Safety and Health* (NIOSH).

²² The *Federal Register* is the official journal of the U.S. federal government that contains government agency rules, proposed rules and public notices. It is published every weekday except on federal holidays. Final rules promulgated by a federal agency and published in the Federal Register are then reorganized by subject and codified in the *Code of Federal Regulation* (CFR), which is updated annually. The *Federal Register* is compiled by the *Office of the Federal Register* (within the *National Archives and Records Administration*) and printed by the *Government Publishing Office*. There are no copyright restrictions on the *Federal Register*: as a work of the U.S. government, it is in the public domain.

²³ The *Administrative Procedure Act* (APA, 1946) is the U.S. federal statute that governs how administrative agencies of the U.S. federal government may propose and establish regulations and grants U.S. Federal Courts oversight over all agency actions. The APA applies to both federal executive departments and independent agencies. The text of the APA can be found under Title 5 of the U.S. Code, beginning with Section 500.

America without an attempt to account for differences in exposure to COVID-19); and on the other hand too un-inclusive since it overlooked workplaces with 99 or fewer employees. In addition to its analysis based on the statute, the Court also noted how the ETS likely oversteps the authority granted to the federal government by the *Commerce clause* of the U.S. Constitution. After characterizing the regulated activity as *mandatory vaccination*, the Fifth Circuit then expressed the view that the ETS impermissibly «regulates noneconomic inactivity that falls squarely within the States' police power»²⁴.

3.3. Executive Order 14,043 Federal employee mandate.

Executive Order 14,043, issued September 9, 2021, requires each executive agency to implement a program to require vaccination against COVID-19 for all federal employees and that allows for exceptions required by law, including those based on a disability, medical condition, or sincerely held religious belief. The intended mandate for federal employees (Federal Employee Mandate) calls on the *Safer Federal Workforce* Task Force (Task Force)²⁵ to develop guidelines for implementing this requirement. The mandate is based on the President's statutory authority provided by U.S.C. §§ 3301, 3302, and 7301.22. These provisions give the President general authority to prescribe rules and/or regulations for executive branch employees. Based on guidelines developed by the Task Force, federal employees must have completed a course of vaccination (i.e., two weeks must have elapsed since the administration of a single-dose vaccine or a two-dose vaccine series) or have obtained an exception by Nov. 22, 2021. Employees who refuse to be vaccinated or provide proof of vaccination and have neither an exception nor a request for an exception as mentioned above, are subject to disciplinary action, up to and including removal or dismissal. Based on the guidelines, any removal or termination must be preceded by a brief period of education and

²⁴ *Federal COVID-19 Vaccination Mandates and Related Litigation: An Overview*, in *Congressional Research Service*, 2021.

²⁵ The *Safer Federal Workforce* Task Force (Task Force) was established by Section 4 of Executive Order 13991 on the Protection of the Federal Workforce and the Requirement to Wear a Facemask, dated January 20, 2021. The task force is co-chaired by the White House COVID-19 Response Coordinator, the Administrator of General Services, and the Director of the Office of Personnel Management. Task force members include the Director of the Office of Management and Budget (OMB), the Director of the Federal Protective Service, the Director of the U.S. Secret Service, the Administrator of the Federal Emergency Management Agency, the Director of the Centers for Disease Control and Prevention (CDC), and the Secretary of Veterans Affairs.

counseling and a period of suspension generally up to 14 days. In the face of this measure, several federal employees and at least one employee union have instituted lawsuits challenging the *Federal Employee Mandate*. A variety of claims have been raised in these lawsuits, including some common allegations of challenges to state vaccination requirements. However, the Courts have generally rejected these claims.

3.4. Office of Head Start IFM, Head Start mandate: the mandate for Head Start programs.

On November 30, 2021, the *Office of Head Start* within HHS's *Administration for Children and Families* issued an IFR that imposed both vaccination and masking requirements for Head Start program recipients. Established in 1965, the Head Start program directly awards funds to public and private nonprofit and for-profit organizations, government agencies, and schools to promote the school readiness of infants, toddlers, and preschoolers from low-income families who meet certain federal performance standards. The IFR is in addition to federal performance standards to require all employees of Head Start programs, as well as contractors and volunteers who have contact with or provide direct services to children to receive administration of a single-dose COVID-19 vaccine or a two-dose vaccine series by Jan. 31, 2022, subject to legally required exceptions based on a disability, medical condition, or sincerely held religious belief. Those granted exemptions are required to undergo weekly COVID-19 testing.

In addition, the IFR requires universal masking, with some exceptions, for all individuals two years of age and older when indoors. For those who are not fully vaccinated, the IFR also requires outdoor masking if the environment is crowded or involves close contact with others. According to the *Office of Head Start*, the Head Start mandate is based on the HHS Secretary's determination, adopted after consultation with child health experts and CDC and FDA recommendations, that additional health and safety standards are needed to ensure the reduction of SARS-CoV-2 transmission; avoid serious illness, hospitalization and death among program participants; and reduce the risk of program disruption, which would result in multiple hardships to children and families who rely on the program to meet their health, nutrition and early learning needs. The Secretary's determination notes that COVID-19 vaccines are the safest and most effective way to protect individuals and the people with whom they live and

work from serious infections and diseases and the risk of hospitalization. It goes on to add that since most participants in Head Start programs are too young to be vaccinated, the introduction of additional health and safety standards, in the form of masking and mandatory vaccination, imposed on all who are eligible to meet them, are the best defenses against COVID-19, especially in light of the spread of Delta and other variants. The Head Start mandate is based on the Secretary's authority under Section 641A of the *Head Start Act* to «modify, as necessary, program performance standards by regulation applicable to Head Start agencies and programs»²⁶, including «administrative and financial management standards»²⁷; «standards relating to the condition and location of facilities (including indoor air quality assessment standards, where appropriate) for such agencies, and programs»²⁸; and «such other standards as the Secretary finds to be appropriate»²⁹. Following the issuance of the IFR, 25 states, in two separate lawsuits, filed suit challenging the Head Start mandate.

4. The constitutionally recognized authority of Congress to introduce mandatory vaccination requirements.

4.1. Spending clause and commerce clause: vaccination mandates.

As noted in the preceding pages, although the States have traditionally exercised most of the authority in public health matters, including the area of vaccination, Congress shares with them some competing powers in this area, descended from the *emunerated powers* (Art. 1 Sec.8) provided by the Constitution. This congressional authority derives specifically from the *spending clause* (Art. 1, Sec. 8, Cl. 1) and the *commerce clause* (Art. 1, Sec. 8, Cl. 3) of the Constitution, which can be used by Congress to clarify existing statutory authorities with respect to vaccination requirements, or to create additional sources of authority or limitations on them. The *spending clause* authorizes Congress to tax and spend money on the *general welfare*.

Based on this authority, which is subject to various limitations, Congress can offer federal funds

²⁶ «[...] amend, if necessary, program performance standards by regulation applicable to Head Start agencies and programs».

²⁷ «[...] rules of administrative and financial management».

²⁸ «[...] standards for conditions and location of facilities (including indoor air quality assessment standards, where applicable) for such agencies and programs».

²⁹ «[...] other standards that the Secretary deems appropriate».

to non-federal entities and prescribe the terms and conditions under which the funds are to be accepted and used by the recipients.

Applying its *spending authority* in the context of an immunization mandate, Congress could, for example, encourage States to enact an immunization mandate that meets certain federal requirements by imposing this as a condition for receiving certain federal funds.

The exercise of this authority descended from the *spending clause*, assuming it materializes within the limits marked by *general welfare*, is permissible as long as: Congress provides clear notification to the States involved concerning the vaccination mandate that they (or other recipients of funding) are to enact or implement; the mandate is related to what are the purposes for which the federal funds are appropriated; the conditional granting of these funds is not, in other ways, precluded by the Constitution; and the amount of federal funds must not be «so coercive as to pass the point at which pressure turns into compulsion». As for the *commerce clause*, Congress relied on it to enact some of the first federal health laws designed to protect the public from contagion and products that, in general, could lead to health problems. As the federal government increased its role in public health, Congress then relied on the *commerce clause* to pass more organic national health regulations, beginning with the *Food and Drug Act* of 1906.

While certainly Congress's authority under the *commerce clause* is far-reaching, the Supreme Court in a majority decision in *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius* (2012)³⁰ agreed there is a limit to this authority: by appealing to it, Congress, cannot force people to engage in commercial activities. According to Chief Justice John Roberts, the *commerce clause* does not give Congress the power «to regulate individuals precisely because they are doing nothing».

Although it is uncertain whether this Court decision sets binding precedent, it is important in that it suggests that a federal mandate directed at requiring individuals to administer a vaccine is susceptible to challenge in that this type of mandate can be understood to compel individuals *doing nothing*, thus not engaged in any activity, to engage instead in a commercial activity consisting, in this case, of receiving a specific health care service. On the other hand, the Court noted that a federal mandate that identifies vaccination as a condition for engaging in existing

³⁰ United States Supreme Court, *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. 519, 2012.

economic activities, such as employment or interstate travel, raises fewer constitutional concerns.

Although vaccination mandates are among the *enumerated powers* that the Constitution confers on Congress, other constitutional provisions may constrain government action. In the context of public health regulations, the main constraints are those based on federalism and the protection of individual rights. For example, the Supreme Court has provided its own interpretation of the *Tenth Amendment* such that it prevents the federal government from commandeering or requiring States or localities to adopt or enforce federal policies. In the context of vaccination, this principle prevents Congress from directly requiring States or localities to pass mandatory vaccination laws or implement federal vaccination laws but does not prevent Congress from using the authority given to it by the *Spending Clause* to incentivize States to do so, as long as the amount offered to them is not so significant as to actually compel them to issue the mandate. Regarding the protection of individual rights, the Courts have recognized that there are few constraints on individual rights descended from the authority to impose mandatory vaccination requirements. As explained above, the Courts have largely dismissed complaints based on the alleged violation of the *due process clause* and the *equal protection clause* by mandatory vaccination requirements in accordance with *Jacobson* and *Zucht*. As with state vaccination requirements, the main area of legal uncertainty regarding federally mandated requirements concerns ‘whether’ and ‘under what circumstances’ the state must allow religious exemptions from a vaccination requirement. Undoubtedly, vaccination mandates are a legal tool available to governments to increase COVID-19 vaccine uptake, if Congress determines that the executive branch’s exercise of these authorities (including the provisions of the Procurement Act, SSA, and OSH Act) adequately reflects the intent of Congress, Congress itself, within constitutional limits, may intervene to clarify the scope of these statutory provisions with respect to vaccination requirements. To the extent that Congress determines that a federal vaccination mandate may be necessary to address the evolving pandemic, it could also impose a vaccination mandate through other legislative action. Any such legislation, however, must be consistent with the authority the Constitution gives Congress and must respect constitutional *due process* and religious liberty guarantees.

4.2. FDA Emergency Use Authorization and Covid-19 Vaccines.

740

The process of developing and testing a COVID-19 vaccine is designed to be significantly shorter than the normal timeline required for routine vaccine development. Shortening this process at times can make it difficult to detect potential adverse events that occur only after a medium to long period of time and not immediately. In addition, since the review process needs to be shorter than the typical 6-10 months required to perform a review under a *Biologics License Application* (BLA), FDA scientists, have had much less time to review the safety and efficacy data for COVID-19 vaccines. In light of concerns reported by the public about the safety and efficacy of these rapidly developed vaccines, FDA officials sought to clarify that any candidate vaccine "will be reviewed according to the established legal and regulatory standards for medical products"³¹.

In addition, FDA officials assured that the quantity and quality of safety and efficacy data needed to support the issuance of an EUA are the same as those required for the issuance of a BLA.

The level of evidence required by law for the issuance of an EUA is different from that needed for the issuance of a BLA, although both processes involve the submission of safety and efficacy data to the FDA. For a license to be issued under a BLA, it must be demonstrated that the vaccine is safe, and substantial evidence in this regard must be provided. Where a vaccine is first made available under an EUA, substantial evidence of efficacy is not required by law. However, it is necessary that the totality of the available scientific evidence suggests that the vaccine can be effective in preventing COVID-19 and that the known and potential benefits of the vaccine outweigh its known and potential risks.³²

Prior to the COVID-19 pandemic, all vaccines subject to government mandates were licensed under a Biologics License Application (BLA) through which vaccines are typically introduced into interstate commerce.

Contrary to this practice, as of December 2021, only one COVID-19 vaccine, Pfizer's

³¹ «Will be examined according to established legal and regulatory standards for medical products».

³² Cmp. K. Dekar and A. Dabrowska, *Vaccine Safety in the United States: Overview and Considerations for COVID-19 Vaccines*, in *Congressional Research Service*, 2020.

Comirnaty, has been licensed by the FDA under a BLA. Several other COVID-19 vaccines have been authorized through an *Emergency Use Authorization* that complies with the EUA provision of the FD & C Act (*Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*) discussed in previous pages.

Before the FDA authorized Pfizer's COVID-19 vaccine, some commentators raised a single legal issue related to COVID-19 vaccination mandates. Specifically, they argued that Section 564(e)(1) of the EUA prevents entities, including government entities, from mandating COVID-19 vaccines.

Section 564 (e) (1) provides that the Secretary of HHS, when issuing an EUA for a medical product, must impose conditions necessary to protect the public health, including appropriate conditions designed to inform individuals «of the option to accept or refuse administration of the product, of the consequences, if any, of refusing administration of the product, and of the alternatives to the product that are available and of their benefits and risks»³³. Since each individual must be provided with the *option to accept or refuse*, some commentators have argued that the provision «suggests that mandates are categorically prohibited»³⁴.

4.3. Some interpretative profiles of section 564(e)(1) of the EUA.

Although no Court has dealt with the interpretation of this provision, the first segment of it would suggest that vaccination requirements are categorically prohibited, since each person must have «the option to accept or refuse». However, a different result would be reached where one assumed that the second part of the provision is functional to qualify the first. Under this interpretation, the provision as a whole could be interpreted to mean that although a person has the option to refuse an EUA product, his or her refusal can always have «consequences». It follows that the legality of a vaccine mandate depends on the meaning one decides to attach to the term «consequences»: a meaning that will have to be reconstructed in light of the overall context of the statute. According to a first interpretation, the term «consequences» would refer to health consequences, since the entire section merely details the conditions of authorization

³³ Article 564(e)(1), *Emergency Use Authorization* (EUA): «[...] of the possibility of accepting or refusing to administer the product, of the possible consequences of refusing to administer the product, and of the alternatives to the product available and their benefits and risks».

³⁴ *Id.*, «[...] suggests that warrants are completely prohibited».

of EUA medical products, including the need to assess and disclose known risks and benefits and the need to monitor and report adverse events while making no reference to obligations or waivers of consent. According to another interpretation, the phrase «consequences» should be understood in a broader sense such that it encompasses any adverse action capable of occurring in the face of vaccine refusal: «consequences» could then include both health risks and adverse consequences related to employment, access to education, use of public transportation, ability to store in a store, board an airplane, and more. In practice, such a broad interpretation would also open the possibility for public and private entities to institute vaccine requirements and would require that people be informed, before deciding whether or not to accept an EUA medical product, of all possible health and non-health consequences of their choice. However, it seems unlikely that Congress intended to impose this broad disclosure requirement on health care providers who administer products under an EUA. Moreover, should the second part of the provision be allowed to give access to vaccine obligations, it would at the same time empty the option introduced in the first part («option to accept or refuse») of meaning. But this, according to the canons of statutory interpretation is not possible: the provisions of a statute must always be interpreted to be mutually consistent and compatible. In sum, the interpretation that the mandatory disclosures mentioned in Section 564(e)(1) are limited to the health risks of rejecting an EUA product during a public health emergency must be preferred; a choice also supported by the legislative history of the bill that later led to the introduction of the EUA. The context in which the EUA pathway was first created and used supports the interpretation that vaccine mandates should be considered excluded from the law. The EUA protocol was introduced as part of a challenge³⁵ brought against the Department of Defense's (DoD) *Anthrax Vaccine Immunization Program (AVIP)*. Anthrax, also called *anthrax* (from the black color of the skin lesions that develop in victims of this infection), is an acute infection caused by the bacterium *Bacillus anthracis*. Of anthrax, there are several forms that differ in spread and danger and are classified according to the route of entry: *cutaneous*, the most frequent form; *pulmonary*, rare; and *gastrointestinal*, very rare. The vaccine in question had been approved by the FDA as prophylaxis for cutaneous anthrax, but the Department of Defense had also sought to impose it among military service members as a form of protection against pulmonary anthrax. This decision had then qualified as off-label use of the vaccine, and service members had therefore brought a lawsuit to stop its administration. Since the AVIP program involved the off-

³⁵ U.S. Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *Rempfer v. Sharfstein*, 583 F.3d 860, 2009.

label use of a vaccine for military personnel, the law required everyone's informed consent or a presidential waiver of informed consent. From the introduction of AVIP in 1997 to the time the lawsuit was briefed in 2003, neither President Clinton nor President Bush had issued such a waiver. On December 22, 2003³⁶, a Federal Court halted AVIP because of DoD's failure to comply with informed consent requirements. Eight days later, the FDA stepped in to expand the product label to include prevention from pulmonary anthrax. Service members challenged FDA's decision on procedural grounds, arguing that the agency had not followed its own regulations regarding label changes.

When it became clear that the Court would rule against the FDA, the *Project BioShield Act* was created³⁷. In October 2004, a District Court had ruled in favor of military service members by overturning the FDA decision, but by then the bill had passed and President Bush had signed it into law. In December 2004, the Department of Defense, based on the newly introduced EUA program, had then submitted an EUA for anthrax vaccine, and within weeks the FDA had then issued an EUA that included pulmonary anthrax prevention. Subsequently, the DOD resumed anthrax vaccinations, but only on a voluntary basis. Vaccinations remained voluntary until December 19, 2005, when the FDA approved a label expansion for the anthrax vaccine, and then DoD resumed mandatory vaccinations for some military personnel. This series of events lends credence to the theory that vaccine mandates should not be considered covered by EUA provisions.

4.4. Jurisprudential pronouncements under the EUA.

After some state and private agencies began mandating COVID-19 vaccinations in 2021, some plaintiffs filed appeals complaining that COVID-19 vaccination requirements violated Section 564(e) of the FD & C Act. Courts have generally rejected this claim, holding that Section 564

³⁶ U.S. District Court, District of Columbia, *Doe v. Rumsfeld*, 341 F. Supp. 2d 1, 2004.

³⁷ The *Project Bioshield Act* was passed by the U.S. Congress in 2004 and provided for the allocation of \$5 billion for the purchase of vaccines that would be used in the event of a bioterrorist attack. It was a 10-year program aimed at acquiring medical countermeasures adverse to biological, chemical, radiological and nuclear agents for civilian use. The key element of the law was the recognized ability to proceed with the storage and distribution of vaccines that had not been tested for safety or efficacy in humans because of ethical concerns. The efficacy of such agents cannot be tested directly in humans without also exposing them to the relevant chemical, biological or radioactive threat the tests were being conducted on the basis of the FDA Animal Rule used to test for full animal efficacy. The *Project BioShield Act of 2004* among other provisions, established the comprehensive Emergency Use Authorization program.

(e) only imposes an informed consent requirement on medical providers who administer vaccines for the purpose of informing potential recipients of the related risks and their right to refuse administration. Accordingly, Courts have generally concluded that the provision does not prohibit various entities from requiring individuals, duly informed by their medical providers, to be vaccinated. After the FDA fully licensed the *Comirnaty* vaccine, legal challenges to COVID19 vaccination requirements based on the EUA statute are largely moot. In *Valdez v. Grisham* (2022)³⁸ the Tenth Circuit Court of Appeals upheld a District Court decision that kept in place New Mexico's vaccination requirements for health care workers. A New Mexico nurse had challenged a state public health order requiring health care workers in hospitals and congregate care facilities to vaccinate against COVID-19. The order allowed exemptions only for medical and religious reasons. The nurse asserted that the public health order violated the *Equal Protection Clause* of the U.S. Constitution and the substantive principles of the *Due Process of Law Clause*, and therefore requested that the order be blocked. The District Court approached had refused to block the order, however, since the nurse had not shown that the vaccination could cause him irreparable harm and that the public interest outweighed the request to block the vaccination requirements. The Tenth Circuit had then upheld this decision finding that the lower Court had not abused its discretion in holding that the nurse would not succeed on the merits of his claims. The case *Bridges v. Houston Methodist Hospital* (2021)³⁹ concerns a policy announced on April 1st, 2021, by Houston Methodist Hospital that required employees to be vaccinated against Covid-19 by June 7, 2021. Jennifer Bridges and 116 other employees had sued the hospital to block the injection requirement, claiming that the hospital was in fact illegally forcing its employees to be injected with one of the available vaccines, since layoffs were being contemplated as an alternative.

The federal Court had rejected the arguments, however, asserting that Texas law only protected employees from being fired for refusing to commit criminal acts mind undergoing the COVID-19 vaccination did not constitute an illegal act. Moreover, the hospital was not forcing employees to receive the vaccine: employees could have chosen to refuse. Furthermore, with respect to the language used in the *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, the Court held that Section 546(e) «confers certain powers and responsibilities to the Secretary of Health and

³⁸ U.S. Court of Appeals, Tenth Circuit, *Valdez v. Grisham*, n. 21-2105, 2022.

³⁹ U.S. District Court, Southern District of Texas, *Bridges v. Houston Methodist Hospital*, 2021.

Human Services in an emergency»⁴⁰, such that «it neither expands nor restricts the responsibilities of private employers»⁴¹. Concluding that «section 564 specifies only that certain information be provided to potential vaccine recipients and does not prohibit entities from imposing vaccination requirements»⁴².

6. Conclusions.

This paper concludes with a quick reflection on the renewed interest sparked by the recent pandemic with respect to the importance of vaccine prevention for the lives of various state systems and individuals.

The pandemic caught most jurisdictions unprepared with respect to the type of measures to be taken, the ability of their health systems to handle the emergency, and the suitability of their regulations and legislative processes to provide rapid and adequate responses. In the field of pharmacology, never would one have imagined that despite the great advances made by scientific research we would find ourselves unprepared to deal with a new infectious threat, with a severe shortage of specific drug therapies. A major lag in anti-infectious drug research and development processes compared to other areas of medicine emerged, and the consequent need for increased investment to fund the fight against infectious diseases.

The pandemic has brought to light worrying skepticism harbored by the population with respect to the reliability and unavoidability of medicine and vaccine science, highlighting an alarming indifference and lack of confidence in science and progress: it has been forgotten that evidence to support clinical decisions is a key element in making choices.

In addition, as far as the world of regulation is concerned, the pandemic was able to bring out a great elasticity of regulatory agencies: the strong pressure on them encouraged a streamlining of bureaucratic procedures, demonstrating that it is possible to manage exceptional situations without losing sight of the safety and efficacy of medicines. During the Covid-19 pandemic, new vaccines and drugs were approved, new regulatory innovations were witnessed, and

⁴⁰ *Id.*, «[...] grants certain powers and responsibilities to the Secretary of Health and Human Services in the event of an emergency».

⁴¹ *Id.*, «[...] neither expand nor limit the responsibilities of private employers».

⁴² *Id.*, «Section 564 specifies only that certain information must be provided to potential vaccine recipients and does not prohibit entities from imposing vaccination requirements».

pharmacosurveillance activity was particularly active and in the public spotlight: the speed with which vaccines and new drugs could be developed and approved demonstrated that, using the criteria of scientificity and safeguarding the safety of citizens, research is capable of changing the course of events on a global scale. The pandemic revealed an undoubted inadequacy of public health with respect to digital evolution by highlighting how new technologies, artificial intelligence and big data represent important opportunities not only in the fight against the current pandemic, but also against future threats to public health. There is a need to invest in the digitization of healthcare to increase communication between professionals and manage all patient clinical data in a more homogeneous and coordinated way.

Another mistake made during the pandemic undoubtedly involved the dissemination of information: the advance of the virus brought with it a tsunami of misinformation, which created distrust and concern among citizens. This has led to difficulties in disentangling information about the efficacy and safety of vaccines, both of which have been repeatedly questioned. Thus, the importance of helping citizens understand that they should avail themselves only of up-to-date information from authoritative and reliable sources emerged. Another sore point was insufficient investment: the Covid-19 pandemic underscored the importance of strengthening the Health System: the lack of processes to digitize administrative and clinical data made clinical and therapeutic management of patients complex and difficult. Placing faith in the adage that every cloud has a silver lining, we must observe that although in the reality of these last few years negative feelings, problems and difficulties have prevailed; the experience that has concerned us has been useful in making the various orders responsible, at least in power, with respect to the type of initiatives and interventions to be undertaken in the future not only to prevent and cope with calamities of this kind, but also to improve the well-being and lifestyle of its citizens. The experience was useful in emphasizing the importance that investments in scientific research and the health care system have for the well-being and growth of the future population; in reiterating the centrality and relevance that education and information have for the formation of citizens capable of making informed and sustainable choices; and in clarifying that fanaticism and idolatry lead to nothing but the triumph of misinformation.

Abstract: The work here presented describes the approach of some Courts of federated States and of the Supreme Courts about the exceptions to mandatory vaccine requirements in order to

contrast the Covid-19 pandemic. About the tools of comparative law, analyzing the different approach of the state's Court we can define a paradigm used in most of the western State. Moreover, due to the scarcity of time to evaluate the decisions taken by the executive bodies we can also trace a model of reaction to crisis of the constitutional State. In this paper are analyzed and discussed the main jurisprudence cases of Michigan, Maine and the State of New York. In the latter part the decision taken by the executive branch are analyzed, specially that one related to the moratory on evictions. This paper concludes with a quick reflection on the renewed interest sparked by the recent pandemic with respect to the importance of vaccine prevention for the lives of various state systems and individuals.

Abstract: Il lavoro qui presentato descrive l'approccio di alcuni Tribunali degli Stati federati e delle Corti Supreme in merito alle eccezioni all'obbligo di vaccino per contrastare la pandemia di Covid-19. Con gli strumenti del diritto comparato, analizzando i diversi approcci delle Corti statali si può definire un paradigma utilizzato nella maggior parte degli Stati occidentali. Inoltre, data la scarsità di tempo per valutare le decisioni prese dagli organi esecutivi, possiamo anche tracciare un modello di reazione alla crisi dello Stato costituzionale. In questo lavoro vengono analizzati e discussi i principali casi giurisprudenziali del Michigan, del Maine e dello Stato di New York. In quest'ultima parte vengono analizzate le decisioni prese dal ramo esecutivo, in particolare quella relativa alla moratoria sugli sfratti. Il documento si conclude con una rapida riflessione sul rinnovato interesse suscitato dalla recente pandemia rispetto all'importanza della prevenzione vaccinale per la vita dei vari sistemi statali e degli individui.

Key words: vaccine – covid-19 – vaccine requirements – vaccine exceptions – health workers.

Key words: vaccino – covid-19 – requisiti vaccinali – eccezioni vaccinali – salute dei lavoratori.

LA GOVERNANCE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA NEL PRISMA DEI RAPPORTI ENDOGOVERNATIVI*.

di Antonia Maria Acierno **

Sommario. 1. Delimitazione e obiettivi del contributo. – 2. Il consolidamento di un nuovo *metodo di governo*. – 3. L’attuazione del PNRR e il rinnovato protagonismo del Presidente del Consiglio dei Ministri. – 4. L’evoluzione della *governance* del Piano e gli assetti endogovernativi: i mutamenti in atto nella *governance* del PNRR a seguito dell’insediamento del Governo Meloni. Parziali reminiscenze della bozza di Piano del Governo Conte II? – 4.1 La nuova *governance* nel decreto *PNRR ter*: una conferma del rinnovato moto centripeto e prime criticità. – 5. Prime osservazioni conclusive.

1. Delimitazione e obiettivi del contributo.

Nell’ambito del “punto di svolta nel processo di integrazione europea”¹ rappresentato dal *Next Generation EU*, il contributo intende approfondire i mutamenti in atto nell’ordinamento italiano, in specie negli assetti organizzativi e funzionali del potere esecutivo², per quanto concerne i più recenti sviluppi relativi alla strategia per la ripresa post-pandemica.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, eludendo approcci strettamente normativistici, sembra, per certi versi³, soprattutto con riferimento alla pervasività della propria incidenza sui poteri dello Stato⁴, assimilabile alla “condizione di fatto di immediata rilevanza giuridica”⁵, notoriamente richiamata da Leopoldo Elia con riferimento ai partiti politici

* *Sottoposto a referaggio*. Il contributo è la versione, rivista e accompagnata dalle note, della relazione tenuta in occasione della Conferenza Internazionale e *Summer School* di Ventotene, *La ‘nuova’ Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell’Europa e del Mezzogiorno*, 28 giugno 2022.

**Dottoranda in Diritto costituzionale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Così A. Patroni Griffi, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza e il regionalismo differenziato nella dimensione della coesione territoriale*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, n. 1/2022, p. 34.

² Sin dalla primissima fase attuativa del Piano, l’interrelazione funzionale tra il PNRR e le dinamiche della forma di governo è stata posta in enfasi da N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022. Approfondisce recentemente il tema A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2022.

³ È un paragone di tipo strettamente funzionale che, in tale sede, non intende abbracciare l’intenso – e aperto – dibattito sulla natura giuridica del Piano. Il dibattito dottrinale sul tema è ricostruito analiticamente da N. Lupo, *Il Piano di ripresa e resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *federalismi.it*, 15 febbraio 2023, p. 4 ss.

⁴ Cfr. N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, n. 23/2022.

⁵ Così L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, p. 638.

nella determinazione della forma di governo⁶.

In tale analisi di contesto, non possono sottacersi le rimarchevoli conseguenze politiche e gli “effetti trasformativi sugli equilibri partitici”⁷ del Piano.

Per ragioni di economia espositiva, ci si limita a richiamare la crisi del Governo Conte II, innescatasi, come si approfondirà meglio *infra*, proprio a causa delle divergenze sorte in seno alla maggioranza circa la definizione della *governance* del Piano; la nomina di un governo tecnico⁸ indotta, tra l’altro, dalla necessità⁹ di riformulare il Piano e darvi piena e celere attuazione; la rielezione, nel gennaio 2022, di Sergio Mattarella alla Presidenza della Repubblica, tesa a garantire “la stabilità degli assetti istituzionali nella fase cruciale in cui l’attuazione del Piano sta muovendo i primi passi”¹⁰; i tempi ridotti (ventisette sono i giorni intercorsi tra la data delle elezioni e il giuramento del nuovo governo)¹¹ di formazione del Governo Meloni, manifestamente caldeggiati dal Capo dello Stato¹² nelle dichiarazioni rese dopo la firma del decreto di scioglimento delle Camere. Nelle stesse dichiarazioni, tra l’altro, il Presidente della Repubblica, pur rimarcando le limitazioni in cui incorre un governo dimissionario, invita il Governo Draghi a proseguire nell’indispensabile attività di attuazione del Piano, cui, a partire dal febbraio 2022, si cumula l’esigenza di arginare le conseguenze socio-economiche prodotte dall’aggressione russa dell’Ucraina.

⁶ Circa l’inattualità e l’inefficienza del concetto di forma di governo nell’ambito del processo di integrazione europea, cfr. R. Ibrido, *Oltre “le forme di governo”. Appunti in tema di “assetti di organizzazione costituzionale” dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015.

⁷ Così E. Griglio, *I Parlamenti nazionali e le strategie dell’Unione europea per la ripresa dalla crisi pandemica: business as usual?*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, Anno 54 – n. 210, II semestre 2021, p. 57, muovendo dall’esperienza italiana e finlandese.

⁸ Cfr. N. Lupo, *Ancora sui “governi tecnici”, alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2021.

⁹ Evidenzia, sin da subito, tale profilo B. Caravita di Toritto, *Un tornado silenzioso*, in *Federalismi.it*, 24 febbraio 2021, p. VI ss.

¹⁰ Così V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana, *Introduzione*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Bologna, 2023, p. 9.

¹¹ La formazione del governo Meloni è la seconda più *celere* della storia repubblicana, dopo il IV Governo Berlusconi (che nel 2008 giurò 24 giorni dopo le elezioni) e a pari merito con il primo Governo Prodi del 1996, a fronte di una media di 46 giorni. I dati sono raccolti da Arnaldo Liguori, *La formazione del governo Meloni è la seconda più veloce della storia italiana*, in *Quotidiano nazionale*, 22 ottobre 2022. Articolo reperibile presso: La formazione del Governo Meloni è la seconda più veloce della storia italiana – Politica (quotidiano.net).

¹² Si indica, qui di seguito, uno stralcio delle dichiarazioni rese dopo la firma del decreto di scioglimento delle Camere: «A queste esigenze si affianca – con importanza decisiva – quella della attuazione nei tempi concordati del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, cui sono condizionati i necessari e consistenti fondi europei di sostegno. Né può essere ignorato il dovere di proseguire nell’azione di contrasto alla pandemia, che si manifesta tuttora pericolosamente diffusa.

Per queste ragioni mi auguro che – pur nell’intensa, e a volte acuta, dialettica della campagna elettorale – vi sia, da parte di tutti, un contributo costruttivo, riguardo agli aspetti che ho indicato; nell’interesse superiore dell’Italia». Il discorso integrale è reperibile qui: Dichiarazione del Presidente Mattarella dopo la firma del decreto di scioglimento delle Camere (quirinale.it).

A tale compito il Governo Draghi non è venuto meno¹³, esplicitando *apertis verbis* nella direttiva del Presidente del Consiglio del 21 luglio 2022¹⁴ il persistente impegno dell'Esecutivo nell'attuazione legislativa, regolamentare e amministrativa del PNRR e del PNC, teso ad assicurare, in ogni caso, la continuità dell'azione amministrativa, soprattutto al fine di garantire la richiesta di pagamento della terza rata¹⁵, inviata senza differimenti alla Commissione europea il 30 dicembre 2022.

Dunque, in tale sede, assodato il perimetro di indagine, e nella prospettiva di un “bilancio oggi purtroppo non ancora a consuntivo”¹⁶, si intende indagare il precipitato, congiunturale oppure permanente, del Piano nazionale di ripresa e resilienza sugli assetti dei rapporti endogovernativi, muovendo dall'analisi dell'evoluzione progressiva della *governance* del Piano dalla *bozza* del Governo Conte II, all'architave delineato dal Governo Draghi, per giungere alle modifiche apportate alla stessa dal Governo Meloni, sino a tratteggiare i possibili scenari futuri.

Difatti, se ricostruendo il percorso evolutivo della *governance* vi sono pochi dubbi sull'esistenza di un mutamento in atto nelle istituzioni di governo¹⁷, direzionato e non subito passivamente dalle stesse¹⁸, incertezze permangono sulla natura di tale trasformazione.

Il contributo, a dispetto della mutevolezza di un processo tuttora *in fieri*, mira, quindi, ad analizzare la natura di tale variazione istituzionale che, in ragione dei primi riscontri emersi dall'analisi condotta, sembra fugare la fallacia di un “cambiamento senza

¹³ Evidenzia tale profilo anche N. Lupo, *Il Piano di ripresa e resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, cit., p. 23.

¹⁴ Reperibile qui: Governo dimissionario: la Direttiva del Presidente Draghi sul disbrigo degli affari correnti (altalex.com). Sulle direttive in tema di disbrigo degli affari correnti, cfr. *amplius* E. Catelani, *Poteri del Governo in “ordinaria amministrazione” e rapporti con il Parlamento fra norme costituzionali, regolamenti parlamentari e direttive del Presidente del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018.

¹⁵ Di 21.839.080.460 euro (comprensiva della quota di anticipazione del 13 per cento ricevuta ad agosto 2021 pari a 2.839.080.460 milioni di euro).

¹⁶ Si mutua tale espressione da A. Patroni Griffi, *Postfazione. Alcune considerazioni su emergenza sanitaria e tenuta del sistema delle garanzie*, in L. Bartolucci e L. Di Majo (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, p. 417.

¹⁷ Si tratta, invero, di un mutamento pregresso, le cui direzioni sono state – ancor prima dell'intervento catalizzatore del PNRR – ampiamente indagate dalla dottrina. Cfr., *ex plurimis*, C. Barbieri e L. Verzichelli, *Il governo: che cos'è e come cambia*, in C. Barbieri e L. Verzichelli (a cura di), *Il Governo e i suoi apparati. L'evoluzione del caso italiano in prospettiva comparata*, Genova, 2003, spec. p. 9 ss.

¹⁸ N. Lupo, *Il Piano di ripresa e resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, cit. p. 9 dall'adozione della *governance* e dalla sottoscrizione degli accordi operativi fa derivare la natura euro-nazionale del procedimento in questione, integrante – proprio per tale ragione – un “auto-vincolo” piuttosto che un “vincolo esterno”.

trasformazione”¹⁹, inverando un nuovo “metodo di governo”²⁰, da verificare in quanto a permanenza oppure contingenza dei propri effetti (cfr. *infra* paragrafo 2).

Sebbene il rapporto di dipendenza tra il contesto multilivello e il circuito di definizione dell’indirizzo politico nazionale sia stato ampiamente messo in risalto dalla dottrina italiana, già con riferimento alla crisi economico-finanziaria del 2010²¹, il PNRR, inteso quale procedimento euro-nazionale che consta di molteplici centri decisionali e diverse fasi procedurali²², pare fungere da “catalizzatore”²³ di tendenze ordinamentali pregresse. D’altronde, la sfida del PNRR rifluisce nell’alveo di una fattispecie costituzionale “aperta”²⁴, fisiologicamente proclive, soprattutto nel contesto eurounitario, al rinsaldamento del Governo rispetto al Parlamento, in specie del Presidente del Consiglio dei Ministri, tanto nel consesso governativo, quanto in sede europea. Com’è noto²⁵, nel processo di integrazione europea, al rafforzamento del Governo rispetto al Parlamento è corrisposta una contestuale rimodulazione dei rapporti endogovernativi all’insegna di una torsione monocratica che, a partire dagli anni Novanta, al potenziamento del vertice dell’Esecutivo, chiamato nell’ambito del Consiglio europeo a “co-definire l’indirizzo politico generale dell’Unione e a ‘riportare’ in chiave interna quell’indirizzo, mediante un’indispensabile opera di coordinamento dell’attività dei Ministri”²⁶, ha affiancato, soprattutto dopo l’avvento dell’Unione economica e monetaria, il potenziamento del Ministero dell’Economia e delle Finanze.

La “presidenzializzazione parallela e plurima”²⁷ indotta dalla partecipazione del Ministro dell’Economia all’Ecofin e all’Eurogruppo ha prodotto i propri effetti anche sulla struttura del dicastero.

¹⁹ Così S. Fabbrini, *Tra pressioni e veti, Il cambiamento politico in Italia*, Bari, 2000, p. 207.

²⁰ Cfr. N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell’integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2022.

²¹ Su tutti, cfr. L. Ferraro, *Crisi economica ed evoluzione delle forme di governo. Un’analisi comparata*, Napoli, 2019; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012.

²² Cfr. N. Lupo, *Il Piano di ripresa e resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, cit.

²³ Così A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, cit., p. 725.

²⁴ Parafrasando il riferimento di Leopoldo Elia alle disposizioni costituzionali “a fattispecie aperta”. Cfr. L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, cit., p. 640.

²⁵ Cfr., su tutti, S. Fabbrini, *Governare l’Italia: il rafforzamento dell’esecutivo tra pressioni e resistenze*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2010.

²⁶ Così N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell’Unione*, in S. Cassese, A. Melloni e A. Pajno (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell’Italia repubblicana. Storia, politica, istituzioni, Tomo secondo*, Bari-Roma, 2022, p. 1738.

²⁷ Così L. Bartolucci, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell’economia (1992-2018)*, in L. Tedoldi (a cura di) *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all’Unione Europea*, Milano, 2019, p. 369.

In tal senso, non è un caso che, sulla scorta della necessità di assicurare una posizione univoca e coerente dal punto di vista politico in seno al Consiglio dei Ministri dell'Unione, si sia provveduto con il d.lgs. n. 300/1999 ad unificare²⁸ il Ministero delle finanze²⁹, il Ministero del tesoro³⁰ e il Ministero del bilancio e della programmazione economica³¹ nel Ministero dell'Economia e delle Finanze³². In tale cornice di riferimento si colloca, dunque, lo studio dell'evoluzione del modello di *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, la cui responsabilità di indirizzo è attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri³³. Nella verticalizzazione del potere incentivata dal processo di integrazione europea, il costante e progressivo moto centripeto, soltanto acuito dall'esperienza pandemica, sembra, però, subire, nel raffronto tra la *governance* del Piano delineata dal governo Draghi e quella tratteggiata dal Governo Meloni, differenti declinazioni, soprattutto per quanto pertiene i rapporti, storicamente non sempre irenici, tra Presidenza del Consiglio e Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In specie, la circostanza per cui il d.l. n.13/2023 abbia individuato nella *nuova* Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio, in luogo del Servizio centrale per il PNRR (ex art. 6, d.l. n. 77/2021) che era incardinato presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del MEF, il punto di contatto nazionale per l'attuazione del Piano problematizza la solida e sinergica diarchia instauratasi tra Presidente del Consiglio e Ministero dell'Economia delle finanze nel Governo Draghi.

2. Il consolidamento di un nuovo *metodo di governo*.

Per quanto concerne il caso italiano, il PNRR, da un lato, impatta sul potere esecutivo, soprattutto con riferimento al ruolo del Presidente del Consiglio e all'irrobustimento delle strutture tecnico-amministrative del Governo centrale, dall'altro, esso sembra delineare un nuovo *modus operandi* nella progettazione normativa e nella elaborazione delle politiche

²⁸ Tale profilo è evidenziato da L. Bartolucci, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell'economia (1992-2018)*, cit., p. 371.

²⁹ 1861-2001.

³⁰ 1877-1922; 1944-1947; 1947-2001.

³¹ 1947-1996.

³² In tale ricostruzione diacronica non si è menzionato il Ministero delle partecipazioni statali (1956-1993), soppresso con referendum abrogativo nel novembre 1993.

³³ Evidenzia tale profilo G. Menegus, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2021, p. 945.

pubbliche.

Difatti, in tal senso, il nuovo apparato strutturale del PNRR, blindato e “legificato”³⁴ fino al 2026, demarca una netta linea di discontinuità che si inserisce in un “vero e proprio di cambio di paradigma”³⁵ all’insegna di un innovativo “metodo di governo”³⁶ che, nell’intarsio sinallagmatico di vincoli/impegni e auto-limitazioni³⁷ caratteristico della Costituzione composita³⁸, sembra proiettarsi ben oltre l’orizzonte formale del prossimo lustro.

Del carattere potenzialmente permanente, o perlomeno non congiunturale, del “modello *Next Generation EU*” si trova esplicita traccia nella *Comunicazione sugli orientamenti per una riforma del quadro di governance economica dell’UE* (COM/2022/583 final)³⁹, pubblicata dalla Commissione europea il 9 novembre 2022.

La Comunicazione costituisce l’approdo più recente di un annoso dibattito inerente alla revisione dell’archetipo di *governance* economica europea⁴⁰, inauguratosi all’indomani della crisi finanziaria 2007-2008 e a cui la Commissione europea ha dato nuova linfa nel febbraio del 2020⁴¹, poco prima dell’avvento della pandemia, avviando un processo di consultazione sul tema⁴².

³⁴ Sulla “legificazione” del Piano, V. F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.lamagistratura.it, 13 novembre 2021.

³⁵ Così N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, cit., p. 2.

³⁶ Cfr. N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell’integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, cit.

³⁷ L. Bartolucci, *Riforme e stato di attuazione del PNRR*, in *EuBlog*, 15 marzo 2023, tra gli autovincoli al programma degli Esecutivi che si succederanno fino al 2026 annovera in materia di riforme la clausola di non reversibilità (art. 24, par. 3, del reg. UE 2021/241), che non consente di tornare indietro rispetto a quelle già approvate, e che favorisce un’interlocuzione costante tra Commissione UE e istituzioni nazionali, soprattutto in occasione dell’approvazione di riforme che potrebbero impattare sulla clausola stessa. In particolare, l’Autore muove dal caso italiano relativo alla discussione della legge di bilancio per il 2023, in cui la disposizione sui pagamenti elettronici è stata dapprima inserita nel disegno di legge di bilancio e poi, all’esito dell’interlocuzione con la Commissione, rimossa nel corso dell’approvazione parlamentare, “dato che l’Italia aveva in precedenza dichiarato (ve n’è traccia nella valutazione preliminare della Commissione di settembre 2022), per la rata del 30 giugno 2022, che tra le misure attuative della milestone (M1C1-103) vi fossero i DL nn. 36 del 2022 e 152 del 2021, che avevano introdotto sanzioni amministrative per i fornitori che rifiutano di accettare pagamenti elettronici, a partire dal 30 giugno 2022. La soppressione di tali previsioni sarebbe stata interpretata dalla Commissione UE come una modifica di riforme PNRR già conseguite; al contrario, l’obiettivo del Piano è che le riforme vengano non solo approvate, ma anche preservate nel tempo”.

³⁸ Il riferimento è a L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Grossinger, 2007.

³⁹ Reperibile presso: EUR-Lex - 52022DC0583 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

⁴⁰ Sul punto, tra i più recenti, cfr. *ex plurimis*, F. Fabbrini, *The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU Beyond the Pandemic*, in *Journal of Common Market Studies*, 59, 2021; F. Masini, *European Economic Governance. Theories, Historical Evolution and Reform Proposals*, Palgrave Macmillan, 2022.

⁴¹ Il 5 febbraio 2020 è stata pubblicata la Comunicazione della Commissione, *Riesame della governance economica*, COM (2020) 55, reperibile presso: EUR-Lex - 52020DC0055 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

⁴² Per un approfondimento recente, chiaro ed esaustivo dei contenuti della Comunicazione, che tenga conto della disciplina vigente e delle istanze di riforma avanzate, illustrando la posizione assunta sul punto dal

Per ciò che più rileva ai fini della trattazione in esame, è opportuno evidenziare che il paradigma dell'esperienza del *Next Generation EU* ha fortemente pervaso le istanze di riforma proposte.

Eludendo il merito delle riforme avanzate⁴³, sulla lunga scia delle stesse, dal punto di vista metodologico, si inserisce la Comunicazione della Commissione europea⁴⁴.

Il commissario Paolo Gentiloni, il 9 novembre 2022, in occasione della conferenza stampa sulla revisione della *governance* economica, ha espressamente ribadito che la proposta della Commissione si è conformata alla «lezione positiva»⁴⁵ appresa dal NGEU, con riferimento a piani fiscali strutturali di medio termine che ogni Stato membro dovrebbe elaborare, previo approfondito confronto con la Commissione europea, delineando (in una prospettiva almeno quadriennale) il percorso fiscale del Paese e gli impegni di riforma e investimento, riflettendo le priorità dell'UE e quelle nazionali. Una volta approvati dal Consiglio, tali piani orienterebbero i bilanci annuali degli Stati membri. In tale *iter* procedurale, l'eco della “*road map*”⁴⁶ tracciata dal Regolamento sullo Strumento per la

Governo italiano, si vd. il *dossier* elaborato dal Servizio studi del Senato (Ufficio ricerche nei settori economico e finanziario) e dal Servizio degli Affari internazionali (Ufficio dei rapporti con le Istituzioni dell'Unione Europea), M. Boschi e L. Lo Prato (a cura di), *La riforma della governance economica dell'Unione europea*, XIX legislatura, n. 5 /2022.

⁴³ Già nel dicembre 2021, l'allora Presidente del Consiglio italiano Mario Draghi e il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron, in un articolo a firma congiunta pubblicato sulle pagine del *Financial Times* (Reperibile presso: Mario Draghi and Emmanuel Macron: *The EU's fiscal rules must be reformed* | *Financial Times* (ft.com)), avevano definito il *Next Generation EU*, sia per la valutazione della qualità della spesa pubblica che per le modalità di finanziamento, un utile modello per il futuro (“*a useful blueprint for the way forward*”).

D'altronde, non dissimile è la posizione espressa nel *working paper* *Revising the European Fiscal Framework* (Redatto da Francesco Giavazzi, Veronica Guerrieri, Guido Lorenzoni, Charles-Henri Weymuller nel dicembre 2021), in cui si nutre dalla *governance* del *Next Generation EU*, in particolare dall'esperienza maturata finora con i Piani nazionali di ripresa e resilienza, un avallo a sostegno della capacità dell'UE di mobilitare risorse per investimenti pubblici favorevoli alla crescita, potenziando una cooperazione e una supervisione proficue nell'interlocazione tra i governi nazionali e le Istituzioni europee.

Così come, ad esempio, per quanto concerne la necessità di emettere debito comune, si rifà all'esperienza di NGEU l'ipotesi di facilitare gli investimenti pubblici verdi neutralizzando – attraverso il ricorso al debito dell'UE – i rischi di sostenibilità fiscali connessi ai finanziamenti in deficit (Cfr. C. Cottarelli, *The role of fiscal rules in relation with the green economy*, Economic Governance Support Unit and Policy Department A Directorate-General for Internal Policies PE 651.364 - August 2020).

⁴⁴ Sulla circostanza per la quale la proposta della Commissione sembri riprodurre quella dinamica di *governance* che ha caratterizzato il *Recovery Fund* e che vede nella relazione Commissione-Governo nazionale il suo fulcro, cfr. A. Francescangeli e G. Gioia, *Riforma del Patto di Stabilità e nuova governance economica. Sulla recente proposta della Commissione europea*, in *Diritti Comparati*, 1° febbraio 2023.

⁴⁵ *Remarks by Commissioner Gentiloni at the press conference on the economic governance review, Statement*, 9 novembre 2022: “[...] And from this point of view, we're building on the positive lesson learned of the RRF, which does not mean that we are repeating the same thing in all the texts, but this was a good lesson in relations with Member States [...]”.

⁴⁶ Così A.M. Acierno, *Il ruolo del Parlamento nella fase di elaborazione e approvazione del PNRR e nella prima fase di attuazione*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, cit., p.55.

Ripresa e la Resilienza⁴⁷ è, dunque, inequivocabilmente vigorosa.

In ultimo, della pervasività ciclica del modello *Next Generation EU* si trova ulteriore conferma nel c.d. *REPowerEU* e nel *Transmission Protection Instrument (TPI)*⁴⁸, ancorati al “triangolo di ferro tra PNRR, disciplina di bilancio e BCE”⁴⁹. In particolare, lo strumento del *REPowerEU*⁵⁰, promosso dalla Commissione europea per fronteggiare la crisi energetica e i relativi effetti inflazionistici conseguenti all’invasione russa dell’Ucraina, propone una serie coordinata di azioni europee comuni tese a risparmiare energia, diversificarne l’approvvigionamento e accelerare la transizione dell’Europa verso l’energia pulita.

In conformità a quanto è indicato nella Comunicazione della Commissione *Orientamenti sui Piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di REPowerEU*⁵¹, il Dispositivo per la ripresa e la resilienza ha un ruolo pivotale nella «mobilitazione e nella realizzazione delle risorse disponibili a livello dell’Unione e nazionale per conseguire gli obiettivi del piano *REPowerEU*.

Difatti, la proposta della Commissione mira a modificare il Regolamento sul Dispositivo per la ripresa e la resilienza, definendo un insieme specifico di obiettivi del *REPowerEU* che dovrebbero sostenere gli investimenti e le riforme da includere negli attuali Piani per la ripresa e la resilienza all’interno di capitoli dedicati al piano *REPowerEU* (c.d. “capitoli *REPowerEU*”). Tali capitoli, che assumono la forma di una *componente specifica* del Piano, non dovrebbero creare incongruenze né peggiorare la coerenza complessiva del Piano stesso, il quale, anche nella sua versione aggiornata, dovrebbe tenere conto di tutte le sfide individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per Paese, comprese quelle formulate nei cicli 2019 e 2020 del semestre europeo e nei cicli successivi del semestre fino alla data di presentazione del Piano modificato.

Inoltre, basti qui ricordare che la presentazione di un capitolo *REPowerEU* può essere abbinata ad altri tipi di modifiche dei Piani⁵², nell’approntare le quali gli Stati membri sono

⁴⁷ Reg. UE 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021.

⁴⁸ Evidenzia tale profilo N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, cit., p. 2.

⁴⁹ Così L. Bartolucci, *Le modifiche del PNRR: procedura, possibilità e rischi*, in *Astrid*, n. 13/2022, p. 15 ss.

⁵⁰ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: REPowerEU Plan*, Brussels, COM (2022), 230 final, 18/5/2022.

⁵¹ Reperibile presso: *Publications Office (europa.eu).

⁵² Sul punto, cfr. *amplius* la Parte I *Quadro generale per la modifica dei piani per la ripresa e la resilienza* della Comunicazione della Commissione *Orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di*

incoraggiati ad agire sulla base di una «versione consolidata» del Piano iniziale, che dovrebbe rispecchiare le modifiche introdotte in fase di valutazione ed essere pienamente congruente con le rispettive decisioni di esecuzione del Consiglio. Il 14 dicembre 2022⁵³, gli eurodeputati hanno raggiunto un accordo con il Consiglio sull'inclusione delle misure *REPowerEU*⁵⁴ nei Piani nazionali di ripresa e resilienza.

Successivamente, il 21 febbraio 2023, il Consiglio ha definitivamente adottato, nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, la proposta di regolamento che modifica il Reg(UE) 241/2021, per quanto riguarda l'inserimento nei singoli Piani di ripresa e resilienza dei c.d. *capitoli REPowerEU*.

In particolare, il riferimento è al Regolamento (UE) 435/2023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 febbraio 2023 che modifica il regolamento (UE) 2021/241 per quanto riguarda l'inserimento di capitoli dedicati al piano *RepowerEU* nei Piani per la ripresa e la resilienza e che modifica i Regolamenti (UE) n. 1303/2013, (UE) 2021/1060 e (UE) 2021/1755, e la direttiva 2003/87/CE.

D'altronde, l'adozione da parte del Consiglio del *RePowerEU* si è avuta contestualmente alla presentazione di una comunicazione della Commissione europea in occasione del secondo anniversario della creazione del Dispositivo per la ripresa e la resilienza. In particolare, tale comunicazione⁵⁵ illustra dettagliatamente le metodologie da applicare per valutare il conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi (Allegato I) e per determinare la sospensione dei pagamenti (Allegato II). Tale vademecum elaborato all'esito dell'*esperienza*⁵⁶ maturata nei primi due anni di attuazione del Dispositivo di ripresa e resilienza conferma l'esigenza delle stesse Istituzioni europee di formalizzare, e quindi stabilizzare, preservando un fisiologico margine di flessibilità da parte degli Stati membri, procedure del tutto inedite.

Infine, espresso richiamo al NGEU si rinviene nello strumento di protezione del

REPowerEU (2022/C 214/01), p. 3 ss. In dottrina, tale profilo è stato analiticamente approfondito da L. Bartolucci, *Le modifiche del PNRR: procedura, possibilità e rischi*, cit., p. 7 ss.

⁵³ Si vd. *REPowerEU: deal on energy measures in national recovery plans* | News | European Parliament (europa.eu).

⁵⁴ Per un approfondimento relativo ai criteri di valutazione degli obiettivi di *REPowerEU* e agli esempi illustrativi dei tipi di informazione che gli Stati membri potrebbero fornire, cfr. *Guidance on Recovery and Resilience Plans in the context of REPowerEU*, 1 February 2023. Reperibile presso: C_2023_876_1_annexe_EN_0.pdf (europa.eu).

⁵⁵ Reperibile qui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0099&from=IT>.

⁵⁶ Un lemma, quello di *esperienza*, non a caso richiamato ben sei volte nella breve *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Due anni di dispositivo per la ripresa e la resilienza. Uno strumento peculiare al centro della trasformazione verde e digitale dell'UE*.

meccanismo di trasmissione della politica monetaria (*Transmission Protection Instrument* – TPI⁵⁷), ossia il c.d. scudo anti-*spread* varato il 21 luglio 2022 dalla Banca centrale europea al fine di preservare la stabilità dei prezzi e «contrastare ingiustificate, disordinate dinamiche di mercato che mettono seriamente a repentaglio la trasmissione della politica monetaria in tutta l'area dell'euro»⁵⁸. Difatti, per attivare tale strumento, il Consiglio direttivo della BCE dovrà tenere in opportuna considerazione una serie di criteri tra i quali figura, per l'appunto, anche il raggiungimento degli obiettivi individuati dai singoli Piani nazionali finanziati nell'ambito del *Next Generation EU*⁵⁹.

Sebbene siano trascorsi due anni dall'attivazione del Dispositivo di ripresa e resilienza, non è possibile, ad oggi, trarre conclusioni definitive sulla metodologia di finanziamento del RRF prima che i Piani nazionali siano completamente attuati. Di sicuro, però, le «prime lezioni»⁶⁰ apprese dal Dispositivo di Ripresa e Resilienza, da un lato, dimostrano che la progettazione dei Piani, in costante consultazione con la Commissione, non sia una novità introdotta dal RRF, in quanto procedura già contemplata dai programmi operativi relativi ai fondi strutturali.

Dall'altro, il Dispositivo sembra promuovere una sorta di *responsabilizzazione* degli Stati membri cui viene riconosciuto un maggiore margine di azione in fase di progettazione dei Piani. Così come, d'altronde, una lezione, pressoché assodata, del RRF riguarda l'introduzione di due nuovi elementi nel procedimento euro-nazionale del Semestre europeo, ossia la subalternità delle sovvenzioni del Dispositivo all'attuazione delle precedenti *Country Specific Recommendation* e il nesso instaurato tra il conseguimento dei finanziamenti e il raggiungimento di *milestone* e *target* (c.d. approccio *performance-based*) piuttosto che rispetto al parametro del costo del progetto⁶¹. Una prima, e provvisoria,

⁵⁷ Sul punto, cfr. G. Gioia, *Transmission Protection Instrument: politica monetaria e sviluppo del fiscal framework europeo*, in *Diritti Comparati*, 5 ottobre 2022; L. Bini Smaghi, *Scudo anti-spread e politica monetaria*, LUISS School of European Political Economy, policy brief, n. 18/2022, N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, cit., p. 3, nt. 5.

⁵⁸ Si veda la conferenza stampa della Presidente della BCE Christine Lagarde e del Vicepresidente Luis de Guindos del 21 luglio 2022. Reperibile presso: CONFERENZA STAMPA (europa.eu).

⁵⁹ I criteri sono espressamente individuati qui: The Transmission Protection Instrument (europa.eu).

Il quarto criterio che il Consiglio direttivo deve tenere in considerazione riguarda proprio «*sound and sustainable macroeconomic policies: complying with the commitments submitted in the recovery and resilience plans for the Recovery and Resilience Facility and with the European Commission's country-specific recommendations in the fiscal sphere under the European Semester*».

⁶⁰ Il riferimento è al recente dossier Z. Darvas e L. Welslau, *First lessons from the Recovery and Resilience Facility for the EU economic governance framework*, Economic Governance and EMU Scrutiny Unit (EGOV), Directorate-General for Internal Policies, PE 741.478, March 2023.

⁶¹ Sul punto, cfr. Z. Darvas e L. Welslau, *First lessons from the Recovery and Resilience Facility for the EU economic governance framework*, cit., pp. 8-9.

considerazione di sintesi, alla luce del rapporto osmotico sussistente tra ordinamento nazionale ed europeo, appare, dunque, suggerire che le dinamiche in via di sedimentazione a livello sovranazionale possano produrre i propri effetti, in maniera più o meno duratura, nell'ordinamento interno, soprattutto se si muove dall'osservatorio privilegiato di una forma di governo fisiologicamente flessibile e permeabile al fenomeno eurounitario.

3. L'attuazione del PNRR e il rinnovato protagonismo del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'emergenza pandemica ha esacerbato tendenze pregresse della *governance*⁶² moderna, per taluno⁶³ risalenti agli inizi del XX secolo, che, notoriamente e fortemente, impattano, e hanno impattato, sulle dinamiche dei rapporti tra il potere legislativo ed esecutivo⁶⁴, a tutto vantaggio del secondo.

In particolare, per quanto pertiene il caso italiano, è indubbio che la forma di governo⁶⁵ sia oggi estremamente differente da quella tratteggiata dai Costituenti e ben cristallizzata nell'ancora disatteso, ordine del giorno Perassi (risalente al 4 settembre 1946).

Trasformazioni “silenti”⁶⁶ del rapporto Parlamento-Governo che hanno inverato le c.d.

⁶² Sebbene la nozione di *governance* sia antica e polisemica, l'interesse della dottrina verso tale fondamentale-talvolta abusato- concetto delle scienze sociali ha avuto un'impennata negli anni Novanta e da allora progredisce in maniera esponenziale. Per un, recente e multidisciplinare, approfondimento ricognitivo sulle teorie della *governance* intese quali lenti analitiche che aiutano a comprendere e decifrare il policromo mondo contemporaneo cfr. C. Ansell e J. Torfing (a cura di), *Handbook on Theories of Governance*, Londra, 2022. Con particolare riferimento al PNRR italiano, S. Parisi, *PNRR e meccanismi di raccordo: c'è vita oltre gli esecutivi?*, in N. Antonetti e A. Pajno (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, Bologna, 2022, pp. 264-265 con riferimento al d.l. n. 77/21 (recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* e convertito con modifiche dalla legge 108/2021), ritiene che il lemma *governance* sia stato “svuotato dell'intensione semantica di cui molta dottrina lo aveva corredato” (l'Autrice, in specie, fa riferimento alle classificazioni di S. Belligni, *Miss Governance, I presume*, in *Meridiana*, 50-51, 2004, p. 181 ss.).

⁶³ In particolare, PL Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 2010 si sofferma sul periodo tra le due guerre mondiali e sul secondo dopoguerra.

⁶⁴ Per un approfondimento delle dinamiche relative ai rapporti tra Esecutivo e Legislativo in ambito europeo, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. D. Fromage A. Herranz-Surrallés (a cura di), *Executive-Legislative (im)balance in the European Union*, Londra, 2020.

⁶⁵ La letteratura è sterminata in relazione al nevralgico tema della forma di governo; cfr., *ex plurimis*, S. Merlini e G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, II ed., 2017; L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, voce in *Enc. Dir.*, cit.; C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973.

⁶⁶ Cfr. N. Lupo, *Failed Constitutional Reforms and Silent Constitutional Transformations*, in D. Fromage and A. Herranz-Surrallés (a cura di), *Executive-Legislative (im)balance in the European Union*, Londra, 2020, p. 121 ss.

“modificazioni tacite”⁶⁷ della Costituzione materiale⁶⁸, registratesi in assenza di una revisione costituzionale inerente alla disciplina della forma di governo⁶⁹.

Dunque, l'impostazione “governo-centrica per nascita e *governance*”⁷⁰ del PNRR, indotta, tra l'altro, dalla necessità di “coerenza diacronica”⁷¹ degli interventi previsti dal Piano, sembra inserirsi nel solco di un pregresso e risalente rafforzamento dell'Esecutivo, riconducibile a tre principali fattori⁷².

Il primo è saldamente ancorato alle tensioni in campo nel formante politico-partitico⁷³.

Il secondo fattore, conseguenziale al primo, è intrinsecamente connesso al c.d. “ipercinetismo elettorale”⁷⁴, il quale ha innescato il ruolo, inevitabilmente suppletivo, della

⁶⁷ Riferimento ineludibile è a F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le 'modificazioni tacite' della Costituzione*, Padova, 1951 e a S. Tosi, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959. Sul punto, cfr., *ex plurimis*, M. Manetti, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; C. De Cesare, *Le modificazioni tacite della Costituzione nell'attuale sistema parlamentare italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2010 ed, in ultimo, l'innovativa monografia – adesiva alla tesi di preservare in ogni caso la prescrittività del dato costituzionale – di M.P. Iadicicco, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Napoli, 2023.

⁶⁸ Il riferimento è a C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998, (ristampa inalterata con premessa di Gustavo Zagrebelsky). Per un recente approfondimento, cfr. M. Goldoni e M. A. Wilkinson (a cura di), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, 2023.

⁶⁹ In tal senso, è possibile mutuare il concetto di “quasi-constitutional amendments”. Sul punto, cfr. N. Lupo, *Two Examples of “Quasi-Constitutional Amendments” from the Italian Constitutional Evolution: A Response to Richard Albert*, 65 Buff. L. Rev. 1039 (2017).

⁷⁰ Così G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/ 2021, p. 122.

⁷¹ Così M. Midiri, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022, p. 152. In particolare, l'Autore evidenzia quanto la proiezione temporale degli interventi previsti nel Piano abbia condotto ad una *governance* accentrata, basata sulla Presidenza del Consiglio e sulla Ragioneria generale dello Stato.

⁷² Individuati da N. Lupo, *Failed Constitutional Reforms and Silent Constitutional Transformations*, cit. p. 126 ss.

⁷³ Per un approfondimento del sistema politico-partitico italiano (e, soprattutto, delle sue degenerazioni), cfr., *ex plurimis*, S. Vassallo, *Parliament*, in E. Jones e G. Pasquino (a cura di), *The Oxford Handbook of Italian Politics*, Oxford, 2015. In particolare, come già evidenziato da Nicola Lupo (cfr. nt. 66), a partire dal 1981, allorché entrò in carica il Governo Spadolini I, il primo Governo della storia repubblicana presieduto da un non democristiano (nella VIII e nella IX Legislatura la novità costituita dai Governi a guida non democristiana riguardò i Governi Spadolini I e II e Craxi I e II), gli Esecutivi per l'attuazione dell'indirizzo politico di governo hanno dovuto cominciare a ricorrere ad alcuni innovativi meccanismi istituzionali, non potendo più fare unico affidamento sugli accorgimenti negoziali squisitamente politici, che avevano prevalso per i primi quarant'anni della Repubblica. D'altronde, non è una circostanza casuale quella per la quale fu proprio il Governo Spadolini I, nella prospettiva di “compensare sul piano istituzionale la maggiore debolezza politica della *premiership*” (così G. Tarli Barbieri, *La disciplina del ruolo normativo del Governo nella legge n. 400 del 1988, ventinove anni dopo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 3) a presentare il disegno di legge (A.C. n. 3403, VIII Legislatura) che nella X Legislatura sarebbe divenuto la legge n. 400 del 1988, ossia la legge attuativa dell'articolo 95, comma 3, della Costituzione, sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio “voluta dalla Costituzione, ma ritenuta per più di quaranta anni veicolo di possibile rafforzamento della corrente democristiana che avrebbe di volta in volta espresso il Presidente del Consiglio” (Così A. Barbera, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 304).

⁷⁴ Secondo l'icastica formula di F. Lanchester, *La costituzione sotto sforzo. Tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*, Cedam, 2020. Tale “ipercinetismo elettorale” ha fatto

Corte costituzionale.

Il terzo, di particolare importanza per quanto qui rileva, è, evidentemente, il processo di integrazione europea.

Difatti, la sfida del PNRR rifluisce nell'alveo delle tendenze sistemiche di un fenomeno eurounitario notoriamente⁷⁵ (e, per certi versi, fisiologicamente, in virtù del coinvolgimento dell'Esecutivo nelle attività del Consiglio dell'UE e del Consiglio europeo) incline al rafforzamento del Governo rispetto al Parlamento nelle dinamiche euro-nazionali⁷⁶, cui è corrisposto, sempre più, un consolidamento dei poteri di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio dei ministri (divenuto “garante e coordinatore del PNRR”⁷⁷) tanto nel perimetro della compagine governativa, quanto nella sua proiezione esterna in sede europea, con una graduale (e conclamata), a partire dagli anni Ottanta, erosione delle prerogative del Ministero degli Affari esteri⁷⁸.

Se la “soggettivizzazione dell'indirizzo politico nella figura del Presidente del Consiglio”⁷⁹ è un fenomeno che l'attuazione del Piano ha suggellato, ma non introdotto⁸⁰, “ciò che emerge nel quadro del PNRR è anche il rafforzamento della struttura della Presidenza del Consiglio che [...] insieme al Ministero dell'Economia e delle Finanze costituisce il vero motore della gestione del Piano”⁸¹. D'altronde, proprio la *governance* per l'attuazione del PNRR, che si sostanzia in “una rete di strutture di missione, una per ciascun Ministero e

seguito, rifacendosi in maniera piuttosto ondivaga e rapsodica a sistemi ed elementi maggioritari, a quarantacinque anni di sistema elettorale proporzionale.

⁷⁵ Cfr., *ex plurimis*, R. Ibrido e N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018; P. Caretti, *I riflessi dell'ordinamento comunitario nella forma di governo italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1981; E. Catelani, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017.

⁷⁶ Cfr. N. Lupo e A. Manzella (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014.

⁷⁷ Così A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico normativo?*, in *Federalismi.it*, n. 25/2021, p. 254 ss.

⁷⁸ Sul punto, cfr. *amplius* G. Rivosecchi, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto governo-Parlamento*, in R. Ibrido e N. Lupo, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit.

⁷⁹ Così A. Manzella, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022, p. 150. Sul punto, cfr. anche E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione europea*, Milano, 2019, p. 431 ss.

⁸⁰ Difatti, sono piuttosto risalenti e consolidati gli studi relativi alla “presidenzializzazione” dei governi e della *leadership* politica. Sul punto, cfr., *ex plurimis*, M. Calise, *Presidentialization, Italian style*, in T. Poguntke e P. Webb (a cura di), *The Presidentialization of Politics. A comparative study of modern democracies*, Oxford, 2005, p. 93; S. Cassese, *The Prime Minister's 'Staff': the Case of Italy*, in B.G. Peters, R.A.W. Rhodes e V. Wright, (a cura di) *Administering the Summit. Transforming Government*, Londra, 2000; L. Helms, *Presidents, Prime Ministers and Chancellors. Executive Leadership in Western Democracies*, Londra, 2005; A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007.

⁸¹ Così G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la “fisarmonica” governativa*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Bologna, 2022, p. 144.

per alcuni Dipartimenti della Presidenza del Consiglio, slegate dallo *spoils system* e destinate a durare fino al 31 dicembre 2026”⁸², sembra suggerire una sorta di *upgrade* rispetto alla consolidata incidenza del diritto dell’Ue nelle dinamiche della forma di governo.

Com’è noto, in Italia, contrariamente a quanto accaduto in altri Stati membri, sotto l’egida della “clausola europea implicita e generale”⁸³ dell’art. 11⁸⁴ Cost., si è autorizzata con legge ordinaria la ratifica dei Trattati istitutivi delle Comunità europee, consentendo così l’avanzamento del processo di integrazione europea che, a Costituzione invariata, ha favorito, tra l’altro, la *presidenzializzazione* dei Governi. Tale specificazione pone in enfasi il carattere *politico*, in quanto tale teoricamente reversibile⁸⁵, della verticalizzazione degli esecutivi, la quale, quindi, “non implica necessariamente anche una presidenzializzazione degli stessi”⁸⁶. Dunque, si registra un rafforzamento, potenzialmente temporaneo, del ruolo del Presidente del Consiglio che rinviene la propria *ratio essendi* nella nota, e duttile, laconicità dell’articolo 9 Cost.⁸⁷. Una malleabilità, questa, che, a dispetto dell’art. 15 TUE che «ha conferito al Consiglio europeo un potere di impulso e di definizione degli orientamenti e delle priorità generali, che potrebbero ormai essere considerati alla stregua di un vero e proprio indirizzo politico europeo»⁸⁸, viene temperata dalle dinamiche contingenti del contesto politico-partitico in cui si inscrivono le forme organizzative dei rapporti fra Governo e Parlamento.

Di tale tesi si trova, plastica e recente, conferma nelle staffette governative della XVIII

⁸² Sul punto, cfr. *amplius* N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, cit., p. 8, nt. 20. Anche G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la “fisarmonica” governativa*, cit., ricostruisce analiticamente l’organigramma di tali strutture di missione, indipendenti dai cicli di rinnovo del consenso politico.

⁸³ Cfr. N. Lupo, *Clausole “europee” implicite ed esplicite nella Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n.4/2022; N. Lupo, *L’art. 11 come “chiave di volta” della Costituzione vigente*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2020.

⁸⁴ Per un approfondimento sul tema, cfr., su tutti, M. Cartabia e L. Chieffi, *Art. 11*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

⁸⁵ Evidenzia la natura instabile e precaria della natura della *presidenzializzazione* degli Esecutivi N. Lupo, *Failed Constitutional Reforms and Silent Constitutional Transformations*, cit., p.136.

⁸⁶ Così I. Ciolli, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell’Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022, p. 329.

⁸⁷ Su un tema così ampiamente dibattuto, cfr., *ex plurimis*, A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Firenze, 1951; G. Pitruzzella, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l’organizzazione del governo*, Padova, 1986; P. Ciarlo, *Art. 95*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, p. 321 ss.; E. Rotelli, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1972; I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018; A. Ruggeri, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1971.

⁸⁸ Così I. Ciolli, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell’Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, cit., p. 312.

Legislatura. Una Legislatura, questa, piuttosto “tormentata”⁸⁹, connotata da tre esperienze governative profondamente eterogenee e differenti l’una dalle altre. Iniziata con la nomina di un Presidente del Consiglio di cui si paventava la subalternità⁹⁰ rispetto al “contratto di governo”⁹¹, poi, soltanto parzialmente smentita dalla “parlamentarizzazione in uscita”⁹² della crisi del Governo Conte I, che ha consentito allo stesso Presidente del Consiglio di presiedere un nuovo Esecutivo (Governo Conte II) sostenuto da una differente maggioranza parlamentare, e poi conclusasi con la nomina di Mario Draghi a capo di un governo tecnico⁹³ che, a dispetto della amplissima maggioranza parlamentare che lo sosteneva (535 deputati e 262 senatori) e della necessità impellente di attuare il PNRR e gestire la crisi internazionale conseguente all’invasione russa dell’Ucraina, non ha consentito al Presidente della Repubblica di evitare lo scioglimento anticipato delle Camere⁹⁴.

Le recenti vicende politico-istituzionali sembrano, dunque, confermare la natura instabile e precaria dell’*empowerment* del Presidente del Consiglio dei Ministri il cui “impetuoso sviluppo di fatto e di diritto”⁹⁵ potrebbe approdare a lidi nuovi e differenti in determinati assetti politici.

Tuttavia, muovendo da tale approccio, l’avvento della pandemia e il *Next Generation EU* paiono delineare un netto cambio di passo, nella prospettiva di una sorta di stabilizzazione della primazia del Presidente del Consiglio.

Difatti, la dottrina, pressoché unanimemente, concorda nel rilevare, in fase di definizione

⁸⁹ Così A. Poggi, *Governo Draghi, travaglio dei partiti e Presidente della Repubblica: fine di una legislatura tormentata*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022. Una Legislatura, invero, caratterizzata dallo “stallo” iniziale conseguente alle elezioni politiche, dalla gestione dell’emergenza pandemica e dal “ritorno” della guerra in Europa, a seguito dell’aggressione russa dell’Ucraina, cui si è accompagnata una grave crisi socio-economica, acuita da un alto tasso di inflazione.

⁹⁰ E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il Presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all’Unione europea*, cit., pp. 443-444, ritiene che il Governo Conte I abbia suggellato un “depotenziamento” del ruolo del Presidente del Consiglio, il quale “si limitava a svolgere una funzione di coordinamento e non quindi d’indirizzo come l’articolo 95 Cost. gli riconosce”. In particolare, per l’Autrice “pare quindi che con il primo Governo Conte si sia avuta una riduzione del ruolo del Presidente del Consiglio ancor più di quanto la flessibilità della nostra Costituzione già prevede, con effetti non marginali anche nei rapporti con l’Ue. È parso quindi che il capo del Governo, che nei rapporti e nel modo di operare con l’Unione europea dovrebbe avere autonomia di decisione e di valutazione, non solo sia stato anch’esso completamente vincolato al contenuto del contratto, ma non avesse la possibilità di avere quell’autonomia di impegnare la volontà dell’Italia come invece il suo ruolo all’interno delle istituzioni europee avrebbe richiesto”.

⁹¹ Sul tema, cfr. *amplius* A. D’Andrea, *Del ridimensionamento per contratto del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposte dai capipartito)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018, pp. 681-684.

⁹² Così A. Manzella, *Il Presidente del Governo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 39.

⁹³ Sul punto, cfr. N. Lupo, *Ancora sui “governi tecnici”, alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2021.

⁹⁴ Sul punto, cfr. P. Armaroli, *Le anomalie di una crisi di Governo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2/2022.

⁹⁵ Così A. Manzella, *L’indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, cit., p. 153.

e prima attuazione del Piano, un rinnovato protagonismo del Presidente del Consiglio.

Dal punto di vista normativo, tale “ricerca di una *vis* unificante dell’indirizzo politico governativo”⁹⁶ trova chiara estrinsecazione nel decreto-legge n. 77/2021⁹⁷, convertito con modifiche e integrazioni dalla legge n. 108/2021.

Difatti, la legge n. 108/2021 si pone in un rapporto di continuità rispetto alla legge n. 400/1988⁹⁸ di cui “sfrutta sino in fondo le risorse istituzionali”⁹⁹, suggellando il “*surplus* politico del Presidente del Consiglio rispetto al Consiglio dei Ministri”¹⁰⁰.

In tal senso, particolarmente evocativa è la disciplina relativa all’esercizio dei poteri sostitutivi (cfr. art. 12, c. 1, d.l. n. 77/2021)¹⁰¹ attivabili da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente. Così come è esemplificativo il comma *6-bis* dell’articolo 2, introdotto in fase di conversione del d.l. n. 77/2021, in conformità al quale «il Presidente del Consiglio dei ministri può deferire singole questioni al Consiglio dei ministri perché stabilisca le direttive alle quali la Cabina di regia deve attenersi, nell’ambito delle norme vigenti».

⁹⁶ Si esprime in questi termini E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, 2022, p. 67.

⁹⁷ Recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*. Sul punto, cfr. *amplius* Camera Dei Deputati, Servizio Studi, *Provvedimento d.l. 77/2021 – Governance del PNRR e semplificazioni*, 28 luglio 2021.

⁹⁸ Non a caso nell’art. 2, c. 2, d.l. n. 77/2021 si è inserito un espresso richiamo all’art. 2, l. n. 400/ 1988. In particolare: «Fermo restando quanto previsto dall’articolo 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, la Cabina di regia esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull’attuazione degli interventi del PNRR. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può delegare a un Ministro o a un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri lo svolgimento di specifiche attività».

Sulla l. n. 400/1988, cfr. *ex plurimis* S. Labriola, *Il governo della Repubblica, organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988 n. 400*, Rimini, 1989; AA. VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent’anni dalla legge n. 400 del 1988*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2020.

⁹⁹ Così A. Manzella, *L’indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, cit., p. 143.

¹⁰⁰ Così I. Ciolli, *Emergenza pandemica e verticalizzazione del potere nella struttura dell’Esecutivo. Il ruolo del Presidente del Consiglio*, cit., p. 316.

¹⁰¹ «In caso di mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all’attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all’avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell’esecuzione dei progetti, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a trenta giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri individua l’amministrazione, l’ente, l’organo o l’ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all’esecuzione dei progetti, anche avvalendosi di società di cui all’articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 o di altre amministrazioni specificamente indicate».

D'altronde, proprio in tale comma si è ravvisata l'epifania formale di un rinnovato ruolo del Presidente del Consiglio, "chiamato a operare come *trait d'union* tra le due *governance*, quella del PNRR e quella tradizionale prevista dalla nostra forma di governo, beneficiando di una sorta di assimilazione fra Consiglio dei Ministri e Cabina di regia, che gli stessi correttivi adottati per scongiurarla (*per l'appunto, cfr. comma 6-bis*)¹⁰² rimettono al suo giudizio"¹⁰³.

Similmente, è di rimarchevole interesse la circostanza per la quale nel d.l. n. 77/2021 sembri riecheggiare l'art. 95 Cost. nei poteri di indirizzo e coordinamento¹⁰⁴ ivi menzionati: l'art. 2, c. 2, lett. a), prevede che «la Cabina di regia elabora indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi del PNRR, anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali».

Dunque, il Presidente del Consiglio, in fase di attuazione del Piano, assurge al ruolo di "colui che più di ogni altro garantisce, e dovrà garantire anche in futuro, il rispetto dei traguardi (*milestone*) e degli obiettivi (*target*) concordati con l'UE. È colui che indirizza, coordina e promuove la loro realizzazione con il sostegno delle strutture collocate all'interno della Presidenza del Consiglio dei ministri e che attiva nella formazione che più risponde ai suoi indirizzi"¹⁰⁵.

D'altronde, l'attuazione del Piano è tanto dirimente da rafforzare anche il ruolo del Presidente del Consiglio dimissionario. In tal senso, l'esperienza del Governo Draghi risulta altamente esemplificativa. Difatti, se prima della pandemia la partecipazione consueta del Presidente del Consiglio dimissionario al Consiglio europeo "sul piano dell'indirizzo politico e su quello della legittimazione democratica"¹⁰⁶ poneva qualche criticità in termini di autorevolezza della posizione negoziale assunta dal Presidente nel Consiglio europeo tanto nella proiezione esterna "non potendo *egli* assumere impegni politici per il futuro nei confronti di partner, né assicurare il rispetto da parte del suo Stato

¹⁰² Corsivo aggiunto.

¹⁰³ Così A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan*, in *Politica del diritto*, n. 2/2022, p.238.

¹⁰⁴ Evidenzia tale profilo, a più riprese, E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit., pp. 72 e 142.

Il riferimento normativo è all'art. 2, c. 2, d.l. n. 77/2021: «[...] la Cabina di regia esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR. Il Presidente del Consiglio dei ministri può delegare a un Ministro o a un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri lo svolgimento di specifiche attività».

¹⁰⁵ Così E. Catelani, *P.N.R.R. e Ordinamento Costituzionale: un'introduzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, p. 214.

¹⁰⁶ Così N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell'Unione*, cit., p. 1740.

membro degli indirizzi definiti dal Consiglio europeo”¹⁰⁷ quanto sul versante interno, per quanto riguarda l’insoddisfazione nei confronti delle posizioni assunte dal *leader*, spesso sconfitto, da parte degli elettori, con la logica contrattuale e vincolante del PNRR, tale tipo di impostazione viene completamente confutata. Di ciò si trova conferma nell’ultimo Consiglio europeo, nell’ottobre 2022, di Mario Draghi¹⁰⁸, il quale, ancorché dimissionario, in virtù non soltanto della propria *credibilità istituzionale*, ma anche e soprattutto della necessità di attuare il Piano conformemente agli impegni assunti, ha rivestito un ruolo cruciale nella fissazione del c.d. *price cap* e nella discussione relativa agli strumenti di debito comune, indirizzando, *de facto*, l’operato del successivo Esecutivo.

Un ruolo decisivo, rivendicato apertamente dal Presidente del Consiglio dimissionario, che è sembrato trovare parte della propria legittimazione democratica proprio nell’esigenza di garantire continuità nell’attuazione del Piano, nonostante la conclusione della propria esperienza governativa.

Muovendo da tale prospettiva, risulta particolarmente evocativa la metafora coniata da autorevole dottrina assimilando il ruolo del Presidente del Consiglio, con riferimento alla direzione della politica generale del governo, soprattutto in fase di attuazione del Piano, a quello del direttore di orchestra che “dirige, con il suo personale stile, l’esecuzione di un programma musicale da parte dell’orchestra”¹⁰⁹. Laddove, vivificando la distinzione tra indirizzo e programma di governo¹¹⁰, quest’ultimo, il cui contenuto sarà in gran parte vincolato fino al 2026 dagli interventi previsti dall’attuazione del PNRR¹¹¹, è da intendersi come “il mero spartito musicale che presuppone, assieme alla sua esecuzione, una interpretazione”¹¹². Dunque, a fronte di un Piano che costituisce un programma di governo “declinato (per la prima volta) in modo tecnico”¹¹³, il margine di manovra e flessibilità

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ V. Genovese, *L’ultima battaglia di Draghi al Consiglio europeo*, in *Linkiesta*, 22 ottobre 2022.

¹⁰⁹ Così A. Manzella, *L’indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, cit., p. 149.

¹¹⁰ Per approfondimenti sul tema, cfr. *ex plurimis*, G. Vesperini, *L’attuazione del programma di governo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2019; G. Piccirilli, *Strumenti tecnici al servizio dell’attuazione del programma di governo. L’esperienza del Governo Renzi* in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

¹¹¹ A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico normativo?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, p. 251 ss. ha definito, non a caso, il Piano come una “declinazione normativa dell’indirizzo politico programmato e definito in tutti i suoi aspetti organizzatori: dall’individuazione dei soggetti alle forme e a i modi dell’attività da svolgere con un coordinamento generale rivolto al conseguimento del risultato finale”.

¹¹² Così A. Manzella, *L’indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, cit., p. 149.

¹¹³ Così E. Albanesi, *L’Ufficio per il programma di governo nella Legislatura delle tre maggioranze*. En attendant una declinazione del programma in termini di progettazione normativa e delle politiche pubbliche, in F. Dal Canto e A. Sperti (a cura di), *Gli strumenti di analisi e di valutazione delle politiche pubbliche. Atti della giornata di studi svoltasi a Pisa l’11 giugno 2021*, Torino, 2022, p. 126. In particolare, l’Autore – per

dell'attività *ermeneutica* del Presidente del Consiglio si esplica nell'interpretazione delle *milestone* e dei *target*. Difatti, come evidenziato da chi ha coordinato l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione ai fini dell'attuazione del PNRR presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, “il PNRR, nelle tabelle allegate alla decisione di esecuzione del Consiglio¹¹⁴, che rappresentano il punto di riferimento obbligato per tutti, in questa fase, contiene una serie di formulazioni linguistiche che vanno rispettate, ma, per essere rispettate e attuate, vanno anche previamente interpretate”¹¹⁵. In tal senso, nel passaggio dal Governo Draghi al Governo Meloni sembra materializzarsi il discrimine tra due diverse modalità di interpretazione del programma di governo, di cui la prima traccia si rinviene in una differente modulazione della *governance* del Piano.

4. L'evoluzione della *governance* del Piano e gli assetti endogovernativi: i mutamenti in atto nella *governance* del PNRR a seguito dell'insediamento del Governo Meloni. Parziali reminescenze della bozza di Piano del Governo Conte II?

L'avvicinarsi degli Esecutivi ha avuto, e sta avendo, chiari riverberi sulla *governance* del PNRR. D'altronde, la crisi del Governo Conte II si consumò proprio sulla *governance* del

corroborare la tesi del PNRR inteso come programma di governo declinato per la prima volta in senso tecnico-ricorda come il Piano sia strutturato in una Parte I (*Obiettivi generali e struttura del Piano*), una Parte II (*Riforme e investimenti*), cui fanno seguito una parte specificamente riguardante l'*Attuazione e il monitoraggio* (Parte III) e una parte riguardante la *Valutazione dell'impatto macroeconomico* (Parte IV) del Piano stesso. L'intero Piano, poi, si caratterizza per l'indicazione del tipo di fonti legislative da utilizzarsi per la realizzazione delle singole riforme nonché per un dettagliato cronoprogramma.

¹¹⁴ Il riferimento è all'*Allegato alla decisione: descrizione delle riforme e degli investimenti previsti dal Piano per la Ripresa e la Resilienza; presentazione dei traguardi, degli obiettivi, degli indicatori e del calendario per il monitoraggio e l'attuazione del sostegno finanziario* (10160/21 ADD 1 REV 2), p. 11 ss. Reperibile presso: DECISIONE di esecuzione del CONSIGLIO UE relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia (italiadomani.gov.it)

¹¹⁵ Nicola Lupo si è espresso in questi termini nell'ambito della riunione interistituzionale promossa dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati e dalla Conferenza dei presidenti delle Assemblee regionali sul PNRR e le Assemblee elettive, svoltasi a Torino il 1° aprile 2022. Gli Atti del Seminario sono reperibili in *Il Piemonte delle Autonomie. Rivista quadrimestrale di Scienze dell'Amministrazione*, Anno IX, n. 3/2022.

Piano¹¹⁶. Sebbene la *governance*¹¹⁷ non fosse stata delineata¹¹⁸, per evidente mancanza di accordo sulla gestione e sul monitoraggio del Piano, nella Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza (Doc. XXVII, n. 18) trasmessa dal Governo Conte II alle Camere il 15 gennaio 2021, furono proprio le proposte di *governance* prefigurate dalla bozza¹¹⁹ di PNRR circolata, anche a mezzo stampa, nel dicembre 2020 a segnare il principale punto di frizione con Italia viva¹²⁰. In particolare, questa prima embrionale proposta di Piano promuoveva l'individuazione di un «Responsabile di missione» in ciascun settore interessato dal Piano, al quale fosse demandata la «responsabilità generale di assicurare la celere ed efficace attuazione del Piano stesso, la costante verifica circa il rispetto del cronoprogramma nonché il compito di adoperarsi, anche attraverso l'attivazione di poteri sostitutivi, per favorire il superamento di situazioni di inerzia o comunque ostative alla realizzazione dell'intervento programmato». Riaffiorava, dunque, tra le righe, in maniera non espressa a livello formale, quella grande struttura *parallela* ai Ministeri – a livello mediatico rinominata *task force*¹²¹

¹¹⁶ Intervento di Nicola Lupo in *Parte Seconda. Atti del Seminario CERM del 24 luglio 2020: l'attualità della legge 421 del 1992 in tempo di pandemia* in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *Un metodo per le riforme: l'attualità della legge 421 del 1992*, Bologna, 2021, p. 82, con riferimento al Consiglio dei Ministri svoltosi il 7 dicembre 2020 (n. 83), in cui risulta essere stato avviato l'esame del PNRR e delle disposizioni volte ad assicurarne l'attuazione, ritiene che “proprio sulla questione della *governance* del *Recovery Plan* il governo Conte II abbia compiuto uno dei suoi principali passi falsi, che hanno poi condotto alla crisi del gennaio 2021: con un goffo tentativo di disciplinare in gran fretta e con uno strumento legislativo iper-contingente, com'è per definizione un emendamento alla legge di bilancio, una questione che invece all'evidenza presentava un rilievo strategico, sia in termini politico-amministrativi, sia in termini di impatto sul sistema produttivo pubblico e privato”.

Inoltre, nella Risoluzione di opposizione in Assemblea (n. 6-00188) – presentata da Lollobrigida *et al.* e respinta dalla Camera nella seduta del 27 aprile 2021 – lo scarso coinvolgimento delle Camere nella predisposizione e nell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza viene apertamente ritenuto “uno dei motivi che hanno portato alla caduta del Governo Conte bis”.

¹¹⁷ La Proposta di Piano di ripresa e resilienza con riferimento alla *governance* si limitava a stabilire che: «Il Governo, sulla base delle linee guida europee per l'attuazione del Piano, presenterà al Parlamento un modello di *governance* che identifichi la responsabilità della realizzazione del Piano, garantisca il coordinamento con i Ministri competenti a livello nazionale e agli altri livelli di governo, e monitori i progressi di avanzamento della spesa» (cfr. p. 16).

¹¹⁸ La mancata indicazione della *governance*, la mancata specificazione di tempi e modalità di attuazione degli interventi inseriti nel Piano e la profonda frammentarietà e disorganicità delle risorse proposte sono i principali fattori di discontinuità rispetto al Piano adottato dal Governo Draghi. Per un dettagliato confronto tra i due Piani, cfr. M. Guidi, M. Moschella, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2021.

¹¹⁹ Reperibile qui (nella versione aggiornata al 6 dicembre 2020): PNRR BOZZA per CdM 7 Dic2020 h.11.55 (quotidianosanita.it). In particolare, cfr. p. 97 ss.

¹²⁰ Il leader di Italia viva interviene nella sua Enews il 7 dicembre 2020: “Serve un governo che funzioni, non 300 consulenti” (Renzi: “Serve un governo che funzioni, non 300 consulenti” (matteorenzi.it)); Tommaso Labate, “Renzi: *Non cedo sulla governance del Recovery. Conte faccia un passo indietro. Pronti a non votare la legge di Bilancio*”, *Corriere della Sera*, 8 dicembre 2020, https://www.corriere.it/politica/20_dicembre_08/renzi-io-non-cedo-conte-faccia-passo-indietro-pronti-non-votare-leggebilancio-de01c8f0-3990-11eb-97f0-6f118c19c928.shtml, Niccolò Magnani, *Recovery Plan, salta Cdm oggi/ Renzi “no Piano Conte. Cade Governo? Temo di sì”*, 8 dicembre 2020, in *il Sussidiario.net*.

¹²¹ Nella bozza di Piano si fa riferimento a: «I Responsabili di missione operano all'interno di una struttura di missione costituita con d.P.C.M., su proposta del Comitato esecutivo. Alla struttura è attribuito un

e rifacentesi al modello (secondo quanto trapelato, già nel luglio 2020, da fonti governative¹²²) della cabina *Strategia Italia*¹²³ quale organo di raccordo politico, strategico e funzionale dell'azione di Governo – le cui dimensioni (inizialmente si prospettava un organigramma composto da trecento, poi ridotto a 90/100¹²⁴ tecnici esperti, chiamati a coadiuvare sei *manager*, uno per ogni missione) avevano suscitato un intenso dibattito, anche in seno alla maggioranza di governo. Inoltre, a tale *task force* si sarebbe dovuto cumulare un Comitato esecutivo, composto da Presidente del Consiglio, Ministro dell'Economia e delle Finanze e Ministro dello Sviluppo Economico, chiamato a vigilare politicamente sul Piano con compiti di indirizzo, coordinamento e controllo. Veniva, poi, indicato il Ministro degli Affari europei, di intesa con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, per quanto di competenza di quest'ultimo, quale *referente unico* con la Commissione Europea per tutte le attività legate all'attuazione del Piano¹²⁵. È proprio su tale ultimo profilo, tra gli altri, come il pervasivo coinvolgimento del Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE), già presente nella proposta avanzata da Assonime¹²⁶, che si registra la più netta cesura con il Piano presentato dal Governo Draghi.

contingente di personale, anche di livello dirigenziale, individuato tra il personale delle pubbliche 99 amministrazioni, personale di società pubbliche in house o partecipate, collaboratori nonché consulenti o esperti, anche estranei alla pubblica amministrazione» (p. 97).

¹²² Cfr. Emanuele Lauria, *Una "regia" politica e un pool di tecnici e burocrati: come sarà la nuova task force di Conte*, La Repubblica, 22 luglio 2020 (Recovery Fund: la nuova task force di Conte per gestire le risorse - la Repubblica).

¹²³ Istituita con d.P.C.M. 15 febbraio 2019, adottato in attuazione di quanto previsto dall'art. 40, d.l. n. 109/2018 (convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130, recante *Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*) e nella riforma del Regolamento interno del CIPE (delibera n. 82/2018).

«La Cabina di Regia – presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, o dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e composta dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, dal Ministro per il Sud e dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie e integrata dai Ministri interessati alle materie trattate, nonché dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle province autonome, dal Presidente dell'Unione delle province d'Italia e dal Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani- è chiamata a: verificare lo stato di attuazione di piani e programmi di investimento infrastrutturali; verificare lo stato di attuazione di interventi connessi a fattori di rilevante rischio per il territorio come il dissesto idrogeologico, la vulnerabilità sismica degli edifici pubblici e situazioni di particolare degrado ambientale che necessitano di attività di bonifica, individuando strumenti straordinari, operativi e finanziari per farvi fronte; e ad esercitare, per la realizzazione delle tali finalità, funzioni di impulso, coordinamento, monitoraggio e controllo in ordine alla corretta, efficace ed efficiente utilizzazione delle relative risorse economiche e finanziarie». Sul punto, cfr. *amplius* il sito del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE).

¹²⁴ Redazione Open, *Recovery Plan all'ultima curva: il governo lavora a 60 progetti e una task force di 'soli' 100 tecnici*, 3 dicembre 2020.

¹²⁵ Il ruolo e la composizione del Comitato esecutivo sono approfonditamente analizzati da M. Guidi e M. Moschella, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, cit., p. 422.

¹²⁶ http://www.assonime.it/assonime/area-stampa/Pagine/Rapporto-Assonime_Quale-assetto-istituzionale-per-l%E2%80%99impiego-dei-fondi-Next-Generation-EU.aspx L'assonanza tra la bozza di Piano del

In particolare, sul ruolo del CIAE è opportuno soffermarsi più approfonditamente.

Già dal 24 luglio 2020, all'indomani dell'accordo raggiunto, il 21 luglio 2020, sul *Next Generation EU* in seno al Consiglio europeo, emerse "la scelta, sancita da un accordo di maggioranza, di investire delle funzioni di coordinamento il Comitato interministeriale per gli affari europei (CIAE), sul presupposto che la responsabilità della stesura e della gestione del Piano andasse riconosciuta all'Esecutivo"¹²⁷.

Il CIAE, quindi, nelle prime ipotesi di *governance*, era inteso quale "cabina di regia del *Recovery Plan*"¹²⁸. Una scelta, questa, plausibilmente indotta dal rinnovato protagonismo del CIAE registratosi nel passaggio dal Governo Conte I al Governo Conte II.

Sebbene il CIAE¹²⁹ sia il *cuore politico* del Dipartimento per le politiche europee, in quanto "organo d'indirizzo politico unitario dell'Italia in merito alle politiche europee"¹³⁰, durante il Governo Conte I il Comitato ha patito una certa marginalizzazione riunendosi "solo tre volte e comunque sempre con la presenza non del Presidente del Consiglio (e questo può essere considerato normale nella prassi del CIAE) ma dei due vicepresidenti, rispettivamente Ministro dell'interno e Ministro del lavoro e dello sviluppo economico, che non sono membri di diritto"¹³¹.

Il Governo Conte II, invece, dà nuovo slancio al Dipartimento per le politiche europee, nominando un Ministro senza portafoglio e una sottosegretaria di Stato¹³² e, soprattutto,

Governo Conte II con la proposta di Assonime è posta in enfasi da C. Cottarelli e G. Gottardo, *La governance del Recovery Plan. Cosa faranno gli altri Paesi?*, in *Osservatorio conti pubblici italiani*, 17 febbraio 2021. In particolare, Innocenzo Cipolletta (Presidente dell'Associazione) - in un'intervista rilasciata a *Il Sole 24 ORE*: Carlo Marroni: "Sul Recovery Plan le deleghe al ministro delle Politiche Ue", 27 novembre 2020 - afferma che "per questa sfida serve un ministero ad hoc senza portafoglio per il Recovery fund, maggiore convergenza possibile fra maggioranza e opposizione in Parlamento per votare le linee guida deliberate dal governo e la costituzione di due livelli, gestionale e operativo. [...] Non serve creare un nuovo ministro ma nuove deleghe che potrebbero essere assegnate al Ministro degli Affari europei, anche se non spetta a noi dirlo".

¹²⁷ Così R. Di Cesare e A. Zito, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 24/2022, p. 84.

¹²⁸ Così E. Catelani, *L'accentramento del potere decisionale nel governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022, p. 255, nt. 15.

¹²⁹ Per un approfondimento sul ruolo e le funzioni del CIAE, si vd. *amplius* E. Catelani, *Poteri e organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, cit., pp. 225-230; P. Vella, *Art.2. Comitato interministeriale per gli affari europei*, in L. Costato, L.S. Rossi e P. Borghi (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012*, n. 234, Napoli, 2015, p. 23 ss.; L. Saltari, *La partecipazione italiana alla formazione e attuazione della normativa europea. Il sistema di coordinamento*, in *Il Giornale dir. amm.*, n. 5/2013, p. 475.

¹³⁰ Così E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, cit., p. 446.

¹³¹ *Ibidem*. In particolare, l'Autrice deduce dalla presenza dei due vicepresidenti che il Presidente del Consiglio non avesse in quella fase l'effettivo potere di indirizzo, affidato integralmente ai vari detentori delle scelte politiche di governo che in quel contesto dovevano necessariamente essere presenti.

¹³² E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, cit., p. 449 evidenzia, come ulteriore conferma di discontinuità rispetto al Governo Conte I, che la riunione del CIAE dell'ottobre 2019 (il Governo Conte II

valorizzando il Comitato tecnico di valutazione (CTV), l'organo di coordinamento tecnico del CIAE.

Difatti, vengono promosse ricorrenti riunioni di tale Comitato tecnico, mai riunitosi durante il Governo Conte I, in cui si inseriscono all'ordine del giorno "aspetti centrali nelle politiche connesse all'Ue e non solo"¹³³. Sulla scorta di tale pregressa rivitalizzazione, il CTV, il 29 luglio 2020, ha dato inizio ai lavori istruttori per la redazione del Piano, avviando ufficialmente una prima fase di raccolta dei contributi di tutte le amministrazioni, in base all'accordo del 21 luglio. In particolare, il 9 settembre 2020¹³⁴, il CIAE ha approvato nei suoi contenuti essenziali, in coordinamento con tutti i Ministeri e le rappresentanze delle regioni e degli enti locali, la proposta di *Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*. In tale frangente, è risultato molto pregnante il ruolo del Comitato tecnico di valutazione, riunitosi, dal 29 luglio al 10 settembre 2020, undici volte¹³⁵, in una composizione comprensiva dei rappresentanti di tutti i Ministeri e degli Enti locali, e, come osservatori, anche dei funzionari di Camera e Senato della XIV Commissione.

Il diffuso coinvolgimento del CIAE in fase istruttoria, il 7 dicembre 2020, sembra trovare conferma nella prima bozza di *governance*¹³⁶ in cui, come accennato *supra*, si paventa l'ipotesi che il comitato esecutivo risponda direttamente al CIAE, delinendo così ben due livelli di separazione dal Consiglio dei Ministri. Tuttavia, l'avvento del Governo Draghi, ponendosi in conformità alla scelta operata in gran parte degli Stati membri, in cui il Ministero responsabile del Piano è *naturaliter* quello dell'Economia¹³⁷, segna una netta

è entrato in carica il 5 settembre 2019) è stata presieduta dallo stesso capo del Governo, anche se i lavori erano stati organizzati dal Ministro.

¹³³ Così E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, cit., pp. 449- 450., la quale fa riferimento a "il Quadro finanziario pluriennale, la condizionalità macroeconomica, l'azione esterna e il tema migratorio, le risorse proprie, la Pac (Politica agricola comune), la coesione, lo strumento della Cef (*Connecting Europe facility*), i *target* ambientali, il fondo per la difesa, gli effetti della Brexit, il cosiddetto *Green Deal* europeo, la modernizzazione della politica di concorrenza dell'Ue e si potrebbe elencare ancora a lungo".

¹³⁴ Cfr. i Comunicati del Comitato Interministeriale per gli Affari Europei, (il cui ultimo comunicato risale proprio al 9 settembre 2020). Reperibile presso: Dipartimento per le Politiche Europee - Comunicati del Comitato Interministeriale per gli Affari Europei

¹³⁵ Per un'analisi dettagliata delle riunioni del CTV si rimanda all'audizione del Ministro Amendola del 10 settembre 2020, davanti alle Commissioni congiunte di Camera e Senato. Cfr. Camera dei deputati, XVIII Legislatura, Commissioni riunite V-XIV Camera e 5°-14° Senato, seduta del 10 settembre 2020, Resoconto stenografico.

¹³⁶ Tale bozza di *governance* trapela tramite dettagliate indiscrezioni giornalistiche. Nel caso di specie, il riferimento è a Stefano Feltri, *Ecco come funziona il governo parallelo di Conte sul Recovery Fund*, in *Domani*, 7 dicembre 2020.

¹³⁷ Per un'accurata analisi di stampo comparatistico del modello di *governance* dei Piani, cfr. B. P. Amicarelli, P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano e A. Renzi, *I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.

linea di demarcazione con la pregressa proposta di *governance*.

Difatti, il nuovo Esecutivo, sin dalle comunicazioni del Presidente del Consiglio del 17 febbraio 2021, incardina la *governance* del Piano nel Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la strettissima collaborazione dei Ministeri competenti, che definiscono le politiche e i progetti di settore.

In particolare, la *governance* del Piano¹³⁸ definita dal d.l. n. 77/2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021, assegna alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la responsabilità di indirizzo del Piano e annovera: la Cabina di regia (art. 2, d.l. n. 77/2021), chiamata ad esercitare poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR; i Comitati interministeriali per la transizione digitale e per la transizione ecologica (art. 2, c. 4, d.l. n. 77/2021), i quali svolgono, sull'attuazione degli interventi del Piano e nelle materie di propria competenza, le funzioni di indirizzo, impulso e coordinamento tecnico, informando la Cabina di regia che ha la facoltà di parteciparvi attraverso un delegato; la Segreteria tecnica (art. 4, d.l. n. 77/2021), istituita a supporto delle attività della Cabina di regia; l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione (art. 5, d.l. n. 77/2021), la quale è finalizzata a superare gli ostacoli normativi, regolamentari e burocratici che possono rallentare l'attuazione del Piano; il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (art. 3, d.l. n. 77/2021), composto da rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, degli enti locali, nonché di Roma capitale e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'Università e della ricerca scientifica e della società civile, che svolge una funzione consultiva nelle materie connesse all'attuazione del Piano; il Servizio centrale per il PNRR (art. 6, d.l. n. 77/2021), istituito presso la Ragioneria generale dello Stato, il quale, essendo responsabile della gestione del Fondo di Rotazione del *Next Generation EU-Italia* e dei connessi flussi finanziari, nonché della gestione del sistema di monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti del PNRR, rappresenta il punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del Piano. .

Inoltre, presso la Ragioneria generale dello Stato è istituito un ufficio dirigenziale con

4/2021; F. Corti, J. Nunez Ferrer, T. Ruiz de la Ossa e P. Regazzoni, *Comparing and assessing Recovery and Resilience Plans. Italy, Germany, Spain, France, Portugal and Slovakia*, CEPS, n. 5/ 2021.

¹³⁸ Sul punto, cfr. C. Mattei, *Gestire un progetto complesso: il sistema di governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza* in B.G. Mattarella, L. Fiorentino e M. Cardone (a cura di), *L'attuazione del PNRR. Uno sguardo al futuro*, I Quaderni della Rivista Amministrazione in Cammino, ottobre 2022, p. 37 ss.

funzioni di *audit* del PNRR (art. 7, d.l. n. 77/2021) che opera in posizione di indipendenza funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione del PNRR e si avvale, nello svolgimento delle funzioni di controllo relative a linee di intervento realizzate a livello territoriale, dell'ausilio delle Ragionerie territoriali dello Stato. A dimostrazione della rimarchevole influenza esercitata dal Piano sulle dinamiche endogovernative, il Governo Meloni, in carica dal 22 ottobre 2022, ha modulato gli incarichi di alcuni Ministri senza portafoglio al fine di renderli più funzionali all'esercizio delle rispettive deleghe. In particolare, il Consiglio dei Ministri, riunitosi il 10 novembre 2022, ha conferito al Ministro Raffaele Fitto l'incarico per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR¹³⁹.

In particolare, il d.l. n. 173/2022 (*Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri*)¹⁴⁰, all'art. 7, c. 2, (*Disposizioni per l'attuazione del Piano di ripresa e resilienza*), prevede che «all'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n.108, dopo il primo periodo, è inserito il seguente: «Il Servizio centrale per il PNRR opera a supporto delle funzioni e delle attività attribuite all'Autorità politica delegata in materia di Piano nazionale di ripresa e resilienza ove nominata».

Contestualmente, assume particolare rilevanza il d.P.C.M. 12 novembre 2022, *Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio on. Raffaele Fitto*.

In particolare, per quanto qui rileva, merita particolare attenzione l'art. 3 (*Delega di funzioni in materia di Sud, coesione territoriale e PNRR*). Specificamente, ai sensi

¹³⁹ Già il primo Consiglio dei Ministri del nuovo governo presieduto da Giorgia Meloni, riunitosi domenica 23 ottobre 2022, aveva conferito gli incarichi ai Ministri senza portafoglio, attribuendo la delega per gli Affari Europei, le Politiche di Coesione e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza all'on. Raffaele Fitto.

¹⁴⁰ Le discutibili tecniche di *spacchettamento* dei Ministeri operate con decreti-legge sono piuttosto risalenti, facendo capo ai Governi Berlusconi II (dall'11 giugno 2001 al 23 aprile 2005) e Prodi II (dal 17 maggio 2006 all'8 maggio 2008). M.C. Grisolia, *Il potere di indirizzo e coordinamento del presidente del Consiglio*, in S. Merlini (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare italiano*, Torino, 2011, p.111 evidenzia le criticità sottese al d.l. n. 85/2008, convertito con modificazioni dalla legge n.121/2008 (recante *Disposizioni urgenti per l'adeguamento delle strutture di Governo in applicazione dell'articolo 1, commi 376 e 377, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*), rimarcando quanto il ricorso ad un decreto-legge si ponga in contrasto con la "ratio sottostante la riserva prevista ex art. 95 Cost.". E. Catelani, *Struttura del governo: l'organizzazione dei ministeri*, in S. Merlini (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare italiano*, cit., p. 147, spec. nt. 10, concorda sul punto e rammenta quanto precedentemente al d.l. n. 217/2001 (convertito dalla l. n.317/2001), al d.l. n. 181/2006 (convertito dalla l. n. 233/2006) e al d.l. n. 85/2008, poc'anzi menzionato, vi sono altri due risalenti precedenti da annoverare: il d.l. n. 657/1974 con cui il governo Spadolini creò il Ministero per i beni culturali e per l'ambiente e il d.l. n. 495/1993 con cui si operò un riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport.

dell'articolo 3, c. 2, lett. p), il Ministro senza portafoglio per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR (*hic et inde*, Ministro) è delegato «a presiedere, su delega del Presidente del Consiglio dei ministri, e assicurare le funzioni della Cabina di regia per il Piano nazionale di ripresa e resilienza di cui all'art. 2, c. 2, lettere a), b), c), d) e), f), g) e h), del decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108».

Nella formulazione di tale comma si rinviene una prima difformità rispetto alle disposizioni del d.l. n. 77/2021. In particolare, l'art. 2, c. 1, del d.l. n. 77/2021 prevede che la Cabina di regia, alla quale partecipano i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta, è *presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri*. Inoltre, l'art. 2, c. 3, del d.l. n. 77/2021 stabilisce che nelle sedute della Cabina di regia in cui sono esaminate questioni di competenza di una singola regione o provincia autonoma, oppure di più regioni o province autonome, oppure questioni di interesse locale, «partecipa sempre il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, che può presiederla su delega del Presidente del Consiglio dei ministri».

Il d.l. n. 77/2021, dunque, prevede che su delega del Presidente del Consiglio, in determinati casi individuati *ratione materiae*, sia *soltanto* il Ministro per gli affari regionali e le autonomie a poter presiedere la Cabina di regia.

Inoltre, con riferimento al Governo Meloni, ai sensi dell'art. 3, c. 2, lett. q), d.P.C.M. 12 novembre 2022, il Ministro è delegato ad assicurare le funzioni di impulso e coordinamento delle iniziative del Governo relative all'art. 21, Regolamento (UE) 2021/241, riguardante la procedura relativa alla modifica del Piano per la ripresa e la resilienza dello Stato membro. Tale comma sembra inserirsi nel solco dell'art. 2, c. 2, del d.l. n. 77/2021, il quale intesta alla Cabina di regia «poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione del Piano»¹⁴¹, contemplando l'ipotesi che il Presidente del Consiglio dei Ministri possa «delegare a un Ministro o a un Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri lo svolgimento di specifiche attività», tra queste, con riferimento alla trattazione in esame, merita particolare menzione l'art. 2, c. 2, lett. a) in cui si prevede che la Cabina di regia «elabora indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi del PNRR, anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali».

L'art. 3, c. 4, del d.P.C.M. 12 novembre 2022 prevede, poi, che il Ministro rappresenti il

¹⁴¹ Poteri in cui - come evidenziato *supra* - riecheggia l'articolo 95 Cost.

Governo italiano e ne attui gli indirizzi in tutti gli organismi internazionali e europei aventi competenza nelle materie relative al Sud, alla coesione territoriale e al PNRR. Tale disposizione conferma quanto la marginalizzazione sul piano politico del Ministro per gli affari europei, registratasi a partire dagli anni Ottanta, venga meno solamente allorquando il Ministro “operi in stretto raccordo con il Presidente del Consiglio (e con Palazzo Chigi)”¹⁴². Com’è noto¹⁴³, in passato¹⁴⁴, spesso, la figura del Ministro per gli affari europei – conformemente a quanto previsto dall’art. 5, c. 3, lett. a), legge n. 400/1988 – è stata assente cedendo il passo, tramite il conferimento delle deleghe ad un altro Ministro senza portafoglio oppure a un Sottosegretario.

In tal senso, la XVIII Legislatura risulta essere particolarmente suggestiva se si considera l’interazione tra Presidente del Consiglio e Ministro per gli Affari europei, prima e dopo l’avvento della pandemia e la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Difatti, nel marzo 2019, viene nominato Ministro per gli Affari europei Paolo Savona, che conferma le proprie dimissioni l’8 marzo 2019, allorquando è nominato presidente della Consob. Successivamente, trattandosi di un Ministro senza portafoglio, le sue funzioni sono state avocate dal Presidente del Consiglio. Da allora, sono stati attesi quattro mesi (un lasso temporale inimmaginabile di lì a qualche mese con il diffondersi della pandemia), nel corso dei quali l’Italia ha evitato *in extremis* la procedura d’infrazione europea sul debito, per nominare Lorenzo Fontana Ministro per gli Affari europei, il quale resterà in carica soltanto tre mesi a causa della crisi del Governo Conte I. Con il governo Conte II e la nomina di Vincenzo Amendola, si instaura una sinergica collaborazione tra Presidente del Consiglio e Ministro degli Affari europei che viene particolarmente favorita dall’avvento dell’emergenza pandemica e dall’esigenza di esprimere una posizione efficace dal punto di vista negoziale nelle istituzioni europee in fase di definizione della strategia di ripresa pandemica e post-pandemica. Di ciò si trova riscontro anche nel Governo Draghi. Difatti, l’Esecutivo guidato da Draghi, sebbene abbia preferito, coerentemente ad un’impostazione di *governance* del Piano imperniata sull’asse Presidente del Consiglio-Mef, non nominare un Ministro per gli Affari europei, ha delegato le rispettive funzioni ad un Sottosegretario individuato, per ragioni non meramente legate a contingenze politiche ma indotte soprattutto dalla necessità di preservare la continuità dell’interlocuzione con Bruxelles

¹⁴² Così N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell’Unione*, cit., p. 1747.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Per una ricostruzione diacronica, cfr.: Dipartimento per le Politiche Europee - Ministri dal 1987 ad oggi

nella definizione dei contenuti del Piano, nella stessa persona di Vincenzo Amendola. In ultimo, nel governo Meloni, la nomina del Ministro Fitto agli Affari europei con delega di funzioni in materia di Sud, coesione territoriale e PNRR sembra confermare il potenziamento di un Dipartimento che, nell'ultimo trentennio, proprio a causa del progressivo avanzamento del processo di integrazione europea e della contestuale "settorializzazione e complicazione delle politiche"¹⁴⁵ aveva in parte smarrito il proprio peso specifico. In tale prospettiva, il Piano di ripresa e resilienza, al netto della parziale parentesi del governo Draghi, sembra aver delineato un netto cambio di tendenza.

Inoltre, per quanto riguarda le competenze del Ministro per gli affari europei nel governo Meloni, nevralgica rilevanza è da attribuirsi all'art. 3, c. 6, del d.P.C.M. 12 novembre 2022, da leggersi in combinato disposto con il summenzionato art. 7, c. 2, d.l. n. 173/2022, in cui si prevede che il Ministro, quando è delegato a presiedere, su delega del Presidente del Consiglio dei Ministri, e assicurare le funzioni della Cabina di regia e ad assicurare le funzioni di impulso e coordinamento delle iniziative del Governo relative alla modifica del Piano, *si avvale* altresì della struttura Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei ministri¹⁴⁶. Per l'esercizio delle medesime funzioni, il Ministro è *supportato* anche dall'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e Ufficio per la semplificazione, dall'Unità di missione PNRR presso l'Ufficio del segretario generale della Presidenza del Consiglio¹⁴⁷, istituita, ai sensi dell'art. 8, c. 1 d.l. n. 77/2021, con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 30 luglio 2021¹⁴⁸ e del 9 settembre 2021, e dal Servizio centrale per il PNRR.

¹⁴⁵ Così N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell'Unione*, cit., p. 1745 (con corsivo aggiunto).

¹⁴⁶ Di cui all'art. 4, d.l. n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108/2021.

¹⁴⁷ «L'Unità di missione per il coordinamento, monitoraggio, rendicontazione e controllo degli interventi del PNRR, istituita nell'ambito del Dipartimento per le politiche di coesione, svolge le funzioni di coordinamento, monitoraggio, rendicontazione e controllo degli interventi previsti nel piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) di titolarità del Ministro per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza attuando gli indirizzi strategici individuati dal Ministro, anche al fine di garantire il necessario coordinamento con le attività del Dipartimento e dell'Agenzia per la Coesione Territoriale. L'Unità di missione è coordinata da una figura dirigenziale di livello generale che svolge le funzioni di indirizzo e coordinamento della programmazione strategica e attuativa degli interventi PNRR di competenza dell'Amministrazione e rappresenta il punto di contatto con il Servizio centrale per il PNRR del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Difatti, nell'ambito delle proprie attività, l'Unità (servizio di monitoraggio) provvede a validare e trasmettere al Servizio centrale per il PNRR i dati di avanzamento finanziario e di realizzazione fisica e procedurale degli investimenti e delle riforme, così come è chiamata (Servizio di rendicontazione e controllo) a inoltrare al Servizio centrale per il PNRR i dati necessari per la presentazione delle richieste di pagamento alla Commissione europea».

Sul punto, cfr. *amplius* il Decreto Interministeriale del 12 ottobre 2021 – Organizzazione interna dell'Unità di Missione.

¹⁴⁸ DPCM_30_07_2021.pdf (governo.it).

La circostanza per la quale il Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sia supportato dal Servizio centrale per il PNRR, la cui attività di supporto, tra l'altro, viene ulteriormente e pleonasticamente richiamata *apertis verbis* nel d.l. n. 173/2022, ha sin da subito destato qualche perplessità¹⁴⁹.

La prima, di ordine formale. Difatti, la *governance* del Piano, ossia «le modalità per il monitoraggio e l'attuazione efficaci del Piano per la ripresa e la resilienza da parte dello Stato membro interessato»¹⁵⁰, rientra tra i contenuti specifici e indefettibili del Piano¹⁵¹, formalmente varati, ai sensi dell'art. 20, par. 1, reg. UE 2021/241, dal Consiglio UE, il quale approva, mediante decisione di esecuzione su proposta della Commissione, la valutazione del Piano presentato dallo Stato stesso.

In particolare, la decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza italiano è stata adottata il 13 luglio 2021, secondo alcuni avrebbe *de facto*, reso “difficilmente reversibile”¹⁵² la *governance* del Piano. Una *governance*, tra l'altro, espressamente richiamata¹⁵³ nell'Allegato alla decisione, in cui si afferma che «il monitoraggio e l'attuazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia devono avvenire secondo le seguenti modalità», con riferimento a quelle indicate nel d.l. n. 77/2021.

Si potrà, dunque, modificare la *governance* del Piano, cristallizzata nella decisione di esecuzione del Consiglio, in conformità all'art. 21, reg. UE 2021/241, così come integrato e specificato dalla sopracitata Comunicazione della Commissione *Orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di REPowerEU*.

Inoltre, nell'allegato, si rimarca il ruolo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, il

¹⁴⁹ Si vd. Valerio Valentini, *Meloni esautora Giorgetti sul PNRR. Bruxelles in allarme*, Il Foglio, 1° dicembre 2022.

¹⁵⁰ Così l'art. 18, par. 4, lett. p), reg. UE 2021/241.

¹⁵¹ In particolare, F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2022, p. 239 evidenzia che “il Regolamento e le linee guida del RRF richiedono agli Stati di definire, all'interno dei piani, una struttura amministrativa di *governance* che sia in grado di rispondere ad alcuni requisiti minimi, tra i quali la individuazione di una “*leading authority*” che funga da struttura di coordinamento (Sezione 3.3 delle Linee guida del RRF), che abbia la responsabilità completa per il Piano e agisca come interlocutore unico della Commissione europea”.

¹⁵² Così A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan*, cit., p. 236. L'Autore, in particolare, evidenzia come la scelta di istituire un'apposita *governance* per l'attuazione del Piano - e di non usufruire dei normali sistemi di gestione del bilancio - sia stata frutto di una libera determinazione dell'Italia. Inoltre, E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit., p. 64 sottolinea che l'impianto “governo e stato-centrico” della *governance* non sia stata una scelta “necessitata” dal diritto dell'Unione e, dunque, non si è imposta al Legislatore attraverso le clausole europee della Costituzione (artt. 11 e 117, c. 1, Cost.).

¹⁵³ Tale richiamo è posto in enfasi anche da A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan*, cit., p. 237.

quale, in quanto «organismo centrale di coordinamento per il Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia e la sua attuazione, è responsabile del coordinamento generale e del monitoraggio del Piano»¹⁵⁴.

Proprio con riferimento al MEF, conseguentemente ai noti “contrastati interpretativi dell'indirizzo da parte del singolo Ministro”¹⁵⁵, soprattutto in concomitanza al “parallelo complicarsi dei centri di decisione politica, dovuto all'aumento del ricorso alle deleghe ed alle figure dei Ministri senza portafoglio”¹⁵⁶, le ricorrenti frizioni che in passato hanno connotato le relazioni tra Presidente del Consiglio e Ministero dell'Economia¹⁵⁷, appianatesi durante il Governo Draghi¹⁵⁸, sembrano riemergere in seguito all'insediamento del Governo Meloni, soprattutto per quanto pertiene il ruolo della Ragioneria generale dello Stato, in cui è incardinato il Servizio centrale per il PNRR.

Ad oggi¹⁵⁹, recenti indiscrezioni giornalistiche¹⁶⁰ sembrano suggerire che tali attriti possano trovare una ragionevole soluzione nel decreto-legge su semplificazioni e *governance* del PNRR¹⁶¹ in cui si paventa l'ipotesi che gli *indizi* già disseminati nell'art. 3, c. 6, d.P.C.M. 12 novembre 2022 e nell'art. 7, c. 2, del d.l. n. 173/2022 possano essere confermati.

In particolare, in tale *nuovo* decreto sulla *governance* del Piano potrebbe delinearsi, in continuità rispetto ad una intuizione, ben nota, da tempo auspicata dai Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri Gianni Letta¹⁶² (nel Governo Berlusconi) e

¹⁵⁴ Si vd. la pag. 567 dell'Allegato.

¹⁵⁵ Così A. Patroni Griffi, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di “autonomia strumentale” tra politica e Amministrazione*, Napoli, 2002, p. 59.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Sul punto, cfr. L. Bartolucci, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell'Economia (1992-2018)*, in L. Tedoldi, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri dallo Stato liberale all'Unione europea*, cit. p. 367 ss.

¹⁵⁸ A tal proposito, G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la “fisarmonica” governativa*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, cit., p. 142 con riferimento al Governo Draghi, registra “una particolare congiuntura nella quale Presidente del Consiglio e Ministro dell'Economia e delle Finanze (nonché sottosegretario alla Presidenza del Consiglio) sono apparsi tra loro assolutamente allineati, [...] caratterizzando come particolarmente coeso il fronte che, nel governo, risulta in prima linea nelle interlocuzioni con le istituzioni europee”.

¹⁵⁹ Tale paragrafo è stato concluso il 13 gennaio 2023. Tali indiscrezioni giornalistiche sono state poi confermate, come si approfondirà dettagliatamente *infra*.

¹⁶⁰ Si vd. Federico Fubini, *Nomine, via allo spoils system anche per la squadra del PNRR. Il negoziato con Bruxelles. Il Ministro Fitto al lavoro per stringere il rapporto con la Ragioneria*, il Corriere della Sera, 6 gennaio 2023.

¹⁶¹ Il licenziamento del d.l. è previsto nel mese di febbraio 2023, a seguito di una proficua interlocuzione promossa dal Ministro Fitto con Bruxelles.

¹⁶² “La Ragioneria è l'organo che deve dare i dati che consentono l'attività di governo, non può essere appannaggio di un Ministro che pone così di fronte al suo Presidente il suo potere e fa passare solo ciò che vuole e non quello che il Presidente che è responsabile dell'attività di governo che dirige dovrebbe avere.

Antonio Catricalà¹⁶³ (nel Governo Monti), l'intenzione di condurre la Ragioneria, seppure limitatamente al ganglio che rendiconta la spesa del Piano, sotto l'egida di Palazzo Chigi, sottraendola a Via XX Settembre.

Contestualmente, muovendo dal modello funzionale della *governance* del Piano, nei primi sessanta giorni del Governo Meloni, si è registrato un rinnovato protagonismo della Cabina di regia¹⁶⁴, coordinata dal Ministro per gli Affari Europei, la Coesione Territoriale e il PNRR e convocata sistematicamente¹⁶⁵, in sede sia plenaria che settoriale, per affrontare le questioni connesse a specifici adempimenti e obiettivi¹⁶⁶.

Inoltre, sempre nell'ottica di un progressivo *distanziamento* dal Consiglio dei Ministri, con il Governo Meloni si dà nuovo spazio ai Comitati interministeriali. Difatti, il d.l. n. 173/2022 istituisce il Comitato interministeriale per il *made in Italy* nel mondo-CIMIM (art.9) e il Comitato interministeriale per le politiche del mare (art. 12), modificando le competenze del Comitato interministeriale per la transizione ecologica-CITE (art. 11)¹⁶⁷. In ultimo, poi, l'art. 2, c. 3, della l. n. 33/2023, recante *Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane*, ha istituito presso la Presidenza del Consiglio

Quindi la Ragioneria è un organo che deve essere al servizio della Presidenza e, attraverso la Presidenza, a servizio anche dell'intero governo cioè di tutti quei Ministri, la cui attività il Presidente deve appunto promuovere e coordinare. Quindi questo è un bel tema che potete, io mi auguro, approfondire, anche oggi, perché questo è il cuore del funzionamento della Presidenza. Non bastano le strutture che ti mettano in condizione di conoscere ma ci vuole anche la possibilità e l'agilità di sovrintendere anche alla spesa pubblica e di adottare quei provvedimenti che abbiano coerenza con quei principi di bilancio". Così G. Letta, *La Presidenza come centro della decisione di governo*, in A. Razza (a cura di), *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, cit., p. 19.

¹⁶³ Cfr. A. Catricalà, *L'organizzazione amministrativa della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in A. Razza (a cura di), *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, cit., p. 21 ss.

¹⁶⁴ Il Governo Meloni si è insediato il 22 ottobre 2022 e la Cabina di regia si è riunita il 9 novembre, il 16 e il 21 dicembre 2022, 13 gennaio 2023. Durante il Governo Draghi, la Cabina di regia si è riunita saltuariamente. Sul punto, cfr. *amplius* A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery plan*, cit., p. 240, nt. 62.

¹⁶⁵ In occasione del raggiungimento degli obiettivi del Piano in scadenza al 31 dicembre 2022, il Ministro Fitto ribadisce che per raggiungere tali obiettivi "è stato cruciale ridare centralità alla Cabina di Regia, luogo di coordinamento e impulso, come voluto dal Presidente del Consiglio Giorgia Meloni, che ringrazio. Oltre al premier rivolgo un ringraziamento a tutti i Ministri, le Regioni e gli enti locali, per la collaborazione assicurata e auspico che la stessa sinergia sostenga il conseguimento dei prossimi obiettivi. A tal proposito nel mese di gennaio trasmetteremo al Parlamento, come previsto dalla normativa, la relazione semestrale sull'attuazione del PNRR". Dichiarazione del 28 dicembre 2022, reperibile presso: Ministro Fitto: raggiunti gli obiettivi del PNRR in scadenza al 31 dicembre 2022, in www.governo.it.

¹⁶⁶ Nel corso della cabina di regia del 13 gennaio 2023, è stato condiviso che, nelle settimane successive, saranno convocate apposite riunioni tecniche bilaterali dove sarà verificato lo stato di attuazione di ciascuna misura, anche in vista dell'avvio della fase di aggiornamento del PNRR e dell'inserimento del capitolo *RepowerEU*.

¹⁶⁷ Il Governo Draghi aveva istituito il Comitato interministeriale per la transizione digitale (art. 8, d.l. n. 22/2021), il Comitato interministeriale per la *cybersicurezza*- CIC (art. 4, d.l. n. 82/2021) e coinvolto il Comitato interministeriale per la transizione ecologica di cui all'articolo 57-bis, d.lgs. n. 152/2006 nell'attuazione degli interventi del PNRR.

dei ministri il Comitato interministeriale per le politiche in favore della popolazione anziana (CIPA).

Conclusivamente, dunque, se è indubbio che il Governo Meloni, in maniera non dissimile dalla *governance* proposta dal Governo Conte II, abbia rafforzato enormemente il ruolo del Ministro per gli Affari Europei, bisognerà comprendere se il CIAE¹⁶⁸, valorizzato nella prima bozza di *governance* e poi marginalizzato dal Governo Draghi, ritornerà in auge.

L'evoluzione della *governance* del Piano sembra, quindi, inverare quell'endiadi inestricabile tra organizzazione dei pubblici poteri e distribuzione delle funzioni tratteggiata mirabilmente da Massimo Severo Giannini, secondo il quale, difatti, “in principio sono le funzioni”¹⁶⁹.

4.1 La nuova *governance* nel decreto *PNRR ter*: una conferma del rinnovato moto centripeto e prime criticità

La definizione di una nuova *governance* del Piano ha trovato espressione nel c.d. decreto-legge *PNRR ter*. In particolare, il Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 2023¹⁷⁰ ha approvato il decreto-legge n. 13 del 2023¹⁷¹ recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune*, convertito con modificazioni dalla legge n. 41/2023.

¹⁶⁸ L'articolo 2, c. 1, lett. c), d.P.C.M. 12 novembre 2022 – in coerenza con l'art. 2, c. 1, d.P.R. n. 118/2015 (*Regolamento per il funzionamento del Comitato interministeriale per gli affari europei, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, a norma dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2012, n. 234*) – prevede che il Ministro senza portafoglio per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR (*hic et inde*, Ministro) è delegato a esercitare le funzioni relative alla convocazione e presidenza del CIAE, al fine di definire le linee politiche del Governo nel processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti dell'Unione europea, nonché di consentire il puntuale adempimento dei compiti di cui alla l. n. 234/2012.

¹⁶⁹ Il riferimento è a M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, n.1/1957. In particolare, si vd. p. 14: “Ci si dovrà convincere che qualsiasi problema di riforme o riordinamento dei pubblici poteri non può esistere nel rivedere questo o quel controllo, nel disciplinare questo o quel procedimento amministrativo, o magari il procedimento amministrativo per eccellenza, nell'istituire o nel sopprimere organi, uffici, o enti, nel riordinare questa o quella carriera di pubblici dipendenti. Tutti gli aspetti in questione sono certo importanti, ma non sono principali, per la loro natura di aspetti meramente formali, e quindi accessori e conseguenti a quelli sostanziali, che sono e rimangono sempre quelli relativi alla distribuzione delle funzioni”.

¹⁷⁰ Cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 21, reperibile presso: Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 21, in www.governo.it

¹⁷¹ D.l. n. 13/2023, in GU Serie Generale n. 47 del 24-02-2023.

Il testo consta di tre parti: la prima, riguardante la revisione del sistema della *governance* per il PNRR e il PNR; la seconda, circa le disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa e la terza, che pertiene le disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione e di politica agricola comune. Per quanto qui rileva, occorre evidentemente soffermarsi sulla Parte I del decreto.

Il testo innova nel profondo la *governance* delineata dal Governo Draghi nel d.l. n. 77/2021, promuovendo un moto centripeto che potenzia ulteriormente Palazzo Chigi e, soltanto collateralmente, il MEF. In specie, le maggiori modifiche al d.l. n. 77 /2021 sono contenute nel comma quattro dell'art. 1¹⁷² del decreto.

Innanzitutto, si prevede la soppressione del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale cui corrisponde però, in potenziale ottica compensativa, l'inserimento di un comma 3-bis nell'art. 2, d.l. n. 77 /2021, relativo alla Cabina di regia.

In particolare, si prevede che, proprio in relazione alle attività tese ad assicurare la cooperazione con il partenariato economico, sociale e territoriale, alle sedute della cabina di regia, ossia nella "sala di comando del Piano"¹⁷³, partecipino «il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, il Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e il Presidente dell'Unione delle province d'Italia, il sindaco di Roma capitale, nonché i rappresentanti delle parti sociali, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva, individuati sulla base della maggiore rappresentatività, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto [*rectius*, decreto PNRR *ter*]».

Contestualmente, viene rettificato il ruolo della Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (prevista dall'articolo 4, d.l. n. 77/2021).

La Segreteria è chiamata a supportare la Cabina di regia (non più il Tavolo permanente) e, in conformità ad un'attività più complessa rispetto a quella originariamente prevista dal d.l. n. 77/2021 , ad «elaborare e trasmettere alla stessa Cabina di regia, con cadenza periodica, rapporti informativi sullo stato di attuazione del PNRR, anche sulla base dell'analisi e degli esiti del monitoraggio comunicati dal Ministero dell'economia e delle finanze -

¹⁷² Recante *Disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni titolari degli interventi PNRR*.

¹⁷³ Così M. Mobili e G. Trovati, *Fondi Ue, più poteri a Palazzo Chigi e Mef. Niente diritti di veto agli enti territoriali*, in *IlSole24Ore*, 14 febbraio 2023.

Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, segnalando le situazioni rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi».

Si prevede, poi, tramite l'inserimento della lettera *b-bis*) nell'art. 4, comma 2, d.l. n. 77/2021 che sia la Segreteria tecnica a vigilare sull'osservanza da parte delle amministrazioni centrali, nello svolgimento delle attività di coordinamento della fase attuativa del PNRR, degli indirizzi e delle linee guida elaborati dalla Cabina di regia.

All'esito di tale ricognizione competenziale, le rinnovate funzioni della Segreteria tecnica vengono trasferite alla Struttura di missione PNRR presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, prevista dall'art. 2, d.l. n. 13/2023.

La Struttura di missione¹⁷⁴, chiamata a operare fino al 31 dicembre 2026, funge da architave tecnica della nuova *governance*.

Essa, presieduta da un coordinatore e articolata in quattro uffici di livello dirigenziale, non soltanto assorbe le funzioni della Segreteria tecnica, ma annette¹⁷⁵ anche la competenza cardine attribuita dall'articolo 5, c. 3, lett. a), d.l. n. 77/2021 alla Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e Ufficio per la semplificazione: ossia, il compito di individuare, sulla base delle segnalazioni trasmesse alla Cabina di regia, gli ostacoli all'attuazione corretta e tempestiva delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR derivanti dalle disposizioni normative e dalle relative misure attuative e proporvi rimedi.

In conformità, rispetto a quanto accennato *supra*, la modifica più dirimente, che suggera l'accelerazione centripeta, è data dall'art. 2, c. 1, lett. b), d.l. n. 13/2023, il quale prevede che sia la Struttura di missione, in luogo del Servizio centrale per il PNRR (*ex art. 6*, d.l. n. 77/2021) che era incardinato presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del MEF, a rappresentare il punto di contatto nazionale per l'attuazione del Piano, assicurando e svolgendo le interlocuzioni con la Commissione europea per la verifica della coerenza dei risultati derivanti dall'attuazione e gli obiettivi e i traguardi concordati a livello europeo.

Inoltre, la Struttura di missione PNRR assolve un compito cruciale, *ex art. 2*, c. 1, lett. d), d.l. n. 13/2023, nel sovrintendere l'attività istruttoria relativa alla formulazione delle proposte di modifica del Piano, ai sensi del, più volte citato, art. 21 del reg. UE n. 241/2021.

¹⁷⁴ Per un'analisi esaustiva delle competenze della *Struttura di missione PNRR*, si vd. il d.P.C.M. 27 aprile 2023.

¹⁷⁵ Evidenzia questo profilo anche G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2023, p. 222.

Essa, infine, in collaborazione con l'Ispettorato Generale per il PNRR, è chiamata, *ex art.* 2, c. 1, lett. c), a verificare la coerenza della fase di attuazione del Piano, rispetto agli obiettivi programmati, provvedendo alla definizione di eventuali misure correttive ritenute necessarie e ad espletare, *ex art.* 2, c. 1, lett. e), tutte le attività di comunicazione istituzionale e di pubblicità del PNRR, anche avvalendosi delle altre strutture della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Difatti, ai sensi dell'art. 3, c. 4, lett. d), d.P.C.M. 27 aprile 2023, il I Ufficio di livello dirigenziale generale della Struttura di missione PNRR «acquisisce dall'Ispettorato generale per il PNRR le informazioni e i dati di attuazione del PNRR a livello di ciascun progetto, ivi compresi quelli relativi al rispetto dei tempi programmati ed a eventuali criticità rilevate nella fase di attuazione degli interventi».

L'Ispettorato generale per il PNRR, poc'anzi citato, è il secondo fulcro della nuova *governance*.

Esso subentra al Servizio centrale per il PNRR.

È interessante constatare che l'abbrivo a tale nuovo assetto è riscontrabile già negli «indizi» sopraccitati, contenuti nel combinato disposto dell'art. 3, c. 6, d.P.C.M. 12 novembre 2022 e dell'art. 7, c. 2, d.l. n. 173/2022, coordinato con la legge di conversione n. 204/2022.

Difatti, da un Servizio centrale per il PNRR che, *ex art.* 7, c. 2, d.l. n. 173/2022 avrebbe dovuto operare «a supporto delle funzioni e delle attività attribuite all'Autorità politica delegata in materia di Piano nazionale di ripresa e resilienza ove nominata» [*rectius*, il Ministro per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR] si è addivenuti ad un Ispettorato Generale per il PNRR che «assicura il *supporto* per l'esercizio delle funzioni e delle attività attribuite all'Autorità politica delegata in materia di Piano nazionale di ripresa e resilienza ove nominata, anche raccordandosi con la Struttura di missione PNRR istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri»¹⁷⁶.

L'Ispettorato Generale per il PNRR ha «compiti di coordinamento operativo sull'attuazione, gestione finanziaria e monitoraggio del PNRR, nonché di controllo e rendicontazione all'Unione europea»¹⁷⁷, conformandosi ai relativi obblighi di informazione, comunicazione e pubblicità».

¹⁷⁶ Tra l'altro, per il coordinamento delle attività necessarie alle finalità di cui al presente comma, è istituita presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato una posizione di funzione dirigenziale di livello non generale di consulenza, studio e ricerca.

¹⁷⁷ Ai sensi degli artt. 22 e 24, reg. UE 2021/241.

Così come il suo precursore [*rectius*. il Servizio centrale per il PNRR], anche l'Ispettorato Generale è «responsabile della gestione del Fondo di Rotazione del *Next Generation EU*-Italia e dei connessi flussi finanziari, nonché della gestione del sistema di monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti del PNRR, assicurando il necessario supporto tecnico alle amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel Piano, nonché alle amministrazioni territoriali responsabili dell'attuazione degli interventi del PNRR».

Per quanto concerne il suo organigramma interno, l'Ispettorato si articola in otto uffici di livello dirigenziale non generale (il Servizio centrale per il PNRR annoverava sei uffici di livello dirigenziale non generale), e, in questo caso, così come il Servizio centrale, per l'esercizio dei propri compiti, può avvalersi del supporto di società partecipate dallo Stato. Inoltre, nell'esercizio delle sue funzioni, l'Ispettorato si raccorda con le altre strutture centrali e territoriali della Ragioneria generale dello Stato¹⁷⁸, le quali «concorrono al presidio dei processi amministrativi, al monitoraggio anche finanziario degli interventi del PNRR e al supporto alle amministrazioni centrali e territoriali interessate per gli aspetti di relativa competenza. A tal fine, sono istituiti presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato sei posizioni di funzione dirigenziale di livello non generale di consulenza, studio e ricerca per le esigenze degli Ispettorati competenti» (il d.l. n. 77/2021 contemplava cinque posizioni di funzione dirigenziale di livello non generale di consulenza, studio e ricerca per le esigenze degli Ispettorati competenti).

Per completezza d'analisi è, infine, opportuno evidenziare che ulteriori discontinuità con la *governance* elaborata dal Governo Draghi riguardano l'esercizio dei c.d. poteri sostitutivi e lo *spoils system*.

In particolare, l'art. 3, d.l. n. 13/2023, in tema di poteri sostitutivi e superamento del dissenso, appone delle modifiche agli artt. 12 e 13, d.l. n. 77/2021 così come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108/2021.

Per quanto riguarda le disposizioni in materia di poteri sostitutivi, nel caso di ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti o degli interventi¹⁷⁹ si dimezza, da trenta ad un massimo di quindici giorni, il termine di intimazione ad adempiere assegnato al soggetto attuatore da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio

¹⁷⁸ In maniera non troppo dissimile, l'art. 6, c. 2, d.l. n. 77/2021 prevedeva che il Servizio centrale per il PNRR si raccordasse con l'Unità di missione e con gli Ispettorati competenti della Ragioneria generale dello Stato.

¹⁷⁹ Specificazione, quella relativa agli interventi, prevista dal c.d. decreto *PNRR ter*.

il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente.

Inoltre, si prevede che i poteri sostitutivi si applichino non soltanto nei confronti degli enti territoriali¹⁸⁰ ma anche nei confronti degli Ambiti territoriali sociali, ossia “la sede principale della programmazione locale, concertazione e coordinamento degli interventi dei servizi sociali e delle altre prestazioni integrate, attive a livello locale”¹⁸¹.

Conformemente a quanto previsto dall’art. 12, c. 1, d.l. n. 77/2021, «in caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri provvede ad individuare l’amministrazione, l’ente, l’organo o l’ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o i provvedimenti necessari ovvero di provvedere all’esecuzione dei progetti e degli interventi, anche avvalendosi di società¹⁸² o di altre amministrazioni specificamente indicate, assicurando¹⁸³, ove necessario, il coordinamento operativo tra le varie amministrazioni, enti o organi coinvolti».

Inoltre, in caso di dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente proveniente da un organo statale che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o parzialmente, la realizzazione di un intervento del Piano è «l’Autorità politica delegata in materia di PNRR ovvero il Ministro competente, anche su impulso della Struttura di missione PNRR istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri» - evidentemente non più la Segreteria tecnica, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR - a proporre al Presidente del Consiglio dei ministri, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione all’esame del Consiglio dei ministri per le relative determinazioni.

Infine, per quanto concerne lo *spoils system*, la blindatura delle strutture di missione istituite¹⁸⁴ presso gli enti centrali titolari dei diversi interventi previsti nel quadro delle singole Missioni viene cassata dalla revisione della *governance* operata dal d.l. n. 13/2023. In particolare, tali amministrazioni, nei limiti delle risorse già assegnate, sono facoltizzate a riorganizzare le unità di missione già istituite, prevedendo il trasferimento delle relative

¹⁸⁰ Regioni, province autonome di Trento e di Bolzano, città metropolitane, province e comuni.

¹⁸¹ Sistema Informativo Unitario dei Servizi Sociali (lavoro.gov.it).

¹⁸² Di cui all’art. 2, d.lgs. n. 175/2016.

¹⁸³ Tale integrazione è operata dal d.l. n. 13/2023.

¹⁸⁴ Ai sensi dell’art. 8, c. 1, d.l. n. 77/2021.

funzioni e attività ad altra struttura di livello dirigenziale generale da individuare tra quelle già esistenti.

All'esito della descrizione sommaria delle nuove disposizioni normative, ci si sofferma su quelli che di primo acchito appaiono essere i profili di maggiore criticità.

Il primo attiene evidentemente alla fonte con cui si è deciso di modificare la *governance*. Difatti, conformemente alla scelta, non esente da critiche, adottata nel 2021 dal Governo Draghi, si è deciso di ricorrere, anche in questo caso, allo strumento del decreto-legge.

Invero, la disinvoltura della prassi con cui si ricorre, da decenni¹⁸⁵, alla decretazione d'urgenza sembra fugare i ragionevoli dubbi relativi alla mancata sussistenza dei requisiti previsti indefettibilmente dall'art. 77, c. 2, Cost.

D'altronde, dal punto di vista sostanziale, ciò che rileva è che, già agli inizi dell'*iter* di conversione¹⁸⁶, la consolidata prassi politico-legislativa in tema di decretazione d'urgenza ha consentito agevolmente di preconizzare – senza tema di smentita così come, poi, dimostrato dagli esiti della conversione parlamentare¹⁸⁷ – che il Parlamento c.d. “emendatore”¹⁸⁸, tipico di maggioranze poco coese¹⁸⁹, potesse apportare una serie di modifiche alla *governance* delineata, e innovata, dal decreto.

Tale facile pronostico ha fatto sì che, sin dall'inizio, fosse “irragionevole pensare che l'attuazione del decreto prendesse avvio prima che fosse approvata la legge di conversione”¹⁹⁰.

Modifiche, queste apportate in fase di conversione parlamentare, non necessariamente in

¹⁸⁵ Cfr. A. Celotto, *L'abuso del decreto-legge. Vol. 1, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997; A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

¹⁸⁶ In particolare, il d.l. n. 13/2023 è stato presentato (S. 564) al Senato in data 24 febbraio 2023 e annunciato nella seduta n. 43 del 28 febbraio 2023.

¹⁸⁷ Per le modifiche introdotte nel corso dell'esame parlamentare del d.l. n.13/2023, si vd. il dossier *Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR, del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR, delle politiche di coesione e della politica agricola comune*, Senato della Repubblica- Camera dei deputati, XIX Legislatura, 14 aprile 2023.

¹⁸⁸ Cfr. il gruppo di ricerca coordinato da Luca Gori presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa “*Il Parlamento emendatore. Il ruolo del Parlamento nel procedimento legislativo dei disegni di legge di iniziativa governativa nella prima parte della XVI legislatura (28 aprile 2008 – 31 dicembre 2009): analisi empirica e profili metodologici (dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre 2010)*”. Sul punto, inoltre, sia consentito rinviare anche a A.M. Acierio, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, in P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2021.

¹⁸⁹ “Il ricorso al decreto-legge è divenuto uno strumento per compattare maggioranze disomogenee, per garantire al Governo in Parlamento un consenso, che per via di spontanea convergenza politica i gruppi parlamentari della maggioranza non gli potrebbero assicurare”. Così il deputato Bassanini in *La decretazione d'urgenza: il dibattito nella I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati*: 6 ottobre – 17 novembre 1983, p. 40.

¹⁹⁰ Così *Modificare la governance del Pnrr può ritardare l'attuazione del Piano*, Openpolis, 7 marzo 2023.

melius in tema di coerenza sistematica rispetto all'impianto di una *governance* che già patisce fisiologicamente le criticità di un rimaneggiamento tanto incisivo, e che incidono su uno degli elementi consustanziali al Piano di ripresa e resilienza, ossia il fattore temporale, che si traduce nell'adempimento rigorosamente rispettoso delle scadenze nel raggiungimento di *milestone* e *target*, teso a fugare un *allentamento* nell'attuazione dello stringente cronoprogramma del Piano.

Un contenimento deleterio dei *ritmi*, d'altronde, sembra potersi preventivare già solo con riferimento alla definizione in sede governativa della "nuova" *governance*.

È, difatti, notorio¹⁹¹ che lo *spoils system* così come la rimodulazione degli assetti organizzativi conducano di per sé a una dilazione delle tempistiche che, nel caso di specie, può ritardare¹⁹² l'attuazione del Piano, in una fase particolarmente delicata in termini di scadenze che si cumulano all'esigenza di definire entro aprile 2023 una proposta di modifica del PNRR che includa il capitolo relativo al *RepowerEU*.

Strettamente connesso a tale profilo è, poi, la seconda problematica emergente da tale modifica della *governance*: ossia il rischio di una non chiara demarcazione delle competenze tra i nuovi organi introdotti.

In particolare, il rischio di una commistione di competenze sembra palesarsi in riferimento soprattutto alla nuova Struttura di Missione della Presidenza del Consiglio e all'Ispettorato generale presso la Ragioneria generale dello Stato¹⁹³.

Entrambi gli organi sono, difatti, chiamati a operare a supporto del Ministro per gli Affari Europei, il Sud, le Politiche di Coesione e il PNRR, con evidenti rischi di sovrapposizioni. All'articolo 7, c. 2, d.l. n. 173/2022, che aveva previsto che l'originario Servizio centrale per il PNRR operasse a supporto dell'Autorità politica delegata in materia di Piano nazionale di ripresa e resilienza, non ha, dunque, fatto seguito, con il d.l. n. 13/2023, il trasferimento dell'Ispettorato generale per il Piano (sostitutivo del Servizio centrale) presso Palazzo Chigi.

D'altronde, l'Ispettorato generale conserva del previo Servizio centrale, non soltanto, come visto poc'anzi, la collocazione in seno al MEF (*rectius*, Ragioneria generale dello Stato),

¹⁹¹ Rischio paventato anche dalla Corte dei conti, Sez. riun. contr., *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, 28 marzo 2023, p. 24.

¹⁹² Tale profilo è evidenziato in *Modificare la governance del Pnrr può ritardare l'attuazione del Piano*, Openpolis, 7 marzo 2023.

¹⁹³ Cfr. sul punto, in senso concorde, *Modificare la governance del Pnrr può ritardare l'attuazione del Piano*, Openpolis, 7 marzo 2023.

ma anche molte delle sue competenze, soprattutto in tema di gestione del sistema di monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti del Piano.

Alla luce del fatto che la creazione della Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio già operi coerentemente¹⁹⁴ a supporto del Ministro senza portafoglio Raffaele Fitto, il riferimento pleonastico al supporto fornito al Ministro dall'Ispettorato generale, che continua ad afferire alla Ragioneria generale dello Stato, sembra inverare una scelta politica compromissoria rispetto, forse, agli originari intenti di una dislocazione effettiva degli uffici titolari del *cuore* della rendicontazione delle spese del Piano nell'organigramma di Palazzo Chigi.

Muovendo da considerazioni simili, dunque, si può guardare anche alla determinazione, tutta *politica*, di individuare nella Struttura di missione il punto di contatto nazionale con la Commissione europea, in luogo dell'originario Servizio centrale (poi, come più volte ribadito, sostituito dall'Ispettorato generale per il PNRR), dato che, come evidenziato poc'anzi, il fulcro del sistema di monitoraggio dell'attuazione del Piano rimane in capo al MEF.

Ulteriore profilo critico riguarda il fenomeno¹⁹⁵ dell'incremento dei rinvii contenuti nelle fonti primarie a successivi provvedimenti attuativi che “mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale”¹⁹⁶ e che, inevitabilmente, coinvolgono anche il d.l. n. 13/2023¹⁹⁷, dato che, tra l'altro, è notorio¹⁹⁸ che il numero dei decreti attuativi da adottare aumenta di circa il 40 per cento durante l'*iter* parlamentare dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge.

In particolare, il Governo Meloni, in conformità ai dati¹⁹⁹ aggiornati al 10 gennaio 2023 dall'Ufficio per il programma di governo, dal suo insediamento ha cumulato 135

¹⁹⁴ In *Modificare la governance del Pnrr può ritardare l'attuazione del Piano*, Openpolis, 7 marzo 2023 si evidenzia quanto la creazione di un ufficio incardinato nella Presidenza del Consiglio a supporto dell'operato di un Ministro senza portafoglio sia del tutto coerente.

¹⁹⁵ Su questo tema cfr. F. Biondi dal Monte, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; Eadem, *L'attuazione delle fonti primarie nella XVII Legislatura* in F. Pacini e E. Rossi (a cura di), *La XVII legislatura. Elementi per un bilancio*, Pisa, 2020, p. 75 ss.

¹⁹⁶ Così Corte cost., sentenza n. 220/2013, punto 12.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁷ Ad oggi (13 giugno 2023), consultando la banda dati dell'Ufficio per il programma di Governo - (programmagoverno.gov.it), risultano 26 provvedimenti attuativi non ancora adottati.

¹⁹⁸ Cfr. *Relazione all'Assemblea su tutti gli aspetti relativi al fenomeno della decretazione d'urgenza*, I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), Camera dei deputati, XVII Legislatura, 15 luglio 2015, p. 19.

¹⁹⁹ Il riferimento è alla *Prima relazione sul monitoraggio dei provvedimenti attuativi- Aggiornamento al 10 gennaio 2023 (Seconda versione aggiornata con la Legge n. 197 del 29 dicembre 2022 – Legge di Bilancio 2023)*, reperibile presso *prima-relazione-sul-monitoraggio-dei-provvedimenti-attuativi-aggiornamento-al-10-gennaio-2023.pdf* (programmagoverno.gov.it)

provvedimenti attuativi con riferimento alle disposizioni normative approvate.

Guardando agli assetti endogovernativi, può essere interessante constatare che i 135 provvedimenti previsti devono essere adottati per circa un terzo (il 30 per cento, pari a 40 provvedimenti) dal Ministero dell'Economia e delle finanze, il 12,6 per cento (17 provvedimenti) dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, il 7,4 per cento (10 provvedimenti) dal Ministero dell'Agricoltura, sovranità alimentare e foreste, mentre le restanti Amministrazioni devono adottare meno di 10 provvedimenti ciascuna.

Peraltro, il Governo Draghi, sulla spinta propulsiva dell'attuazione del Piano, aveva elaborato un nuovo metodo operativo²⁰⁰ al fine di accelerare il processo di adozione dei decreti attuativi di cui una delle maggiori criticità procedurali si individuava proprio nella fase di concertazione del Ministero dell'economia e delle finanze, il quale, a conferma ulteriore della propria pervasiva incidenza nelle dinamiche endogovernative, interviene su circa il 70 per cento dei provvedimenti attuativi.

Proprio con riferimento a tale problematicità, tra l'altro, il Ministero ha fornito alle altre Amministrazioni alcune indicazioni con la circolare del 28 aprile 2021 del Capo di Gabinetto del MEF per razionalizzare l'invio dei provvedimenti al dicastero ai fini dell'espressione del concerto.

Inoltre, per completezza d'analisi, non può sottacersi la circostanza per cui i trasferimenti di competenze tra Ministeri contribuiscano inesorabilmente all'aumento dello *stock* dei provvedimenti attuativi che la procedura semplificata (*ex art. 13, d.l. n. 173/2022*) prevista per il riassetto delle strutture adibite alla gestione del PNRR non sembra poter mitigare.

Infine, ulteriori perplessità riguardano la soppressione del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale e la presunta efficacia compensativa del coinvolgimento in cabina di regia del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, del Presidente dell'Associazione nazionale dei comuni italiani e del Presidente dell'Unione delle province d'Italia, del sindaco di Roma capitale, nonché dei rappresentanti delle parti sociali, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva, individuati sulla base di una «maggiore rappresentatività» parametrata a criteri indefiniti e in quanto tali incerti.

²⁰⁰ Cfr. Ufficio per il programma di Governo - Provvedimenti attuativi della XVIII Legislatura, un nuovo metodo operativo (programmagoverno.gov.it)

D'altronde, tali dubbi sembrano essere suggeriti dalla notoria impostazione essenzialmente “top-down”²⁰¹ del Piano, in cui la marginalizzazione delle autonomie sembra confermare il *vulnus* dell'assenza nell'ordinamento italiano di una seconda Camera di rappresentanza territoriale²⁰².

5. Prime osservazioni conclusive.

La ricostruzione dell'evoluzione della *governance* del Piano consente di trarre alcune prime considerazioni conclusive che muovono dalla necessità di problematizzare alcune tendenze emerse nella trattazione in esame. In particolare, l'attuazione del Piano consente di rileggere nel contesto euro-nazionale la “multipolarità diseguale”²⁰³ del Governo, espressione del policentrismo strutturale e funzionale dei governi di coalizione, non troppo dissimile dalla celebre formula di “un modello né monocratico né collegiale, a direzione plurima dissociata (‘governo per ministeri’)”²⁰⁴.

Se già negli anni Ottanta era chiaro che, muovendo da una prospettiva strettamente politica, “non tutti i Ministri sono uguali”²⁰⁵, ciò che rileva oggi è quella che potrebbe definirsi l'*eziologia* della disegualianza.

Ad una diversità dapprima connaturata al peso politico rivestito dal partito di appartenenza del Ministro nei c.d. *rapporti di forza* della “Repubblica dei partiti”²⁰⁶, contestualmente all'avanzamento del processo di integrazione europea, si è sostituito un differente peso politico ministeriale scaturente da dinamiche esogene, relative al ruolo rivestito da un determinato dicastero nei consessi europei.

Com'è noto, in Italia, tutto ciò, ad esempio, ha prodotto un iniziale predominio del Ministero degli Affari Esteri competente *ratione materiae* in ambito europeo, dovuto all'“*imprinting*” originario del processo di integrazione europea come organizzazione

²⁰¹ Sul punto, cfr. L. Ferraro, *Il ruolo del sistema delle autonomie territoriali e il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 2/2021; Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati (in collaborazione con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome), *Il PNRR e le Assemblee legislative. Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022*, cit., p. 27 ss.

²⁰² Sul punto, cfr., *ex multis*, L. Di Majo, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, spec. p. 256 ss. e la bibliografia ivi citata.

²⁰³ Il riferimento è a L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988.

²⁰⁴ Così E. Cheli e V. Spaziante, *Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione governo - Analisi e prospettive*, Milano, 1977, p. 49.

²⁰⁵ Così L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 130.

²⁰⁶ Il riferimento è a P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, riedizione del 2021.

internazionale”²⁰⁷, cui ha fatto seguito con la “settorializzazione delle politiche”²⁰⁸ il rafforzamento dei Ministri di settore e, dopo il Trattato di Maastricht, soprattutto del Ministero dell’Economia.

In tale cornice, può essere interessante collocare l’evoluzione – all’insegna della “*tecnica del riuso selettivo*”²⁰⁹ – della *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, intesa quale, interessante e recente, osservatorio attraverso cui guardare all’interlocuzione con Bruxelles intrattenuta dall’Esecutivo, in una fase di inusitata emergenza socio-sanitaria.

D’altronde, le tre staffette governative della XVIII Legislatura, in combinato disposto alla concatenazione di crisi – senza eguali e senza soluzione di continuità²¹⁰ – che stanno imperversando in Europa, hanno delineato un repentino e profondo mutamento degli assetti endogovernativi.

Si cerca dunque, conclusivamente, di analizzare le cause e il precipitato politico-istituzionale di tale eterogenea modulazione degli assetti dell’Esecutivo, di cui la *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza è la cartina al tornasole.

La costante comune a tutte e tre le esperienze governative chiamate a fronteggiare l’esperienza pandemica, in piena coerenza con le pregresse tendenze euro-nazionali, è il rafforzamento, ormai assodato, del Presidente del Consiglio, cui si cumula, però, una differente interrelazione con i due Ministri (*rectius*, Ministro per gli Affari europei e Ministro dell’Economia e delle Finanze) che, nel processo di integrazione europea, con diverse modalità e in diversi anni, sono stati protagonisti delle politiche europee.

D’altronde, se, com’è noto, il governo nazionale è stato rafforzato dalla trazione intergovernativa del processo di integrazione europea, sedimentatasi soprattutto a partire dalla crisi del debito sovrano dell’Eurozona²¹¹, concordemente, nella strategia della ripresa post-pandemica, in specie nella prima fase di definizione della stessa (in cui, ad esempio, addirittura “organismi intergovernativi atipici”²¹² quali l’Eurogruppo e il Consiglio dei

²⁰⁷ Coi N. Lupo, *Il governo tra Roma e Bruxelles*, in F. Musella (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019 p. 212.

²⁰⁸ Così N. Lupo, *Gli interlocutori europei, nel processo di integrazione europea e nei meccanismi di governo dell’Unione*, cit., p. 1745.

²⁰⁹ S. Niccolai, *L’influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, p. 224 conia questa icastica formula per evidenziare quanto la *governance* del Piano sia costruita *riqualificando* una serie di materiali (organi e procedure) che già esistono e connotano la nostra forma di governo e di stato.

²¹⁰ L’evidente riferimento è alla pandemia, all’invasione russa dell’Ucraina e alla crisi socio-economica conseguente all’inizio della guerra.

²¹¹ Evidenzia tale profilo N. Lupo, *Il governo tra Roma e Bruxelles*, cit., p. 198.

²¹² E. Griglio, *La fisarmonica parlamentare in prospettiva comparata*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, cit., p. 95.

governatori del MES hanno assunto un ruolo nevralgico), le spinte intergovernative hanno prevalso²¹³.

Sul versante nazionale, ciò ha fatto sì che, sin dall'inizio della gestazione ancora piuttosto embrionale della strategia di ripresa, si registrasse nell'esperienza del Governo Conte II il consolidamento di una stretta sinergia tra Presidente del Consiglio e Ministro per gli affari europei. A tale tipo di stretta collaborazione si è, sin da subito, affiancato un pervasivo coinvolgimento del CIAE (in specie del Comitato tecnico di valutazione).

La circostanza per la quale si sia scelto di dare nuovo slancio, dopo la marginalizzazione registratasi nell'antecedente Governo Conte I, al CIAE, attribuendo al suo organo di coordinamento tecnico, il CTV, la gestione dei lavori istruttori per la redazione del Piano (cfr. paragrafo 4), conferma la natura omnicomprensiva, dal punto di vista contenutistico e funzionale, del PNRR.

È, dunque, proprio la variegata ed eterogenea natura degli interessi coinvolti a giustificare, in fase di scrittura del Piano, il coinvolgimento di un comitato interministeriale, qual è appunto il CIAE.

Tale faticosa attività di sintesi, che, dunque, si giustifica (invero, soltanto parzialmente, a causa della cogenza delle scadenze imposte dal reg. UE n. 241/2021 già per la presentazione dei Piani) nella primissima fase istruttoria, sembra però divenire alquanto anacronistica successivamente.

Difatti, non è un caso che, contestualmente all'entrata in carica del Governo Draghi e all'approvazione del Piano, il CIAE smarrisca di nuovo la rinnovata centralità. Difatti, in fase di approvazione del Piano, predomina l'esigenza di individuare, in tempi celeri e modalità univoche, i contenuti dello stesso.

Così come, successivamente, la necessità di uniformarsi al cronoprogramma del Piano marginalizza la negoziazione politica (*rectius*, il Parlamento²¹⁴) a favore di un adempimento rigoroso delle scadenze nel raggiungimento di *milestone* e *target*.

²¹³ Cfr. E. Bressanelli e L. Quaglia, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista italiana di Politiche Pubbliche*, n. 3/2021, pp. 353-375.

²¹⁴ Sul punto, cfr. G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021; E. Vivaldi, *L'attività conoscitiva, di indirizzo e di controllo del Parlamento in relazione al PNRR*, in V. Di Porto, F. Pammolli e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, cit.; e, se si vuole, sia consentito rinviare a A.M. Acierno, *Il ruolo del Parlamento nella fase di elaborazione e approvazione del PNRR e nella prima fase di attuazione*, in V. Di Porto, F. Pammolli, e A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, cit.

Il Governo Draghi nel delineare la *governance* del Piano ne incardina il cuore, ossia “il core dell’attività di monitoraggio”²¹⁵, nel MEF.

Una scelta, questa, comune alla stragrande maggioranza degli altri Paesi europei coinvolti nel Dispositivo di ripresa e resilienza, e che, per certi versi, sembra porsi in una sorta di linea di continuità rispetto all’esperienza di uno degli antesignani²¹⁶ più dibattuti dei c.d. governi tecnici, ossia il Governo Monti.

Nel novembre 2011, in seguito alla crisi del IV Governo Berlusconi, indotta dallo spropositato innalzamento dello *spread* tra titoli italiani e titoli tedeschi, subentra il governo Monti.

Nella gestione dell’emergenza finanziaria da parte del Governo Monti è interessante constatare la circostanza per cui il Presidente del Consiglio abbia ricoperto per più di otto mesi la carica di Ministro dell’Economia e delle finanze, fino alla nomina, soltanto nel luglio del 2011, di Vittorio Grilli, un economista, che, sin dalla nascita del Governo Monti, aveva ricoperto la carica di viceministro dell’Economia e delle Finanze.

Tra il Governo Monti e il Governo Draghi sembrano, dunque, palesarsi manifestamente alcune similitudini, a partire dalla chiara provenienza c.d. *tecnica* del Presidente del Consiglio e dei Ministri che *pesano* (su tutti, il Ministro dell’Economia e delle Finanze), dal sostegno di un’amplissima maggioranza parlamentare e dall’approccio pragmatico teso a garantire la continuità dell’azione amministrativa, di cui si trova traccia nel Governo Monti, come visto poc’anzi, nella staffetta Monti-Grilli, e, nel Governo Draghi, nella scelta, ad esempio, di delegare le funzioni del Ministro per gli Affari europei al Sottosegretario Enzo Amendola, che nel Governo Conte II aveva rivestito tale carica.

La principale differenza registrabile, ad oggi, tra il Governo Monti e il Governo Draghi, riguarda la scelta dell’ex Presidente della Banca centrale europea di abbandonare, dopo l’esperienza governativa, l’agone politico, rinunciando alla creazione di nuove formazioni politiche, che invece, ad esempio, Mario Monti (istituendo *Lista civica*) e Lamberto Dini (fondando il movimento *Rinnovamento Italiano* nell’ambito della Lista Dini) hanno perseguito²¹⁷.

Il Governo Meloni, in riferimento alla *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza, alla diarchia instauratasi con il Governo Draghi tra Presidente del Consiglio e

²¹⁵ Così C. Tozzi, *Procedure normative per l’attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 3/2023, p. 151.

²¹⁶ Senza, ovviamente, tralasciare il Governo Dini e il Governo Ciampi.

²¹⁷ Su una sorta di “*leader in uscita*” cfr., M. Calise, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

MEF, ha sostituito un rinnovato moto centripeto, che nella Presidenza del Consiglio dei Ministri trova il suo naturale fulcro.

La *governance riscritta* dal Governo Meloni, al netto delle criticità relative al possibile rallentamento delle riforme in programma e al rischio di una commistione di competenze tra i nuovi organi introdotti, sembra volersi emancipare dal predominio del MEF.

Tale intento, però, palesatosi sin da subito nel d.l. n. 173/2022, sembra avere trovato una, soltanto parziale, formalizzazione nella “nuova” *governance* contenuta nel d.l. n. 13/2023. Di ciò è sintomatica la scelta di individuare il «punto di contatto nazionale» con la Commissione europea nella nuova Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in luogo del Servizio Centrale per il PNRR, poi sostituito dall’Ispettorato generale per il PNRR, sebbene, però, lo stesso Ispettorato non soltanto resti incardinato nel MEF (in specie, nel Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato), ma, soprattutto, rimanga anche responsabile del monitoraggio sull’attuazione delle riforme e degli investimenti del Piano.

Benché, dunque, sia plausibile che il governo Meloni, in quanto sostenuto da una coalizione guidata dall’unico partito all’opposizione del precedente Esecutivo di “unità nazionale”, abbia cercato ragionevolmente di evidenziare una certa discontinuità nella propria azione rispetto al suo predecessore, marginalizzando gli elementi c.d. “tecnocratici”²¹⁸ a favore di un sedicente “ritorno della politica”²¹⁹, tale tipo di *revirement* pare essersi realizzato, come detto poc’anzi, soltanto sul piano politico-mediatico, piuttosto che su un versante effettivo. L’esempio addotto a sostegno di tale tesi, muovendo dal caso dell’Ispettorato generale per il PNRR, sembra, dunque, confermare l’imprescindibile necessità di usufruire di apparati tecnici (di cui il MEF è chiara esemplificazione) nell’interlocuzione costante con la Commissione europea, “vera protagonista dell’attuazione dei PNRR”²²⁰, nell’ambito di un *metodo di governo* che, come visto nel paragrafo 2, sembra andare sedimentandosi soprattutto nell’archetipo della nuova *governance* economica europea²²¹.

D’altronde, che il ruolo del MEF continui a rivestire un peso specifico notevole nell’attuazione del Piano e nelle dinamiche euro-nazionali, lo si desume anche dalla nuova

²¹⁸ Il Ministero dell’Economia e delle Finanze è affidato a un politico, Giancarlo Giorgetti. In verità, anche in questo frangente si è preferito assicurare un certo margine di continuità, avendo Giorgetti rivestito nel precedente Esecutivo il ruolo di Ministro dello Sviluppo Economico.

²¹⁹ Anche G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 225 mutua la medesima espressione.

²²⁰ Così N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, cit., p. 10.

²²¹ Per gli sviluppi più recenti sulle nuove regole di governance economica, si vd. La Commissione propone nuove regole di governance economica adeguate alle sfide future (europa.eu).

riorganizzazione del Ministero, all'insegna di un "sistema coerente con i nuovi tempi dell'economia e in linea con il nuovo approccio europeo"²²².

Invero, una linea di discontinuità più effettiva sembra essersi registrata nelle scelte operate con riferimento alla successione dei Ministri che nell'esperienza del Governo Draghi hanno avuto modo di fungere da "capofila"²²³ delle amministrazioni coinvolte nell'attuazione di *milestone* e *target* del Piano.

Il riferimento è evidentemente alla scelta di non confermare il Ministero dell'Innovazione tecnologica e della Transizione digitale²²⁴ (che il governo Draghi aveva affidato al *tecnico* Vittorio Colao).

Così come, d'altronde, tenendo in opportuna considerazione i Dicasteri maggiormente coinvolti nell'attuazione del Piano, un'ulteriore conferma del *ritorno alla politica* è riscontrabile nella scelta di affidare non più a tecnici, ma a personalità eminentemente politiche, il Ministero della Transizione ecologica (guidato da Roberto Cingolani nel Governo Draghi e sostituito nel governo Meloni dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, di cui è responsabile Gilberto Pichetto Fratin) e il Ministero delle Infrastrutture e mobilità sostenibili (ora Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, affidato a Matteo Salvini, successore di Enrico Giovannini).

Inoltre, può apparire di qualche interesse indagare la sinergia sussistente tra Presidente del Consiglio e Ministro per gli affari europei.

Una cooperazione, questa, che sembra essere stata favorita dall'emergenza pandemica e dagli effetti, nel caso italiano – con riferimento al numero di risorse impiegate – potenzialmente palingenetiche del Piano nazionale di ripresa e resilienza sul *sistema Paese*, di cui, come già rimarcato, si trova traccia, tra l'altro, nella scelta del Governo Draghi di

²²² Il 16 marzo 2023, il Ministro Giorgetti si è espresso in questi termini, in occasione dell'approvazione del d.P.C.M. che ha operato la nuova organizzazione del Mef. (Approvata nuova riorganizzazione MEF – Ministero dell'Economia e delle Finanze). In particolare, nel testo si prevede un nuovo *Dipartimento dell'Economia* a cui sono attribuite competenze in materie di interventi finanziari nell'economia (tra gli altri nei settori delle infrastrutture, garanzie pubbliche, sostegno sociale e all'export), valorizzazione del patrimonio pubblico e gestione delle partecipazioni societarie dello Stato e tutela degli attivi strategici. Al Tesoro sono attribuite le competenze sulla programmazione economico finanziaria, la gestione del debito pubblico, i rapporti finanziari europei e internazionali, la regolamentazione e vigilanza finanziaria. Si aggiunge, poi, la direzione per i rapporti con gli investitori e istituzioni finanziarie.

²²³ Così G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, cit., p. 153. L'Autore, in particolare, ricostruisce analiticamente in un prospetto grafico le singole Amministrazioni coinvolte per missione.

²²⁴ Con riferimento alle linee di intervento promosse dal nuovo Ministero delle Imprese e del Made in Italy nell'ambito della Missione 1 del Piano *Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo* sono stanziati complessivamente 21,528 miliardi di risorse previste dal PNRR e dal Piano Nazionale Complementare (PNC). Sul punto, si vd. *amplius* Piano Nazionale Ripresa e Resilienza (mimit.gov.it).

non nominare un Ministro per gli Affari europei ma di preservarne la continuità d'azione nella scelta del sottosegretario cui delegare le relative funzioni.

In riferimento a tale profilo, il governo Meloni sembra, invece, essersi mosso nel solco del Governo Conte II, favorendo un rafforzamento del Ministro per gli Affari europei e una rivitalizzazione della Cabina di regia.

Difatti, un'ulteriore tendenza emersa dalla ricognizione effettuata concerne il rapsodico protagonismo della cabina di regia nel passaggio dal Governo Draghi al Governo Meloni. Il rinnovato presenzialismo, anche e soprattutto nel dibattito pubblico, della cabina di regia contestualmente all'entrata in carica del Governo Meloni pare potersi spiegare alla luce della distinzione sussistente tra "l'indirizzo politico ordinario e quello relativo all'attuazione del Piano"²²⁵, delineatasi con l'insediamento del Governo Meloni e non registratasi nell'esperienza del Governo Draghi, essendo quest'ultima connotata da una piena assimilazione tra l'indirizzo governativo e quello dettato dal Piano²²⁶, favorita indubitabilmente dallo *standing* tecnico del Presidente del Consiglio e dalla amplissima coalizione a sostegno dell'Esecutivo.

D'altronde, è interessante constatare che il peso rimarchevole assunto dal "momento tecnico"²²⁷ nell'attuazione del Piano sia desumibile, tra l'altro, dall'incremento di Comitati interministeriali istituiti, sin dall'insediamento del governo Meloni, dal d.l. n. 173/2022 (cfr. *supra* paragrafo 4)²²⁸.

Il noto policentrismo governativo nel delineare un progressivo distanziamento dal Consiglio dei Ministri sembra sostituire alla "destrutturazione della collegialità"²²⁹ una collegialità "a geometria variabile"²³⁰, che potrebbe definirsi *per Missione*, laddove "l'articolazione del Piano per missioni [...] ha condotto naturalmente a un raccordo più stretto tra le amministrazioni coinvolte nella realizzazione di una stessa Missione"²³¹.

²²⁵ Così G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, cit., p. 148.

²²⁶ Sul punto, cfr. *amplius ibidem*.

²²⁷ Così G. Menegus, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, cit., p. 947.

²²⁸ In tal senso, E. Catelani, *L'accentramento del potere decisionale nel governo e le fonti di gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 262, nt. 28 evidenzia una certa "sensibilità per i Comitati interministeriali" agli albori della XIX legislatura.

²²⁹ Cfr. M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, p. 45 ss. Riferimento già richiamato da A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, cit., p. 734.

²³⁰ Si ricontestualizza l'espressione utilizzata da M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, n. 12/2021, p. 13 con riferimento alla composizione della cabina di regia.

²³¹ Così G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, cit., p. 153.

Del resto, però, l'esperienza recente della cabina di regia se, da un lato, ha contribuito (anch'essa) ad un fisiologico rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio che la presiede²³², dall'altro, non ha marginalizzato il Consiglio dei Ministri²³³, se si considera, ad esempio, il coinvolgimento di quest'ultimo nella procedura semplificata di riorganizzazione dei Ministri (*ex art. 13, c. 1, d.l. n. 173/2022*) che avviene tramite d.P.C.M. adottati (entro il 30 giugno 2023) su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri dietro parere del Consiglio di Stato.

Parimenti, in materia di poteri sostitutivi, in caso di perdurante inerzia nell'attuazione del Piano, è lo stesso Consiglio dei Ministri che individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, oppure alternativamente nomina uno o più commissari *ad acta*.

Non sembra un caso, d'altronde, che nell'enucleazione delle competenze della cabina di regia, nell'articolo 2, c. 2, d.l. n. 77/2021²³⁴, si sia deciso di inserire un espresso richiamo all'art. 2, l. n. 400/1988, con riferimento alla necessità di preservare le attribuzioni del Consiglio dei Ministri, in maniera non dissimile, tra l'altro, dal contenuto del comunicato ufficiale del servizio stampa della Presidenza del Consiglio del 5 agosto 1983²³⁵, in cui si menzionava l'informale costituzione di un «Consiglio di Gabinetto, che assiste il Presidente e il Vicepresidente nel lavoro politico, ferme restando le attribuzioni del Consiglio dei Ministri».

Un organo, il Consiglio di Gabinetto, la cui possibile istituzione è stata poi, com'è noto, espressamente formalizzata dall'art. 6, l. n. 400/1998.

Sebbene acuta dottrina²³⁶ abbia da subito evidenziato i profili di difformità che, in punto di diritto, connotano la cabina di regia rispetto al Consiglio di gabinetto, muovendo soprattutto dalla circostanza per cui la stessa non vanta “una composizione stabile e

²³² Già G. Quadri, *I comitati di Ministri*, Milano, 1997, p. 15 ss. muovendo dall'esperienza britannica (spec. p. 69 ss.) dei *cabinet Committees* (molto affini per competenza e funzioni alla Cabina di regia del PNRR) evidenzia quanto l'indirizzo politico e generale del Governo venga preservato nel Comitato dalla Presidenza del Comitato nonché dalla loro composizione e struttura.

²³³ G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la “fisarmonica” governativa*, cit., p. 145, dalla presenza anomala dei Sottosegretari alla Presidenza nella cabina di regia fa derivare una prima differenza rispetto alla partecipazione al Consiglio dei Ministri.

²³⁴ «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, la Cabina di regia esercita poteri di indirizzo etc.».

²³⁵ Menzionato da L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p.170, nt. 7.

²³⁶ Sulla eccentricità della cabina di regia rispetto al quadro degli organi “non necessari” (compreso il Consiglio di gabinetto) definiti dalla l. n. 400/1988, cfr. F. Bilancia, *Integrazione giuridica e funzione di governo. Autorità e legalità in Europa*, Napoli, 2023, p. 140 ss.

prescinda dal rilievo o dalla rappresentatività politica dei soggetti coinvolti”²³⁷, una similitudine tra i due organi sembra, però, ravvisarsi nell’esplicito riferimento *competenziale* di cui all’art. 6, c. 2, l. n. 400/1998, il quale prevede che «Il Presidente del Consiglio dei ministri può invitare a singole sedute del Consiglio di Gabinetto altri ministri in ragione della loro competenza», rievocando in un certo qual modo il coinvolgimento di Ministri e Sottosegretari competenti in relazione alle tematiche affrontate in ciascuna seduta previsto per la Cabina di regia.

Storicamente, è notorio che il venir meno del c.d. Pentapartito abbia suggellato l’inesorabile declino del Consiglio di Gabinetto – che avrebbe dovuto rappresentare la “guida partitica (più che politica) delle istituzioni”²³⁸ – dei Comitati dei Ministri (di cui, invero, la dottrina più recente²³⁹ ha evidenziato una più schietta similitudine rispetto all’attività meramente istruttoria ascrivita alla cabina di regia) e dei Comitati interministeriali²⁴⁰.

In una prospettiva funzionale, dunque, nella evoluzione della *governance* del Piano sembra predominare, soprattutto nell’ambito di un Governo, non tecnico e non di unità nazionale, qual è il Governo Meloni, una parziale inidoneità del “Consiglio dei Ministri a riflettere quella multipolarità eguale che, all’interno di un policentrismo diseguale, è necessaria anche al solo fine di dare un *minimum* di unità all’azione di governo”²⁴¹.

A tale incapacità, dunque, sembra, in parte, sopperire la “multipolarità eguale”²⁴² della Cabina di regia, che, non a caso, difatti, predomina sulla “multipolarità diseguale”²⁴³ dei

²³⁷ Così G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 217.

²³⁸ Così S. Merlini e G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, cit., p. 210.

²³⁹ Il riferimento è a G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 218. L’Autore, in particolare, ravvede proprio nell’attività “preparatoria” della cabina di regia una chiara assonanza con l’art. 5, c. 2, lett. h) della l. n. 400/1988, il quale prevede che il Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell’articolo 95, primo comma, della Costituzione «può disporre, con proprio decreto, l’istituzione di particolari Comitati di ministri, con il compito di esaminare in via preliminare questioni di comune competenza, di esprimere parere su direttive dell’attività del Governo e su problemi di rilevante importanza da sottoporre al Consiglio dei ministri, eventualmente anche di esperti non appartenenti alla pubblica amministrazione».

²⁴⁰ Sul tema, *ex multis*, cfr. l’approfondita analisi di G. Mobilio, *I comitati interministeriali nella struttura policentrica del governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017.

²⁴¹ Così L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 173.

²⁴² L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 167 ss. L’espressione viene coniata dall’autore con riferimento al Consiglio di gabinetto come direttorio politico, ma si crede possa essere declinata coerentemente anche alla cabina di regia, laddove l’eguaglianza della multipolarità deriva, nel caso di specie, dal coinvolgimento *ratione materiae* dei Ministeri e dei Sottosegretari competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta.

²⁴³ L. Ventura, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 155 ss., per il quale l’esito, per certi versi fisiologico, di un Governo a multipolarità diseguale è il proliferare di un sistema di Comitati interministeriali.

Comitati interministeriali, chiamati perlopiù a coadiuvare la stessa Cabina di regia²⁴⁴, espletando funzioni di indirizzo, impulso e coordinamento tecnico.

D'altronde, però, il proliferare recente di numerose cabine di regia²⁴⁵ sembra porre ben più di qualche perplessità in termini di diluizione (nei rivoli del coordinamento) del centro di imputazione della responsabilità politica, commistione di competenze e ridondanza ostativa ai controlli funzionali ad uno strumento “*performance based*”.

Con specifico riferimento alla maggiore “operatività”²⁴⁶ – ancora tutta da vagliare in termini qualitativi che esulino dal mero incremento del numero delle convocazioni – della Cabina di regia, definita dal Ministro Fitto «luogo di confronto costante»²⁴⁷, non sembra, però, potersi ancora delineare un netto mutamento di paradigma rispetto alla conclamata²⁴⁸ inidoneità di tale organo ad integrare la “sede privilegiata del raccordo interistituzionale e delle relative negoziazioni”²⁴⁹.

²⁴⁴ G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 218, individua proprio nella possibilità della Cabina di regia di partecipare, attraverso un delegato, ai Comitati interministeriali per la Transizione digitale ed ecologia “uno strumento per conservare l'unità dell'indirizzo politico-amministrativo deciso dal Governo”.

²⁴⁵ Per una ricostruzione relativa alla genesi e agli antesignani della cabina di regia, cfr. F. Costantino, *La cabina di regia del PNRR*, in *Mondoperaio*, Roma, 2021, pp. 33-37. Per un riferimento risalente, ma piuttosto suggestivo per quanto qui rileva, si consideri la proposta – poi non realizzata – di costituire nel secondo Governo Berlusconi “una fantomatica cabina di regia in materia economica e sociale, presieduta dal vice Presidente del Consiglio Fini per ridimensionare il Ministero dell'Economia e realizzare un indirizzo collegiale nella formazione della politica economica”. Così G. Tarli Barbieri, *Presidente del Consiglio e situazione di crisi politica (2001-2010)*, in S. Merlini (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel governo parlamentare italiano*, cit., p. 43.

Tra i riferimenti più recenti, meritano di essere menzionate la Cabina di regia per la determinazione dei LEP (prevista dal comma 792, dell'art. 1, l. n. 197/2022 recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025*), la Cabina di regia per la crisi idrica, istituita dal d.l. n. 39/2023 (c.d. d.l. *Siccità*) e la Cabina di regia presso il Ministero dell'istruzione e del merito, composta da rappresentanti del Ministero, delle Regioni e degli Enti locali, con funzioni di supporto, monitoraggio e valutazione dell'attuazione e dell'efficacia degli interventi del Piano di azione nazionale 2021-2025, istituita con decreto ministeriale n. 58 del 29 marzo 2023.

²⁴⁶ Così G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 220 con riferimento all'incremento delle riunioni della Cabina di regia.

²⁴⁷ Così *Informativa del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e conseguente discussione*, Senato della Repubblica, XIX Legislatura, 60° seduta, p. 39.

²⁴⁸ G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 218 che, in nota 50, richiama anche R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2022, pp. 234-235. Sul punto, però, concorda anche F. Bilancia, *Integrazione giuridica e funzione di governo. Autorità e legalità in Europa*, cit., p. 140 ss.

²⁴⁹ Così U. Ronga, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2/2022, p. 78.

La nuova composizione della cabina di regia – tesa espressamente a «non tagliare il cavo del partenariato»²⁵⁰, a dispetto della soppressione “beffarda”²⁵¹ del Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale²⁵² – e il nuovo ‘metodo operativo’ della stessa che marginalizza «il grande tavolo di tutti i partecipanti»²⁵³ promuovendo «diversi incontri settoriali con tutte le organizzazioni di categoria, per avere da ognuna di loro proposte e un confronto»²⁵⁴ può, forse, in ottica prospettica, contribuire a rendere potenzialmente più determinante e risolutiva la cabina *de qua*.

Conclusivamente, tentando di razionalizzare le risultanze di questa disamina, si traggono delle considerazioni di sintesi sull’evoluzione della *governance* del Piano.

Dai primi riscontri emersi, si desume che la nuova *governance* delineata dal d.l. n. 13/2023 si incardina su una tripartizione competenziale tesa a distinguere «attività di coordinamento strategico e di interlocuzione istituzionale con la Commissione europea»²⁵⁵ imputate all’Autorità politica delegata in materia di PNRR, «attività di tipo contabile–finanziario e gestionale-operativo»²⁵⁶ delegate al Ministero dell’Economia e delle finanze e «quelle attuative, di titolarità delle singole Amministrazioni centrali»²⁵⁷.

Tale tricotomia non pare porsi in un rapporto di piena adesività rispetto alle istanze europee. In specie, tale nuovo assetto della *governance* non risulta rispondente alla necessità di individuare «*clear responsibilities*»²⁵⁸ espressamente indicata nelle *Linee guida* attuative emanate dalla Commissione europea.

Difatti, la Commissione, ai fini dell’attuazione del Piano, già nel gennaio 2021, ha sancito

²⁵⁰ Così *Informativa del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e conseguente discussione*, Senato della Repubblica, XIX Legislatura, 60° seduta, p. 40.

²⁵¹ G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit. 211, si esprime in questi termini, trattandosi “dell’unico organo espressamente qualificato come permanente”.

²⁵² Nella *Terza Relazione sullo stato di attuazione del PNRR*, p. 102, si evidenzia che «i rappresentanti del partenariato nel corso della riunione del 20 aprile 2023 hanno espresso un forte apprezzamento per la nuova modalità di confronto diretto con il Governo in tema di attuazione del PNRR». Per una ricognizione sulle attività svolte dal Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale fino al mese di luglio 2022, si vd. la relazione trasmessa dal Presidente Treu al Presidente del Consiglio e reperibile qui: <https://www.italiadomani.gov.it/it/news/tavolo-per-il-partenariato--depositata-la-relazione-del-coordina.html>

²⁵³ *Informativa del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e conseguente discussione*, Senato della Repubblica, XIX Legislatura, 60° seduta, p. 40.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Terza Relazione sullo stato di attuazione del PNRR*, p. 101.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Così Commissione europea, *Commission Staff Working Document. Guidance To Member States Recovery and Resilience Plans*, SWD (2021) 12 final, p. 46.

schiettamente l'esigenza di individuare un «coordinatore»²⁵⁹ che non solo integri il punto di contatto nazionale con la Commissione, ma sia «responsabile dell'attuazione dei piani di recupero e resilienza, di garantire il coordinamento con le altre autorità competenti del Paese (compresa la necessità di assicurare la coerenza con l'uso di altri fondi UE)²⁶⁰, di monitorare i progressi su *milestone* e *target*, di supervisionare e assicurare l'attuazione delle misure di controllo e di audit»²⁶¹, disponendo della «capacità amministrativa, dell'esperienza istituzionale, delle competenze e del mandato/autorizzazione per esercitare tutti i compiti pertinenti»²⁶².

La scelta del Governo Meloni di ascrivere alla “nuova” Struttura di missione presso la Presidenza del Consiglio il punto di contatto nazionale con la Commissione facendo, però, residuare in capo all'Ispettorato Generale per il PNRR (presso il Dipartimento della Ragioneria dello Stato-MEF) i compiti di coordinamento operativo sull'attuazione, gestione finanziaria e monitoraggio del PNRR, nonché di controllo e rendicontazione all'Unione europea pare, in parte, confutare l'impostazione caldeggiata dalla Commissione, a favore di ragioni politiche interne che, ad ogni modo, non respingono la tesi per la quale preservare il “regime di relativa autonomia della Ragioneria generale dello Stato”²⁶³ risponde alla necessità di “segnare uno stacco tra gli organi tecnici che accertano l'impatto delle politiche di spesa e il livello di decisione politica”²⁶⁴.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ In tal senso, si vd. l'*Informativa del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e conseguente discussione*, Senato della Repubblica, XIX Legislatura, 60° seduta, p. 33 allorché il Ministro Fitto ha affermato: «Partirò da un dato, che è stato oggetto di considerazioni in più circostanze, sulla scelta iniziale che il presidente del Consiglio Meloni ha messo in campo, allorché ha individuato, nella composizione delle deleghe, la necessità - oserei dire l'obbligo - di mettere insieme le deleghe per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, con la costituzione di un Ministero *ad hoc* per affrontare la dimensione del Piano, con le deleghe relative alle politiche di coesione, che rappresentano un altro pezzo molto importante della programmazione europea in questa direzione. L'obiettivo è quello di avere un coordinamento tra le diverse risorse ed evitare che, nella scelta da mettere in campo, ci possa essere un rischio di sovrapposizione di diversi programmi d'intervento». D'altronde, già il reg. UE 241/2021 ha stabilito che siano gli Stati membri a dover esplicitare espressamente nei loro Piani nazionali di ripresa e resilienza come intendano utilizzare altri fondi dell'UE, assicurandone la complementarietà.

In ultimo, il Ministro si è fatto promotore della strategia dei c.d. “vasi comunicanti” tesa a trasferire alcuni progetti del PNRR sulle risorse destinate ai fondi di coesione. Sul punto si vd. A. Barbera, M. Bresolin, *PNRR: si cambia*, in *La Stampa*, 30 marzo 2023. Anche G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 227 menziona la “logica dei vasi comunicanti”.

²⁶¹ Così Commissione europea, *Commission Staff Working Document. Guidance To Member States Recovery and Resilience Plans*, SWD (2021) 12 final, p. 46, traduzione italiana ad opera dell'autrice.

²⁶² *Ibidem* (traduzione italiana ad opera dell'autrice).

²⁶³ Così F. Bassanini, *Il rapporto tra il Presidente del Consiglio e i Ministri*, in AA. VV., *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, cit., p.160.

²⁶⁴ ITALIADECIDE, *La Presidenza del Consiglio dei ministri. Questioni fondamentali dell'esperienza repubblicana*, a cura di M. Luciani e V. Lippolis, p. 37.

D'altro canto, come dimostrato da chi ha analizzato in prospettiva comparata le *governance* dei Piani nazionali di ripresa e resilienza utilizzando il prisma della teoria del *veto player*²⁶⁵, il Governo Meloni, essendo un governo di coalizione, tende fisiologicamente a rafforzare il ruolo del Presidente del Consiglio e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, al fine di “contrastare la nota frammentazione dell’indirizzo politico-amministrativo prodotta da un’eccessiva autonomia dei singoli ministri”²⁶⁶, laddove, invece, nei “sistemi presidenziali come la Francia [...], ma anche in Romania, Polonia, Lituania, dove vi sono maggioranze ‘congruenti’ oppure un unico partito di spicco, è più facile delegare la responsabilità del Dispositivo di Ripresa e Resilienza al Ministro delle Finanze, data la congruenza ideologica da cui scaturiscono i bassi rischi di divergenza”²⁶⁷.

Analogamente, d'altronde, la delega al Ministero delle Finanze è molto più agevole nel caso in cui il Presidente del Consiglio dei Ministri e il titolare del Dicastero di via XX Settembre appartengano allo stesso partito politico²⁶⁸ oppure, come verificatosi nel governo Draghi, laddove “la natura tecnica e la mancanza di affiliazione partitica del Ministro delle Finanze favoriscano la delega di poteri”²⁶⁹.

Del resto, l'emergenza pandemica e l'attuazione del Piano sembrano ammantare di nuova autorevolezza la celebre metafora coniata da Giuliano Amato, secondo cui “in un mondo pieno di interdipendenze e di interrelazioni che hanno consentito all’indirizzo politico di farsi valere con nuovi strumenti, il rapporto tra Presidente del Consiglio, Ministri e maggioranza è rimasto il triangolo delle Bermude, in cui esso sbatte ancora nei vecchi ostacoli e corre ancor ai rischi maggiori. E qui innovare non può significare ricorso alla *soft law*, ma ad assetti e strumenti capaci di produrre più compattezza e più univocità. In un mondo arcipelago, i centri unitari di indirizzo non possono essere arcipelaghi essi stessi”²⁷⁰.

²⁶⁵ Il riferimento è all’interessante analisi condotta da M. Buti, *The Man Inside: A European Journey Through Two Crises*, Bocconi University Press, 2021, p. 464 ss.

²⁶⁶ Così G. Menegus, *La riforma della governance del PNRR*, cit., p. 229.

²⁶⁷ Così M. Buti, *The Man Inside: A European Journey Through Two Crises*, cit., p. 467, traduzione in italiano a cura dell’autrice.

²⁶⁸ *Ivi*, pp. 467- 468 (traduzione in italiano a cura dell’autrice).

²⁶⁹ *Ibidem* (traduzione in italiano dell’autrice).

²⁷⁰ Così G. Amato, *La funzione di governo oggi. Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2001. Il Governo*, Padova, 2002, p. 259 ss., richiamato anche da F. Bassanini, *Il rapporto tra il Presidente del Consiglio e i Ministri*, cit., p. 165.

In tale triangolo delle Bermude si colloca la *governance* del più ingente piano di investimenti dal dopoguerra ad oggi²⁷¹, atteso che è ampiamente dimostrato che la qualità della *governance* incida significativamente sull'attuazione del Piano e abbia impattato, agli albori della pandemia, sulle diverse capacità di reazione allo *shock* economico-finanziario da parte dei diversi Stati membri²⁷², dal momento che “in un sistema di governo che voglia essere veramente tale, e non dunque preoccupato solo per il *day-to-day* ma anche per quelle che gli economisti classici chiamano le *generazioni future*, centri di programmazione a lungo respiro devono poter funzionare”²⁷³.

Abstract: L'articolo intende indagare il precipitato, congiunturale oppure permanente, del Piano nazionale di ripresa e resilienza sui rapporti endogovernativi, muovendo dall'analisi – costituzionalmente orientata – dell'evoluzione progressiva della *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza dalla *bozza* del Governo Conte II, all'architave delineato dal Governo Draghi, per giungere alle modifiche apportate alla stessa dal Governo Meloni attraverso l'approvazione del decreto-legge n. 13/2023.

In particolare, si intende approfondire l'impatto che il processo di integrazione europea, e in specie l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ha prodotto sulla *verticalizzazione* dell'Esecutivo e sui rapporti, storicamente non sempre irenici, tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Abstract: The article intends to investigate the effects, whether conjunctural or permanent, of the National Recovery and Resilience Plan on intra-governmental relations, starting from the analysis – constitutionally oriented – of the progressive evolution of the governance of the National Recovery and Resilience Plan from the Conte II Government's *draft*, to the architave outlined by the Draghi government, to the changes made to it by the Meloni Government through the approval of Decree-Law no. 13/2023.

In particular, the aim is to examine the impact that the process of European integration, and in this specific case the implementation of the National Recovery and Resilience Plan, has had on the *verticalization* of the Executive and on the relations, historically not always

²⁷¹ Si vd. L. D'Ambrosio, *Recovery e Piano Marshall: differenze e somiglianze*, in *Diritto e Conti*, 15 gennaio 2022; J-B. Gossé, *Les leçons du plan Marshall pour le plan de relance européen*, in *Bloc-notes Éco de la Banque de France*, Billet n°236, Publié le 29/10/2021.

²⁷² A. Sapir, *Why has COVID-19 hit different European Union economies so differently?*, in *Bruegel Policy Contribution*, n. 18/2020, Brussels, Bruegel.

²⁷³ Così A. Manzella, *Passaggi costituzionali*, Bologna, 2023, p. 293.

irenic, between the Presidency of the Council of Ministers and the Ministry of Economy and Finance.

Parole chiave: PNRR – rapporti endogovernativi – *governance* – processo di integrazione europea – cabina di regia – comitati interministeriali.

Key words: NRRP – intra-governmental relations – governance – European integration process – steering committee – inter-ministerial committees.

LA CURA DEL FUTURO AL TEMPO DELLE TRANSIZIONI*.

di Giacomo Palombino**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La tutela del futuro nella formulazione originaria della Costituzione italiana. – 3. Il principio di sostenibilità nella Costituzione italiana. – 4. L'interesse delle generazioni future nel riformato art. 9 Cost. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il vocabolario del dibattito pubblico degli ultimi anni si è caratterizzato (e continua a caratterizzarsi) per termini che, seppure non ad esso estranei fino a poco tempo fa, sembrano chiamati a fungere da minimi comuni denominatori di una nuova fase del processo di integrazione europea. Le crisi che l'Unione (ma non solo) è stata ed è tuttora chiamata ad affrontare, da quella sanitaria a quella sociale ed economica, fino ad arrivare a quella climatica ed energetica, hanno aperto, o comunque così pare, lo sguardo del decisore pubblico verso orizzonti più ampi rispetto a quelli che ne hanno segnato, sinora, l'agire¹. O meglio, il decisore politico sembra ormai posto dinanzi all'esigenza di esprimere, nell'ambito delle sue scelte, una maggiore attenzione al futuro e alla tutela di chi, pur non esistendo ancora, esisterà².

È proprio questo, invero, che sembra emergere dal ricorso sempre più consistente ai concetti di *futuro*, *resilienza* o *transizione*, che in qualche modo, e *infra* si proverà a spiegarne il perché, vanno assumendo una loro rilevanza pienamente giuridica. E non è un caso, d'altronde, che ciò avvenga ogniqualvolta (e questo vale per la fase storica più recente

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente studio è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca *Por un consenso de futuro sostenible: Gobernanza anticipatoria y Prospectiva administrativa*, PID2020-116401GB-I00) finanziato da Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+I e si tratta, altresì, della versione, rivista e accompagnata dalle note, della relazione tenuta in occasione della Conferenza Internazionale e Summer School di Ventotene, *La 'nuova' Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, 27 giugno 2022.

** Assegnista di ricerca in diritto costituzionale – Università di Granada.

¹ P. Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in G. De Minico e M. Villone (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta online*, luglio 2020. Cfr. anche, in generale, D. Capitant (a cura di), *Europa e diritti sociali*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2017.

² P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale*, Napoli, 2016.

ma non solo) ci si trovi dinanzi a contesti emergenziali. Le crisi, infatti, sembrano ampliare lo sguardo temporale del decisore politico³ nella misura in cui non si risolvono in eventi autonomi, bensì corrispondono al risultato finale di molteplici elementi sedimentatesi nel tempo⁴. Farvi fronte, pertanto, richiede cambiamenti, transizioni, appunto, che si fondino sull'adozione di strumenti e soluzioni che possano impedire, nell'avvenire, il presentarsi degli stessi fattori che hanno generato, nel passato, situazioni emergenziali. È in questo senso, allora, che le transizioni non sono altro che finestre su un futuro prossimo e passi verso coloro che lo vivranno⁵.

Anche sul piano costituzionale, la cura dell'avvenire ha trovato una traduzione testuale sempre a ridosso di momenti di crisi, seppure di natura distinta. Il principio di sostenibilità, per esempio, ha fatto ingresso nella Costituzione italiana in seguito a quella finanziaria del 2008, che ha portato, come noto, prima all'adozione del *Fiscal Compact* e poi alla revisione del 2012. E sempre in materia di sostenibilità, un riferimento espresso all'«interesse delle generazioni future» compone oggi il testo dell'art. 9 Cost.

Proprio su quest'ultimo vuole soffermarsi il presente contributo, muovendo dall'idea per cui la revisione in parola, che come noto ruota attorno alla salvaguardia dell'ambiente, sia da leggersi in maniera strettamente connessa con le politiche europee e nazionali adottate per uscire dalla crisi generata dall'emergenza pandemica, considerata la centralità che assume la transizione verde sia nel *Next Generation EU* che nel *PNRR*⁶.

2. La tutela del futuro nella formulazione originaria della Costituzione italiana.

A differenza di altre Costituzioni⁷, quella italiana, nella sua formulazione originaria, non conteneva alcun riferimento espresso né alle generazioni future, né al principio di sostenibilità. Mancava, inoltre, un esplicito riferimento anche alla salvaguardia dell'ambiente, ambito normativo che, avendo vissuto, sia a livello internazionale che a

³ A. Papa, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli 1998.

⁴ Sulla dimensione costituzionale del concetto di crisi, si veda F. Balaguer Callejón (a cura di), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 2022.

⁵ A. D'Aloia, (voce) *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016.

⁶ La centralità dell'ambiente nelle politiche europee, tra l'altro, non è di certo recente. Si veda, in generale, I. Nicotra (a cura di), *Europa e ambiente, Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, p. 2.

⁷ Per una ricostruzione sul punto, si veda P. Häberle, *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 89/2009, pp. 17-37.

livello europeo, una vera e propria costruzione parallela con quella del principio di sostenibilità e, dunque, con meccanismi intrinsecamente rivolti alla tutela del futuro⁸, avrebbe in qualche modo maggiormente aiutato, sul piano interpretativo, a rintracciare una tensione all'avvenire della Carta⁹.

Tuttavia, non può di certo affermarsi che l'assenza di un riferimento espresso fosse da intendersi quale mancanza di una tensione al futuro della Carta costituzionale. Anzi, deve ritenersi che il patto sociale che sta alla base di una Costituzione sia da leggersi anche quale patto generazionale, ovvero intrinsecamente rivolto ai tempi avvenire¹⁰.

Questa considerazione può essere esplorata secondo molteplici punti di vista. La tensione al futuro della Carta costituzionale sembra, per esempio, potersi dedurre in quegli articoli in cui la Repubblica promuove il suo compito circa il raggiungimento di un determinato obiettivo. In questo senso, si legga, per esempio, l'art. 3 Cost., dove si afferma che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale [...]»; l'art. 4 Cost., in base al quale la Repubblica «promuove le condizioni che rendano effettivo» il diritto al lavoro; l'art. 5 Cost., in virtù del quale la Repubblica si impegna a «promuovere» le autonomie locali; l'art. 9 Cost., in cui si dichiara l'impegno della Repubblica a promuovere «lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica».

Ebbene, tutte le volte in cui i Costituenti delineano norme capaci di suggerire un vero e proprio indirizzo, soprattutto ricorrendo ai termini «promozione e sviluppo», non fanno altro che sancire la tensione al futuro della Carta e dimostrare, in questo modo, come il

⁸ Tale considerazione può essere sviluppata quale conseguenza di più elementi, tutti legati alla natura degli strumenti destinati alla salvaguardia ambientale, nonché alla loro efficacia, prevista o auspicata. In tal senso, si sottolinei come il buono stato delle condizioni ambientali non possa che corrispondere al risultato di politiche di lungo termine, traducendosi in un processo che deve persistere e riprodursi, ininterrottamente, nel tempo. I benefici che ne scaturiscono, pertanto, non potrebbero che andare a vantaggio anche di chi godrà di scelte virtuose fatte negli anni precedenti. Anzi, sono soprattutto le generazioni future a godere degli effetti favorevoli prodotti da politiche adottate in materia, considerato che il danno ambientale o la scarsa salute dell'ecosistema, normalmente, non si manifestano nel breve periodo, bensì sono la conseguenza di modelli economico-produttivi perseguiti durante lunghi lassi temporali nella falsa convinzione che recassero benefici all'individuo. Solo per fare un esempio, lo sfruttamento irrazionale delle risorse energetiche non rinnovabili se, nel breve periodo, concede un vantaggio alla generazione che ne usufruisce, trasferisce nel lungo periodo un danno, ovvero la scarsa disponibilità, da parte delle generazioni future, di quelle stesse risorse. Da qui è stata rilevata la insostenibilità di politiche adottate fino ad un certo momento storico e dunque è emersa l'esigenza di promuovere uno sviluppo, appunto, che si presentasse sostenibile. In generale, cfr. B. Caravita, L. Casseti e A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016.

⁹ 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, 2008.

¹⁰ In questo senso, si rinvia ancora a P. Häberle, *Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional*, cit., pp. 17-37. V. anche A. Morelli, *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, pp. 77-101.

potere costituente non solo si diriga alla dichiarazione di valori, principi e diritti destinati a garantire l'individuo anche nei tempi avvenire ma, inoltre, ne consegna al futuro l'attuazione¹¹.

Proprio in questa direzione, tra l'altro, è interessante riflettere su come questa tensione al futuro sia garantita dal carattere rigido della Costituzione. Contrariamente all'idea per cui la rigidità potrebbe costituire un limite posto in capo alle generazioni future¹², infatti, vuole qui provarsi a sostenere come l'immodificabilità della forma repubblicana e, implicitamente, di tutti gli elementi che la compongono, non sia volta a impedire il moto della Carta verso l'avvenire, ma ne ostacoli, al contrario, la *retrocessione* al passato. È per questo che il carattere rigido della Costituzione è da considerarsi come una garanzia per il futuro dal passato (anziché un limite dal passato sul futuro), costituendo uno «scudo» consegnato dai Costituenti alle generazioni future contro ogni minaccia ai valori della democrazia.

Nell'ambito di questo perimetro, vi è un'ulteriore considerazione e cioè che, nelle maglie dei principi della Legge fondamentale, la Corte costituzionale ha spesso determinato, tramite la sua funzione interpretativa, un'apertura della Carta ai tempi avvenire. Ciò si è verificato in varie occasioni, come nelle volte in cui la Consulta ha dichiarato la illegittimità di leggi valutando il mutamento dei costumi della società¹³ e sollecitando, dunque,

¹¹ In generale, cfr. T.E. Frosini, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, 2011.

¹² Di questo avviso era Thomas Jefferson, il quale, in una lettera scritta il 6 settembre del 1789 ed indirizzata a James Madison, illustrava i suoi timori circa i rischi legati all'adozione di una Costituzione immutabile. Considerato che "la Terra", sosteneva Jefferson, "viene data in usufrutto ai viventi e i morti non hanno poteri o diritti su di essa", "nessuna generazione ha il diritto di assoggettare alle proprie leggi le generazioni future". Questo è il rischio che sarebbe derivato, secondo Jefferson, dall'adozione della Costituzione in assenza di un meccanismo capace di consentire ai cittadini "di domani" di esprimere una nuova volontà costituente e quindi abolire una Legge fondamentale che non avevano contribuito ad emanare. Il terzo presidente degli Stati Uniti d'America riteneva, infatti, necessario dar vita ad una nuova Costituzione ogniqualvolta si verificasse un cambio generazionale, e ciò sulla base della convinzione che dare impulso ad una sorta di rivoluzione perenne, scandita dal decorso del tempo, fosse l'unica scelta idonea a tutelare il futuro. Ogni generazione, così, avrebbe potuto avere la "sua" Costituzione senza invadere o limitare il diritto delle generazioni successive di esprimere una volontà differente. Una Costituzione si sarebbe così estinta al venir meno della generazione che l'ha emanata, lasciando spazio ad una nuova Costituzione, la cui validità sarebbe stata, a sua volta, limitata nel tempo. Cfr. M. Barbato, *Thomas Jefferson o della felicità*, Palermo, 1999 p. 48. Cfr. anche R. Bifulco, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista Aic*, n. 2/2012, p. 1.

¹³ Tra gli altri, A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, p. 357; A. Morrone, (voce) *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2008, p. 185 ss.; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 409; A. Pertici, *Controllo di costituzionalità, «forza di legge», accesso alla giustizia*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018; M.P. Iadicicco, *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, atti del convegno *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, 2018, p. 30. Un ambito in cui negli ultimi anni si sono registrati significativi interventi giurisprudenziali utili ad essere tratti come esempi di quanto qui si discute è anche quello della bioetica. Sul

un'evoluzione parallela anche sul piano legislativo (da ultimo, si veda la sentenza sul cognome materno¹⁴).

Ma nella più specifica prospettiva che qui interessa, non può non sottolinearsi come la Corte abbia da tempo individuato nell'art. 9 Cost. la copertura costituzionale della salvaguardia dell'ambiente. Tra l'altro, valorizzando quella «presbiopia» del Costituente che secondo Calamandrei troverebbe proprio nell'art. 9 Cost. la sua massima espressione¹⁵, in più pronunce si legge come una lettura evolutiva del termine «paesaggio», volta appunto a comprendere nello stesso anche il riferimento all'ambiente, sarebbe destinata a promuovere interessi di natura intergenerazionale¹⁶.

3. Il principio di sostenibilità nella Costituzione italiana.

Come è noto, il principio di sostenibilità ha trovato un riferimento espresso all'interno della Carta costituzionale grazie alla revisione del 2012, sulla scorta della crisi economica e nelle modalità suggerite dal processo di integrazione europea¹⁷. Più nello specifico, ciò è avvenuto in materia di equilibrio di bilancio, stabilendo che la produzione di debito pubblico debba presentarsi sostenibile, appunto, nel corso del tempo (artt. 81 e 97 Cost.). È evidente, infatti, come decisioni di spesa idonee a generare ampi margini di deficit nelle casse dello Stato possano determinare un costo che si trasferisce alle generazioni future e che, almeno potenzialmente, potrebbe limitarne le opportunità di crescita e dunque la possibilità di accedere a quei servizi la cui doverosa erogazione caratterizza la fisionomia

punto, si veda A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli 2016. Su questi temi, in generale, L. Chieffi (a cura di), *Dialoghi sulla dignità umana, Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2013.

¹⁴ Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 131/2022. Per un commento, si rinvia a M. Caldironi, *La atribución de apellidos a los hijos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 37/2022. Per un'analisi di questo tema, si rinvia a C. Bassu, *Il diritto all'identità anagrafica*, Napoli, 2021.

¹⁵ Si rinvia agli Atti dell'Assemblea Costituente, seduta di martedì 4 marzo 1947.

¹⁶ Infatti, dalla giurisprudenza costituzionale in materia di salvaguardia dell'ambiente sembra emergere come la Corte abbia pienamente captato quel «processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale», cit. sentenza della Corte costituzionale n. 179/2019. In questo stesso senso, cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale n. 71/2020.

¹⁷ A. Saïta, *Fiscal Compact tra Costituzione, trattati e politica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; L. Ferraro, *Il principio democratico e lo Stato sociale alla prova delle riforme costituzionali in tema di stabilità di bilancio: le esperienze spagnola e italiana*, in C. De Fiores (a cura di), *Giurisdizioni e Unione europea di fronte alla crisi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2014, pp. 18-61.

dello Stato sociale¹⁸.

Appare opportuno sottolineare sin da subito, però, come la produzione di debito non costituisca, di per sé, un difetto delle politiche perseguite dal decisore pubblico, laddove la sua reale portata, e dunque la sua eventuale componente negativa, deve essere valutata tenendo conto sia degli strumenti che l'ordinamento predispone per il suo risanamento sia della spesa che è destinato a finanziare. La sostenibilità del debito, pertanto, non va misurata sulla base esclusiva della sua entità *numerica*, dovendosi considerare sostenibile anche il debito contratto in funzione di una spesa di investimento, soprattutto se destinata a finanziare la maggiore tutela di un diritto fondamentale. Il debito, al contrario, non è sostenibile quando, circoscrivendo in un periodo di tempo particolarmente limitato i suoi effetti benefici, ne trasferisce il peso in capo alle generazioni future.

È proprio questa la posizione che sembra emergere dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, la quale ha censurato, sul piano della legittimità costituzionale, diverse disposizioni legislative idonee, da un lato, a spogliare il decisore della sua responsabilità politica nei confronti degli elettori futuri e, al contempo, a gravare il futuro rappresentante degli effetti negativi di una scelta che quest'ultimo non aveva contribuito ad adottare.

Più nello specifico, ciò è avvenuto sulla base di due distinte argomentazioni. Una è relativa alle decisioni della Corte costituzionale in materia previdenziale¹⁹ e cioè al sistema pensionistico promosso dal legislatore ordinario, essendo evidente come nella disciplina di questa materia il principio di sostenibilità assuma “una valenza addirittura caratterizzante”²⁰. L'esigenza espressa dall'ordinamento giuridico di accompagnare l'individuo durante le fasi più avanzate della sua vita, infatti, si connota per una natura intrinsecamente “generazionale”, evidenziando i profili di un patto di natura sia intra-generazionale (popolazione “a riposo” e popolazione “attiva”) che inter-generazionale

¹⁸ M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. Bifulco e A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto*, cit., pp. 423-441.

¹⁹ T. Boeri, *Pensioni e divisione del rischio fra generazioni*, in R. Bifulco e A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 471 ss.

²⁰ D. Porena, *Il principio di sostenibilità*, cit., 219, dove si legge che “non vi è dubbio, difatti, che più di altre la disciplina della previdenza ponga a diretto confronto interessi, spesso contrapposti, coltivati da differenti generazioni di individui. E non vi è dubbio, ancora, che i profili di attrito tra interessi in competizione ben possano, sul terreno della previdenza, manifestarsi in modo sincronico, ossia tra differenti generazioni venute a “sovrapporsi” tra loro e non soltanto, dunque, in relazione ad interessi ed aspettative in qualche modo riconducibili a generazioni di individui tra loro non venute a coesistere”.

(generazioni presenti e generazioni future)²¹.

In tal senso, non può non rilevarsi come i meccanismi adottati in sede di legislazione ordinaria non possano non essere valutati alla luce dei principi introdotti in sede di revisione nel 2012, alla luce della loro incidenza sui conti pubblici e anche in considerazione di fenomeni registratesi negli ultimi anni, quali il basso tasso di natalità e l'elevato livello di disoccupazione²². Ciò è dimostrato da molteplici pronunce in cui i Giudici delle leggi, intervenendo in materia previdenziale, hanno richiamato la mutualità/solidarietà generazionale quale argomento destinato a comporre l'architettura dei sistemi pensionistici²³.

L'altro ambito in cui, sempre in funzione dei principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito, si è andato sviluppando l'orientamento della Corte in materia di tutela delle generazioni future ha riguardo, invece, a quei meccanismi previsti dal legislatore ordinario al fine di ammettere gli enti locali all'adozione di decisioni di indebitamento. Più nello specifico, la Consulta ha intercettato il rischio di trasferire un danno in capo alle generazioni future tramite quei piani pluriennali idonei a diluire il debito degli enti lungo archi temporali particolarmente ampi.

Bisogna precisare, tuttavia, che se è vero che la Corte non ha «mai individuato un limite temporale alla durata del piano di riequilibrio, è altresì vero che in più occasioni il legislatore statale è stato ammonito sulle potenziali conseguenze negative delle deroghe

²¹ Si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 240/2019 e, per un commento, a F.F. Pagano, *L'abrogazione di norme previdenziali di favore tra recessività del legittimo affidamento ed equità intergenerazionale (nota a Corte cost. n. 240 del 2019)*, in Osservatorio AIC, n. 2/2020. Sullo stesso tema, cfr. anche A. Trudda, *Sostenibilità ed adeguatezza: il trade-off del sistema previdenziale italiano*, Torino, 2012.

²² Sul punto, la sentenza n. 173/2016 della Corte costituzionale ha individuato una connessione tra quanto formulato in sede parlamentare e la tutela delle generazioni future nell'adozione del «contributo di solidarietà» sulle cc.dd. «pensioni d'oro» introdotto dalla legge n. 147/2013²². In particolare, la Corte ha ritenuto che il legislatore possa, nei limiti della ragionevolezza, prevedere tale contributo in quanto lo stesso è da intendersi quale «misura di solidarietà “forte” [...] di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale» poiché «imposta da una situazione di grave crisi del sistema stesso, indotta da vari fattori» tra cui – afferma in seguito il giudice delle leggi – la «disoccupazione». Cfr. V. Valenti, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale: modello costituzionale e decisioni politiche*, Torino, 2013.

²³ Si rinvia, per esempio, alla già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 240/2019, alla n. 234/2020 e, ancora prima, alla n. 250/2017. In merito a quest'ultima, cfr. F. Medico, *Il legislatore nel letto di Procuste delle pensioni: nota a Corte cost. 2010/2017*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018; G. Grasso, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250 del 2017 della Corte costituzionale. Qualche spunto di riflessione critica*, in Osservatorio AIC, n. 1/2018; I. Massa Pinto, *Il giudicato costituzionale non comporta un “esproprio” della potestà legislativa: il principio di (non ir)ragionevolezza come tutela del contenuto essenziale dei diritti (e non come ricerca dell'ottima proporzione) nel bilanciamento tra diritti ed esigenze finanziarie (nota alla sent. n. 250 del 2017 della Corte costituzionale)*, in Osservatorio AIC, n. 2/2018.

alla fisiologica situazione dell'equilibrio del bilancio, che di regola andrebbe ripristinata immediatamente dall'amministrazione, nel corso del cui mandato il disavanzo si è venuto a formare»²⁴. In altre parole, i Giudici delle leggi non ritengono illegittima la durata dei piani di riequilibrio in sé considerata, bensì il mancato rispetto dei criteri della sostenibilità economico-finanziaria. Il danno che ciò comporta in capo alle generazioni future, quindi, non è da valutarsi avendo riguardo esclusivamente al peso economico che si trasferisce nei tempi avvenire, ma anche all'assenza di un qualsiasi beneficio utile a giustificare il costo, perché risultante di una spesa non diretta, in altre parole, a finanziare un investimento.

In questa direzione, per esempio, si muove la sentenza n. 88/2014²⁵, relativa alla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia e dalla Provincia autonoma di Trento in relazione alla legge n. 243/2012, legge di attuazione della revisione costituzionale. In tale sentenza, a fronte della contestazione dello scarso spazio di manovra concesso alle autonomie locali in sede di indebitamento e di spesa²⁶, la Corte ha rilevato come la sostenibilità del debito pubblico implichi «una responsabilità che [...] non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future»²⁷. Analoghe conclusioni sono suggerite dalla sentenza n. 49/2018²⁸, con cui il Giudice delle leggi, dichiarando l'incostituzionalità della legge reg. Abruzzo n. 16/2017, recante *Rendiconto generale per l'esercizio 2013*, ha dichiarato che un piano pluriennale di indebitamento è in grado di incidere negativamente sulle prospettive di crescita delle generazioni future.

Tuttavia, nelle sentenze richiamate, la cura del futuro è stata «evocata» dalla Corte «principalmente alla stregua di un argomento *ad adiuvandum* per valutare la ragionevolezza delle scelte legislative»²⁹. Ciò lo si percepisce anche nel tenore strettamente linguistico delle pronunce della Consulta, laddove il trasferimento di uno svantaggio nei tempi avvenire sembra essere inteso dai giudici quale *quid pluris* rispetto all'accertamento

²⁴ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 115/2020.

²⁵ L. Grimaldi, *La Corte accoglie solo parzialmente alcune istanze regionaliste, ma conferma, nella sostanza, la disciplina di attuazione del principio di equilibrio dei bilanci pubblici* (note a margine della sentenza Corte cost., n. 88 del 2014), in www.amministrazioneincammino.it.

²⁶ Risulta opportuno ricordare come la revisione costituzionale del 2012 sia intervenuta anche sul testo dell'art. 117, trasferendo l'armonizzazione dei bilanci al c. 1, cioè nell'alveo delle competenze esclusive dello Stato.

²⁷ M. Nardini, *Il principio di "equilibrio" di bilancio per le autonomie speciali* (nota alla sentenza del 7 aprile 2014, n. 88), in *Federalismi.it*, n. 22/2014.

²⁸ G.A. Ferro, *Chiarezza dei conti pubblici e democrazia rappresentativa* (Osservazioni a prima lettura su C. cost. n. 49 del 2018), in *Ambiente Diritto*, 19 marzo 2018.

²⁹ G. Arconzo, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 644.

di un danno «principale», quello, cioè, che si manifesta e ricade già nel tempo presente. In altri termini, la tutela delle generazioni future si è sostanziata nel mero riflesso di una tutela riconosciuta, essenzialmente, a chi già esiste³⁰.

Interessanti elementi di novità, invece, emergono dalla sentenza n. 18/2019, in cui la Corte sembra dedurre l'equità intergenerazionale quale oggetto di un vero e proprio principio da assumere quale parametro di costituzionalità. In particolare, la Consulta ha ritenuto che ammettere una lunga dilazione temporale del deficit finisca col confliggere con «elementari principi di equità intergenerazionale». I giudici hanno sottolineato, invero, che perpetuare il deficit strutturale nel tempo finisca con il ledere tanto il principio di equità intra-generazionale tanto quello di equità inter-generazionale³¹ dal momento che le decisioni odierne pongono i futuri amministratori nella *infausta* condizione di dover provvedere non solo alla copertura di un deficit pregresso, ma anche alla restituzione di quei prestiti autorizzati dalla norma censurata nel corso della procedura di rientro (oltre a dover essere chiamati a presentarsi dinanzi al giudizio degli elettori gravati dalle conseguenze di una cattiva gestione finanziaria realizzata dai loro predecessori)³².

³⁰ Ciò vale anche rispetto alle già richiamate pronunce in materia di salvaguardia ambientale, dove la Corte si è rivolta «anche» alle generazioni future, talvolta richiamandole anche tra parentesi.

³¹ La distinzione tra equità intra-generazionale ed equità inter-generazionale si fonda sulla modalità in cui si articola la successione generazionale; ovvero, per «sovrapposizione» o per «sostituzione». Per «sovrapposizione» (equità «intra-generazionale») si intende la coesistenza di diverse generazioni: individui appartenenti a generazioni distinte possono «convivere» in quanto «viventi» nel medesimo arco temporale (a titolo esemplificativo, si pensi alla sovrapposizione tra la generazione dei padri e quella dei figli). Al contrario, per «sostituzione» («equità inter-generazionale») si intende l'alternanza tra generazioni lontane nel tempo, composte, cioè, da individui che non «incrociano» le rispettive esistenze. In questo senso, per generazione presente è da intendersi l'insieme degli individui esistenti nel tempo che si vive, mentre per «generazioni future» l'insieme degli individui che ancora non esistono.

³² Alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, inoltre, risulta opportuno sottolineare come l'orientamento espresso dalla Corte non vada considerato isolato. In altre pronunce successive, sia il Giudice contabile in sede di rinvio che quello delle leggi in sede di declaratoria di illegittimità sembrano aver acquisito il principio in parola all'interno dello *strumentario* dei parametri di costituzionalità. Nella sentenza n. 4/2020, per esempio, la Consulta sottolinea come impedire un ricorso al credito da parte dell'ente pubblico che non sia finalizzato ad una spesa di investimento e finisca esclusivamente per depauperarne il patrimonio miri a custodire «interessi costituzionali che non sono limitati alla mera cura della sana gestione finanziaria, ma si estendono agli interdipendenti profili di tutela della rappresentanza democratica e dell'equità intergenerazionale». Nella medesima prospettiva, si legga l'ordinanza 26 agosto 2018 della Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, e la successiva sentenza della Corte costituzionale n. 115/2020. Il Giudice contrattuale, tra l'altro appellandosi anche espressamente al Preambolo della Carta di Nizza e all'art. 3 TUE, ha ritenuto che il «ribaltamento su generazioni future di debiti risalenti nel tempo» costituisce una lesione dell'equità generazionale, «determinando la traslazione del debito pregresso da una generazione all'altra, senza che vi sia una correlata utilità per il sacrificio sopportato». La Consulta, che ha accolto il ricorso, ha espressamente affermato come quella intergenerazionale sia una specifica declinazione del principio dell'equilibrio di bilancio, «strumento servente alla determinazione dei costi-benefici afferenti alle generazioni future con riguardo alle politiche di investimento in concreto adottate».

4. L'interesse delle generazioni future nel riformato art. 9 Cost.

813

Sempre nell'ottica di percorrere le evoluzioni che hanno accompagnato i criteri della sostenibilità all'interno della Carta del '48, vuole ora dedicarsi attenzione alla revisione dell'art. 9 Cost.³³. Come già evidenziato, il Parlamento italiano ha modificato quest'ultimo, con legge cost. n. 1/2022, inserendo, nello specifico, un terzo comma in base al quale la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Il primo dato che emerge è che il revisore costituzionale sembra confermare, cristallizzandole, tutte quelle interpretazioni, soprattutto della giurisprudenza costituzionale, che già avevano evidenziato la natura intergenerazionale dell'articolo in parola, ricorrendo allo stesso per tracciare la copertura costituzionale della salvaguardia dell'ambiente. Tuttavia, al di là dell'interesse, per così dire, testuale che la nuova formulazione suscita nell'ambito di questa riflessione, sono diverse le considerazioni che sembra opportuno esporre in questa sede.

In tal senso, si parta dall'aspetto *procedurale*, e cioè riflettendo circa la possibilità di ricorrere al procedimento ex art. 138 Cost. per modificare il testo dei principi fondamentali. Sul punto, è noto come la Corte costituzionale si sia in passato espressa sulla configurabilità di limiti impliciti al potere di revisione, da affiancare all'unico esplicito, corrispondente alla forma repubblicana e previsto dall'art. 139 Cost. Sul punto, la Consulta, in particolare, ha affermato come non possano essere modificati quei principi che «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», i quali «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale»³⁴.

Ebbene, la revisione dell'art. 9 Cost., così come approvata dal Parlamento italiano, non può considerarsi *sovversiva* del contenuto essenziale dei principi fondamentali, e ciò per due ordini di ragioni. La prima è che quella in oggetto sarebbe da intendersi come una *revisione*

³³ Quello dell'art. 41, dove la salvaguardia dell'ambiente è individuata quale limite alla libertà di iniziativa economica. In questo senso, v. L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 188-201.

³⁴ In particolare, la Consulta ha in passato affermato che non possa ricorrersi all'art. 138 Cost. per modificare «i principi supremi», che in quanto tali «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale». Allo stesso tempo, secondo la Corte, questi ultimi sono da considerarsi sia «i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988.

bilancio, e cioè volta non ad aggiungere o modificare garanzie all'interno della Carta, bensì a cristallizzare, come evidenziato, un'evoluzione della stessa che si è già registrata e consolidata attraverso la giurisprudenza costituzionale³⁵. La seconda è che il revisore costituzionale è stato attento a non intervenire direttamente sul testo originario dell'articolo (i primi due commi, per intendersi), bensì ha scelto di aggiungerne *ex novo* un terzo, non deformando così la "traiettoria circolare"³⁶ disegnata dal Costituente attorno ai beni originariamente tutelati dal medesimo articolo.

Tra l'altro, proprio sulla base di questi elementi, può confermarsi l'intento «migliorativo» della revisione, non solo in quanto diretta ad ampliare le garanzie della Carta, ma anche perché idonea a ricondurre l'interpretazione del testo originario dell'articolo sui binari tracciati dall'Assemblea costituente. Infatti, rivolgere le tutele dell'art. 9 Cost. anche espressamente all'ambiente annulla la necessità di praticare uno sforzo interpretativo dinanzi al concetto di paesaggio, il quale riacquista il suo valore *visivo*, da doversi leggere (come indicato dal Costituente e in virtù di un profilo sistematico) in maniera strettamente connessa con il riferimento al patrimonio culturale della Nazione.

Alla luce di questi elementi, allora, si ritiene che non vi siano ostacoli relativamente all'ammissibilità della revisione di un principio fondamentale, almeno nei termini qui esposti. Fatto sta, tra l'altro, che questa non è la prima volta che il legislatore italiano ha provato a modificare il disposto dell'art. 9 Cost., tentativo percorso, sempre nella direzione di riconoscere copertura costituzionale all'ambiente, più volte e in nessuna di queste la mancata conclusione della revisione è dipesa dal rilievo di limiti impliciti alla stessa, ma sempre da ragioni, per così dire, "politiche"³⁷.

³⁵ Cfr. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, p. 298.

³⁶ M. Ainis e M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015.

³⁷ In altri termini, la mancata approvazione di una revisione dell'art. 9 Cost. è stata, in passato, la conseguenza di ragioni legate alle maggioranze parlamentari. Nel 2004, per esempio, si tentò di aggiungere un terzo comma all'articolo, nel quale voleva affermarsi che la Repubblica «tutela l'ambiente e gli ecosistemi, anche negli interessi delle future generazioni. Protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali» (A.C. 4307, 23 ottobre 2004). In seguito, nel 2008, si propose di riunire i due commi dell'articolo vigente e aggiungere un nuovo secondo comma che affermasse che la Repubblica «riconosce l'ecosistema come bene inviolabile della Nazione e del pianeta, appartenente a tutto il genere umano, e ne incentiva la protezione dalle alterazioni e dalle contaminazioni ambientali. Garantisce il rispetto degli animali e delle biodiversità» (proposta di Legge costituzionale n. 228/2008). Più articolata fu la proposta di revisione del 2012, diretta ad aggiungere quattro commi all'art. 9, nei quali si voleva specificare a cosa fosse diretta la tutela dell'ambiente (conservazione, gestione razionale e condizioni di aria, acque e suolo) anche affermando i doveri dei cittadini nei confronti delle generazioni future. Nella proposta di legge costituzionale n. 5660/2012 si proponeva di aggiungere all'art. 9 i seguenti quattro commi: «Riconosce a tutti i cittadini il diritto alla tutela dell'ambiente e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto. Il diritto alla tutela dell'ambiente è esercitato individualmente o collettivamente nell'ambito delle leggi che lo regolano. Ogni cittadino ha il dovere di

Proprio questo aspetto porta a riflettere sul perché, in questa occasione, il Parlamento abbia raggiunto la maggioranza qualificata necessaria, tra l'altro al termine di un dibattito poco vivace all'interno delle due Camere. La ragione di ciò sembra potersi riassumere nella volontà di dare seguito alle politiche europee che negli ultimi due anni hanno posto al centro dei loro obiettivi la salvaguardia dell'ambiente e specifici temi alla stessa connessi, su tutti la lotta ai cambiamenti climatici. Il riferimento, come è evidente, è al *Green New Deal* ma ancora di più al *Next Generation EU*, il quale ha destinato gran parte dei fondi che finanziano i progetti europei di ripresa proprio alla transizione ecologica. La revisione costituzionale, in questo senso, riesce a confermare e rendere evidente l'impegno dell'Italia relativamente a questi temi, come peraltro si evince dal PNRR³⁸.

Ora, fermo restando che considerare la revisione una mera scelta politica nulla toglie al merito di aver cristallizzato orientamenti giurisprudenziali che già caratterizzavano da tempo l'interpretazione dell'art. 9 Cost., bisogna chiedersi se i termini a cui ha fatto ricorso il revisore soddisfino l'esigenza (ammesso che vi fosse) di dedicare all'ambiente e alle generazioni future un espresso riferimento in Costituzione e se ciò sia avvenuto in sintonia con le politiche europee e, più in generale, con la costruzione che in Europa stanno vivendo i temi in oggetto.

In tal senso, si registra innanzitutto una confusione di fondo sul piano strettamente lessicale, dovuta alla scelta del legislatore costituzionale di fare espressamente riferimento a tre diversi beni, ovvero ambiente, biodiversità ed ecosistemi. Infatti, sulla base sia del linguaggio delle scienze ecologiche e biologiche sia di quello normativo e giurisprudenziale, una scelta di questo tipo si dimostra, almeno parzialmente, ingiustificata. Sul punto, come rilevato da alcuni, “il lemma ‘ambiente’ [...] è considerato solitamente idoneo di per sé a comprendere [...] anche la pluralità di tutti gli ‘ecosistemi’, all'interno dei quali si sviluppano gli elementi della ‘biodiversità’ che sono frutto (oltre che fattore) degli equilibri di coesistenza tra le varie specie biotiche, in relazione con il clima e le risorse naturali abiotiche”³⁹.

rispettare e di conservare le risorse culturali e naturali, in adempimento del principio di solidarietà sociale, anche per tutelare il diritto alla tutela dell'ambiente delle generazioni future. Il diritto alla tutela dell'ambiente è inteso come diritto alla conservazione, alla gestione razionale e al miglioramento delle condizioni naturali dell'aria, delle acque e del suolo».

³⁸ Cfr. L. Salvemini, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, p. 81 ss.

³⁹ M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 3/2021, p. 299.

Ma al di là della questione strettamente terminologica, dal punto di vista costituzionalistico, questa sovrapposizione lessicale (a cui si aggiungono, tra l'altro, ulteriori cortocircuiti dovuti al riferimento agli animali) è potenzialmente idonea a generare criticità in punto di bilanciamento, non potendosi dare per scontata, in concreto, una piena coincidenza tra la salvaguardia dell'ambiente, nel suo complesso, e le sue specificazioni.

Avrebbe forse risolto queste problematiche, restituendo omogeneità alla nuova formulazione dell'art. 9 Cost., il riferimento espresso al principio di sostenibilità, che di fatto appariva nella proposta originariamente presentata in Senato. Inoltre, declinare l'esigenza di dare una copertura costituzionale testuale alla salvaguardia dell'ambiente in termini di sostenibilità avrebbe, da un lato, giustificato ulteriormente l'intento di revisione, considerato che ad oggi il concetto di sostenibilità si legge solo all'interno dell'art. 97 Cost., e, dall'altro, avrebbe dimostrato una maggiore sintonia con la dimensione europea della tutela. Quest'ultima, infatti, vede i criteri della sostenibilità come il tramite, e non il frutto, che ha portato alla configurazione di una maggiore attenzione alle questioni ambientali.

A questa considerazione potrebbe però opporsi l'idea per cui, in realtà, il principio di sostenibilità sarebbe da considerarsi assorbito nel riferimento all'«interesse delle future generazioni». Tuttavia, genera perplessità il ricorso al concetto di interesse, laddove non è chiaro se vi si faccia riferimento in senso tecnico, cioè richiamando una vera e propria situazione giuridica soggettiva, o a-tecnico, ovvero quale mero collante all'interno della costruzione della disposizione.

Ebbene, per quanto probabilmente, in sede deliberativa, sia prevalsa la seconda delle due opzioni proposte, non può negarsi come soprattutto all'interno di una Costituzione, e ancor di più dei suoi principi fondamentali, i termini vadano letti (e utilizzati) alla luce di uno specifico vocabolario, di cui tra l'altro proprio la Carta è la principale espressione. Il riferimento operato dal legislatore potrebbe dunque essere all'interesse legittimo ma, ancora più nello specifico, all'interesse diffuso che proprio in materia di salvaguardia dell'ambiente rintraccia gran parte della sua costruzione⁴⁰.

⁴⁰ Sul punto, cfr. M.S. Giannini, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976; M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 7. In particolare, si ricordi che per interessi diffusi si intendono quelle «posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, la cui peculiarità è data dal fatto che la titolarità di essi è vantata in proprio da organizzazioni di tipo associativo, legittimate ad agire per la tutela non già di interessi particolaristici dei singoli componenti, bensì di interessi comuni agli iscritti, riferibili alla sfera categoriale complessivamente ed unitariamente considerata», come afferma F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2022, p. 28. A ben vedere, una configurazione di questo tipo, che tra l'altro trova in materia ambientale la sua principale declinazione, come ricorda lo stesso Autore (v. op. ult. cit., p.

Una scelta di questo tipo genera, però, varie conseguenze: il legislatore ammetterebbe la possibilità di riferirsi a chi ancora non esiste in termini di soggetti, considerandoli titolari di una specifica situazione soggettiva, che coincide con una lettura interessante ma senza dubbio problematica; in questa medesima direzione, si escluderebbe la possibilità, anch'essa di non agevole accesso, di rivolgersi al futuro in chiave di diritti, interpretazione che, per quanto ugualmente problematica, è stata considerata praticabile dalla giurisprudenza di altre Corti europee⁴¹; in questo senso, ammettendo una lettura *giuridicamente orientata* del termine *interessi*, potrebbe escludersi la possibilità di considerare sottesa alla tutela dell'ambiente la garanzia di diritti in generale, e cioè non solo avendo riguardo alle generazioni future ma anche a quelle presenti. A creare quest'ultimo equivoco, in particolare, è proprio l'avverbio *anche*, che sembra legare la tutela dei beni oggi richiamati dall'art. 9, c. 3, Cost., agli interessi sia di chi già esiste che a quelli di chi esisterà. Ma la salvaguardia dell'ambiente si dirige alla tutela di una sfera di situazioni più complessa e articolata, che coinvolge la persona (del presente e del futuro) in tutte le sue dimensioni.

In definitiva, quindi, l'intervento di revisione non si dimostra, per molteplici ragioni, privo di criticità, in quanto, pur avendo il merito di esprimere un'esigenza e di provare, almeno, a configurare una dimensione di tutela anche delle generazioni future, esso non dà vita a uno strumento inedito. Infatti, nonostante nel Comunicato presentato in Senato il 2 aprile 2019 si legga che la revisione introduce garanzie che finora hanno trovato conforto *solo* in via giurisprudenziale, si è avuto modo di osservare come la Corte costituzionale abbia intercettato una tutela dei beni ad oggi oggetto dell'articolo a prescindere da riferimenti espressi, a dimostrazione proprio della «presbiopia» del Costituente e dell'elasticità della Carta rispetto allo scorrere del tempo⁴².

Al di là del richiamo agli specifici oggetti delle «nuove» garanzie, però, emerge ancora come l'attenzione al futuro e la tutela di chi lo vivrà non possa trovare traduzione solo sul piano testuale, bensì, a differenza di quanto sembra emergere dal già richiamato Comunicato, principalmente in via giurisprudenziale. Il riferimento espresso alle

36) potrebbe risultare interessante in funzione del fatto che è diretta proprio alla deducibilità in giudizio di interessi superindividuali.

⁴¹ Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 24 marzo 2021. Cfr. G. Palombino e J.F. Sánchez Barrilao, *La protección del medio ambiente en Europa ante la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2021, p. 36.

⁴² A. Celotto, *La Costituzione presbite*, Milano, 2022.

generazioni future nel testo dell'art. 9 Cost., quindi, ha di certo la funzione di ribadire l'intrinsecità al tessuto costituzionale, ma sempre nella prospettiva che la Corte costituzionale possa determinarne l'applicazione ogniquale volta decisioni politiche del presente possano trasferire un danno nei tempi avvenire⁴³.

5. Conclusioni.

Ripercorrendo l'evoluzione che ha accompagnato all'interno della Carta costituzionale i riferimenti espressi alla cura del futuro, emerge come le revisioni analizzate si caratterizzino per due comuni minimi denominatori: lo stato di crisi e il processo di integrazione europea.

Rispetto al primo di questi due elementi, sembra opportuno osservare come sia proprio in funzione di contesti emergenziali⁴⁴ (per quanto ci si riferisca a fenomeni molto diversi) che il decisore pubblico si ritrova ad allargare l'orizzonte temporale delle sue scelte⁴⁵. Ciò dipende da un'esigenza cui anche il diritto, così come altri ambiti scientifici, è chiamato a dare risposte, e cioè quella di annullare il rischio che situazioni critiche, talvolta disastrose nelle loro conseguenze, di qualsiasi natura esse siano, possano ripetersi nel tempo. Ciò è

⁴³ In questa direzione, si vuole però provare ad offrire anche una visione alternativa. In particolare, considerato che in queste pagine si è già ricordata l'importanza di un bilanciamento che si presenti dinamico e dunque di una giurisprudenza costituzionale che si evolve nel tempo, anche modificando completamente i propri orientamenti a distanza di pochi anni, ci si domanda se la scelta di cristallizzare la tutela dell'ambiente e l'interesse delle generazioni future all'interno dell'art. 9 Cost. annulli, in qualche modo, il rischio che, in futuro, possano prevalere interpretazioni giurisprudenziali diverse da quelle conosciute sino ad oggi. Infatti, ferma restando l'idea per cui l'attenzione al futuro sul piano costituzionale prescinda da richiami testuali, è evidente che "la presenza di riferimenti alle generazioni future all'interno di disposizioni costituzionali che mirano alla disciplina di un oggetto determinato rafforza l'obbligo dei destinatari di quella disposizione di tenere in conto, nel momento del bilanciamento, gli interessi degli uomini che verranno", come sostiene R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 127. Allo stesso tempo, però, e senza dimenticare che gli obblighi della Repubblica in materia di salvaguardia dell'ambiente e tutela delle generazioni future trovano già sede nei Trattati dell'UE, bisogna considerare come il bilanciamento continuerà a essere dinamico anche in presenza di una disposizione espressa. Ciò che quest'ultima allora garantisce, in definitiva, non è la prevalenza dei beni oggetto di tutela su quelli già previsti dal testo costituzionale (essendo naturalmente gli stessi destinati a essere sempre dedotti nella formula del bilanciamento), bensì proprio il dato per cui l'interprete, e in primo luogo la Consulta, sarà sempre chiamato a tener conto di ambiente e generazioni future in punto di bilanciamento con altri beni costituzionalmente tutelati. In altri termini, ad essere garantito dalla revisione è il bilanciamento stesso delle tutele già previste dal testo costituzionale con quelle contenute nell'art. 9, c. 3, Cost.

⁴⁴ In generale, S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 531 ss.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 558 ss.

⁴⁵ Si consenta un rinvio a G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022.

avvenuto nel 2012, quando, sulla scorta della crisi finanziaria, la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio ha determinato l'ingresso del principio di sostenibilità nel dettato della Carta; e poi nel 2022, laddove la revisione dell'art. 9 Cost. deve leggersi in maniera strettamente connessa con l'emergenza pandemica e gli strumenti adottati per affrontarla. Quest'ultima considerazione dipende dal dato per cui la transizione verde, già al centro del processo di integrazione europea degli ultimi anni grazie al *Green New Deal*, componga uno dei principali assi del *Next Generation EU* e, di riflesso, del PNRR. Infatti, pur essendo evidente come la revisione dell'art. 9 Cost., tra l'altro già tentata più volte in passato, non possa leggersi come una traduzione del processo di integrazione (a differenza della revisione del 2012, che fu in qualche modo *suggerita* dall'Unione), non può considerarsi un caso che proprio nell'attuale contesto storico il Parlamento sia riuscito a raggiungere la maggioranza richiesta.

In definitiva, le crisi generano transizioni e le transizioni aprono lo sguardo del decisore pubblico verso il futuro⁴⁶. La transizione verde, nello specifico, sta caratterizzando e continuerà inevitabilmente a caratterizzare l'evoluzione del processo di integrazione dei prossimi anni, anche in virtù delle molteplici implicazioni che discendono dalla salvaguardia dell'ambiente⁴⁷.

In questa direzione, non vi è dubbio che la revisione dell'art. 9 Cost. presti il fianco a molteplici osservazioni critiche. Tuttavia, il nuovo terzo comma ha comunque il merito di evidenziare delle esigenze (forse urgenze) cui è necessario dare risposte sul piano strettamente costituzionale; e lo fa, tra l'altro, in piena sintonia con le politiche europee degli ultimi anni e nello specifico con quelle formulate sulla scorta della pandemia. Un'Europa più unita⁴⁸, chissà, continuerà a costruirsi anche intorno alla cura del futuro e di chi ancora deve venire, da intendersi non come un'entità astratta bensì quale naturale e auspicabile continuazione di chi già esiste⁴⁹.

⁴⁶ D. F. Thompson, *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, in *Critical review of international and political philosophy*, 2010, pp. 17-37. Su questi temi, in generale, L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019.

⁴⁷ Si pensi, per esempio, anche al fenomeno delle migrazioni climatiche. Su questi temi, in generale, cfr. A. Patroni Griffi (a cura di), *Europa e migrazioni*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2018; O. Makimov Pallotta (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere. Problemi giuridici*, Napoli, 2022.

⁴⁸ In generale, cfr. T.E. Frosini (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2022. Su questi temi, v. anche G. Martinico, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009.

⁴⁹ Su questi temi, v. anche A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale 'europeo'*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, pp. 732-745. In questa prospettiva, P. Bilancia, *Lo Stato di diritto come valore in una dimensione spaziale*, in *Nomos*, n. 1/2012, pp. 1-8. Con riferimento al ruolo svolto dai diritti culturali e dalle testimonianze materiali e immateriali che ne sono alla base come elemento di

Abstract: La tutela del futuro sembra oggi acquisire una dimensione pienamente giuridica. Ciò avviene soprattutto dinanzi alle crisi, laddove il decisore politico avverte l'esigenza di ampliare gli orizzonti temporali delle sue decisioni e adottare scelte che guardino anche ai tempi avvenire. Questa considerazione è confermata se si riflette sulle revisioni che hanno portato riferimenti espressi al futuro all'interno della Costituzione italiana. In particolare, ciò è avvenuto nel 2022 grazie alla modifica dell'art. 9 Cost., laddove l'interesse delle future generazioni ne compone oggi il testo. Il presente contributo si propone di analizzare proprio la nuova formulazione dell'art. 9, evidenziandone alcune criticità ma anche la rilevanza nell'ambito del processo di integrazione europea.

Abstract: The protection of the future seems today to acquire a fully legal dimension. This happens above all in the face of crises, where the political decision-maker feels the need to broaden the time horizons of their decisions and adopt choices that also look to the future. This consideration is confirmed by reflecting on the revisions that have introduced explicit references to the future within the Italian Constitution. This happened in 2022 thanks to the amendment of art. 9 of the Constitution, where the interests of future generations now compose its text. This contribution aims to analyze the new formulation of art. 9, highlighting some critical issues but also their relevance in the context of the process of European integration.

Parole chiave: generazioni future – crisi – ambiente – paesaggio – sostenibilità.

Key words: future generations – crisis – environment – landscape – sustainability.

continuità in una comunità in trasformazione, P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo. La nascita dell'Osservatorio sulla sostenibilità culturale*, Napoli, 2016. Si consenta un rinvio a G. Palombino, *La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, pp. 73-93.

FINANZA SOSTENIBILE, TASSONOMIA EUROPEA E PRINCIPIO DNSH: LE NOVITÀ STRATEGICHE DELL'UNIONE E I RIFLESSI IN AMBITO NAZIONALE *.

di Luca Di Domenico**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La finanza sostenibile: una materia ancora in fase di costruzione. – 3. La tassonomia europea. Un nuovo strumento definitorio e classificatorio in materia di sostenibilità. – 4. Il Principio DNSH e i suoi riflessi sul PNRR italiano. – 5. Le innovazioni apportate dal legislatore europeo in materia di tassonomia. – 6. I limiti del regolamento tassonomia. Alcune considerazioni. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il presente saggio intende indagare le strategie promosse dall'Unione in materia di governance finanziaria volte a favorire un aumento di investimenti sostenibili di natura privata ovvero pubblica. La volontà dell'UE è quella di attribuire al settore finanziario un ruolo primario cercando di indirizzare il mercato verso scelte di investimento sostenibili. La tassonomia delle attività economiche sostenibili, come previsto dal Regolamento (UE) 2020/852 è uno dei primi passi verso il raggiungimento di tale obiettivo; l'atto muove infatti dalla necessità di predisporre uno strumento di classificazione finalizzato all'implementazione di tali investimenti offrendo così un supporto ad operatori del settore ed investitori. Il comparto finanziario alla luce di questa innovativa interpretazione diviene fondamentale nel perseguimento di molte strategie dell'Unione ed è proprio in quest'ultimo che il Legislatore (comunitario) individua lo strumento maggiormente idoneo per addivenire ad una equilibrata ponderazione tra gli interessi economici, ambientali e la lotta ai cambiamenti climatici¹. In tal senso è opportuno evidenziare la stretta connessione

* *Sottoposto a referaggio*. Il contributo è la versione, rivista e accompagnata dalle note, della relazione tenuta in occasione della Conferenza Internazionale e Summer School di Ventotene, *La 'nuova' Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, 27 giugno 2022.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza.

¹ Per una ricognizione di ampio respiro sui vari interventi promossi dall'Unione sul tema e in merito ad alcuni elementi che verranno trattati nel presente scritto si rinvia a: F. Urbani, *Rassegna dei principali interventi*

stabilitasi fra il Regolamento (UE) 2020/852 e il *Recovery and Resilience Facility* normato ai sensi del Regolamento (UE) 2021/241, strumento cardine per lo sviluppo dei piani nazionali di ripresa e resilienza, ma soprattutto per un'innovativa interpretazione dei finanziamenti europei e dei meccanismi di condizionalità. I riflessi di tale intersezione sono chiaramente riscontrabili anche all'interno del PNRR italiano in particolare attraverso il principio DNSH (*Do Not Significant Harm*), sul quale si tornerà nel corso della trattazione. Alla luce di queste recenti novità strategiche appare necessario ribadire come l'Unione Europea abbia da tempo dimostrato una forte volontà di divenire leader globale in tema di transizione ecologica. Tale percorso pluriennale trova ulteriore ancoraggio nella sottoscrizione da parte dell'Unione dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici (2015) e dell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile (2015). Queste posizioni sono inoltre state confermate dall'adozione di una serie di iniziative UE, tra tutte rileva menzionare il *Clean Energy package for all Europeans* (2018)² e soprattutto il *Green Deal* europeo³, il quale, tra gli altri scopi, si prefigge il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050.

Il passaggio ad una società oltre che ad un'economia più sostenibile muove attraverso un cambio di tendenza radicale, o quasi, della finanza. L'innovazione del settore investe tanto la dimensione pubblica degli investimenti, quanto quella privata; ed è proprio la medesima che si mostra particolarmente idonea a veicolare capitali verso investimenti sostenibili, a fronte di una ormai riscontrabile carenza di risorse pubbliche da destinare a tale scopo. Anche per questo motivo sono state intraprese ulteriori iniziative comunitarie volte a rendere sostenibile il settore finanziario.

Cosa si debba intendere per finanza sostenibile e quali siano gli elementi che la caratterizzano sono alcuni dei quesiti da cui risulta opportuno partire per comprendere come il cambio di paradigma del settore possa incidere nel lungo termine: anzitutto all'interno dell'ordinamento comunitario generando in secondo luogo rilevanti riflessi

legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari, in *Rivista delle società*, n. 4/2021, p. 904 ss.

² Sul tema si rinvia a: R. Miccù, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2020, p. 121 ss.; L. Ammannati, *La transizione dell'Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, n. 2/2018, p. 86 ss.; P. Bertolini e A. Gemmo, *Clean Energy Package - La transizione verso l'Unione dell'energia*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, 2018.

³ COM (2019) 640.

nell'orbita della dimensione pubblica e privata nazionale, non da ultimo in merito alla gestione dei cospicui investimenti promossi dal *Next Generation EU*⁴.

Lo scritto si pone inoltre l'obiettivo di ampliare l'oggetto di ricerca ai diversi strumenti introdotti dal legislatore comunitario in materia di governance finanziaria, soffermandosi nel dettaglio su quanti possano essere ricompresi nell'ambito della finanza sostenibile, nonostante per alcuni di essi non si sia giunti ad una dettagliata definizione normativa, come possibile rilevare in materia di *Green Bond*. Proprio questi ultimi, nonostante l'assenza di puntuali previsioni volte a disciplinarli, sono da considerarsi strumenti innovativi ed utili per la transizione sostenibile oltre che per l'aumento di tali specifici investimenti.

Queste ragioni hanno condotto a far assumere al settore finanziario un ruolo centrale nel contesto economico-politico determinatosi a seguito della crisi pandemica da Covid-19; inoltre i più recenti interventi comunitari mostrano come il medesimo divenga la pietra angolare su cui edificare la ripresa dalla crisi, ponendo particolare attenzione alle corrette modalità di utilizzo delle risorse e dei relativi flussi⁵. Proprio in quest'ottica il già citato Regolamento (UE) 2020/852, volto ad istituire una tassonomia delle attività economiche sostenibili, svolge un ruolo chiave per il perseguimento di innovative policies finanziarie. Tale strumento annovera infatti tra i suoi principali obiettivi quello di indirizzare gli investimenti privati nell'orbita della sostenibilità.

La principale finalità della ricognizione tassonomica si situa nel fornire agli operatori di settore uno strumento classificatorio del quale potersi servire, al fine di offrire loro criteri comuni atti a valutare il livello di ecosostenibilità di una determinata attività economica. Il regolamento, infatti, si fonda su sei obiettivi ambientali che le attività avranno il dovere di perseguire e ai quali dovranno attenersi, così da poter essere considerate ecosostenibili. Si ritiene che un sistema così strutturato possa offrire maggiori sicurezze agli operatori e migliori garanzie agli investitori consentendo ai medesimi di servirsi anche di strumenti

⁴ Tra i molti scritti sul tema sia consentito rimandare a, F. Fabbrini, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022; G. Centurelli, «Next Generation Eu» e fondi strutturali. *L'evoluzione dei sistemi di gestione e controllo ed elementi di semplificazione nel periodo 2021-2027*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 1/2022, p. 27 ss.; F. Salmoni, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, 2021; E. Bressanelli e L. Quaglia, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista italiana politiche pubbliche*, n. 3/2021, p. 353 ss., G. Contaldi, *Il Recovery Fund*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2020, p. 587 ss.

⁵ In tal senso: F. Capriglione, *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 2/2021, p. 241 ss.

informativi dettagliati consoni per poter discernere al meglio le scelte di investimento. Tale processo consente dunque di indirizzare più agevolmente gli investimenti di natura privata verso attività ritenute sostenibili puntando anche su livelli di consapevolezza maggiore in capo all'investitore.

Per quanto attiene invece la sfera della finanza pubblica l'analisi della normativa, come anticipato in precedenza, evidenzia rilevanti connessioni tra il Regolamento (UE) 2020/852 e il programma *Next Generation EU*, in particolare nella componente del dispositivo *Recovery and Resilience Facility*. Nel dettaglio ci si riferisce alla previsione presente nel regolamento tassonomia dell'innovativo principio DNSH (*Do Not Significant Harm*)⁶ il cui mancato rispetto da parte degli Stati membri diviene un discrimine per il finanziamento delle misure previste all'interno dei diversi PNRR⁷.

Tale connessione verrà analizzata successivamente; tuttavia, consente di sottolineare preventivamente come il principio DNSH abbia inciso nella fase istruttoria del PNRR nazionale e continuerà ad assumere un peso rilevante in tutti gli stadi della sua attuazione. Nel corso della trattazione si cercherà inoltre di dimostrare l'innovatività che contraddistingue il principio DNSH. Il medesimo nonostante trovi una propria giustificazione nelle politiche in tema di ambiente e sostenibilità, esula dalle logiche tipiche dei principi maggiormente consolidati in materia⁸. È singolare in tal senso come la *vis* dello stesso non sia rinvenibile negli schemi correttivi o di prevenzione, spesso utilizzati nelle politiche di settore, quanto piuttosto nella vincolatività del suo rispetto; tale caratteristica fa sì che il suo consolidarsi all'interno dell'ordinamento possa realmente costituire una chiave di volta per tutte quelle politiche che inevitabilmente si troveranno a doverlo rispettare. La tesi attinente alla singolarità del principio DNSH trova ulteriore ancoraggio, a parere di chi scrive, nella base giuridica posta a fondamento del Regolamento (UE) 2020/852. La stessa, infatti, non si situa negli artt. 191-193 TFUE, pertinenti la politica ambientale dell'Unione, quanto piuttosto nell'art. 114 TFUE propria dell'avvicinamento delle legislazioni evidenziandone così uno specifico tratto di condizionalità. Dunque, valutare le potenzialità di tale principio nella sua fase «embrionale», significa coglierne

⁶ «non arrecare danno significativo» ai 6 obiettivi climatici ex artt. 3 e 17, Regolamento (UE) 2020/852.

⁷ Per una prospettiva comparata dei Piani nazionali di ripresa e resilienza si veda: B.P. Amicarelli, P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano e A. Renzi, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2021, p. 1137 ss.

⁸ Si pensi al principio di precauzione ovvero al principio dell'azione preventiva e della correzione dell'inquinamento alla fonte e al principio chi inquina paga.

nell'immediato la rilevanza che inevitabilmente ha assunto ed assumerà nell'avanzamento del PNRR: secondo poi consente di comprenderne i potenziali ambiti di espansione pro-futuro.

Infine, le ultime sezioni verteranno sulle scelte più recenti del legislatore europeo in tema di tassonomia per riflettere sugli aggiornamenti apportati e sull'adeguatezza degli stessi offrendo alcune considerazioni in merito alle carenze della normativa.

Il consolidamento della *Regulation Taxonomy*, strumento strategico per l'Unione non solo in materia di finanza privata ovvero pubblica, diviene cruciale per gli investimenti sostenibili nella loro generalità mostrandosi particolarmente funzionale al raggiungimento degli obiettivi previsti all'interno del *Green Deal* europeo, oltre che del *Next Generation EU*.

Per questo motivo al fine di evidenziare le innovazioni apportate nel sistema dalla tassonomia e più in generale la valenza della transizione a cui il settore finanziario è sottoposto risulta metodologicamente utile fornire, in primo luogo, una definizione di finanza sostenibile. Si tratteggeranno dunque nel successivo paragrafo le tappe che hanno segnato l'avanzamento di tali *policies* giungendo così a verificare come la *Regulation Taxonomy* sia divenuta un vero pilastro all'interno della strategia europea sul tema.

2. La finanza sostenibile: una materia ancora in fase di costruzione.

Il concetto di finanza sostenibile sta riuscendo a sedimentarsi all'interno del quadro normativo europeo. Il fenomeno trova la propria giustificazione ontologica nell'assunto secondo cui l'economia di mercato sia in grado di configurarsi quale strumento necessario al superamento della crisi climatica globale, riconvertendo in chiave *Green* la stragrande maggioranza delle attività economiche. Come esplicita conseguenza di tale processo diviene agevole ritenere che la finanza, assumendo un ruolo primario all'interno del finanziamento delle *policies* in materia di sostenibilità, possa divenire il vero propulsore della transizione offrendo sostegno alle imprese e priorità a tutti quelli strumenti in grado di garantire il passaggio verso un sistema produttivo a impatto prossimo allo zero⁹.

⁹ E. Franza, *Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020, p. 680.

Nel quadro della *governance* europea alcune delle politiche in tema di finanza sostenibile sono ancora in via di sviluppo; pertanto, risulta non particolarmente agevole dare una definizione onnicomprensiva di cosa poter intendere per finanza sostenibile. È lecito, tuttavia, ritenere che possano essere ricomprese nel novero della stessa quella tipologia di finanziamenti volti a sostenere la crescita economica tenendo in debita e costante considerazione i cosiddetti fattori ESG (*environmental, social and governance*)¹⁰. Proprio tali fattori, qualora correttamente coniugati all'interno delle politiche d'impresa, consentono di ridurre le pressioni sull'ambiente, non trascurando al contempo gli aspetti sociali e di governance offrendo in tal senso un'interpretazione di sostenibilità imprenditoriale ad ampio spettro volta a coniugare tutti gli aspetti che caratterizzano il concetto di sostenibilità (nella sua interezza)¹¹.

Una tipologia di impresa fondata sul rispetto di tali valori deve saper garantire agli investitori elevati caratteri di trasparenza, in particolare qualora si presentino rischi legati ai fattori in questione; infatti, la riduzione dei livelli di trasparenza in merito a suddetti fattori potrebbe generare un impatto negativo sul sistema di finanziamenti e al contempo ledere all'intero sistema finanziario così inteso. Per tale ragione, quando si opera nell'ambito della finanza sostenibile è sempre opportuno individuare dei criteri generali volti a mitigare il più possibile tali rischi attraverso un'adeguata governance degli attori finanziari e aziendali.

La stessa Commissione europea evidenzia come per finanza sostenibile sia opportuno intendere: “il processo di tenere in debita considerazione, nell'adozione di decisioni di investimento, i fattori ambientali e sociali, per ottenere maggiori investimenti in attività sostenibili e di più lungo termine”¹².

In sintesi è lecito ritenere che per finanza sostenibile si debba intendere quel processo volto a tenere in costante considerazione i fattori ESG al momento in cui si debbano prendere decisioni di investimento, indirizzando così il mercato e impiegando gli investimenti privati

¹⁰ In materia di ESG policy: G. Aquaro, M. Bartolini, P. Bergonzini, C. Cangialosi, I. Cavalli, R. Del Giudice, G. Pinaffo, F. Ranghino, F. Rinaldi, G. Testa, E. Viviani e R. Zunino, *Private capital e sostenibilità*, in *Quaderni sull'Investimento nel Capitale di Rischio*, n. 44/2019.

¹¹ Sul tema si rinvia a: R. Lener e P. Lucantoni, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, n. 1/2023, p. 6 ss.; A. Miglionico, *Rischi climatici e supervisione finanziaria*, in M. Pellegrini (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Milano, 2023, p. 323 ss.; L. Donato, *La lunga marcia dei fattori Esg. Tra regolamentazione e mercato*, in *Bancaria*, n. 3/2022, p. 35 ss.

¹² COM (2018) 97 final.

in attività economiche sostenibili in un orizzonte di lungo termine¹³.

Pertanto, sono riconducibili alla finanza sostenibili tutte quelle strategie di investimento che in maniera diretta o indiretta hanno l'obiettivo di realizzare un rendimento socialmente condiviso assieme al ritorno economico atteso dall'investimento¹⁴. Si comprende dunque la rilevanza che assume l'affermazione di tale processo, soprattutto in merito al raggiungimento degli obiettivi politici ed economici dell'Unione in ambito di *Green Deal* europeo¹⁵, ma anche in materia di *Next Generation EU*, strumento per l'appunto volto a sostenere un'economia resiliente ed una ripresa sostenibile rispetto alla crisi innescata dalla pandemia di COVID-19.

La normativa europea ha introdotto gradualmente norme in materia di finanza sostenibile e finora non si è ancora giunti alla conclusione del processo di affermazione della materia. Lo sviluppo della medesima trova un'inevitabile intersezione con l'incremento da parte del legislatore comunitario di politiche ambientali sempre più stringenti e con quelle per la lotta al cambiamento climatico, oltre che con l'ampliamento delle politiche in tema di sviluppo sostenibile¹⁶. In tal senso rileva sottolineare come la politica ambientale europea si dimostri ancora una volta, come per altri settori, centro nevralgico dell'avanzamento di determinate politiche dell'Unione.

¹³ Nel dettaglio: «Sustainable finance refers to the process of taking environmental, social and governance (ESG) considerations into account when making investment decisions in the financial sector, leading to more long-term investments in sustainable economic activities and projects. Environmental considerations might include climate change mitigation and adaptation, as well as the environment more broadly, for instance the preservation of biodiversity, pollution prevention and the circular economy. Social considerations could refer to issues of inequality, inclusiveness, labour relations, investment in human capital and communities, as well as human rights issues. The governance of public and private institutions – including management structures, employee relations and executive remuneration – plays a fundamental role in ensuring the inclusion of social and environmental considerations in the decision-making process. In the EU's policy context, sustainable finance is understood as finance to support economic growth while reducing pressures on the environment and taking into account social and governance aspects. Sustainable finance also encompasses transparency when it comes to risks related to ESG factors that may have an impact on the financial system, and the mitigation of such risks through the appropriate governance of financial and corporate actors». Rinvenibile su: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance_en.

¹⁴ D. Busch, G. Ferrarini, S. Grünewald. S., *Sustainable Finance in Europe. Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets*, Cham, 2021; A. Del Giudice, *La finanza sostenibile. Strategie, mercato e investitori istituzionali*, Torino, 2019.

¹⁵ A. Moliterni, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 2/2022, p. 405 ss.

¹⁶ È opportuno evidenziare come lo sviluppo dei due concetti non sia progredito di pari passo. L'Agenda ONU 2030 infatti nonostante assegni un obiettivo riferibile a temi macroeconomici (Obiettivo 8), non assegna rilevanza esplicita al sistema finanziario, pur individuando negli investimenti un valido propulsore per lo sviluppo sostenibile. Sul tema si rinvia a: N. Linciano, E. Cafiero, A. Ciavarella, G. Di Stefano, E. Levantini, G. Mollo, S. Nocella, R. Santamaria e M. Taverna, *La finanza per lo sviluppo sostenibile*, n. 1/2021, reperibile su: https://www.consob.it/documents/1912911/1972319/fs_1.pdf/cd935bf5-f395-d36b-732c-068399d7a308.

Ripercorrendo le tappe di questo cammino si osserva come esso prenda indicativamente le sue prime mosse nel 2014 per mezzo della direttiva (UE) 2014/95 in materia di comunicazione di informazioni di carattere non finanziario. La medesima al terzo considerando riconosce la necessità da parte del sistema finanziario di: «gestire la transizione verso un'economia globale sostenibile coniugando redditività a lungo termine, giustizia sociale e protezione dell'ambiente». Alla luce di tale auspicio continuava a persistere l'assenza di una norma di grado primario volta a definire cosa poter intendere per «finanza sostenibile» e secondo quali caratteristiche poter classificare un «prodotto finanziario sostenibile».

Tuttavia, è con il programma: *The Sustainable Finance Action Plan* (da ora *Action Plan 2018*)¹⁷ che la Commissione ha deciso di strutturare un vero e proprio piano d'azione finalizzato allo sviluppo del settore finanziario in chiave sostenibile. Il medesimo si struttura sostanzialmente su tre macro-obiettivi: (i) riorientare i flussi di capitale verso un'economia più sostenibile; (ii) integrare la sostenibilità nella gestione del rischio; (iii) favorire la trasparenza e la visione di lungo termine, per raggiungere i quali la Commissione ha pensato di strutturare dieci azioni principali¹⁸. In merito al secondo obiettivo, ossia la gestione del rischio, l'*Action Plan* mira a voler offrire una maggiore trasparenza dei prodotti finanziari offerti sul mercato così da orientare i privati verso scelte consapevoli puntando così su un sistema che sviluppi i *benchmark* di sostenibilità, al fine di creare indici di riferimento in tema di basse emissioni di carbonio e impatto positivo sull'ambiente¹⁹.

Al problema della creazione di indici di riferimento quanto più fedeli e attendibili si è cercato di intervenire attraverso il Regolamento (UE) 2019/2088 (c.d. Regolamento

¹⁷ COM (2018) 97.

¹⁸ Le dieci azioni descritte nella COM (2018) 97 riguardano: 1) istituire un sistema unificato a livello UE di classificazione delle attività sostenibili; 2) creare norme e marchi per i prodotti finanziari sostenibili; 3) Promuovere gli investimenti in progetti sostenibili; 4) integrare la sostenibilità nella consulenza finanziaria; 5) elaborare indici di riferimento in materia di sostenibilità; 6) integrare meglio la sostenibilità nei rating e nella ricerca di mercato; 7) chiarire gli obblighi degli investitori istituzionali e dei gestori di attività; 8) integrare la sostenibilità nei requisiti prudenziali; 9) rafforzare la comunicazione in materia di sostenibilità e la regolamentazione contabile; 10) promuovere un governo societario sostenibile e attenuare la visione a breve termine nei mercati dei capitali.

¹⁹ Per uno studio sull'avanzamento delle strategie previste dall'*Action Plan*, si rimanda a: E. Franza, *Il Piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2020, p. 675 ss. Sul tema anche: G. Siani, *L'impatto del processo di attuazione dell'Action Plan sulla Finanza sostenibile*, consultabile in: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2021/Siani_intervento_ASVIS_06102021.pdf.

Disclosure) e il Regolamento (UE) 2019/2089 (c.d. Regolamento *Benchmark*)²⁰. Il primo relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari non arriva a definire come poter intendere sostenibile un determinato prodotto finanziario; tuttavia, offre una definizione generale di «investimento sostenibile» (art. 2, par. 17, Regolamento (UE) 2019/2088)²¹; mentre il secondo ha il pregio di delineare una distinzione maggiormente evidente tra gli indici di riferimento UE di transizione climatica e gli indici di riferimento UE allineati con l'accordo di Parigi, offrendo così maggiore coerenza al sistema e garantendo un tasso di trasparenza superiore, utile sia per l'intermediario collocatore, quanto per l'investitore²².

La volontà di aumentare i livelli di trasparenza nel settore sottolinea il tentativo dell'Unione di provare a limitare il più possibile il fenomeno del “*Greenwashing*”²³ ossia quella pratica di concorrenza sleale attraverso la quale si commercializzano sul mercato finanziario determinati prodotti che apparentemente potrebbero apparire ecocompatibile, ma che nei fatti non rispettano alcuno standard ambientale²⁴ creando in questo modo non poche esternalità negative.

Tra gli atti di maggiore rilevanza in tema di finanza sostenibile è sicuramente da

²⁰ A. Brozzetti, *Profili evolutivi della finanza sostenibile: la sfida europea dell'emergenza climatica e ambientale*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Milano, 2021, p. 209 ss.; N. Brutti, *Le regole dell'informazione ambientale, tra pubblico e privato*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, p. 638 ss.

²¹ Secondo cui è tale quell'investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, misurato mediante indicatori chiave di efficienza delle risorse concernenti: l'impiego di energia, l'impiego di energie rinnovabili, l'utilizzo di materie prime e di risorse idriche e l'uso del suolo, la produzione di rifiuti, le emissioni di gas a effetto serra nonché l'impatto sulla biodiversità e l'economia circolare o un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro la disuguaglianza, o che promuove la coesione sociale, l'integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate a condizione che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona governance, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali.

²² Per una panoramica sul percorso normativo europeo in tema di finanza sostenibile si rimanda a: M. Cossu, *Delle scelte di investimento dei Post-Millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, in *Rivista delle società*, n. 5/2021, p. 1269 ss.

²³ Per un approfondimento: M. Pellegrini, *Mercati finanziari e sviluppo sostenibile*, in M. Pellegrini (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2023, p. 309 ss.; A. Davola, *Informativa in materia di prodotti finanziari sostenibili, tutela dell'investitore e contrasto al greenwashing: le criticità dell'assetto europeo tra norme primarie e disciplina di dettaglio*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 3/2022, p. 513 ss.; S. Vernile, *L'ambiente come “opportunità”. Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del “secondo” e del “quarto settore” tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2022, p. 11 ss.

²⁴ Il fenomeno del *Greenwashing* viene definito all'interno del considerando 11, Regolamento (UE) 2020/852.

annoverare: la *Strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile*²⁵. L'atto programmatico della Commissione prevede nel dettaglio il perseguimento di molteplici obiettivi: (i) finanziare la transizione dell'economia reale verso la sostenibilità; (ii) strutturare un quadro della finanza sostenibile più inclusivo; (iii) migliorare la resilienza e il contributo del settore finanziario alla sostenibilità; (iv) puntare sulla promozione di un'ambizione globale.

Inoltre, ulteriore strumento posto al servizio dello sviluppo del fenomeno in analisi, al vaglio del legislatore comunitario, è rinvenibile nello *European Green Bond Standard – EU GBS* (COM (2021) 391) ossia una proposta di regolamento volto ad uniformare nel quadro europeo lo strumento delle obbligazioni verdi²⁶. Se sul tema dei *Green Bond* a livello comunitario sembrano esserci ancora delle difficoltà riguardo alla regolamentazione del fenomeno, nella dimensione finanziaria nazionale invece questi ultimi iniziano ad assumere particolare rilevanza. Il *Green Bond*, infatti, si presenta come una vera e propria obbligazione, in cui il prestito obbligazionario viene utilizzato per il finanziamento o il rifinanziamento di progetti sostenibili legati a programmi che abbiano un impatto positivo per l'ambiente ovvero che rispondano a particolari caratteristiche di sostenibilità. I *Green Bond* in aggiunta prevedono la possibilità di usufruire di agevolazioni che vanno dagli incentivi fiscali a varie tipologie di esenzioni e crediti d'imposta, allo scopo di incentivare gli investimenti in tale settore e aumentarne la competitività rispetto a titoli equivalenti, ma tassati²⁷. A riprova di quanto affermato sono infatti al vaglio della Banca d'Italia ulteriori strategie volte ad ampliare la capacità di spesa nazionale avvalendosi di questi strumenti per quanto concerne il piano nazionale complementare al PNRR²⁸.

²⁵ COM (2021) 390 final.

²⁶ E. Franza, *La nuova strategia in materia di finanza sostenibile e proposte normative in tema di European Green Bond e tassonomia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2022, pp. 65-88.

²⁷ Per un approfondimento sul tema si rinvia a: B. Bertarini, *Il finanziamento pubblico e privato dell'European Green Deal: la tassonomia delle attività economiche sostenibili e la proposta di regolamento europeo sugli european green bonds*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022, p. 10 ss.; S. Cavaliere, *La prospettiva dei Green Bonds per la finanza sostenibile*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1/2020, p. 5 ss. Sull'attuale quadro di riferimento per l'emissione di titoli di Stato Green si rimanda al dossier prodotto nel febbraio 2021 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze: https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/debito_pubblico/presentazioni_studi_relazioni/documentazione_btp_green/Quadro_di_riferimento_per_lxemissione_di_Titoli_di_Stato_Green.pdf.

²⁸ G. Trovati, *BTP Green, il Tesoro prepara il bis con durata più breve*, in *IlSole24Ore*, 14 maggio 2022, p. 5; F. Panfili, *Finanza sostenibile: le sfide che ci attendono*, consultabile in https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2021/Panfili_finanza_sostenibile_25_novembre_2021.pdf. Inoltre, sul tema si rinvia al sito della Banca d'Italia in particolare alla sezione dedicata alla Finanza sostenibile: <https://www.bancaditalia.it/focus/finanza-sostenibile/index.html>.

Proprio in questo quadro in continua evoluzione si inserisce il Regolamento Tassonomia che passeremo ad analizzare nel dettaglio nel successivo paragrafo. Per comprendere a pieno la funzione dell'atto è necessario intenderlo quale strumento volto al perseguimento delle dieci azioni previste dall'*Action Plan* ed in particolare collocarlo all'interno dei tre interventi normativi²⁹ volti a coordinare le iniziative in tema di finanza sostenibile³⁰. La Commissione stessa, infatti, nell'elaborazione del piano evidenzia l'importanza e l'urgenza dell'introduzione della tassonomia all'interno della normativa UE al fine di fornire un parametro che garantisca affidabilità e comparabilità delle informazioni sugli investimenti sostenibili³¹.

3. La tassonomia europea. Un nuovo strumento definitorio e classificatorio in materia di sostenibilità.

Nel processo di sviluppo normativo in materia di finanza sostenibile, fin qui delineato, una delle tappe più rilevanti è certamente costituita dal Regolamento (UE) 2020/852, il quale come anticipato in precedenza istituisce una tassonomia delle attività economiche da poter considerare sostenibili e reca modifiche al Regolamento (UE) 2019/2088. Lo scopo del regolamento è quello di stabilire i criteri secondo cui poter determinare se un'attività economica possa essere considerata ecosostenibile, così da individuare conseguentemente il grado di ecosostenibilità di un certo investimento³². Il medesimo si applica: a) alle misure

²⁹ I tre atti a cui si fa riferimento sono: i due regolamenti citati in trattazione ossia il Regolamento (UE) 2019/2088 *Disclosure* e il Regolamento (UE) 2019/2089 *Benchmark* ai quali si aggiunge il Regolamento (UE) 2020/852 in tema di Tassonomia.

³⁰ Un'analisi in materia di finanza sostenibile nel piano legislativo UE viene offerta da: F. Conte, *La finanza sostenibile: limiti e profili evolutivi*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022, p. 10 ss.

³¹ Si legge nella COM (2018) 97: «Il presente piano d'azione evidenzia, in particolare, l'importanza e l'urgenza di elaborare una tassonomia dell'UE che fornisca definizioni unificate e garantisca l'affidabilità e la comparabilità delle informazioni sugli investimenti sostenibili. Si tratta di un requisito essenziale per procedere con la creazione di norme e marchi, la calibrazione dei requisiti prudenziali e l'utilizzazione di indici di riferimento relativi al basso contenuto di carbonio. La tassonomia dell'UE è inoltre complementare all'attuazione di azioni come la comunicazione societaria o la fornitura di consulenza finanziaria. L'attività di elaborazione della tassonomia interesserà inizialmente l'attenuazione dei cambiamenti climatici, per poi allargarsi progressivamente e includere l'adattamento ai cambiamenti climatici e altre questioni ambientali e, in una seconda fase, la sostenibilità sociale. Una simile impostazione riflette l'urgenza di agire nei confronti del cambiamento climatico e di conseguire i nostri obiettivi climatici ed energetici a lungo termine».

³² C.V. Gortsos, *The Taxonomy Regulation: More Important Than Just as an Element of the Capital Markets Union*, in D. Busch, G. Ferrarini, S. Grünewald, *Sustainable Finance in Europe. Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets.*, cit., p. 351 ss.

adottate dagli Stati membri o dall'Unione volte a stabilire obblighi per i partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti in relazione a prodotti finanziari o obbligazioni societarie rese disponibili come ecosostenibili; b) ai partecipanti ai mercati finanziari che mettono a disposizione prodotti finanziari; c) alle imprese soggette all'obbligo di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario o una dichiarazione consolidata di carattere non finanziario (art. 1).

Nel regolamento si rinviene inoltre la definizione di «investimento ecosostenibile» (art. 2); secondo cui è tale quell'investimento effettuato in una o più attività economiche considerate ecosostenibili ai sensi del regolamento stesso. La definizione risulta essere comunque innovativa anzitutto poiché rende vincolante il rispetto dei criteri fissati nel regolamento per la classificazione stessa dell'investimento e inoltre perché amplia la precedente normativa comunitaria, in particolare relativa al Regolamento (UE) 2019/2088, nella quale si faceva riferimento invece agli «investimenti sostenibili»³³.

Ai sensi dell'art. 3 per stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento si deve ritenere ecosostenibile quelle attività che contribuisce in maniera sostanziale al raggiungimento di almeno uno dei seguenti sei obiettivi ambientali (definiti ex art. 9): 1) mitigazione del cambiamento climatico; 2) adattamento ai cambiamenti climatici; 3) uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; 4) transizione verso un'economia circolare; 5) prevenzione e controllo dell'inquinamento; 6) tutela e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

In seconda istanza l'attività economica in questione deve attenersi al principio di non arrecare un danno significativo a nessuno dei suddetti obiettivi ambientali (cosiddetto principio DNSH, *do not significant harm*) oltre che rispettare le garanzie minime di salvaguardia in materia di diritti umani e di diritti dei lavoratori³⁴. Infine, per rispettare i

³³ Secondo l'art. 2, Regolamento (UE) 2019/2088 era possibile definire come sostenibile quell'investimento: «in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, misurato, ad esempio, mediante indicatori chiave di efficienza delle risorse concernenti l'impiego di energia, l'impiego di energie rinnovabili, l'utilizzo di materie prime e di risorse idriche e l'uso del suolo, la produzione di rifiuti, le emissioni di gas a effetto serra nonché l'impatto sulla biodiversità e l'economia circolare o un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro la disuguaglianza, o che promuove la coesione sociale, l'integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate a condizione che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona governance, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali».

³⁴ Art. 18, Regolamento (UE) 2020/852.

criteri previsti di ecosostenibilità l'attività deve risultare conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione all'interno del Regolamento delegato (UE) 2021/2139. Questi ultimi sono stati comunque elaborati tenendo in considerazione i requisiti posti all'art. 19 del regolamento tassonomia.

Cosa dover intendere invece per danno significativo agli obiettivi ambientali viene esplicitato all'art. 17. La definizione abbraccia potenzialmente per ogni obiettivo ambientale una serie di fattispecie particolarmente numerose che non possono essere catalogate in maniera immediata, se non nelle macroaree segnalate dalla norma.

Negli artt. 10-15 il Regolamento definisce anche secondo quali criteri un'attività economica possa contribuire in maniera sostanziale al raggiungimento di ognuno dei sei obiettivi ambientali offrendo un ampio quadro, per ciascuno di essi, delle azioni ritenute propedeutiche a tali fini.

Nel sistema tassonomico sono sostanzialmente tre le tipologie di attività economiche da ritenersi ecosostenibili. Le prime sono quelle intrinsecamente a basso contenuto di carbonio, le quali contribuiscono ad uno degli obiettivi ambientali senza danneggiarne altri; le seconde (cosidette *transitional activities*) sono quelle attività economiche per le quali attualmente non esistono alternative a basse emissioni di carbonio tecnologicamente ed economicamente praticabili, le quali presentano comunque livelli di emissioni di gas a effetto serra sostanzialmente inferiori alla media e non ostacolano al contempo la diffusione e lo sviluppo di alternative a basse emissioni; le terze ed ultime (*enabling activities*) sono invece quelle attività economiche che con prodotti o servizi offerti consentono ad altre attività di apportare un contributo sostanziale ad uno dei sei obiettivi ambientali, salvo che non sottendano la dipendenza da beni lesivi agli obiettivi ambientali nel lungo termine e comportino comunque un impatto positivo sull'ambiente sulla base di considerazioni relative al ciclo di vita³⁵.

L'art. 20 del Regolamento ha poi previsto l'istituzione di una piattaforma per la finanza sostenibile divenuta operativa dal 1° ottobre 2020, la quale è andata a sostituire il TEG (*Technical Expert Group*) ossia il precedente organo di esperti in materia. La piattaforma si compone di 57 membri e 11 osservatori³⁶, fra gli scopi principali dell'organo vi è quello

³⁵ P. Marullo Reedtz, *La tassonomia europea e il finanziamento della transizione ambientale*, in *Bancaria*, n. 5/2022, p. 24 ss.

³⁶ Più precisamente si compone di: 50 membri permanenti; 7 membri di enti quali Agenzia europea dell'Ambiente, dell'AEV, della Banca europea per gli investimenti e del Fondo europeo degli investimenti e

di svolgere un ruolo di consulenza per la Commissione europea in merito a diversi ambiti relativi ad uno sviluppo ulteriore della tassonomia UE, inoltre si impegna a sostenere la Commissione nella preparazione tecnica degli atti delegati, volti all'attuazione della tassonomia. I principali compiti svolti da membri e osservatori, ai sensi dell'art. 20, si concentrano su quattro settori: (i) fornire consulenza alla Commissione in merito ai criteri di vaglio tecnico anche per quanto pertiene l'utilizzabilità degli stessi; (ii) fornire consulenza alla Commissione sulla revisione e sull'aggiornamento della *Taxonomy Regulation* oltre che sulla potenziale introduzione di ulteriori obiettivi di sostenibilità, compresi gli obiettivi sociali e le attività che danneggiano in modo significativo l'ambiente; (iii) monitora e riferisce in merito ai flussi di capitale verso investimenti sostenibili; (iv) infine fornisce una consulenza di ampio raggio alla Commissione sulle policies in materia di finanza sostenibile. Da ciò si evince come uno degli obiettivi generali della piattaforma sia anche quello di fornire alla Commissione tutti i presupposti conoscitivi al fine di poter incrementare nel lungo periodo la quantità di capitali privati da indirizzare verso investimenti sostenibili³⁷.

Successivamente il Regolamento (UE) 2020/852 è stato integrato, ai sensi dell'art. 10, par. 3, lett. b), dal Regolamento delegato (UE) 2021/2139 che offre puntuali criteri di vaglio tecnico. Per ogni tipologia di attività economica ritenuta cruciale per un'effettiva riduzione dell'inquinamento e operante in un dato settore, tali criteri sono finalizzati a determinare secondo quali condizioni si possa considerare che quest'ultima contribuisca in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e che non arrechi un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale. Tale quadro si fonda sul sistema europeo di classificazione delle attività economiche (NACE). Un secondo atto delegato, complementare al medesimo è stato poi adottato dalla Commissione nel febbraio 2022 con riguardo alle attività economiche nel settore del gas naturale e dell'energia nucleare. Questo aspetto verrà approfondito successivamente nel corso della trattazione.

La base giuridica della *Taxonomy Regulation* è riconducibile all'art. 114 TFUE in materia

dell'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali nominati ai sensi dell'art. 20, par. 1, lett. a), Regolamento 2020/852; infine 11 osservatori.

³⁷ La gran parte delle informazioni in merito alla piattaforma sulla finanza sostenibile è consultabile su: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/overview-sustainable-finance/platform-sustainable-finance_en.

di ravvicinamento delle legislazioni e questo è particolarmente interessante in quanto lo stesso pur avendo inevitabili conseguenze in tema di politiche ambientali non trova una giustificazione esplicita in relazione agli artt. 191-193 TFUE. L'articolo 114 del TFUE avendo una portata particolarmente generale, come confermato dalla dottrina, tende ad essere applicato nei casi in cui vi siano ripercussioni in merito al corretto funzionamento del mercato interno³⁸. Al quale infatti si fa riferimento nel primo considerando precisando come proprio ai sensi dell'art. 3, par. 3., TUE si punti a: «instaurare un mercato interno che operi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato, tra l'altro, su una crescita economica equilibrata e un alto livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente». È lecito ritenere, a parere di chi scrive, che alla base del sistema così configurato dal legislatore comunitario il medesimo regolamento trovi ulteriore giustificazione negli artt. 11 e 12 TFUE. Nel primo caso si tratta del principio dello sviluppo sostenibile³⁹, che, come anticipato in precedenza pur non essendosi sviluppato contestualmente alla materia della finanza sostenibile ne interseca inevitabilmente diversi profili; infatti, secondo il dettato dell'art. 11: «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Mentre per quanto attiene l'art. 12⁴⁰, lo stesso giustifica quella serie di norme presenti nel regolamento volte a tutelare il giusto livello di trasparenza e informazione da garantire agli investitori (nello specifico gli artt. 5-8, Regolamento (UE) 2020/852).

Per quanto riguarda invece l'innovativo principio “non arrecare danno significativo” (DNSH) si ritiene che lo stesso non si configuri quale mero postulato del principio di precauzione, ma che piuttosto possa già godere di una propria indipendenza e che qualora si consolidi ulteriormente all'interno dell'ordinamento comunitario, lo stesso possa trovare

³⁸ R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'unione europea*, Torino, 2017, p. 661 ss.

³⁹ Per un'analisi del principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile in chiave comunitaria e nazionale la bibliografia è molto ampia, fra tutti sia consentito rinviare a: F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2021, p. 181 ss.; M. Francaviglia, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, p. 54 ss.; B. Caravita, L. Cassetti e A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 77 ss.; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, p. 73 ss.; L. KrÄmer, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002, p. 71 ss.

⁴⁰ Nel dettaglio: «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

una futura esplicitazione nel novero dei principi elencati all'interno dell'art. 191, par. 2, TFUE, costituendone forse già da ora un'implicita estensione. Un principio senz'altro audace che vede la sua genesi nell'enunciato dell'art. 2, par. 17, Regolamento (UE) 2019/2088 all'interno della definizione di investimento sostenibile, precedentemente citata. Lo stesso principio ha poi trovato un consolidamento nel Regolamento (UE) 2020/852 aumentando la sua vis particolarmente stringente, soprattutto nella sua dimensione attuativa, qualora lo si legga in combinato disposto con le disposizioni previste sul tema dal *Recovery and Resilience Facility*⁴¹ strumento chiave per lo sviluppo del NGEU.

Il principio DNSH, dall'acronimo *do not significant harm*, infatti è esattamente il *fil rouge* che collega le più recenti tendenze in materia di finanza sostenibile, nel loro aspetto tassonomico e il *Next Generation EU*⁴². Lo stesso riesce così a penetrare contestualmente nelle maglie della finanza pubblica, quanto di quella privata.

Si può notare, come all'interno del Regolamento (UE) 2021/241, istitutivo del *Recovery and Resilience Facility*, all'art. 5, comma 2, nel descrivere i principi orizzontali che caratterizzano lo strumento venga affermato che: «Il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio non arrecare un danno significativo». Da un punto di vista strategico, infatti, la volontà dell'Unione come detto in apertura è quella di promuovere una ripresa quanto più sostenibile, ed è secondo tale ratio che il medesimo Regolamento prevede come ogni piano nazionale debba devolvere almeno il 37% delle risorse alla transizione ecologica⁴³ (art. 16, comma 2, lett. b), Regolamento (UE) 2021/241).

Alla luce di questi elementi e di quanto affermato finora si comprende come la *Taxonomy Regulation* possa divenire un vero pilastro del sistema e una guida affidabile al servizio di operatori ed investitori, all'interno del panorama finanziario europeo, al fine di rendere le scelte di investimento sostenibili costituendo al contempo anche l'elemento cardine su cui basare i criteri di assegnazione delle risorse europee.

Il principio DNSH così delineato mostra sicuramente un elemento di innovatività che è

⁴¹ Reg. (UE) 2021/241.

⁴² In tal senso risulta necessario rinviare alla Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 1054 final del 12 febbraio 2021, recante «Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza».

⁴³ Sul tema: G. Severini e U. Barelli, *Gli atti fondamentali dell'Unione Europea su "Transizione ecologica" e "Ripresa e resilienza". Prime osservazioni.*, in *RGAonline*, n. 20/2021; S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2021, p. 201 ss.; P.L. Petrillo e A. Zagarella, *La transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2022, p. 74 ss.

lecito indagare, in quanto la sua portata appare particolarmente significativa e tale da abbracciare moltissimi ambiti della società, esulando dunque il mero ambito finanziario; soprattutto nel caso in cui lo si interpreti in maniera estensiva rispetto al dettato dell'art. 17. Resta tuttavia da comprendere come lo stesso potrà integrarsi pienamente anzitutto nel quadro giuridico europeo e in secondo luogo all'interno degli ordinamenti nazionali, non limitandosi solamente al momento del vaglio, dell'approvazione e dello sviluppo dei singoli PNRR. Un tale scenario consentirebbe al principio in questione di dimostrare tutta la sua innovatività in materia di sostenibilità e ambiente, dato che la sua incisività non si limita ad un rispetto *ex post* come altri principi consolidati in materia, quanto piuttosto ad un'interpretazione *ex ante* in quanto è nel rispetto del medesimo che è possibile rinvenire la validità di un determinato investimento o di un determinato progetto. In prospettiva potrebbe anche divenire un elemento propedeutico per il sistema di certificazione ed etichettatura dei prodotti oltre che utile in materia di autorizzazioni ambientali. Un cambio di paradigma di tale portata consentirebbe sicuramente un ulteriore progresso alla normativa europea nel settore della sostenibilità e delle politiche ambientali inoltre come previsto dal legislatore comunitario consentirebbe il consolidamento di molte delle politiche dell'Unione, in particolare quelle atte al perseguimento degli obiettivi fissati in tema di *Green Deal*⁴⁴.

4. Il Principio DNSH e i suoi riflessi sul PNRR italiano.

Il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano (Italia Domani)*⁴⁵, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 5, Regolamento (UE) 2021/241, ha dovuto prevedere che tutti i progetti e le riforme proposte venissero anticipatamente sottoposte a valutazione dalle

⁴⁴ Per un approfondimento sul profilo della governance del *Green Deal* europeo si rinvia a: D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2022, p. 309 ss.

⁴⁵ Tra i numerosi scritti sul tema si rimanda a: M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid-Rassegna*, n. 12/2021, p. 11 ss; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, n. 1/2022; A. Patroni Griffi, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e il regionalismo differenziato nella dimensione della coesione territoriale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2022, p. 33 ss.; F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 42 ss.

Amministrazioni proponenti così da poter dimostrare che gli interventi previsti rispettassero il principio DNSH, condizionando conseguentemente la selezione di investimenti e riforme⁴⁶. Nello stesso testo del PNRR italiano si legge quasi incidentalmente, dato che il principio in questione viene nominato una sola volta a fronte dell'intero testo, come: «Gli impatti ambientali indiretti sono stati valutati e la loro entità minimizzata in linea col principio del “non arrecare danni significativi” all'ambiente»⁴⁷.

La circolare del 30 dicembre 2021, n. 32, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, offre una prima *Guida operativa* tracciando delle linee guida da seguire per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente. Da queste si comprende come l'attuazione del principio DNSH si traduca in un vincolo per l'Amministrazione, la quale dovrà fornire una valutazione di conformità degli interventi *ex-ante*, in itinere ed *ex-post*.

In sede di valutazione delle misure la *Taxonomy Regulation* ha rappresentato il primo vero punto di riferimento da tenere in considerazione al fine di esaminare se una determinata misura potesse configurarsi come ecosostenibile e fosse possibile in tal senso ricomprenderla fra le attività economiche da essa individuate. Di fronte ad uno scenario che non rientrasse nel quadro tassonomico per valutare la misura si è dovuto vagliare anzitutto l'attinenza della medesima con i criteri di sostenibilità dei sei obiettivi ambientali; secondo poi la coerenza con il quadro giuridico comunitario, per valutare infine il rispetto delle *Best Available Techniques* (BAT) definite all'interno del Codice dell'ambiente (art.5, c. 1, lett. i)-ter., d.lgs. n. 152/2006).

Gli impegni presi in questa fase di auto-valutazione si dovranno esplicitare in precise avvertenze e implicheranno un monitoraggio costante: dai primi atti di programmazione della misura fino al completamento della realizzazione degli interventi⁴⁸.

⁴⁶ In materia di contrattualistica pubblica e PNRR si rinvia in particolare a: F. Fracchia e P. Pantaleone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2022, p. 243 ss.; E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2022, p. 667 ss.

⁴⁷ Si veda: *Italia Domani*, p. 4 consultabile su <https://italiadomani.gov.it/it/home.html>.

⁴⁸ Nel merito la stessa circolare afferma quanto segue: «Ad esempio, è opportuno esplicitare gli elementi essenziali necessari all'assolvimento del DNSH nei decreti di finanziamento e negli specifici documenti tecnici di gara, eventualmente prevedendo meccanismi amministrativi automatici che comportino la sospensione dei pagamenti e l'avocazione del procedimento in caso di mancato rispetto del DNSH. Allo stesso modo, una volta attivati gli appalti, sarà utile che il documento d'indirizzo alla progettazione fornisca indicazioni tecniche per l'applicazione progettuale delle prescrizioni finalizzate al rispetto del DNSH, mentre i documenti di progettazione, capitolato e disciplinare dovrebbero riportare indicazioni specifiche finalizzate al rispetto del principio affinché sia possibile indicare anche negli stati di avanzamento dei lavori una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio».

In tutte le fasi dei rispettivi cicli di vita degli investimenti e delle riforme proposte la valutazione tecnica, per ogni misura finanziaria, ha stimato gli effetti diretti e indiretti attesi servendosi di una prospettiva di lungo termine in coerenza con le linee guida europee. Partendo dal riferimento dei sei obiettivi ambientali i potenziali effetti generati da un investimento o da una riforma sugli stessi sono stati ricondotti a quattro scenari: 1) la misura ha impatto nullo o trascurabile sull'obiettivo; 2) la misura sostiene l'obiettivo con un coefficiente del 100%⁴⁹; 3) la misura contribuisce «in modo sostanziale» all'obiettivo ambientale; 4) la misura richiede una valutazione DNSH complessiva.

L'individuazione di tali scenari ha portato le amministrazioni a dover seguire due tipologie di approccio: uno semplificato oppure un'analisi approfondita che prevedesse dei criteri da rispettare. Le misure che rientravano in uno dei primi tre scenari sono state sottoposte al regime semplificato, il quale poneva in capo all'amministrazione proponente una mera giustificazione del perché l'intervento prevedesse un rischio limitato per l'ambiente. Nel secondo caso invece poste di fronte a investimenti e misure che per la loro natura presentavano maggiori rischi e ricadute per gli obiettivi ambientali⁵⁰ è stato richiesto loro di fornire analisi maggiormente approfondite in tema di potenziale danno significativo.

Nella fase di attuazione dei progetti finanziati dal PNRR, l'Amministrazione titolare della misura dovrà essere in grado di dimostrare se la stessa sia stata effettivamente realizzata senza arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali. Per l'espletamento della dimostrazione si configura una duplice possibilità: un primo caso in cui la stessa potrà avvenire in sede di monitoraggio e rendicontazione dei traguardi e obiettivi (*milestones e targets*) e, una seconda evenienza nella quale essa dovrà avvenire in sede di verifica e controllo della spesa. Nel caso in cui invece il rispetto del principio DNSH sia previsto nell'Allegato alla Decisione esecutiva del Consiglio Ecofin (*Council Implementing Decision - CID*) quale requisito necessario ai fini del raggiungimento di *milestones e targets*, l'Amministrazione titolare al momento della rendicontazione degli stessi dovrà darne prova. Parimenti, sarà cura dell'Amministrazione competente di conservare la relativa documentazione ai fini di un eventuale audit.

⁴⁹ (Allegato VI, Regolamento (UE) 2021/241 che riporta il coefficiente di calcolo del sostegno agli obiettivi ambientali per tipologia di intervento).

⁵⁰ Ad esempio, per il settore dei rifiuti, dell'energia, dei trasporti ecc.

È proprio al fine di fornire assistenza alle Amministrazioni titolari di misure e ai Soggetti attuatori degli interventi che è stata elaborata la guida operativa per il rispetto del principio DNSH, pocanzi citata, atta a fornire indicazioni sui requisiti tassonomici, sulla normativa corrispondente e sugli elementi utili per documentare il rispetto di tali requisiti⁵¹; obiettivo della stessa è quello di assicurare che il principio DNSH venga rispettato in tutte le fasi del procedimento (indirizzo, raccolta di informazioni e verifica)

La Guida si compone al suo interno di: 1) mappatura delle misure del PNRR, la cui funzione è quella di rendere fruibile la correlazione fra Investimenti – Riforme e Schede tecniche; 2) schede tecniche relative a ciascun settore di attività. Scopo delle schede tecniche è fornire alle amministrazioni titolari delle misure PNRR e ai soggetti attuatori, una sintesi delle informazioni operative e normative che identifichino i requisiti tassonomici, ossia i vincoli DNSH, per tutte quelle attività che fanno parte degli interventi previsti dal Piano, incluse anche le eventuali caratteristiche di acquisto e le scelte sulle forniture. È in questa sezione che sono raccolte e fornite le informazioni in merito ai riferimenti normativi ovvero alla documentazione che deve essere raccolta al fine di documentare il rispetto dei requisiti previsti in merito alle singole attività trattate dal PNRR. Le schede si articolano in sei sezioni: (i) Il Codice NACE di riferimento (se applicabile) delle attività economiche assimilabili a quelle previste dagli interventi del Piano; (ii) Il Campo di applicazione della scheda. La sezione è finalizzata a: inquadrare il tema trattato, le eventuali esclusioni specifiche e le eventuali altre schede Tecniche collegate, (iii) Il Principio guida: esso rappresenta il presupposto ambientale secondo il quale è necessario adottare la tassonomia; è in tale sezione che vengono specificate le modalità previste per il contributo sostanziale; (iv) I Vincoli DNSH relativi agli elementi di verifica, così da poter dimostrare il rispetto dei principi richiesti dalla *Taxonomy Regulation*, per ciascuno dei sei obiettivi ambientali; (v) La quinta sezione denominata: «Perché i vincoli» è relativa a ciascuno dei sei obiettivi ambientali (es. mitigazione, adattamento, protezione acque ecc.). La stessa offre delle considerazioni in merito sia per quanto attiene la «fase di realizzazione» sia per la «fase di esercizio» dell'investimento in oggetto; (vi) L'ultima è invece dedicata alla normativa di riferimento DNSH comunitaria e nazionale, ed evidenzia le specificità introdotte dal Regolamento sulla tassonomia e dal Regolamento delegato che lo integra; 3) *Check list* di verifica e controllo per ciascun settore di attività, volti a

⁵¹ Tale documentazione è consultabile su <https://italiadomani.gov.it/it/Interventi/dnsh.html>.

riassumere sinteticamente i principali elementi di verifica richiesti nella corrispondente scheda tecnica.

La Ragioneria generale dello Stato ha recentemente aggiornato la Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (c.d. DNSH) tramite la circolare 13 ottobre 2022, n. 33. I principali aggiornamenti riguardano: - revisione della mappatura che associa ad ogni misura le schede tecniche e *check list* di riferimento, in base alle attività economiche che verranno svolte per la realizzazione degli interventi; - il recepimento di integrazioni e modifiche puntuali tese a rendere le schede tecniche e *check list* più coerenti con l'attuazione delle misure; - l'inserimento di due nuove schede su «Impianti di irrigazione»⁵² e «Trasmissione e distribuzione di energia elettrica»⁵³; - l'introduzione, laddove possibile, di «requisiti trasversali» volti a semplificare l'attività di verifica poiché, se rispettati, consentono di ritenere la misura conforme al principio DNSH rispetto a tutti gli obiettivi ambientali pertinenti.

Come segnala la stessa circolare le revisioni apportate alle opzioni di verifica *ex-ante* ed *ex-post* e alle *check list* sono da ritenersi migliorative ma non inficiano scelte eventualmente effettuate sulla base delle precedenti versioni.

Il ruolo delle Amministrazioni, anche alla luce delle più recenti modifiche, sarà cruciale durante tutto il percorso di attuazione del PNRR⁵⁴.

Le stesse dovranno essere in grado di monitorare costantemente che il principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente venga rispettato e soprattutto che il rilascio delle certificazioni ambientali richieste quali VIA, VAS, AIA e AUA (previste dalla normativa vigente) dovranno essere prese in considerazione nella fase ante-operam; in tal senso sarà cura del soggetto attuatore tenerne conto in fase di proposta dell'investimento e che il loro rilascio avvenga nel totale rispetto del principio di trasparenza e di buon andamento al fine di garantire il rispetto del principio DNSH anche nei casi in cui vengano richiesti requisiti aggiuntivi rispetto ai parametri previsti dalla normativa vigente, i quali sono comunque evidenziati all'interno delle schede tecniche che compongono la guida.

⁵² Scheda tecnica n. 30.

⁵³ Scheda tecnica n. 31.

⁵⁴ Per un'analisi puntuale sul ruolo svolto e che dovranno svolgere in futuro le amministrazioni durante tutto il percorso di attuazione del PNRR si rinvia a: E. Tatì, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022.

5. Le innovazioni apportate dal legislatore europeo in materia di tassonomia.

842

La *Taxonomy Regulation*, come previsto dallo stesso Regolamento (UE) 2020/852, ha subito alcune novelle e alcune integrazioni da parte della Commissione per mezzo di atti delegati⁵⁵. Infatti, come anticipato in precedenza, alla Commissione è riservata la possibilità di integrare con atto delegato rispettivamente: il contenuto e le informazioni sulle prestazioni ambientali che dovranno essere divulgate dalle imprese finanziarie e non finanziarie (art. 8, par. 4)⁵⁶ ed il novero delle attività da poter ritenere ecosostenibili (art. 10, par. 3)⁵⁷, oltre che i requisiti dei criteri di vaglio tecnico (art. 19, par. 5). Proprio su tale base giuridica si esplicitano: - il Regolamento delegato *The Delegated Act supplementing Article 8 of the Taxonomy Regulation* (6 luglio 2021)⁵⁸ accompagnato dalla proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Reporting* (presentata il 21 aprile 2021); - il Regolamento delegato *Complementary Climate Delegated Act to accelerate decarbonisation* presentato in data 9 marzo 2022, teso a integrare, «a condizioni rigorose», nel novero delle attività economiche da ritenersi ecosostenibili il gas naturale e l'energia nucleare.

I primi due interventi sono volti a precisare il contenuto delle informazioni relative alle prestazioni ambientali che dovranno essere divulgate dalle imprese finanziarie e non finanziarie, attraverso l'utilizzo di due nuovi strumenti di rendicontazione: il bilancio di sostenibilità e i KPI (*key performance indicators*)⁵⁹ ossia gli indicatori fondamentale di prestazione. Tali documenti hanno quindi come loro principale obiettivo quello di

⁵⁵ Art. 23, Regolamento (UE) 2020/852.

⁵⁶ «La Commissione adotta un atto delegato conformemente all'articolo 23 al fine di integrare i paragrafi 1 e 2 del presente articolo per precisare il contenuto e la presentazione delle informazioni da comunicare in conformità di tali paragrafi, compresa la metodologia da utilizzare al fine di rispettarli, tenendo conto delle specificità delle imprese finanziarie e non finanziarie e dei criteri di vaglio tecnico fissati a norma del presente regolamento. La Commissione adotta tale atto delegato entro il 1° giugno 2021».

⁵⁷ «La Commissione adotta un atto delegato conformemente all'articolo 23 al fine di: a) integrare i paragrafi 1 e 2 del presente articolo fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che una determinata attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici; e b) integrare l'articolo 17 fissando, per ogni obiettivo ambientale interessato, i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare se che un'attività economica per la quale sono stati fissati criteri di vaglio tecnico a norma della lettera a) del presente paragrafo arreca un danno significativo a uno o più di tali obiettivi».

⁵⁸ Regolamento delegato (UE) 2021/2178.

⁵⁹ Il contenuto, la metodologia di comunicazione e i modelli in materia di KPI per le imprese finanziarie e non finanziarie vengono specificati negli Allegati I-XI del regolamento delegato.

aumentare il livello di trasparenza in merito alle informazioni fornite nelle relazioni annuali di imprese finanziarie e non, al fine di fornire agli investitori e al pubblico una panoramica completa degli investimenti che l'impresa ha effettuato in attività allineate alla tassonomia⁶⁰.

Nel secondo caso invece, la scelta operata dalla Commissione di integrare il gas naturale e l'energia nucleare fra le attività ecosostenibili genera inevitabilmente dei quesiti difficilmente districabili nell'immediato. In primo luogo, le contingenze geopolitiche conseguenti al conflitto russo-ucraino intrapreso poco dopo l'approvazione del citato atto delegato getta diversi dubbi sulla ratio di una tale scelta operata dalla Commissione. La forte dipendenza di molti dei Paesi dell'Unione dal gas prodotto al di fuori dei confini UE, in particolare dalla Russia stessa, rischia di non veicolare adeguatamente il mercato finanziario verso scelte sostenibili, quanto piuttosto verso opportunità maggiormente proficue nel breve termine. In seconda istanza nonostante non si possa escludere totalmente la validità dell'energia nucleare sotto l'aspetto della riduzione di emissioni di CO₂, date le evidenze scientifiche in materia, diversi dubbi permangono soprattutto in merito allo smaltimento dei rifiuti generati da tale processo di produzione energetica soprattutto in relazione al rispetto del principio DNSH, come sottolineato anche al considerando 14 del medesimo atto⁶¹. Il rischio maggiore in merito all'introduzione di tali fonti energetiche fra le attività economiche ecosostenibili, in considerazione del quadro fin qui esposto, è quello di far vacillare i principi stessi che guidano il sistema tassonomico. Tale scelta infatti potrebbe legittimare, in un futuro non troppo prossimo, l'introduzione nel sistema di attività economiche apparentemente ecosostenibili favorendo al contempo un probabile aumento e non una riduzione del fenomeno di *Greenwashing* con ripercussioni a catena in tutto il settore. Questa ipotesi sicuramente poco ottimistica (ma non per questo priva di veridicità) potrebbe offuscare la riuscita stessa del programma prefigurato dalla *Taxonomy Regulation*. Su entrambi i punti la discussione in merito all'atto delegato della Commissione ha generato non poco dissenso all'interno del Parlamento europeo. In data 14 giugno 2022

⁶⁰ Sul tema si rinvia a: F. Conte, *La finanza sostenibile: limiti e profili evoluti*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022, p. 20 ss.

⁶¹ «I criteri di vaglio tecnico collegati agli obiettivi di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici dovrebbero garantire che le attività economiche non arrechino un danno significativo a nessuno degli altri obiettivi ambientali. Per quanto riguarda specificamente le attività economiche connesse all'energia nucleare, è necessario garantire che lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti non causi un danno significativo e a lungo termine all'ambiente, come indicato all'articolo 17, paragrafo 1, lettera d), punto iii), del regolamento (UE) 2020/852».

infatti i deputati delle due commissioni competenti (Economia e Ambiente) si sono opposti alle previsioni presentate dalla Commissione, affermando che gli standard previsti dai requisiti di vaglio tecnico presentati nel documento non rispettassero quanto previsto dall'art. 3, Regolamento (UE) 2020/852. I deputati hanno pertanto presentato una risoluzione alla proposta della Commissione nella quale richiedevano che eventuali atti delegati nuovi o modificativi fossero soggetti a consultazione pubblica e valutazioni d'impatto, in quanto potrebbero generare ripercussioni economiche, ambientali e sociali significative.

La risoluzione in questione è stata votata durante la sessione plenaria del Parlamento nel periodo dal 4 al 7 luglio 2022; il quale votando a sfavore della stessa non ha respinto l'atto delegato presentato dalla Commissione. A favore del veto hanno votato 278 deputati, a fronte dei 328 contrari; 33 sono risultati essere gli astenuti⁶². Per cercare di limitare la proposta della Commissione sarebbe servita la maggioranza assoluta dei membri, pari a 353 deputati. Pertanto, il Regolamento delegato (UE) 2022/1214 pubblicato in GUUE il 15 luglio 2022 in materia di tassonomia consentirà di integrare nella tassonomia le attività relative a gas naturale ed energia nucleare classificandole quali «attività di transizione». Si prevede all'art. 2 del medesimo l'ampliamento alle attività in oggetto degli obblighi di rendicontazione previsti per le attività finanziarie e non finanziarie come previsto dal Regolamento delegato (UE) 2021/2178, analizzato in precedenza. Il Regolamento delegato entrerà in vigore e si applicherà a partire dal 1° gennaio 2023.

6. I limiti del regolamento tassonomia. Alcune considerazioni.

Quanto fin qui esposto sottolinea certamente la ferma volontà dell'Unione di intervenire in maniera puntuale all'interno del settore finanziario cercando di indirizzare i flussi d'investimento pubblico e privato al fine di sostenere quelle attività considerate ecosostenibili; tuttavia, se si volessero muovere alcune critiche⁶³ alle scelte operate dal Legislatore esse muoverebbero intorno a tre assi.

⁶² I risultati della votazione sono consultabili su https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2022-07-06-RCV_FR.pdf.

⁶³ M. Och, *Sustainable finance and the EU taxonomy regulation- Hype or Hope?*, in Jan Ronse Institute for Company & Financial Law, Working Paper, 2020, 5.

Il primo è certamente connesso al concetto di sostenibilità perseguito dalla normativa e che appare non essere tenuto in considerazione nella sua interezza o meglio nella trivalenza propria del principio di sviluppo sostenibile⁶⁴. Infatti, il riferimento alle sole attività da ritenere eco-sostenibile funge in parte da discriminare per tutte quelle attività che potrebbero essere collocate nell'orbita della sostenibilità senza ottemperare al loro interno la dimensione ambientale.

Proprio partendo da questa prima considerazione è possibile specificare il secondo limite della normativa la quale non fa riferimento a quelle imprese o attività che operano all'interno di quella che può essere definita la dimensione sociale della sostenibilità e risulta pertanto esclusa dal presente regolamento: ritenuta quasi un mero strumento, piuttosto che uno degli obiettivi da dover perseguire. La sostenibilità sociale può essere sinteticamente definita come la capacità di garantire condizioni di benessere umano (sicurezza, salute, istruzione) garantendone una equa distribuzione, cosicché ne derivi una crescita del benessere e non un peggioramento⁶⁵. Ne consegue che per quanto attiene l'aspetto sociale della sostenibilità la normativa non abbia apportato alcuna modifica, non innovando un ambito che appare ancora tenuto molto poco in considerazione anche sotto l'aspetto delle procedure di validazione delle attività e dei prodotti finanziari, con ricadute negative molto rilevanti in termini di gestione dei rischi. Si evidenzia dunque l'esigenza di colmare tali lacune normative in materia di finanza sostenibile relative alla dimensione sociale della sostenibilità⁶⁶. Questo è sicuramente un aspetto sul quale potrebbe apparire opportuno apportare una novella alla normativa ovvero prospettare un intervento della Commissione attraverso atto delegato (ai sensi dell'art. 23, Regolamento (UE) 2020/852) al fine di ampliare la portata del regolamento.

Infine un ultimo fattore limitativo della *Taxonomy Regulation* è rinvenibile nell'assenza di specificazioni in merito alle attività da ritenere altamente inquinanti⁶⁷. In tal senso si potrebbe intervenire inserendo criteri legati ad una scala di rischio di determinate attività nel perseguimento dei sei obiettivi ambientali. Tale approccio da parte del legislatore

⁶⁴ M. Silvestri, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, in *Gentes*, n. 2/2015, p. 215 ss.

⁶⁵ L. Valera, *La sostenibilità: un concetto da chiarire*, in *Economia & diritto agroalimentare*, n. 1/2012, p. 35 ss.

⁶⁶ In tal senso: S. Quadri, *Nuovi orizzonti per una finanza realmente sostenibile*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 4/2022, p. 406 ss.

⁶⁷ T. Fornasari, *Tassonomia della finanza sostenibile: un'opportunità per imprese e professionisti*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, n. 2/2022, p. 257 ss.

europeo non risulterebbe neppure difficilmente perseguibile, se si tiene in considerazione come proprio secondo tali presupposti l'Unione stia cercando di regolamentare altri settori delle proprie politiche. Nonostante questa non sia la sede più idonea per approfondire il tema, basti pensare alla proposta di regolamento sull'Intelligenza artificiale⁶⁸ basato per l'appunto su un approccio legato al rischio che tale tecnologia può generare⁶⁹.

A margine di queste considerazioni è anche opportuno evidenziare come la complessità tecnica del regolamento, ponga gli operatori del settore finanziario di fronte ad una serie di difficoltà connesse in particolare alla carenza di tutte le informazioni richieste dalla norma, per questo è probabile che i gestori non saranno totalmente in grado di poter rispettare i requisiti richiesti soprattutto nei termini previsti⁷⁰.

7. Conclusioni.

La tassonomia europea si dimostra un tema di particolare rilevanza sotto molteplici aspetti e riesce a intercettare simultaneamente diverse policies comunitarie. Il suo percorso come dimostrano le scelte più recenti del legislatore non è per nulla concluso, ma anzi si può affermare che sia solamente nella sua fase iniziale. La rapida mutevolezza degli scenari globali, economici e politici non può consentirci attualmente di poter affermare quali saranno i risultati delle strategie dell'Unione in materia di tassonomia e di finanza sostenibile; tuttavia, è lecito apprezzarne sicuramente le innovazioni apportate. Altro elemento rilevante si situa nell'esplicita volontà dell'UE di supportare la transizione ecologica servendosi del settore finanziario tramite interventi finalizzati a condurlo nell'orbita della sostenibilità e servendosi al contempo per raggiungere gli ambiziosi obiettivi fissati nel *Green Deal*. Il settore finanziario, per via della globalità degli ambiti in cui opera, risulta dunque uno degli strumenti maggiormente idonei al perseguimento di tali

⁶⁸ COM (2021) 206 final.

⁶⁹ C. Casonato e B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, p. 415 ss.; G. Marchianò, *Proposta di regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021 sull'intelligenza artificiale con particolare riferimento alle IA ad alto rischio*, in *Ambientediritto.it*, n. 2/2021, p. 616 ss.; O. Pollicino, G. De Gregorio, F. Bavetta e F. Paolucci, *Regolamento AI, la "terza via" europea lascia troppi nodi irrisolti: ecco quali*, 21 maggio 2021, consultabile su: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/regolamento-ai-la-terza-via-europea-lascia-troppi-nodi-irrisolti-ecco-quali>.

⁷⁰ F. Schütze, J. Stede, M. Blauert, K. Eerdmann, *EU taxonomy increasing transparency of sustainable investments*, in *DIW Weekly Report*, n. 51/2020, p. 486 ss.

scopi.

È possibile notare dunque come la *Taxonomy Regulation* fornisca agli operatori di settore e agli investitori una serie di strumenti classificatori ed informativi comuni particolarmente stringenti finalizzati a valutare il livello di ecosostenibilità di una determinata attività economica cercando di limitare in questo modo il più possibile il fenomeno del *Greenwashing* e offrendo loro maggiore consapevolezza. L'attenzione posta anche alla trasparenza delle informazioni e agli obblighi di comunicazione da parte delle imprese finanziarie e non, si ritiene possa offrire maggiori sicurezze agli operatori e soprattutto migliori garanzie agli investitori privati, i quali saranno in grado di effettuare le proprie scelte avendo consapevolezza del grado di sostenibilità di un determinato investimento.

La capillarità di intervento della *Taxonomy Regulation* mostra sicuramente ulteriori margini di sviluppo e può garantire a livello comunitario e nazionale la formazione di un regime di controllo costante in chiave sostenibile degli investimenti privati, oltre che offrire ulteriori criteri di valutazione per lo stanziamento dei finanziamenti europei. Il raggiungimento degli obiettivi prefissati nel *Next Generation EU* e in ambito nazionale dal PNRR italiano può costituire il primo vero banco di prova per la tenuta e per un bilancio di medio termine del sistema tassonomico.

Risulta complesso valutare sin da ora i possibili progressi del principio DNSH nel panorama europeo e nazionale, tuttavia se ne comprende certamente l'innovatività e la potenzialità di espansione. Lo stesso qualora venisse definito in maniera maggiormente puntuale e stringente in sede comunitaria potrebbe sicuramente applicarsi ad ulteriori fattispecie, offrendo rilevanti possibilità di sviluppo non solo alle politiche finanziarie quanto alle politiche ambientali nella loro interezza. Il grado di vincolatività che assume il rispetto del principio in questione in tutto lo sviluppo del PNRR è sicuramente la prima dimostrazione della pervasività che potrebbe garantire qualora il legislatore decidesse in futuro di non intenderlo solamente quale prerequisito per l'ottenimento dei finanziamenti, quanto piuttosto quale propulsore per l'integrazione delle politiche ambientali all'interno di tutte le attività economico-produttive dell'Unione; al fine di raggiungere realmente uno sviluppo sociale che tenga conto totalmente della dimensione ambientale ed ecosistemica. Le stesse novità apportate all'interno dell'ordinamento nazionale dalla l. cost. n. 1/2022, in materia di artt. 9 e 41 Cost, vanno proprio in questa direzione garantendo alla dimensione ambientale e allo sviluppo sostenibile una rilevanza di natura costituzionale. In riferimento

all'art. 9 il principio DNSH potrebbe trovare una propria tutela grazie all'inserimento del terzo comma nella Carta fondamentale, il quale afferma che la Repubblica: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». In merito all'art. 41 aver previsto l'aggiunta del danno alla salute, ma soprattutto del danno all'ambiente quali ulteriori limiti all'esercizio dell'iniziativa economica privata non può che trovare, a parere di chi scrive, anche un riscontro concreto con una delle caratteristiche prioritarie che ispirano il principio DNSH⁷¹. Non appare questa la sede più opportuna per addentrarsi nel merito della legge di revisione costituzionale prevista dal legislatore italiano; tuttavia, ciò che si è voluto evidenziare risiede nella portata innovativa che caratterizza il suddetto principio il quale nella sua indiscussa ampiezza potrebbe trovare già da ora una tutela, quantomeno apparente, all'interno della Carta fondamentale.

L'attenzione degli interpreti dovrà ora soffermarsi sull'effettiva attuazione del regime tassonomico sul piano europeo e nazionale e sul monitoraggio del medesimo nel lungo termine, tenendo conto dei possibili allargamenti ad ulteriori attività finanziarie ed economiche. Tale analisi ha cercato dunque di offrire gli strumenti per poter comprendere le potenzialità positive della tassonomia e sottolinearne gli aspetti critici, lasciando aperti inevitabili quesiti legati all'impatto di tale politica nel lungo periodo. Solamente alla luce di un incremento della *Taxonomy Regulation* se ne potrà effettuare un bilancio e valutare così se essa avrà saputo dimostrarsi davvero significativa per una transizione sostenibile e per il perseguimento degli obiettivi del *Green Deal* oppure se rischierà di tramutarsi in un'occasione mancata (l'ennesima).

Abstract: Il presente contributo ha lo scopo di affrontare il tema della finanza sostenibile ed in particolare della *Taxonomy Regulation* soffermandosi sulle connessioni che intercorrono tra la stessa e il reg. (UE) 241/2021. L'analisi verterà inoltre sul principio DNSH e sul ruolo che lo stesso ricopre all'interno dell'attuazione del PNRR nazionale;

⁷¹ In merito alla l. cost. n. 1/2022 la bibliografia è molto ampia, tuttavia sia consentito rinviare a: L. Cassetti, *Riformare l'art.41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 4, p. 188 ss.; G. Sobrino., *Le generazioni future «entrano» nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 1, p. 139 ss.; M. Cecchetti., *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 2, p. 351 ss.; D. Porena., *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 15, p. 121 ss.

esaminando infine le più recenti innovazioni normative che hanno investito il regime tassonomico.

Abstract: This paper aims to address the issue of sustainable finance and of the Taxonomy Regulation, focusing on the connections between it and the reg. (EU) 241/2021. The analysis will also focus on the DNSH principle and the role it plays within the implementation of the national PNRR; finally examining the most recent regulatory innovations that have invested the taxonomic regime.

Parole chiave: regolamento tassonomia – principio DNSH – finanza sostenibile – PNRR – ambiente.

Key words: taxonomy regulation – principle DNSH – sustainable finance – PNRR – environment.

PUBBLICO IMPIEGO NAZIONALE E CONDIZIONALITA' EUROPEA*.

di Giulio Rivellini**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Pubblico impiego e Unione europea. – 3. La condizionalità europea. – 4. Le novità nell'ambito del NGEU. – 5. Conclusioni.

850

1. Introduzione.

Questo articolo analizza come l'Unione europea influisce sull'organizzazione del pubblico impiego nazionale attraverso gli strumenti di condizionalità. Lo studio si concentra sui rapporti tra l'ordinamento europeo e quello italiano e si articola in tre parti.

In prima battuta si esamina, da un punto di vista costituzionale, in che modo l'Unione europea interviene sull'organizzazione nazionale del pubblico impiego, distinguendo tra l'ipotesi del c.d. *metodo comunitario* e quella del *metodo aperto di coordinamento* (MAC) in ambito economico. Nel tracciare tale distinzione si esamina il riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri in materia di organizzazione del pubblico impiego nazionale.

La seconda parte dello studio è invece dedicata all'analisi della condizionalità europea, che si sviluppa prevalentemente nei settori che ricadono nel MAC. Il paragrafo descrive così l'evoluzione storica degli strumenti di condizionalità, inizialmente utilizzati perlopiù nell'ambito del diritto internazionale dell'economia e poi gradualmente adottati dall'Unione europea, prima nei rapporti con i Paesi terzi e poi anche nei rapporti interni con gli Stati membri.

Nel medesimo paragrafo si espongono i risultati di una ricerca empirica svolta sulle raccomandazioni specifiche per paese adottate dal Consiglio nell'ambito del semestre

* *Sottoposto a referaggio*. Il contributo è la versione, rivista e accompagnata dalle note, della relazione tenuta in occasione della Conferenza Internazionale e Summer School di Ventotene, *La 'nuova' Unione del Next Generation EU e le riforme per il futuro dell'Europa e del Mezzogiorno*, 27 giugno 2022.

** Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa – LUISS Guido Carli.

europeo fra il 2011 il 2022. L'analisi dei dati permette di comprendere in quanti e quali casi l'Unione europea abbia impartito precise indicazioni all'Italia su come riformare l'ordinamento del pubblico impiego nazionale.

Infine nell'ultimo paragrafo si passa all'analisi della condizionalità nell'ambito del *Next Generation EU*. L'obiettivo è comprendere le novità insite in tale strumento ed esaminarne l'impatto sull'organizzazione nazionale del personale.

Nel corso dell'analisi ci si focalizza sugli aspetti concernenti il diritto amministrativo europeo, approfondendone i riflessi sull'ordinamento italiano. Non si adotta tuttavia un approccio comparatistico al problema del ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di pubblico impiego¹. Si analizzano piuttosto gli strumenti a disposizione dell'Unione europea per incidere sull'organizzazione del personale delle pubbliche amministrazioni nazionali. Questo studio si inserisce dunque nel solco della letteratura sulla *europeizzazione* delle pubbliche amministrazioni nazionali², focalizzando però l'attenzione su un aspetto poco studiato, vale a dire quello dei risvolti organizzativi di tale processo.

Inoltre, da un punto di vista metodologico, l'oggetto di questo studio è il *pubblico impiego nazionale*, inteso come l'insieme che racchiude i dipendenti che hanno un rapporto strutturale organico con le pubbliche amministrazioni nazionali³. Ciò significa che sono esclusi dall'analisi i dipendenti delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea, i quali vengono individuati dal fatto che soggiacciono alla disciplina contenuta nel Regolamento n. 1/63/Euratom, recante lo Statuto dei funzionari dell'Unione.

2. Pubblico impiego e Unione europea.

Da un punto di vista generale, “[s]e non esistessero norme costituzionali e norme

¹ Per cui si rimanda alla letteratura, tra cui, F.M. van der Meer, J. Raadschelders e T. Toonen (a cura di), *Comparative Civil Service Systems in the 21st Century*, 2° ed., Basingstoke, 2015; F.M. van der Meer (a cura di), *Civil Service Systems in Western Europe*, 2° ed., Cheltenham, 2011.

² J.H. Jans, S. Prechal e R.J.G.M. Widdershoven, (a cura di), *Europeanisation of Public Law*, 2° ed., Groningen, 2015.

³ A rigore, anche la nozione di *pubblica amministrazione* varia a seconda dell'ordinamento preso in considerazione. Dal punto di vista del diritto europeo, però, la nozione di pubblica amministrazione prescinde dalle differenze nazionali ed è *funzionale*, sicché va valutata ogni volta alla luce delle disposizioni da applicare.

organizzative poste da leggi, l'amministrazione pubblica, anzi ogni ente componente il complesso dei pubblici poteri, avrebbe un potere di organizzare se stesso, ossia di adottare regole generali o precetti particolari"⁴ sul proprio assetto organizzativo. Invece, tali norme costituzionali, legislative e regolamentari esistono e, negli ordinamenti "compositi" o "multilivello"⁵, assolvono a una funzione essenziale: sanciscono il punto di equilibrio tra la supremazia dell'ordinamento federale e l'autonomia degli ordinamenti subordinati e derivati⁶. In altri termini, la *potestà organizzativa* (ossia, la capacità di darsi tali regole) costituisce il contenuto minimo del concetto di autonomia, il quale poi in concreto può assumere varie gradazioni e determinare quindi l'assetto più o meno centralizzato di un certo ordinamento⁷.

Anche il diritto primario dell'Unione europea si occupa del tema, prevedendo un riparto della potestà organizzativa tra l'ordinamento europeo e gli Stati membri. In realtà, leggendo il catalogo delle competenze attribuite all'Unione sembrerebbe che tale suddivisione difetti: mancando qualsiasi riferimento all'organizzazione amministrativa, a rigore, essa dovrebbe essere così riservata agli Stati membri.

Ciò è il frutto della concezione originaria della Comunità economica europea, intesa come ordinamento pubblico di stampo internazionale privo di un apparato amministrativo proprio, secondo la nota idea di Jean Monnet di una Europa che non fa ma fa fare⁸. Il primo impianto scelto con il Trattato di Roma rispecchiava il modello dell'amministrazione indiretta⁹, mutuato dall'esperienza federale tedesca (*Vollzugsföderalismus*), seppur con alcune eccezioni¹⁰.

Si tratta però di una concezione ormai pacificamente superata¹¹. Differentemente da altri

⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 315.

⁵ S. Cassese, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2000, pp. 989-992, sull'Unione europea come organizzazione composita.

⁶ In generale, per un'analisi del concetto di *competenze* nei Trattati alla luce della letteratura sul federalismo, *passim* O. Beaud, *The Allocation of Competences in a Federation—A General Introduction*, in L. Azoulai (a cura di), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, pp. 19-38.

⁷ M.S. Giannini, (voce) *Autonomia (Teoria generale e diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, p. 364.

⁸ Idea richiamata in S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Tratt. dir. amm.*, 2° ed., Milano, 2003, p. 186.

⁹ Oggi ancora presente nell'art. 291(1) TFUE, in base al quale «[g]li Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione».

¹⁰ La Comunità poteva adottare decisioni direttamente in tre settori: l'agricoltura (art. 43 CEE), i trasporti (art. 79 e 80 CEE) e la concorrenza (art. 85 ss. CEE).

¹¹ Su cui *passim* R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union*, in *Comm. mark. law rev.*, n. 5/2010, pp. 1385-1427.

modelli federali¹², nell'Unione europea gli Stati membri non sono entità *sovrane* nell'esecuzione del diritto europeo e, quindi, anche l'organizzazione amministrativa, ivi inclusa quella del personale, soggiace al riparto di competenze previsto dai Trattati¹³. Questo perché, accanto all'obbligo degli Stati membri di dare attuazione al diritto europeo, esiste dopo Lisbona un potere costituzionalmente riconosciuto dell'Unione di intervenire e disciplinare l'uniforme applicazione del diritto¹⁴.

Ciò ha sollevato, ormai da anni, un quesito: esiste oggi nell'ordinamento multi-livello dell'Unione una *amministrazione integrata* da un punto di vista organizzativo? Sul punto esistono due tesi: a chi tende a dare risposta affermativa, citando gli esempi della comitatologia e delle agenzie europee¹⁵, si contrappone chi sottolinea la mancanza di rapporti gerarchici tra le organizzazioni europee e quelle nazionali¹⁶. Il risvolto di questa seconda concezione sarebbe che l'amministrazione *mista* è un fenomeno che per ora incide prevalentemente sul versante procedurale e meno su quello organizzativo, il quale conserva ancora essenzialmente un impianto dualistico.

Il dibattito è aperto. Quel che però è comune ad entrambe le concezioni è che la potestà di organizzare le pubbliche amministrazioni nazionali non è più una competenza riservata agli Stati membri, poiché subisce in realtà delle incursioni da parte del diritto europeo. Questo avviene tanto nei settori interessati dal *metodo comunitario* quanto in quelli che ricadono nel MAC¹⁷. Seguendo il primo approccio, l'Unione europea è competente ad adottare atti

¹² Come quello statunitense, imperniato sul *non-commandeering principle* e sul concetto di *dual sovereignty*. Sul punto, D. Halberstam, *Comparative Federalism and the Issue of Commandeering*, in K. Nicolaidis e R. Howse (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford, 2001, pp. 213-251; E. Caminker, *State Sovereignty and Subordinacy: May Congress Commandeer State Officers to Implement Federal Law*, in *Columbia Law Review*, n. 5/1995, pp. 1001-1089.

¹³ L'idea secondo cui «[t]here simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community», è di K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *Am. J. Comp. L.*, 1990, p. 220.

¹⁴ Art. 291(2) TFUE.

¹⁵ Si veda, *passim*, E. Chiti, *Decentralisation and Integration into the Community Administrations: New Perspective on European Agencies*, in *European Law Journal*, n. 4/2004, pp. 402-438; Id., *The administrative esecuzione of European Union law: a taxonomy and its implications*, in H. Hofmann e A. Türk (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham, 2009, p. 19, dove parla di una «functionally and structurally unitary administration»; M.P. Chiti, *Il diritto amministrativo dell'integrazione*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei: tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 377.

¹⁶ R. Schütze, *From Rome to Lisbon*, cit., p. 1420. La tesi sarebbe suffragata dal fatto che nell'ordinamento dell'Unione vigerebbe ancora il *non-commandeering principle*, in base al quale la stessa non esercita un potere gerarchico sulle singole amministrazioni nazionali, bensì soltanto sugli Stati-ordinamento presi nel loro insieme.

¹⁷ Sulla distinzione (più convenzionale che effettiva) fra i due modelli, P. Craig, *EU Administrative Law*, 3^a ed., Oxford, 2018, pp. 199-237.

giuridici vincolanti che incidono sull'organizzazione del pubblico impiego nazionale. In base al secondo, invece, l'Unione adotta degli indirizzi di coordinamento (comunicazioni, raccomandazioni, *report* ecc.) che possono riguardare anche l'organizzazione amministrativa, ivi inclusa quella del personale.

Il primo approccio è il frutto di un processo di lungo corso, che ha beneficiato della interpretazione restrittiva data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) all'autonomia (non soltanto organizzativa) degli Stati membri¹⁸. Tale autonomia ha un duplice fondamento nei Trattati¹⁹. Da un lato, essa costituisce il riflesso del principio di attribuzione, sancito dall'art. 5(2) TUE, per il quale «[q]ualsiasi competenza *non* attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri». Dall'altro lato, essa è presidiata da specifiche «clausole di riserva», le quali di volta in volta riservano agli Stati la competenza ad intervenire in determinate materie. Rientrano in quest'ultima ipotesi l'art. 45(4) TFUE²⁰, l'art. 165(1) TFUE²¹, l'art. 166(1) TFUE²² e l'art. 168(7) TFUE²³.

Sia per l'una che per l'altra categoria l'Unione ha progressivamente sviluppato degli strumenti per *erodere* l'autonomia organizzativa degli Stati membri. Ciò avviene chiaramente in modo differenziato a seconda del modello prescelto per l'esecuzione degli atti normativi dell'Unione.

In caso di esecuzione decentrata, la potestà organizzativa statale riconosciuta dall'art. 5(2) TUE deve fare i conti in primo luogo con il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4(3) TUE²⁴. Nell'interpretazione che ne ha dato la CGUE, tale principio fa sorgere un fascio di obblighi per gli Stati membri, i quali sono tenuti ad adattare la propria legislazione

¹⁸ Si vedano i contributi raccolti in B. de Witte e H. Micklitz (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Bruxelles, 2012. Sul ruolo della CGUE nell'espansione delle competenze verticali dell'Unione, I. Carlotto, *Il riparto delle competenze tra Stati membri ed Unione europea alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2007, pp. 107-133.

¹⁹ Si segue qui la sistematica tradizionale, proposta tra gli altri da A. von Bogdandy e J. Bast, *The Federal Order of Competences*, in A. von Bogdandy e J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 286, e ripresa da B. de Witte, *Exclusive Member State Competences—Is There Such a Thing?*, in S. Garben e I. Govaere (a cura di), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, pp. 59-73.

²⁰ Per il quale le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori «non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione».

²¹ Il quale riserva agli Stati membri la competenza su «l'organizzazione del sistema di istruzione».

²² Il quale riserva agli Stati membri la competenza su «l'organizzazione della formazione professionale».

²³ Il quale riserva agli Stati membri la competenza su «l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica».

²⁴ K. Lenaerts, *The Esecuzione of Union Legislation*, in K. Lenaerts, P. van Nuffel e T. Corthaut (a cura di), *EU Constitutional Law*, Oxford, 2021, p. 565.

in modo da garantire l'effettiva attuazione del diritto europeo (*effet utile*)²⁵. Ciò può avere dei riflessi tanto sul piano procedurale quanto (per quel che interessa ai nostri fini) organizzativo²⁶.

Accanto a tale principio c'è anche l'insieme di regole che compongono il diritto comune dell'Unione, che operano in modo trasversale a prescindere dalla materia coinvolta e che interessano l'organizzazione amministrativa nazionale in tutti i modelli di esecuzione, ivi incluso quello decentrato. L'esempio storicamente più rilevante è quello offerto dal mercato interno: nel determinare l'ampiezza delle deroghe alla libera circolazione dei lavoratori la CGUE ha dovuto fornire una propria interpretazione restrittiva di cosa sia una "pubblica amministrazione"²⁷. Ciò ha ulteriormente allentato il legame – storicamente molto forte – tra Stato-nazione e pubblici dipendenti, i quali ormai non sono più soltanto cittadini del singolo Stato, ma anche cittadini dell'Unione²⁸.

Quando poi si passa ad un modello di esecuzione *misto* o *integrato*, la questione si complica. Si possono osservare infatti degli enti istituiti a livello nazionale la cui esistenza e le cui caratteristiche fondamentali sono previste dal diritto dell'Unione. Di converso, vi sono degli organi dell'Unione le cui caratteristiche organizzative sono in parte determinate da atti normativi nazionali.

Come esempio del primo tipo si può richiamare il modello delle autorità indipendenti di regolazione²⁹, la cui esistenza è garantita dal diritto europeo e i cui requisiti hanno importanti riflessi sull'organizzazione nazionale del personale. Al riguardo, il concetto di "indipendenza"³⁰ è quello che più di tutti ha inciso sull'organizzazione e sul rapporto di pubblico impiego al servizio di queste autorità. Gli Stati membri possono infatti attribuire la competenza ad espletare le funzioni previste dalla normativa europea ad un determinato

²⁵ Sul principio di effettività la letteratura è ampia. Per una trattazione generale, M. Accetto e S. Zleptnig, *The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*, in *European Public Law*, n. 3/2005, pp. 375-403.

²⁶ Cfr. N. Póltorak, *European Union Rights in National Courts*, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 23-38.

²⁷ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 7° ed., Oxford, 2022; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10/1996, pp. 915-923 e la letteratura, anche internazionale, ivi citata.

²⁸ Cfr. *passim* S. Cassese, *Stato-Nazione e funzione pubblica*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/1997, pp. 88-92.

²⁹ Cfr. L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, pp. 71-107; G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, pp. 95-110.

³⁰ D. Szeschilo, *Challenging Administrative Sovereignty: Dimensions of Independence of National Regulatory Authorities Under the EU Law*, in *European Public Law*, n. 1/2021, pp. 191-215; S. Battini, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2018, pp. 947-983.

ente «solo qualora detto organismo, nello svolgimento di tali compiti, soddisfi i requisiti di organizzazione e di funzionamento cui le citate direttive assoggettano le ANR»³¹.

Nell'ordinamento italiano ciò si è tradotto nell'attribuzione di ampi spazi di autonomia organizzativa alle stesse autorità indipendenti nazionali³². Queste ultime disciplinano infatti da sé il proprio ordinamento interno delle carriere; i dipendenti sono assoggettati al regime di diritto pubblico, per sottrarre la disciplina del loro rapporto lavorativo alla contrattazione collettiva dell'Aran; il loro trattamento economico è tendenzialmente più vantaggioso rispetto a quello riservato ai loro omologhi presso altre amministrazioni³³.

C'è poi un secondo tipo di integrazione, in cui amministrazioni organicamente riconducibili alle istituzioni europee hanno caratteristiche parzialmente determinate dalla legislazione nazionale. Un esempio recente di tale modello è offerto dallo *European Public Prosecutor's Office* (EPPO). Si tratta di un organo che presenta varie peculiarità, ma che senz'altro risponde al modello delineato: è un organo dell'Unione, le cui spese comprendono «le retribuzioni del procuratore capo europeo, dei procuratori europei, dei procuratori europei delegati»³⁴; «al procuratore capo europeo e ai procuratori europei, ai procuratori europei delegati, al direttore amministrativo e al personale dell'EPPO si applicano lo statuto, il regime applicabile e le regole adottate di comune accordo dalle istituzioni dell'Unione»³⁵; inoltre, il personale amministrativo «è assunto in base alle norme e regolamentazioni che si applicano ai funzionari e altri agenti dell'Unione europea»³⁶. Nonostante quindi si tratti di personale essenzialmente europeo, la sua selezione avviene in base a requisiti in parte stabiliti a livello nazionale. Il d.lgs. n. 9/2021 ha infatti adeguato la normativa italiana al regolamento istitutivo dell'EPPO, prevedendo all'art. 2, comma 3, per esempio che «[p]ossono candidarsi per l'incarico di procuratore europeo i magistrati, anche se collocati fuori dal ruolo organico della magistratura o in

³¹ Corte giust., 19 ottobre 2016, C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai c. Administración del Estado*.

³² I tratti distintivi delle autorità indipendenti sono descritti da F. Merusi, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Milano, 2002, pp. 143-192; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 588-597.

³³ Per una panoramica sul rapporto di impiego alle dipendenze delle autorità amministrative indipendenti, F. Carinci e V. Tenore (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, vol. IV, Milano, 2007. In realtà, il forte regime di specialità e di autonomia dell'ordinamento del personale di tali enti ha radici storiche più risalenti che prescindono dall'intervento dell'Unione europea. Quest'ultima però oggi prevede delle garanzie specifiche che di fatto limitano la potestà organizzativa degli Stati di disporre autonomamente dell'ordinamento delle proprie autorità indipendenti.

³⁴ Art. 91(4), Regolamento (UE) 2017/1939.

³⁵ Art. 96(1), cit.

³⁶ Art. 96(2), cit.

aspettativa, i quali alla data di presentazione della dichiarazione di disponibilità alla designazione non hanno compiuto il cinquantanovesimo anno di età e hanno conseguito almeno la quarta valutazione di professionalità».

In caso di esecuzione centralizzata, infine, le strutture utilizzate sono quelle delle istituzioni e degli organi dell'Unione, disciplinate dal diritto di quest'ultima, sicché la relativa analisi non è di interesse per la presente indagine. In quel caso, infatti, l'autonomia non assume rilevanza nei rapporti fra Unione e Stati membri bensì fra le singole istituzioni a livello europeo.

La potestà organizzativa nazionale sul proprio personale non viene limitata soltanto dagli atti legislativi dell'Unione. Il ravvicinamento delle legislazioni non passa infatti solo attraverso l'armonizzazione svolta con il metodo comunitario³⁷, bensì anche per via del MAC che, in ambito economico, è diventato particolarmente efficace a seguito della crisi finanziaria e del debito sovrano consumatasi tra il 2008 e il 2011.

In linea di massima, il MAC si differenzia dal metodo comunitario per alcuni aspetti: mentre in quest'ultimo si utilizzano atti normativi vincolanti (*hard law*), nel MAC si privilegia l'utilizzo di raccomandazioni non vincolanti (*soft law*)³⁸; laddove nel metodo comunitario si incontra in certe materie il potere di veto di alcune istituzioni, nel MAC tale ostacolo viene aggirato³⁹. In altri termini, l'importanza crescente del MAC all'interno dell'Unione europea – soprattutto a decorrere dal Consiglio europeo del 2000⁴⁰ – si spiega con l'esigenza di allargare la sfera di influenza di quest'ultima⁴¹.

Gli strumenti di *governance* economica dell'Unione europea – già disciplinati in parte negli anni Novanta – sono stati ulteriormente ampliati e rafforzati a seguito della crisi finanziaria del 2008-2011. Da un lato, la sfera di influenza dell'Unione si è allargata, abbracciando non soltanto il coordinamento delle politiche fiscali e di bilancio, ma anche di quelle

³⁷ M.R. Saulle, *Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, p. 900, descrive il ravvicinamento legislativo come un fenomeno graduale e variegato, che va dal mero coordinamento alla vera e propria unificazione.

³⁸ C. Möllers, *European Governance: Meaning and Value of a Concept*, in *Comm. mark. law rev.*, n. 2/2006, pp. 313-336, contrappone il concetto di *governance* a quello di *government*. Il primo è caratterizzato da una maggiore informalità e flessibilità rispetto al secondo.

³⁹ P. Craig, *EU Administrative Law*, cit., sottolinea come tali distinzioni siano convenzionalmente accettate ma in realtà meno marcate di quanto sostenuto generalmente. Per esempio, nell'ambito delle competenze di coordinamento dell'Unione in materia di politica economica non mancano atti normativi, così come sono previste vere e proprie sanzioni.

⁴⁰ Consiglio Europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza.

⁴¹ Per una sintesi dell'evoluzione storica del MAC, *passim* S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento*, Napoli, 2012, pp. 1-34.

macroeconomiche e socioeconomiche; dall'altro lato, i procedimenti di sorveglianza e coercizione da parte dell'Unione sono stati razionalizzati e rinforzati⁴². Quest'ultimo profilo ha trasformato il semestre europeo nel luogo privilegiato per il coordinamento delle politiche fiscali, di bilancio, macro e socioeconomiche degli Stati membri. In quella sede, le Raccomandazioni Specifiche per Paese (CSRs) sono diventate lo strumento principale per veicolare le politiche economiche dell'Unione⁴³.

Ciò ha comportato un duplice effetto. In primo luogo sono state attratte nella *governance* economica europea anche materie che, in base ai Trattati, ricadrebbero nella sfera di autonomia degli Stati membri. Tra queste materie rientra anche la potestà organizzativa in materia di pubblico impiego, la quale in Italia ha ricevuto diverse raccomandazioni da parte dell'Unione. In secondo luogo, quest'ultima ha dovuto sviluppare strumenti efficaci per convincere gli Stati a rispettare le raccomandazioni impartite. Accanto ad un approccio *punitivo*, essenzialmente incentrato sulle sanzioni finanziarie⁴⁴, si è perciò affiancato un approccio *incentivante*, che fa leva sullo strumento della *condizionalità*⁴⁵. Questi due profili sono ulteriormente sviluppati nel prossimo paragrafo, focalizzando l'attenzione su quanto avvenuto in Italia tra il 2011 e il 2022.

3. La condizionalità europea.

Per condizionalità si intende l'insieme di azioni di vario stampo (organizzative, fiscali, economiche, sociali, istituzionali) che un'entità giuridica deve compiere per poter beneficiare di un determinato vantaggio economico e/o finanziario. Questa definizione molto ampia permette di abbracciare l'ampio ventaglio di condizionalità osservabili nell'esperienza giuridica⁴⁶.

Nel diritto internazionale dell'economia la condizionalità è uno strumento largamente impiegato nelle relazioni del Fondo monetario internazionale con gli Stati beneficiari delle

⁴² Cfr. P. Dermine, *The New Economic Governance of the Eurozone*, Cambridge, 2022, p. 64.

⁴³ Per il progressivo affermarsi della centralità delle CSRs si rinvia a G. Menegus, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, pp. 1451-1503.

⁴⁴ Vale a dire la procedura per gli squilibri macroeconomici e la procedura per disavanzo eccessivo.

⁴⁵ Tale mutamento è descritto sempre da P. Dermine, *The New Economic Governance*, cit., p. 82.

⁴⁶ Per un'altra definizione molto ampia, S. Koch, *A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union*, in *World Development*, 2015, pp. 97-108.

sue linee di credito⁴⁷. La prassi di apporre specifiche condizioni per l'erogazione delle somme ai Paesi membri dell'organizzazione internazionale si è affermata inizialmente per garantire la solvibilità dei soggetti debitori. Successivamente, tuttavia, la condizionalità ha assunto una connotazione *politica*, diventando un veicolo per la globalizzazione tramite la prescrizione di specifiche misure di politica economica⁴⁸.

Per quanto concerne l'Unione europea, la condizionalità ha assunto varie forme⁴⁹. Inizialmente si è sviluppata sul piano delle relazioni internazionali, in modo non differente da quanto avvenuto per il FMI. Nello specifico la Comunità economica europea ha avviato dal 1989 un programma di investimenti nei Paesi prima appartenenti all'Unione Sovietica, al fine di incentivare lo sviluppo di un'economia di mercato anche in tali ordinamenti⁵⁰. Successivamente, a partire dal 1993, la condizionalità è diventata un elemento fondante del procedimento di adesione alla Comunità europea, tramite l'imposizione dei *criteri di Copenhagen* e l'adozione della *strategia di preadesione*⁵¹.

Più recentemente, però, la condizionalità è stata introiettata ed è diventata un meccanismo per regolare i rapporti tra l'Unione e gli Stati membri. In parte per giustificare l'intervento finanziario dell'Unione, in parte per rendere più efficaci le CSRs adottate nel semestre europeo, la condizionalità è diventata uno strumento fondamentale di *governance* economica.

Così, per esempio, l'erogazione dei fondi strutturali è stata subordinata al rispetto delle CSRs emanate nell'ambito del semestre europeo⁵²; la condizionalità è inoltre diventata la *moneta di scambio* per giustificare l'aggiramento della *no bail-out clause* contenuta all'art. 125 TFUE⁵³; l'art. 122(2) TFUE prevede che l'assistenza finanziaria a seguito di calamità naturale o altra circostanza eccezionale possa essere concessa «a determinate condizioni»;

⁴⁷ Cfr. J. Gold, *La conditionnalité*, Washington, 1979.

⁴⁸ M.R. Mauro, *Diritto internazionale dell'economia*, Napoli, 2019, p. 231, descrive l'ampliamento della sfera di influenza della condizionalità nell'ambito dei programmi di finanziamento del FMI, il quale a partire dagli anni '90 ha iniziato a imporre ai Paesi debitori anche misure di politica economica e sociale.

⁴⁹ V. Viță, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 116-143, delinea una panoramica delle principali forme di condizionalità nel diritto europeo.

⁵⁰ Fra gli altri, si veda il Regolamento (CE) 3906/89 che istituisce il programma *PHARE - Poland and Hungary Assistance for Restructuring of the Economy*. Per un'analisi più ampia del ruolo di tali programmi e delle condizionalità imposte si rinvia a K. Metcalf, *Influence Through Assistance – the EU Assistance Programmes*, in *European Public Law*, n. 3/2003, pp. 425-442.

⁵¹ Per una sintesi delle varie forme di *condizionalità per l'adesione*, passim H. Grabbe, *The EU's Transformative Power*, Basingstoke 2006, pp. 7-38.

⁵² Art. 19, Regolamento (UE) 2013/1303.

⁵³ Corte giust., 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle c. Government of Ireland*, § 135.

la Banca Centrale Europea ha affiancato alle proprie *misure non convenzionali* di politica monetaria delle condizioni politiche e macro-economiche da rispettare⁵⁴.

In sintesi, la *condizionalità europea* è in realtà una categoria ampia ed eterogenea, che trova riscontro in varie disposizioni normative (e non solo). Talvolta essa ha un fondamento nel diritto primario. Altre volte è prevista soltanto da regolamenti. Può costituire un presupposto di validità per l'adozione di alcuni atti dell'Unione (soprattutto nei meccanismi di assistenza finanziaria) ma può anche essere un elemento del tutto accidentale, come nel caso della condizionalità relativa ai fondi strutturali e, più recentemente, di quella relativa al rispetto dello Stato di diritto⁵⁵.

Il dibattito sulla natura giuridica della condizionalità europea resta dunque aperto⁵⁶. Ciò che è certo, però, è che essa è diventata progressivamente uno strumento per garantire l'effettività della *governance* economica europea⁵⁷. L'Unione europea ha esteso il proprio ambito di influenza, andando ad interessare anche l'autonomia organizzativa degli Stati membri. Dunque il grado di pervasività degli interventi dell'Unione sulla potestà organizzativa statale è in parte determinato anche dall'ampliamento degli strumenti di condizionalità utilizzati nell'ultimo decennio.

Che cosa prevedono però le CSRs? Esse contengono ricette di politica fiscale, economica e occupazionale. Per quanto concerne l'autonomia organizzativa degli Stati membri, poi, esse contengono raccomandazioni sulle riforme strutturali da adottare, anche in materia di pubblico impiego. In ambito politologico non sono mancati studi che hanno tentato di valutare l'effettività di tali raccomandazioni⁵⁸. Le CSRs che hanno interessato direttamente o indirettamente l'organizzazione del pubblico impiego italiano sono state presenti quasi ogni anno nel periodo dal 2011 al 2022⁵⁹, ad esclusione del 2015 e del 2018 in cui l'Unione

⁵⁴ Sulle implicazioni di tale pratica, A. Viterbo, *Legal and Accountability Issues Arising from the ECB's Conditionality*, in *European Papers*, n. 1/2016, pp. 501-531.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2020/2092.

⁵⁶ Per esempio, F. Costamagna e A. Miglio, *Sanctions in the EMU Economic Pillar*, in S. Montaldo, F. Costamagna e A. Miglio (a cura di), *EU Law Esecuzione. The Evolution of Sanctioning Powers*, London, 2020, pp. 153-156 la inseriscono tra gli strumenti di *soft esecuzione*, non essendo una sanzione vera e propria.

⁵⁷ Ancora, P. Dermine, *The New Economic Governance*, cit., p. 81.

⁵⁸ Limitando l'attenzione alla letteratura italiana, sul rapporto fra semestre europeo e riforme amministrative in Italia, F. Di Mascio, *Semestre europeo e riforme amministrative in Italia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2020, 2, pp. 227-246; C. Mariotto e F. Franchino, *L'attuazione delle raccomandazioni specifiche all'Italia dal 2002 al 2018*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 2/2020, pp. 159-186.

⁵⁹ Nel 2021 lo scambio fra Italia e Unione europea si è concentrato sulla redazione del PNRR.

europea non ha dato indicazioni in materia di pubblica amministrazione⁶⁰.

Nei primi anni le CSRs non hanno riguardato direttamente il pubblico impiego, bensì la pubblica amministrazione in generale. Nello specifico, tra il 2011 e il 2014 i suggerimenti sono stati rivolti ad aumentare la capacità amministrativa per la gestione dei fondi strutturali, soprattutto nelle regioni italiane meridionali. Soltanto a partire dal 2016, la Commissione e il Consiglio hanno iniziato a precisare l'importanza delle riforme in materia di pubblico impiego, dapprima invitando l'Italia a completare l'attuazione della legge n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia) e poi indicando misure più dettagliate, come l'aumento delle competenze per i pubblici dipendenti (2019). Nel 2020, anno dello scoppio della pandemia, le raccomandazioni si sono concentrate sui problemi concernenti l'amministrazione sanitaria, anche se un generico riferimento al migliore *funzionamento della pubblica amministrazione* è stato fatto. Infine, nel 2022 le CSRs hanno fatto rinvio alle misure contenute nei *Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza*. In proposito, il PNRR italiano contiene molti obiettivi riferiti specificamente al pubblico impiego.

Nel complesso quindi con l'aumentare degli strumenti di condizionalità le CSRs non solo hanno ampliato la portata degli interventi, lambendo anche l'organizzazione amministrativa italiana, ma hanno anche precisato progressivamente le misure da intraprendere, focalizzandosi ove necessario sugli aspetti che interessano l'organizzazione del pubblico impiego.

4. Le novità nell'ambito del NGEU.

La risposta dell'Unione europea alla crisi economica dovuta alla pandemia e segnatamente il programma *Next Generation EU* (NGEU) presentano delle novità tanto sul piano della condizionalità quanto su quello dell'autonomia organizzativa nazionale in materia di pubblico impiego. Le innovazioni istituzionali e procedurali istituite dal NGEU meritano un approfondimento sia per la loro intrinseca rilevanza sia perché sono destinate ad

⁶⁰ Le CSRs sono consultabili al link https://commission.europa.eu/content/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/european-semester-timeline/spring-package_en.

assumere continuità con successivi programmi, come il *REpowerEU*⁶¹.

Nel NGEU la condizionalità costituisce un presupposto di validità per l'intervento dell'Unione: il programma ha vari fondamenti nei Trattati, fra cui anche l'art. 122 TFUE, il quale impone all'Unione di garantire la *provvisorietà* dell'assistenza finanziaria e la sua *condizionalità*⁶². Diversamente dalle altre forme di condizionalità cui si è fatto cenno, quindi, quella del NGEU è una preconditione di legittimità dell'intervento dell'Unione⁶³. Ciò implica la creazione di un efficiente apparato di esecuzione, a livello tanto europeo quanto nazionale.

Questo spiega la seconda caratteristica di tale programma: esso assegna alla Commissione europea dei poteri di sorveglianza e controllo molto penetranti sull'attività degli Stati membri, che si sviluppano *ex post* ma, soprattutto, anche *ex ante*⁶⁴. D'altra parte, il raccordo con il semestre europeo ha indotto gli Stati membri ad adattare il proprio quadro istituzionale, mutando i sistemi di *governance* e creando strutture *ad hoc*. In Italia l'assetto istituzionale è stato delineato nei suoi tratti essenziali dal d.l. n. 77/2021, modificato più volte, da ultima con il d.l. n. 173/2022 che ha riordinato le attribuzioni dei ministeri nel nuovo governo⁶⁵. In questo contesto un ruolo cardine è assunto dalla rete dei controlli amministrativi, tanto interni quanto esterni, chiamati ad assicurare la legittimità, l'efficacia e soprattutto la coerenza dell'azione amministrativa con le misure previste dal PNRR⁶⁶.

Il rafforzamento della *governance* europea, unito ad una leva finanziaria senza precedenti, portano ad una terza considerazione: il NGEU ha dimostrato finora, almeno in Italia, di essere un modello molto efficace di coordinamento economico, soprattutto per quanto

⁶¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano REPowerEU*, Bruxelles, 18.5.2022 COM(2022), 230 final.

⁶² Cfr. *passim* B. de Witte, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift*, in *Comm. mark. law rev.*, n. 3/2021, pp. 635-682.

⁶³ Per un verso, ciò distingue la condizionalità del NGEU da quella prevista per esempio dal reg. (UE) n. 1303/2013. Per altro verso, va rimarcato come la logica (economica e costituzionale) sottesa alla condizionalità del NGEU sia diversa da quella sottesa al MES. Nel primo caso si tratta di prestiti e sussidi agli Stati erogati con risorse proprie dell'Unione; nel secondo caso, invece, il MES assume la responsabilità patrimoniale per i debiti che gravano sugli Stati membri. Su tale distinzione, P. Dermine, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration*, n. 4/2020, p. 350.

⁶⁴ Cfr. M. De Bellis, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2022, pp. 31-49.

⁶⁵ Sul sistema di *governance* del PNRR, tra gli altri, cfr. M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Gior. dir. amm.*, n. 6/2021, pp. 733-741; R. Perez, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5/2022, pp. 593-606.

⁶⁶ Sul sistema dei controlli nell'attuazione del PNRR, E. Tati, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Federalismi.it*, n. 33/2022, pp. 86-130.

concerne il versante normativo delle riforme. Il vincolo della condizionalità europea ha infatti obbligato il legislatore nazionale ad essere particolarmente celere nell'*iter* regolatorio, privilegiando la decretazione d'urgenza e, forse, causando anche degli effetti ipertrofici sul tessuto normativo⁶⁷. La reale efficacia della *governance* europea sul versante degli investimenti, invece, dev'essere ancora vagliata.

Il quarto fattore di novità riguarda invece la potestà organizzativa, soprattutto in materia di pubblico impiego. Si è visto infatti come il MAC di politica economica, tradizionalmente concentrato nel semestre europeo, abbia esteso la propria influenza anche agli aspetti dell'organizzazione amministrativa nazionale a seguito della crisi del debito sovrano. Tuttavia, le misure raccomandate agli Stati membri fino al 2020 sono state tendenzialmente generiche e non fronteggiavano specifici problemi dell'organizzazione nazionale (salvi i casi riportati *supra*).

Su questo versante il NGEU comporta una duplice svolta: il PNRR italiano contiene infatti misure precise e coerenti sulle riforme da adottare in materia di pubblico impiego⁶⁸; inoltre, gli impegni assunti – in altri termini, l'oggetto della condizionalità – non costituiscono raccomandazioni calate dall'alto, bensì proposte sviluppate dallo Stato membro e approvate dalla Commissione e dal Consiglio nel quadro procedimentale scandito dal Regolamento (UE) 2021/241.

Ciò ha comportato l'adozione di diverse riforme in materia di pubblico impiego nei primi due anni dall'approvazione del PNRR: la modifica dei sistemi concorsuali; la revisione delle carriere e degli inquadramenti professionali; la riforma degli strumenti di selezione della dirigenza e di attribuzione dei relativi incarichi; la preferenza per la mobilità definitiva a scapito di quella provvisoria⁶⁹.

In disparte dal giudizio positivo o negativo che si possa dare di tali riforme, ciò che è certo è che mai come ora la condizionalità ha avuto un'influenza così determinante nel conformare la potestà organizzativa nazionale in materia di pubblico impiego. I fattori

⁶⁷ Senato della Repubblica, *Le fonti normative primarie di attuazione del PNRR nella XVIII legislatura*, Roma, 2022.

⁶⁸ Per una panoramica delle riforme in materia di pubblico impiego previste dal PNRR, Comitato scientifico per la valutazione dell'impatto delle riforme in materia di capitale umano pubblico, *Rapporto 2022*, Roma 2022, consultabile al link <https://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/20-09-2022/Pnrr-primi-Rapporto-valutazione-riforme-pa>.

⁶⁹ Cfr. B. Cimino, *Il completamento del percorso di dequotazione del pubblico concorso*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/2022, pp. 17-26; A. Villa, *Il reclutamento del personale negli enti locali*, in *Gior. dir. amm.*, n. 1/2022, pp. 27-33. Per un'analisi delle prime riforme (poi in parte superate) collegate al PNRR, G. Rivellini, *Il lavoro pubblico dopo il d.l. 9 giugno 2021*, n. 80, in *Lav. p.a.*, n. 3/2021, pp. 553-582.

descritti, di natura costituzionale e amministrativa, hanno permesso in questi due anni di superare resistenze molto radicate nel sistema italiano.

5. Conclusioni.

Il rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia di organizzazione amministrativa, soprattutto per quel che concerne l'ordinamento del pubblico impiego nazionale, è ben più complesso di quanto appare a prima vista. A fronte del riparto delle competenze contenuto nei Trattati, per cui tale materia sembrerebbe rientrare nella potestà esclusiva degli Stati membri, si è visto come in realtà non manchino degli strumenti di intervento nelle mani dell'Unione.

Per un verso, infatti, le amministrazioni nazionali tendono ad integrarsi da tempo con le strutture europee, componendo vari schemi organizzativi. Ciò produce degli effetti evidenti sul piano funzionale, aprendo la strada ai procedimenti compositi e sollevando alcune problematiche in punto di tutela giurisdizionale. Tale tendenza ha però dei risvolti anche sul piano organizzativo, perché l'Unione tende ad esercitare la propria influenza non soltanto sui propri organi, bensì anche su quelli nazionali.

I modelli di intervento normativo dell'Unione sono stati descritti anche se non formano l'oggetto principale di questo scritto. Essenzialmente, la potestà organizzativa viene conformata quanto più il modello di esecuzione del diritto europeo si allontana da quello puramente decentrato. Quanto più si sviluppano modelli di amministrazione *integrata* o *mista*, tanto più anche l'Unione tende ad esercitare la propria forza conformatrice sull'organizzazione amministrativa nazionale. In estrema sintesi, la chiave di volta per comprendere il funzionamento di questo sistema sta nel principio di sussidiarietà, il cui studio nel diritto europeo tende ad appiattirsi sul sistema delle fonti, quando invece esso ha una sua autonoma rilevanza anche nel sistema di allocazione delle funzioni (e quindi nella determinazione del modello di esecuzione)⁷⁰.

Per altro verso, l'Unione non limita la propria influenza al campo dell'armonizzazione attraverso il diritto. Negli ultimi anni, soprattutto a partire dalla crisi dell'eurozona, l'Unione europea ha allargato la propria sfera di intervento nell'ambito del metodo aperto

⁷⁰ Cfr. R. Schütze, *European Constitutional Law*, Cambridge, 2012, pp. 248-250.

di coordinamento, spostando sempre più l'attenzione sui profili concernenti l'organizzazione amministrativa nazionale degli Stati membri. Parallelamente, la *governance* economica europea è stata rinforzata, rendendo più agevole l'attivazione dei procedimenti sanzionatori nei confronti degli Stati membri e, soprattutto, facendo ampio ricorso ad uno strumento in voga fra gli internazionalisti: la condizionalità finanziaria.

Quest'ultima ha una natura giuridica variabile nell'ordinamento europeo. Talvolta funge da presupposto che legittima l'intervento dell'Unione. Altre volte invece è semplicemente un elemento accidentale, che incide più sull'effettività che sulla legittimità degli interventi europei. In ogni caso, con il NGEU gli strumenti di condizionalità sono stati ulteriormente raffinati e sono stati affiancati da un quadro istituzionale disegnato proprio per garantirne il rispetto.

Ciò rafforza i meccanismi di integrazione dell'Unione europea. L'organizzazione amministrativa nell'ordinamento composito (o multilivello) viene così modellata sempre di più a livello europeo, rendendo ancora più difficile capire se, da un punto di vista strutturale, l'esecuzione del diritto europeo conservi ancora un impianto dualistico o se invece gli elementi di integrazione siano tali da poter configurare un ordinamento unitario. La risposta a questa domanda richiederebbe ulteriori approfondimenti. Con questo articolo si è cercato piuttosto di dimostrare che, oltre ad una *integration through law*, esiste una tendenza sempre più marcata ad incidere sull'organizzazione del pubblico impiego nazionale anche attraverso il MAC e altri atti che vengono qualificati come *soft law*. Questa tendenza, benché utile in ottica federativa, dev'essere costantemente monitorata perché presenta alcuni rischi. Dietro all'apparente *libertà* che connota la condizionalità europea (sono gli Stati che decidono di vincolarsi, non è l'Unione che impone obblighi unilaterali) si nascondono in realtà rapporti di forza economici. Ciò può dar luogo ad uno sviluppo asimmetrico dell'integrazione: gli Stati membri più solidi finanziariamente sarebbero in altri termini meno toccati da tale fenomeno⁷¹.

Abstract: L'articolo analizza le modalità di intervento dell'Unione europea nell'ambito dell'ordinamento del pubblico impiego nazionale, prestando particolare attenzione agli strumenti di condizionalità. Dopo aver descritto il quadro delle competenze in materia di organizzazione amministrativa e pubblico impiego delineato dai Trattati, il saggio si

⁷¹ È emblematica in proposito la vicenda del piano tedesco da 200 miliardi per contrastare la crisi energetica.

focalizza sulle problematiche che derivano dall'utilizzo degli strumenti di condizionalità. Questi ultimi hanno origine nel diritto internazionale e, soltanto recentemente, sono stati accolti sotto varie forme nel diritto europeo. Da ultimo, il NGEU è essenzialmente basato sulla condizionalità anche se presenta delle novità che meritano approfondimento. L'articolo, quindi, si sofferma dapprima su come la *governance* economica abbia finora inciso sull'ordinamento del pubblico impiego nazionale. Successivamente, dedica attenzione alle particolarità del NGEU, studiando come quest'ultimo abbia ulteriormente acuito tale tendenza.

Abstract: The article analyses how the European Union exercises its influence above the Member States as regards their civil service systems, focusing on the role played by the conditionality tools. After having described the set of competences provided by the Treaties which are already used by the EU to interfere with the national institutional autonomy, the essay delves into the specific issues arising when conditionality comes at stake. Actually the latter has been developed in international law and, after that, has been progressively transplanted into the European legal order. Last, the NGEU is prominently premised on it, even though it shows some peculiar and innovative features which deserve a separate analysis. Therefore, the article firstly takes into account how the economic governance has influenced the Italian civil service system insofar. Then it appraises the peculiarities of the NGEU in performing the same task.

Parole chiave: condizionalità – pubblico impiego – autonomia istituzionale – organizzazione amministrativa – NGEU – *governance* economica.

Key words: conditionality – civil service system – public employment – institutional autonomy – administrative organisation – NGEU – economic governance.

Dichiarazione sull'etica e sulle pratiche scorrette nella pubblicazione dei lavori scientifici

La presente dichiarazione è conforme alle vigenti linee guida adottate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Tutti gli attori coinvolti nel processo editoriale devono assumere, in ogni fase, comportamenti responsabili ed eticamente corretti.

Gli organi editoriali, i revisori e gli autori sono tenuti a conoscere e condividere le seguenti regole etiche:

1) Decisione di pubblicazione.

La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della **decisione di pubblicare** gli elaborati sottoposti alla Rivista. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio. La Direzione scientifica della Rivista, nell'assumere tali decisioni, si avvale del supporto dei *referee* del Comitato di valutazione, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di revisione che si svolge secondo le modalità dichiarate sulla pagina *web* della Rivista.

La Direzione è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La decisione di accettare o rifiutare un contributo per la pubblicazione è basata sull'importanza, sull'originalità e sulla chiarezza del testo, oltre che sulla validità dello studio e sulla sua rilevanza rispetto agli interessi della Rivista. La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i *referee* non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere **conflitti di interesse** derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale cesseranno di impiegare i valutatori che abitualmente esprimono pareri irragionevoli, di scarsa qualità o in grave ritardo.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione, il Comitato editoriale e il personale della Redazione sono tenuti a **non divulgare alcuna informazione** sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai *referee* incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale, a seconda dei casi.

Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato dai componenti della Direzione scientifica, del Comitato editoriale e della Redazione, nonché dai Responsabili della valutazione e dai *referee* incaricati della valutazione, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Se il Comitato editoriale, i Responsabili della valutazione o la Redazione rilevano o ricevono la **segnalazione** di un problema rilevante in merito a errori/imprecisioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e intraprenderanno ogni azione necessaria per chiarire la questione e, all'occorrenza, ritireranno l'articolo ovvero pubblicheranno correzioni, chiarimenti e ritrattazioni o un *erratum*.

2) Doveri dei revisori (*peer reviewer*)

I revisori assistono la Direzione scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni (*feedback*) veicolate dal Comitato editoriale e dai Responsabili della valutazione, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare la qualità del contributo, suggerendo interventi correttivi o integrativi.

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguirla nei tempi richiesti deve comunicare tempestivamente la sua decisione ai Responsabili della valutazione, **rinunciando al processo di revisione**.

Essi sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della **confidenzialità** della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione scientifica. Le **informazioni** o le **idee acquisite** tramite la revisione dei

contributi devono essere mantenute **riservate** e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

La revisione è un procedimento complesso e multiforme che impone rigore, accuratezza ed estrema attenzione; deve essere condotta con senso di responsabilità e in modo imparziale e oggettivo. I *referee* devono esprimere le proprie **opinioni con chiarezza e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate**. Le critiche devono essere specifiche, motivate e animate da spirito costruttivo: considerazioni generiche quali “questo lavoro non è originale/innovativo” (o simili) vanno corredate con riferimenti appropriati, al fine di consentire alla Direzione scientifica o ai Responsabili della valutazione di addivenire alla decisione circa la pubblicazione o meno del contributo. I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore richiama l’attenzione della Direzione scientifica qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato del quale ha conoscenza personale.

I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi e devono richiedere il parere della Direzione scientifica ovvero dei Responsabili della valutazione nel caso in cui non siano certi se una data situazione comporti o no un conflitto di interessi. I revisori hanno altresì il dovere di informare la Direzione scientifica ovvero i Responsabili della valutazione o il Comitato editoriale qualora si sospetti dell’identità dell’autore là dove ciò possa sollevare un potenziale conflitto di interesse.

Fingere di essere qualcun altro nell’ambito del processo di revisione integra una grave violazione delle regole di condotta. I *referee* non devono coinvolgere nessuna terza persona nella valutazione del contributo, inclusi giovani studiosi, senza prima acquisire parere favorevole da parte della Direzione scientifica o dei Responsabili della valutazione. Il nome di chiunque abbia collaborato con i *referee* deve essere dichiarato, affinché la Rivista ne tenga traccia e alla persona in questione possa essere riconosciuto il lavoro svolto.

3) Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che le loro **opere siano del tutto originali** e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto.

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I relativi dati devono essere rappresentati con precisione nel contributo. I lavori devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permettere, eventualmente, ad altri la **replica** dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I contributi proposti **non devono essere stati pubblicati** come materiale protetto da *copyright* in altre riviste o banche dati senza il consenso della Direzione scientifica. I lavori in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, qualora sia accettato per la pubblicazione, tutti i **diritti di sfruttamento economico**, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite alla Rivista.

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un apporto significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un apporto significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro. Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Direzione scientifica della Rivista o al Comitato editoriale e cooperare con gli stessi al fine di ritrattare o correggere il lavoro.

Focus – La Conferenza sul futuro dell'Europa

a cura di Barbara Guastaferro

Numero speciale 1/2023
ISSN 2421-0528

UN FOCUS DEDICATO ALLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: NOTE INTRODUTTIVE*

di Barbara Guastaferro**

Sommario. 1. Continuità e discontinuità nella Conferenza sul futuro dell'Europa. – 2. L'architettura istituzionale della Conferenza. – 3. Il conflitto inter-istituzionale sulla possibile revisione dei Trattati. – 4. I possibili sviluppi del processo a *trattati vigenti*. – 5. Il focus tematico per *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*.

I

1. Continuità e discontinuità nella Conferenza sul futuro dell'Europa.

La Conferenza sul futuro dell'Europa, inaugurata ufficialmente il 9 maggio 2021 presso la sede del Parlamento europeo di Strasburgo, nel giorno della festa dell'Europa, si è conclusa il 9 maggio 2022 con una cerimonia svoltasi nel medesimo luogo, durante la quale i tre Copresidenti del Comitato esecutivo¹ hanno presentato ai Presidenti delle istituzioni europee la Relazione finale contenente specifiche raccomandazioni frutto di un inedito processo di democrazia partecipativa che ha visto i cittadini europei esprimersi sulle priorità politico-istituzionali e socio-economiche dell'Unione². Come noto, la Dichiarazione congiunta che ha dato vita al processo, firmata il 10 marzo 2021 dall'allora Presidente del Parlamento europeo David Sassoli, dal Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen e dal Primo ministro portoghese Antonio Costa in

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II, Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul futuro dell'Europa.

In alcune sue parti, il testo rielabora riflessioni contenute in A.M. Cecere e B. Guastaferro, *La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2022

¹ Ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento interno della Conferenza, il Comitato esecutivo è composto da una rappresentanza paritaria del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, con tre rappresentanti e un massimo di quattro osservatori per ciascuna istituzione.

² Prime riflessioni sulla Conferenza A. von Bodgandy, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, pp. 671-673; G. Romeo, *La conferenza sul futuro dell'Europa come passaggio verso la comunità politica dell'Unione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, pp. 674-677; P. Severino, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2022, pp. 167-170.

rappresentanza del Consiglio dell'UE, apre «un nuovo spazio di discussione con i cittadini per affrontare le sfide e le priorità dell'Europa»³. In tal senso, pur costituendo una indiscutibile novità, la Conferenza scaturisce dall'idea, già maturata in anni passati, per poi essere formalizzata dal Trattato di Lisbona, che le declinazioni sovranazionali del principio democratico non possono esaurirsi attraverso i canali della *rappresentanza* ma trovano nella *partecipazione* un'ulteriore fonte di legittimazione⁴ del processo di integrazione.⁵ Non è un caso, difatti, che all'interno del titolo II dedicato alle disposizioni democratiche, l'art. 10 TUE, precisa che «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa», ma l'articolo 11 TUE stabilisce che «le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione»⁶, costituendo il fondamento di una partecipazione democratica che vada oltre il principio

³ Il testo della dichiarazione è presente al seguente link https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/it-dichiarazione_comune_sulla_conferenza_sul_futuro_dell.pdf.

⁴ Sulla dicotomia tra rappresentanza e partecipazione, nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo, *ex multis*, M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012; A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, "élite" al potere*, Torino, Giappichelli, 2006. Rappresentanza e partecipazione sono talvolta considerate due declinazioni della democrazia tra loro sostitutive, talvolta complementari. Spesso, infatti, la partecipazione non viene considerata un'alternativa alla rappresentanza ma un semplice corollario di essa, recuperando la sua funzione originaria, quella di «democratizzare la democrazia», ossia di «contribuire a superare la storica separazione tra società civile e istituzioni rappresentative» (Così A. Masucci, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa: alcuni "punti fermi" per una loro integrazione*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 361; Sul tema anche M. Luciani, *La questione della partecipazione*, in AA.VV., *Percorsi culturali di Michele Scudiero. Presentazione degli Scritti in onore*, Napoli, Jovene, 2009;

⁵ Sulla democrazia partecipativa e rappresentativa nell'ordinamento europeo, *ex multis*, S. Smisman, *The Constitutional Labelling of "the democratic life of the EU": representative and participatory democracy*, in A. Follesdal e L. Dobson (a cura di), *Political Theory and the European Constitution*, London, Routledge, pp. 122-139; J. Coultrap, *From Parliamentarism to pluralism: models of democracy and the European Union's «Democratic Deficit»*, in *Journal of Theoretical Politics*, n. 1/1999; E. Grosso, *Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra "democrazia rappresentativa" e "democrazia partecipativa"*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, ESI, 2009; D. Ferri, *L'Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2011, p. 297 ss.; D. Siclari, *La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppo attuali e prospettive*, in *Diritto Pubblico*, 2009, p. 589 ss.

⁶ Il dibattito sul principio democratico nell'Unione europea è vastissimo. Ci si limita in questa sede a menzionare J. Weiler e M. Wind, (a cura di), *Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; J. Weiler, U. Haltern e F. Mayer, *European Democracy and its Critique*, in J. Hayward (a cura di), *The Crisis of Representation in Europe*, London, Frank Cass, 1995. D. Wincott, *Does the European Union Perverts Democracy? Questions of Democracy in New Constitutional Thought on The Future of Europe*, «European Law Journal», n. 4/1998.

rappresentativo, superi l'equivalenza funzionale tra democrazia e parlamentarismo⁷, da un lato, e si svincoli dalla necessaria esistenza di un *demos* sovranazionale, dall'altro.⁸

L'ambizione della Conferenza sul futuro dell'Europa è rendere i cittadini maggiormente protagonisti del processo di integrazione europea. Similmente all'esperienza della Convenzione europea, che vide coinvolti tutti i rappresentanti delle istituzioni europee e dei Parlamenti nazionali nella redazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁹, la Conferenza sollecita il più ampio dialogo infra-istituzionale ma aggiunge, innovazione non di poco conto, la partecipazione diretta dei cittadini europei e si ispira al modello della democrazia deliberativa¹⁰.

È difatti la crescente affluenza alle elezioni del Parlamento europeo del 2019, che registrano una partecipazione del 50,6% in netta ripresa rispetto al 42,61% del 2014, il dato significativo che ha dato vita all'intero processo. Testimoniando la volontà dei cittadini di far sentire la propria voce, costruendo un'Europa in cui i popoli, parafrasando le parole di Macron espresse nella dichiarazione sul Rinascimento europeo¹¹, possano riprendere “il controllo del proprio destino”, tale dato ha invitato le istituzioni europee ad aprire una riflessione sul futuro dell'Europa volta a superare le ondate sovraniste ed euroscettiche culminate nella Brexit. L'avvento dirompente della pandemia nel 2020 ha certamente imposto una battuta d'arresto al processo, ritardando di un anno l'avvio dei lavori della

⁷ Cfr. F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 55; G. Ress, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, Guida, 1999, pp. 51-52; B. Guastafarro, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico* in A. Argenio (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

⁸ S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come potere costituente*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁹ Sul metodo della Convenzione, G. Amato, *Introduzione. Il metodo della convenzione*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 15 ss.; N. Verola, *Convenzione, CIG tradizionali e CIG “asimmetriche”: i tre volti del processo di riforma 2002-2007*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale*, cit. Secondo G. Romeo, *La conferenza sul futuro dell'Europa*, cit. p. 675, il “canale dialogico... attivato direttamente” tra cittadini e istituzioni, supera l'interazione tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali, cruciale invece durante la Convenzione europea.

¹⁰ Secondo la dottrina l'apertura delle strutture statali (o delle organizzazioni internazionali) ai principi deliberativi potrebbe avvenire attraverso l'individuazione di precisi meccanismi tecnico-istituzionali che sarebbero “in grado di favorire la scoperta di buoni argomenti, di corrette giustificazioni dell'agire e, dove possibile, di interessi generalizzabili [...] Queste proposte prevedono di incrementare ed arricchire le procedure democratiche esistenti e di migliorare la qualità della vita democratica»” (Così D. Held, *Modelli di democrazia*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 426). Sulla democrazia deliberativa, tra molti, J. Habermas, *The Faltering Process*, Cambridge, Polity Press, 2009; B. Akerman e J. Fishkin, “*Deliberative Day*”, in J. Fishkin e P. Laslett (eds.) *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, p. 25; F. Politi (a cura di), *Democrazia deliberativa e rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli 2022.

¹¹ E. Macron, *Per un Rinascimento europeo. Lettera ai cittadini europei*, 4 marzo 2019, in <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/per-un-rinascimento-europeo.it>.

Conferenza, ma, allo stesso tempo, è servito a consolidare l'idea che un'Unione europea più forte, più efficace, più vicina al cittadino e più solidale è indispensabile per far fronte a sfide, prima fra tutte quella sanitaria e climatico-ambientale, che assumono sempre più carattere transnazionale.

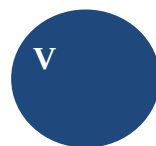
2. L'architettura istituzionale della Conferenza.

Dal momento che, ai sensi della Dichiarazione congiunta, «l'Unione europea deve dimostrare di essere in grado di rispondere alle preoccupazioni e alle ambizioni dei cittadini», l'architettura istituzionale della Conferenza è stata concepita per esaltare la centralità del cittadino in dinamiche decisionali *bottom up*, che affiancano ai classici canali della democrazia rappresentativa e del dialogo inter-istituzionale momenti di partecipazione, consultazione e deliberazione tra persone provenienti da ogni angolo d'Europa senza particolare conoscenza delle dinamiche di funzionamento dell'Unione europea.

Fondata sulle cosiddette tre *Ps*, la Conferenza si articola su tre pilastri¹². Il primo è la Piattaforma digitale multilingue, lanciata attraverso la conferenza stampa del 19 aprile 2021, alla presenza dei tre copresidenti del Comitato esecutivo della Conferenza: Guy Verhofstadt a nome del Parlamento europeo, Ana Paula Zacarias, Segretaria di Stato portoghese per gli Affari europei a nome della Presidenza del Consiglio dell'UE e Dubravka Šuica, Vicepresidente della Commissione per la democrazia e la demografia. Grazie alla piattaforma, i cittadini possono condividere la proprie idee ed inviare contributi online in uno dei nove ambiti tematici della Conferenza, individuati sulla scorta dell'agenda strategica del Consiglio europeo e degli orientamenti politici 2019-2024 della Commissione europea: Cambiamento climatico e ambiente, Salute, Un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione, L'UE nel mondo, Valori e diritti, Stato di diritto e sicurezza, Trasformazione digitale, Democrazia europea, Migrazione e istruzione, Cultura gioventù e sport.

Il secondo pilastro è costituito dai quattro *Panel europei dei cittadini*, che raccolgono

¹² Per una descrizione dettagliata sulla struttura della Conferenza A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*, in *European Law Journal*, n. 5-6/2022.



complessivamente 800 cittadini selezionati in modo casuale (200 per ciascun panel), chiamati a discutere e ad avanzare raccomandazioni in quattro macro-ambiti tematici che raggruppano i nove *cluster* già discussi in piattaforma. All'interno di questi quattro panel (Panel 1 «Economia più forte, giustizia sociale, posti di lavoro, educazione, cultura, sport, trasformazione digitale»; Panel 2 «Democrazia europea / Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza»; Panel 3 «Cambiamento climatico e ambiente / Salute»; Panel 4 «L'UE nel mondo, migrazione») i partecipanti sono selezionati tenendo conto di cinque criteri che assicurano che ciascun panel sia rappresentativo in termini di origine geografica, sesso, età, contesto socio-economico e livello di istruzione. In tal modo, le medesime priorità politiche per il futuro dell'Europa vengono discusse tenendo conto di diverse angolature visuali e diversi bisogni dei cittadini, dando vita a un inedito e proficuo esercizio di democrazia deliberativa.¹³

Infine, il terzo pilastro è la Plenaria della Conferenza, i cui membri, divisi in nove gruppi di lavoro corrispondenti ai nove cluster della Piattaforma, sono chiamati a discutere sia le raccomandazioni espresse dai Panel europei di cittadini che i contributi pervenuti sulla Piattaforma, che resta il fulcro dell'intero sistema. La Plenaria è composta da 449 partecipanti, di cui 108 membri del Parlamento europeo, 108 rappresentanti dei Parlamenti nazionali, 54 rappresentanti del Consiglio (due per ciascuno Stato membro), 3 rappresentanti della Commissione europea, 108 rappresentanti dei cittadini, tra cui 80 rappresentanti dei 4 panel europei dei cittadini (20 per ogni panel), 18 del Comitato economico e sociale europeo, 12 rappresentanti delle parti sociali e 8 rappresentanti della società civile, 18 rappresentanti del Comitato delle regioni, 6 rappresentanti eletti delle autorità regionali e 6 rappresentanti eletti delle autorità locali.¹⁴

Durante l'ultima sessione plenaria della Conferenza, svoltasi il 29 e 30 aprile 2022 presso il Parlamento europeo di Strasburgo, è stato raggiunto il consenso delle componenti

¹³ Ivi, p. 2, nota che il panel costituiscono il momento squisitamente *deliberativo* della Conferenza. Il dialogo fra cittadini di diversa estrazione, età e provenienza geografica è infatti sollecitato dalla figura di *facilitator* professionisti.

¹⁴ Sul modello di democrazia partecipativa della conferenza P. Severino, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modelli di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, cit. Critici nei confronti di tale modello, S. Thierse, *The Conference on the Future of Europe - Finally, an opportunity for More Top-Down Bureaucracy?*, in *VErfassungsblog*, 16 marzo 2021 e E. Venizelos, *The Conference on the Future of Europe as an Institutional Illusion*, *VerfBlog*, 16 dicembre 2021, che la definisce “an institutional and procedural hybrid, with a symbolically heavy name and without any legal basis”. Positivo invece sul plusvalore democratico della Conferenza M. Steuer, *The Conference on the Future of Europe as Constitutional Experiment*, *IACL-IADC Blog*, 19 maggio 2022.

istituzionali della Conferenza (Commissione, Consiglio, Parlamento europeo e Parlamenti nazionali) su 49 proposte, che rappresentano la sintesi della deliberazione avvenuta in Plenaria tenendo conto delle 178 raccomandazioni formulate dai panel dei cittadini europei, dell'attività dei panel nazionali e dei 43.734 contributi e delle 16.274 idee raccolte sulla piattaforma digitale multilingue. Ciascuna delle 49 proposte, contenute in un Rapporto finale¹⁵, si prefigge uno specifico obiettivo, per poi essere articolata in una serie di diverse misure concrete volte ad implementarlo.

3. Il conflitto inter-istituzionale sulla possibile revisione dei Trattati.

Ora che le 49 proposte, articolate in 326 misure concrete, sono sul tavolo delle istituzioni europee, la questione più spinosa da affrontare resta certamente quella, assai divisiva, della revisione dei trattati. La Conferenza è infatti stata definita un “esperimento partecipativo privo di un mandato giuridicamente apprezzabile”¹⁶, in quanto con la Dichiarazione del marzo 2021 che ha dato il via al processo, i Presidenti delle tre Istituzioni si impegnarono «congiuntamente ad ascoltare gli europei e a dare seguito alle raccomandazioni formulate dalla conferenza», ma «nel pieno rispetto delle nostre competenze e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dai trattati europei» e, quindi, in ossequio al principio di attribuzione delle competenze».

Dal momento che molte delle raccomandazioni dei cittadini, si pensi ad esempio a quelle in ambito sanitario, chiedono espressamente maggiori competenze dell'Unione e quindi richiedono la farraginoso procedura di revisione ordinaria prevista dall'art. 48, par. 1, TUE – l'unica preposta ad accrescere (o ridurre) le competenze dell'Unione – durante la cerimonia conclusiva della Conferenza il tema è stato molto dibattuto, seppur con diverse sfumature, tra i vertici delle tre principali Istituzioni. La Presidente del PE Metsola, certamente agevolata dalla Proposta di Risoluzione del PE, adottata il 4 maggio, sul seguito

¹⁵ Il Rapporto è disponibile sul sito della Conferenza : https://futureu.europa.eu/rails/active_storage/blobs/redirect/eyJfcmFpbHMiOnsibWVzc2FnZSI6IkJBaHBBN1UzQVE9PSIsImV4cCI6bnVsbCwicHVyIjoiYmxvYl9pZCJ9fQ==--a8e0633a7b60d869ec3b2142f1ac7fd16743eb4b/Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf.

¹⁶ G. Romeo, *La conferenza sul futuro dell'Europa*, cit., p. 675.

da dare alle conclusioni della Conferenza sul futuro dell'Europa¹⁷, che espressamente invocava la convocazione di una Convenzione attivando la procedura di revisione dei trattati di cui all'articolo 48 TUE, ha ritenuto necessario tale esito, fondandolo su un evidente scollamento tra i desideri dei cittadini e la concreta capacità di azione dell'Unione in diversi ambiti, tra cui l'energia, la difesa etc. La Dichiarazione della Presidente della Commissione è stata invece più sfumata, rilevando che molte delle richieste dei cittadini sono suscettibili di essere esaudite anche rispettando il perimetro delle competenze già attualmente previste dai Trattati, ma allo stesso tempo non escludendo il procedimento di revisione se questo dovesse rivelarsi necessario. Possibilità, quest'ultima, presa in considerazione anche dal Presidente Macron, in rappresentanza del Consiglio dell'UE, che ha invitato il Consiglio europeo ad esprimersi al riguardo, nella consapevolezza che le posizioni tra gli Stati non sono convergenti sul punto. Difatti, giova ricordare che, contestualmente alle Dichiarazioni dei tre Presidenti in occasione della conclusione della Conferenza il 9 maggio 2022, 12 paesi membri dell'UE, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lituania, Lettonia, Malta, Polonia, Romania, Slovenia e Svezia, hanno sottoscritto un *non paper* sottolineando che la questione della revisione dei trattati non è mai stato uno degli obiettivi della Conferenza e che pertanto tentativi «prematuri» che vadano in tale direzione non saranno sostenuti.¹⁸

Gli eventi successivi alla chiusura della Conferenza hanno ulteriormente acuito le divergenze tra le istituzioni. Da un lato, infatti, il Parlamento europeo ha formalizzato la propria posizione approvando il 9 giugno 2022 una Risoluzione¹⁹ che chiede la convocazione di una Convenzione di riforma dei Trattati, trovando il sostegno della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione tenuto il 14 settembre 2022.²⁰ Dall'altro, invece, il Consiglio europeo del 23 e 24 giugno²¹

¹⁷ P9_TA(2022)0141, Proposta di risoluzione 2022/2648(RSP), presentata il 2 maggio 2022 a seguito di dichiarazioni del Consiglio e della Commissione a norma dell'articolo 132, paragrafo 2, del regolamento e votata il 4 maggio.

¹⁸ Il testo del *non paper* è disponibile al seguente link: http://images.dirittounioneeuropea.eu/f/sentenze/documento_DREui_DUE.pdf.

¹⁹ P9_TA(2022)0244, *Richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati*. Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati (2022/2705(RSP)).

²⁰ Il discorso è disponibile sul sito della Commissione all'url https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493.

²¹ Si vedano i punti 27-29 della Conclusione, <https://www.consilium.europa.eu/media/57457/2022-06-2324-euco-conclusions-it.pdf>.

si è limitato a sottolineare che le Istituzioni devono garantire un seguito efficace alle proposte emerse dalla Conferenza, informando su di esso i cittadini, senza dunque menzionare la possibilità di una revisione dei trattati. Su quest'ultimo punto, ancor più recentemente, il Consiglio Affari Generali del 18 ottobre 2022 sembra aver per certi versi glissato. Infatti, anche in virtù del principio di leale collaborazione inter-istituzionale, il Consiglio sarebbe stato tenuto, in presenza di una formale richiesta di emendare i Trattati da parte del Parlamento europeo, a sottoporre tali modifiche al Consiglio europeo e a notificarle ai Parlamenti nazionali, come prescrive l'articolo 48 TUE. Al contrario, il Consiglio ha preferito far leva sulla natura *generica* della Risoluzione del Parlamento, che propone sì due emendamenti specifici ai trattati (in particolar modo agli articoli 29 e 48 TUE), come tali suscettibili di essere sottoposti al Consiglio europeo per valutare l'avvio di una formale procedura di revisione, ma dall'altro "osserva che molte delle proposte della Conferenza richiedono modifiche dei trattati e che la commissione per gli affari costituzionali del Parlamento deve elaborare proposte di modifica dei trattati in tal senso". Pertanto, il Consiglio Affari Generali, anche per ragioni di "efficienza procedurale", ha ritenuto di attendere che il Parlamento concluda il suo lavoro sul tema, eventualmente presentando ulteriori emendamenti, prima di procedere al formale invio dei due emendamenti già presentati al Consiglio europeo e alla dovuta notifica di essi ai Parlamenti nazionali. Inoltre, il Consiglio Affari Generali sottolinea anche che molti Ministri hanno chiesto di dare priorità alla gran parte delle proposte della Conferenza che potrebbero essere tranquillamente implementate *a trattati vigenti* e che qualche Ministro ha chiesto che le energie dell'Unione europea siano concentrate in prima battuta sulla risoluzione della crisi energetica crisi russo-ucraina.²²

²² Cfr. La posizione sul tema, disponibile sul sito del Consiglio all'url <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2022/10/18/>. Come ufficialmente dichiarato alla fine del CAG da Mikuláš Bek, il Ministro dagli affari europei della Repubblica Ceca, al momento alla presidenza di turno del Consiglio, "The Council is fully committed to ensure the best possible follow-up to the Conference proposals. The vast majority of them – up to 95% – can be implemented using the full potential of the current Treaties. It is important to focus on this work, to give citizens' wishes a positive and concrete follow-up within a relatively short time frame".

4. I possibili sviluppi del processo a trattati vigenti.

Allo stato attuale, i lavori delle istituzioni europee sembrerebbero aver adottato la posizione intermedia di non svilire le aspettative dei cittadini ma, allo stesso tempo, di non affrontare in modo deciso la questione della revisione dei trattati. A tal fine, il Segretariato generale del Consiglio dell'UE ha predisposto il *Preliminary technical assessment of the proposals and related specific measures contained in the report on the final outcome of the Conference on the Future of Europe*²³. Tale documento è di estrema rilevanza in quanto valuta concretamente la possibilità per le Istituzioni europee di dar seguito alle 49 proposte. Per ciascuna di esse, difatti, tale valutazione tecnica considera la fattibilità di una loro possibile realizzazione a trattati vigenti o, al contrario, la necessità di una revisione dei trattati alla luce dell'impossibilità per l'Unione di legiferare nel senso richiesto dai cittadini in assenza di esplicite basi giuridiche.

Ad esempio, tra le proposte della Plenaria della Conferenza nell'ambito tematico «democrazia europea», la proposta n. 36 si prefigge di aumentare la partecipazione dei cittadini e il coinvolgimento dei giovani, al fine di «sviluppare una “piena esperienza civica” per i cittadini europei, garantire che la loro voce sia ascoltata anche tra un'elezione e l'altra e che la partecipazione sia efficace». Essa è poi articolata in undici misure concrete. Ad esempio, la misura n. 7 prevede l'organizzazione periodica di assemblee dei cittadini, selezionati in modo casuale, con criteri di rappresentatività, ed eventualmente guidate da esperti che forniscano informazioni sufficienti per deliberare, per coadiuvare le attività delle istituzioni europee, che dovrebbero debitamente motivare la scelta di discostarsi dalle deliberazioni assembleari dei cittadini; la misura n. 9 propone una sorta di *youth check* nell'*impact assessment* della normativa europea, invocando un meccanismo di consultazione con i rappresentanti dei giovani che serva a valutare il potenziale impatto della legislazione abbia sul loro futuro; la misura n. 11 invita ad approvare una Carta dell'UE sugli strumenti che consentono il coinvolgimento dei cittadini negli affari europei. È interessante notare che, secondo il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione, le sovra-menzionate misure, volte ad implementare la proposta n. 36, potrebbero tutte essere realizzate a trattati vigenti. Qualunque azione delle istituzioni europee volta ad accrescere

²³ Il documento è consultabile sul sito del Consiglio: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10033-2022-ADD-1/en/pdf>.

i meccanismi tutt'ora esistenti per incentivare la partecipazione dei cittadini – tra cui ad esempio l'iniziativa dei cittadini europei di cui all'art. 11.4 TUE o il Dialogo che la Commissione instaura con i cittadini e le parti sociali – troverebbe un solido ancoraggio nell'articolo 11 del TUE, dedicato alla democrazia partecipativa.

Al contrario, molte delle misure contenute nella proposta 37, titolata «Informazioni per i cittadini, partecipazione e giovani (bis)» in quanto incentrata, come la n. 36, su una declinazione meramente partecipativa della democrazia, non potrebbero essere implementate senza una formale revisione dei trattati. La proposta 37, difatti, ha come obiettivo quello di «rendere l'Unione europea più comprensibile e accessibile e rafforzare un'identità europea comune» e a tal fine propone molte misure volte a rafforzare la formazione in materia di integrazione europea, e dunque ascrivibili al titolo di competenza «istruzione» che, come noto, nell'ordinamento euro-unitario rappresenta una semplice competenza complementare. Tale tipologia di competenza permette all'Unione solo di coadiuvare o supportare l'attività degli Stati membri (anche dal punto di vista finanziario come, ad esempio, accade con il programma Erasmus), ma non di adottare misure di armonizzazione. Solo a titolo di esempio, la misura n. 1, che si propone di garantire un livello minimo di conoscenze sull'UE e in particolare sui suoi processi democratici, compresa la storia dell'integrazione europea e della cittadinanza europea, non potrebbe essere realizzata a trattati vigenti, in quanto la materia istruzione e formazione professionale, disciplinata dagli articoli 165 e 166 TFUE, rappresenta una mera competenza di sostegno incapace di armonizzare i contenuti dell'insegnamento, che restano una prerogativa statale.

Sempre tra le proposte dedicate all'ambito tematico «democrazia europea», è interessante menzionare la proposta n. 39, che si prefigge di migliorare il processo decisionale dell'Unione al fine di garantire una più efficace capacità di azione dell'UE. A tal fine, con la misura n. 1 della proposta 39, la Plenaria propone la scelta decisamente coraggiosa di generalizzare il voto a maggioranza qualificata e conservare il voto all'unanimità per le sole questioni riguardanti l'adesione di nuovi paesi all'UE e le modifiche ai principi fondamentali dell'UE contemplati dall'articolo 2 TUE e dalla Carta dei diritti. Tale scelta è di certo sintomatica di un'insofferenza di fondo nei confronti del voto all'unanimità, spesso in grado di frenare la capacità di azione di un'Unione a 27 attraverso il potere di veto dei singoli Stati, anche in occasioni di eventi che negli ultimi anni avrebbero richiesto

una maggiore efficacia di azione, come la crisi economico-finanziaria, la crisi pandemica o la crisi internazionale che si profila in seguito al conflitto russo-ucraino. Ed è una scelta che guarda al superamento dell'antico dilemma tra *democrazia* ed *efficienza*²⁴ e al potenziamento della legittimazione “*per output*”²⁵, di cui godono istituzioni in grado di soddisfare ambizioni e bisogni dei propri cittadini.

Di fronte ad una richiesta così puntuale da parte della Plenaria, il Segretariato del Consiglio ha effettuato una ricognizione di tutte le disposizioni relative alle procedure decisionali in seno al Trattato, rilevando che attualmente vi sono ben 76 casi in cui il Consiglio delibera all'unanimità e 18 casi in cui il Consiglio europeo delibera all'unanimità, e che in molti di questi procedimenti il superamento del voto all'unanimità potrebbe essere raggiunto attivando la c.d. «clausola passerella generale»²⁶ di cui all'art. 48, par. 7, del Trattato. L'art. 48 TUE, dopo aver disciplinato le procedure per la revisione ordinaria dei trattati, al par. 7 consente al Consiglio europeo di adottare una decisione che autorizzi il Consiglio a decidere a maggioranza qualificata quando i trattati prevedono che il Consiglio deliberi all'unanimità in un settore determinato. La difficoltà nell'attivazione della clausola passerella generale risiede, tuttavia, nel fatto che la decisione con cui il Consiglio europeo autorizza queste modifiche procedurali deve essere adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono, e a condizione che nessun parlamento nazionale si opponga all'attivazione della passerella entro sei mesi dalla notifica. Inoltre, a prescindere dagli aggravii procedurali per farvi ricorso, la clausola passerella generale, ai sensi dell'art. 48, par. 7, TUE, si applica soltanto alle disposizioni del TFUE e del solo titolo V del TUE dedicato alla Politica Estera e di Sicurezza Comune, con esclusione esplicita delle decisioni che abbiano implicazioni militari o che rientrino nel settore della difesa. Ciò significa che, rispetto alla richiesta dei cittadini di generalizzare il voto a maggioranza, persisterebbero comunque 27 casi (18 relativi al Consiglio europeo e 9 al Consiglio), in cui il passaggio dall'unanimità al voto a

²⁴ Su cui, per tutti, R. Dahl, *Democracy and Its Critics*. New Haven, Yale University Press, 1989.

²⁵ F. W. Sharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999 e R. Bellamy, *Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from the democratic 'inputs' provided by competitive parties and majority rule?*, in *Journal of European Public Policy* n. 17/2010, pp. 2-19.

²⁶ Esistono inoltre 6 clausole passerelle specifiche che consentono al Consiglio europeo o allo stesso consiglio, all'unanimità, di decidere che la regola del voto del Consiglio sia passata dall'unanimità al voto a maggioranza qualificata (cfr. articoli 31, paragrafi 3 e 4, TUE, 81, paragrafo 3, TFUE, 153, paragrafo 2, 4° comma, TFUE, 192, paragrafo 2, 2° comma, TFUE, 312, paragrafo 2, 2° comma, TFUE e 333 TFUE).

maggioranza qualificata richiederebbe una formale procedura di revisione dei Trattati. Nonostante le richieste dei cittadini, il recentissimo Consiglio degli Affari Esteri, svoltosi il 22 maggio 2023, dimostra che, seppur previsto dai trattati, il passaggio dall'unanimità alla maggioranza resta un tema assai spinoso, specialmente in ambiti squisitamente politici e molto connessi alla sovranità nazionale quale la politica estera. Mentre il Consiglio non ha affrontato il tema spinoso e divisivo della possibile revisione dei trattati, a margine dello stesso si è svolta la prima riunione del cosiddetto *Gruppo di amici sul voto a maggioranza qualificata nella politica estera e di sicurezza comune dell'UE*, guidato dalla Germania. Quest'ultimo, nella dichiarazione congiunta del 4 maggio, ha sostenuto che l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia e i mutamenti geopolitici rappresentano motivi sufficienti per snellire il processo decisionale in seno al Consiglio europeo e passare gradualmente, anche per le decisioni riguardanti la politica estera e di sicurezza, dall'unanimità alla maggioranza qualificata. In tal modo, tale cruciale politica si allineerebbe ad altre politiche strategiche dell'UE come l'azione per il clima, il digitale, e la questione migratoria. Mentre all'iniziativa proposta dalla Germania hanno aderito anche Italia, Francia, Spagna, Belgio, Olanda, Lussemburgo, Finlandia, Slovenia e da ultimo la Romania, Ungheria e Polonia, secondo cui il diritto di veto preserva la sovranità nazionale, si sono opposti con forza.

5. Il focus tematico per *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*.

Alla luce della stridente attualità del processo, della rilevanza e della complessità di questo nuovo *momento costituente* per l'Europa che chiama i cittadini e le istituzioni a riflettere sul futuro del processo di integrazione europea, il Direttori di *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line* hanno deciso di ospitare un *focus* tematico sulla Conferenza sul futuro dell'Europa. Il presente articolo introduttivo, infatti, è seguito da successivi articoli che raccolgono le riflessioni sia di studiosi di diritto costituzionale, comparato e dell'Unione europea, sia di funzionari del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale che hanno seguito da *insider* il processo, sia di membri del *Comitato Scientifico sul Futuro dell'Europa* istituito dal Governo Draghi per coordinare la

partecipazione dell'Italia alla Conferenza.²⁷ Alcuni contributi raccolti all'interno di questo *focus* tematico proveranno ad illustrare sia la complessa architettura istituzionale della Conferenza (si vedano ad esempio i contributi di Paolo Ponzano e Luigi Gianniti), sia le novità, procedurali e di metodo, rispetto alla Convenzione sul futuro dell'Europa che diede vita al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (si veda, ad esempio il contributo di Nicola Verola e Filippo Gherini), sia le modalità di partecipazione dell'Italia alla Conferenza stessa (in tal senso, in particolare, il contributo di Susanna Cafaro). Altri contributi, invece, faranno luce sulle proposte concrete dei cittadini avanzate nel contesto della Conferenza in alcuni degli ambiti tematici individuati dalla Dichiarazione congiunta, tra cui quello dell'ambiente e del cambiamento climatico (si veda il contributo di Daniele Vitale) o quello della democrazia europea (si veda il contributo di Roberto Castaldi). Altri contributi, ancora, consentiranno di valutare l'impatto della Conferenza sul consolidamento della cittadinanza europea, analizzando sia le connessioni tra i risultati della Conferenza ed il recente pacchetto legislativo *Democrazia e Trasparenza*, introdotto dalla Commissione europea nel novembre 2021 per proteggere l'integrità dei processi elettorali e a rispondere alle criticità emerse in occasione delle elezioni europee del 2019 e nel corso della pandemia (si veda il contributo di Sara Cucci), sia le peculiarità delle dinamiche rappresentative, partecipative e deliberative della Conferenza rispetto ad altri istituti di partecipazione democratica già presenti nell'ordinamento euro-unitario come l'iniziativa dei cittadini europei (si veda il contributo di Giuseppe Laneve e Claudio Di Maio). Nell'incertezza relativa agli esiti della Conferenza, il primo auspicio è che le istituzioni dell'Unione sapranno utilizzare tutti gli strumenti attualmente previsti dai Trattati per dar seguito alla voce dei cittadini europei, che hanno dimostrato di voler svolgere un ruolo più attivo nel delineare il futuro dell'Unione europea. Il secondo auspicio è che tale *focus* tematico, ospitato dai Direttori di *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, possa alimentare un proficuo dibattito sulle declinazioni sovranazionali del principio democratico, sul consolidamento della cittadinanza europea, sulla dialettica tra rappresentanza e partecipazione e sul futuro dell'Unione europea.

²⁷ Il *Comitato scientifico per il futuro dell'Europa* di cui ho avuto l'onore di far parte, è stato istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 20 aprile 2021, modificato con d.P.C.M. del 2 luglio 2021. Presieduto da Paola Severino e Ferdinando Nelli Feroci, di concerto con il Comitato organizzativo e la Segreteria tecnica, e con le strutture del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e del Dipartimento Affari Europei della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha coordinato le attività relative alla partecipazione dell'Italia alla Conferenza sul futuro dell'Europa.

Abstract: Il presente contributo, in primo luogo, illustra la *ratio* sottesa all'istituzione della Conferenza sul futuro dell'Europa, un inedito processo di democrazia deliberativa che mette al centro i cittadini europei e si affianca ai canali della *rappresentanza* e della *partecipazione* per democratizzare il processo di integrazione. In secondo luogo, analizza la complessa architettura costituzionale della Conferenza e si sofferma sulle future prospettive dalla Conferenza, imbrigliate da un possibile conflitto interistituzionale tra i fautori di una formale convocazione di una Convenzione per modificare i trattati ai sensi dell'articolo 48 TUE, e i sostenitori di un approccio pragmatico che punti a implementare la gran parte delle proposte della Conferenza suscettibili di essere realizzate *a trattati vigenti*. In terzo luogo, traccia il filo conduttore tra i contributi di vari Autori che hanno preso parte al focus tematico interamente dedicato alla Conferenza sul futuro dell'Europa, mettendone in luce complessità, criticità e novità, sia dal punto di vista sostanziale che procedurale.

Abstract: This article, first of all, illustrates the rationale underlying the establishment of the Conference on the Future of Europe, an unprecedented process of deliberative democracy that endorses the pivotal role of European citizens, and strengthens the channels of representation and participation in their efforts to democratize the process of integration. Secondly, it analyzes the complex constitutional architecture of the Conference and dwells on the future perspectives of the Conference, hampered by a possible interinstitutional conflict between the supporters of a formal convening of a Convention to amend the Treaties pursuant to Article 48 TEU, and the supporters of a pragmatic approach which aims to implement most of the proposals of the Conference without amending the treaties. Thirdly, it traces the common thread between the contributions of various authors who took part in the thematic focus entirely dedicated to the Conference on the future of Europe, highlighting its complexity and its procedural and substantive novelties.

Parole chiave: Conferenza sul futuro dell'Europa – cittadinanza europea – democrazia rappresentativa – democrazia partecipativa – equilibrio istituzionale.

Key words: Conference on the future of Europe – European citizenship – representative democracy – participation – institutional balance.

PRIME RIFLESSIONI ATTORNO ALLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA *.

di Luigi Gianniti**

Sommario. 1. La Conferenza sul futuro dell'Europa. – 2. Il ruolo dei gruppi di lavoro. – 3. Il ruolo delle componenti. – 4. La conclusione dei lavori. – 5. Conclusioni.

XVI

1. La Conferenza sul futuro dell'Europa.

Iniziata un anno dopo il previsto (a giugno del 2021), dopo una lunga fase di ascolto (cui sono state dedicate le prime riunioni plenarie della Conferenza con dei dibattiti generali (ad aprile e a ottobre), a gennaio del 2022 la Conferenza sul futuro dell'Europa (segnatamente la sua Assemblea plenaria che riuniva cittadini parlamentari nazionali ed europei rappresentanti delle istituzioni dell'Ue dei governi degli Stati membri e della società civile) entrava in una fase sostanzialmente redazionale¹, di scrittura delle raccomandazioni che costituiscono il prodotto finale di questo innovativo esercizio², una fase questa orientata da dei dibattiti tematici che hanno avuto ad oggetto la discussione delle raccomandazioni elaborate dai *panel* dei cittadini europei che si erano riuniti sino ad allora.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica (Direttore del Servizio Studi). Docente di Diritto delle Assemblee elettive – Università LUISS Guido Carli e Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul futuro dell'Europa.

¹ L'Assemblea plenaria della Conferenza si è riunita 7 volte: il 19 giugno 2021, il 22 e 23 ottobre 2021, il 21 e 22 gennaio 2022, l'11 e 12 marzo 2022, il 25 e 26 marzo 2022, l'8 e 9 aprile 2022 e il 29 e 30 aprile 2022 (per i dettagli sui lavori delle riunioni si rimanda al Dossier – pubblicato con cadenza periodica – «I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa», elaborato congiuntamente dal Servizio Studi del Senato e dall'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati).

² Si tratta di 49 proposte articolate in 326 misure che la Conferenza, il 9 maggio del 2022, ha proposto alle istituzioni dell'Unione (cfr. Relazione sul risultato finale - maggio 2022).

Le regole di funzionamento della Conferenza³ sono state costruite per limitare il suo potenziale evolutivo; come è stato giustamente notato questa, a differenza della Convenzione europea, non ha potuto avere così una “dinamica espansiva endogena”⁴.

Tuttavia allora un fattore esterno (la guerra in Iraq) dividendo gli Stati membri sulla posizione da prendere si risolse in un oggettivo freno alle ambizioni della Convenzione⁵, che produsse sì un testo organico (grazie in particolare al lavoro della presidenza), ma minato da riserve che andarono crescendo nel tempo: emblematica in questo senso fu la posizione dei rappresentanti del Regno Unito che firmarono il testo del trattato costituzionale senza che mai il governo avviasse il procedimento di ratifica.

Di contro, la Conferenza sul futuro dell'Europa, a fronte di un mandato incomparabilmente più debole, che non prevedeva la redazione di un testo (e che era anche ambiguo come dimostra la difficoltà di assicurare un seguito alle raccomandazioni finali), si è trovata ad operare, nella fase più strutturata e creativa dei suoi lavori (tra gennaio e aprile del 2022) nel pieno di una crisi (l'invasione dell'Ucraina) che ha prodotto una solidarietà forte e coesa tra i paesi europei, le loro opinioni pubbliche; peraltro di un'Unione più ampia che oramai ricomprende gran parte del continente. L'aggressione di un paese confinante ha generato un moto di solidarietà che si è subito riflesso nel tono dei dibattiti della plenaria della Conferenza e anche nei risultati dei lavori dei gruppi.

Un'analisi attenta delle vicende che hanno segnato i gruppi di lavoro e l'attività delle diverse componenti della Conferenza, presenta una visione più complessa e articolata che dà ragione di un esito della Conferenza alla fine non all'altezza dell'occasione che il frangente storico, in cui si sono svolti i lavori, ha proposto. Segno questo di tutte le difficoltà dell'Unione, dei suoi complessi equilibri istituzionali, nel fare un salto di qualità nel processo di integrazione. La scelta di affidare la guida di questo esercizio a una presidenza condivisa delle tre istituzioni dell'Unione (Parlamento europeo, Commissione e Consiglio) ha condotto a una deresponsabilizzazione istituzionale che ha minato la capacità di perseguire un disegno coerente. Se, ad esempio, la rappresentanza del

³ Lungo e complesso è stato il confronto in seno al Comitato esecutivo della Conferenza (l'organo che ne ha coordinato i lavori e ne ha definito le regole) su quale carattere dovessero avere queste raccomandazioni: se puramente ricognitive del dibattito (una sorta di resoconto ragionato), oppure indirizzi per il legislatore europeo, anche (ed è questo uno dei temi più controversi) funzionali all'apertura di una stagione di revisione dei trattati).

⁴ Così N. Verola, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Fra democrazia partecipativa, rappresentanza e tecnocrazia*, in Astrid Rassegna. V. anche G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2021, p. 703.

⁵ V. P. Norman, *An accidental constitution*, Brussels, 2003, p. 185.

Parlamento europeo ha con determinazione perseguito l'idea di puntare ad una nuova convenzione finalizzata alla revisione dei trattati (un obiettivo condiviso e sostenuto da pochi governi, e tra questi quello italiano), la Commissione europea ha tenuto invece un atteggiamento, come vedremo, assai prudente anche su temi di notevole portata.

2. Il ruolo dei gruppi di lavoro.

I 9 gruppi di lavoro hanno iniziato a riunirsi a margine delle riunioni della plenaria della Conferenza sin dal 22 ottobre 2021.

Le presidenze sono state distribuite tra le varie componenti della Conferenza e sono state assegnate due al Parlamento europeo, due al Consiglio, due alla Commissione europea, due a membri dei parlamenti nazionali, una al Forum europeo della gioventù. Il Segretariato della Conferenza ha cercato di garantire una uniformità nella conduzione dei lavori, ma questi poi nei fatti si sono svolti in modo assai diverso. Molto è dipeso dal tema (ve ne erano di più divisivi e di maggiormente consensuali), ma anche dallo stile delle presidenze e dal prevalere nel confronto di una o l'altra delle varie componenti.

Ad esempio, nel gruppo di lavoro sulla democrazia europea il presidente (il parlamentare capogruppo del PPE Manfred Weber) ha cercato da subito di orientarne i lavori con un testo, già organicamente organizzato, un *non paper*, ritenuto da alcuni membri del gruppo non pienamente coerente con le proposte dei cittadini⁶.

Pur riproponendo molte delle raccomandazioni proposte dal *panel* dei cittadini, la riarticolazione proposta da Weber con una impronta marcatamente federalista, se raccoglieva un ampio consenso nella componente parlamentare europea, registrava invece molti distinguo da parte dei rappresentanti dei parlamenti nazionali, di quelli del Consiglio (ma questo era prevedibile ed è un dato abbastanza costante nei lavori della Conferenza: i governi e i rappresentanti degli Stati *padroni dei Trattati*, si sono sempre mossi autonomamente e guardando con un certo distacco all'esercizio), ma anche dei cittadini che non si ritrovavano in un documento tutto centrato sulla organizzazione dei vertici dell'Unione e del loro funzionamento. Questo problema si è riproposto nella riunione del

⁶ Si veda il Dossier europeo n. 170/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa/3 - marzo 2022*, pubblicato ad aprile 2022, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati.

gruppo del 25 marzo dove quello che avrebbe dovuto essere un documento di sintesi del dibattito a partire dalle proposte dei cittadini (secondo le indicazioni contenute nel Regolamento della Conferenza) si presentava invece come un documento molto strutturato che seguiva la logica di una organica revisione istituzionale. Dovendo riferire in plenaria lo stesso presidente Weber ha ceduto il suo ruolo ad un altro rappresentante del Parlamento europeo (il deputato socialista spagnolo Domènec Ruiz Devesa) che ha presentato invece il documento che riprendeva sostanzialmente le proposte formulate dai cittadini, certo meno compatto, ma anche vissuto come meno preconfezionato⁷. All'opposto, il gruppo di lavoro sulla migrazione, presieduto da due parlamentari nazionali (il greco Dimitrios Kairidis e l'italiano Alessandro Alfieri), ha seguito la via di proporre nelle prime sedute un'articolazione del confronto in tre temi (migrazione legale, migrazione irregolare, diritto d'asilo e di integrazione). Sulla base di questa articolazione sono state aggregate le proposte formulate dai *panel* dei cittadini, riassunte nel corso dei lavori in un documento più asciutto e strutturato. La strutturazione non è stata così vissuta dalle varie componenti come un disegno esterno, ma come un risultato, un modo di mettere in ordine e focalizzare i temi e le questioni problematiche. Su questo testo il gruppo di lavoro ha potuto quindi, nelle due lunghe riunioni del 25 marzo, pervenire alla definizione di un testo largamente condiviso tra le varie componenti. La stessa componente del Consiglio, cioè dei rappresentanti dei governi, si è in gran parte ritrovata nelle riformulazioni contenute nel testo delle proposte, restando decisamente minoritarie (sostanzialmente riducendosi a rappresentante di un solo Paese, l'Ungheria) le voci dissenzienti e comunque con riferimento solo ad alcuni aspetti del documento predisposto per la prima plenaria di aprile; riserve comunque rientrate e superate nel testo finale su cui si è registrato un consenso unanime di tutte le componenti del gruppo di lavoro.

⁷ Nella quinta riunione plenaria della Conferenza, tenutasi il 25 e 26 marzo 2022, l'europarlamentare spagnolo Domènec Ruiz Devesa si è particolarmente soffermato sulle difficoltà metodologiche registrate nei lavori del gruppo, a seguito delle obiezioni al primo documento di lavoro presentato dal Presidente Weber e di una proposta dei rappresentanti del Consiglio, successivamente respinta dalle altre componenti).

3. Il ruolo delle componenti.

Il Regolamento della Conferenza ha previsto infatti che questa chiudesse i suoi lavori raccogliendo su ogni proposta il consenso delle 4 componenti istituzionali della Conferenza stessa (Parlamento europeo, Consiglio, Commissione e Parlamenti nazionali) da validare infine – sempre con un voto da cui emergesse un consenso – da parte dei 108 dei cittadini che hanno fatto parte della Plenaria.

Le due componenti parlamentari hanno provato a lavorare congiuntamente, su iniziativa del Parlamento europeo (la cui componente era molto organizzata e strutturata) e dei parlamentari francesi (che hanno assunto la presidenza della componente espressione dei parlamenti nazionali durante il primo semestre del 2022). Si è svolto un incontro il 9 febbraio in cui sono emerse convergenze, ma anche molte differenze. La Presidenza ha proposto a valle di questa riunione un progetto di dichiarazione contenente raccomandazioni da condividere. Ma ne è uscito un documento dove prevalente erano le istanze della componente più organizzata e strutturata: la delegazione del Parlamento europeo. Nel documento infatti venivano sintetizzate una serie di proposte da tempo oggetto di un ampio dibattito in seno al Parlamento di Strasburgo (la revisione della legge elettorale, la disciplina del sistema dei candidati a capo di liste transnazionali, il diritto di iniziativa legislativa del Parlamento europeo e molte altre). A questo organico sistema di proposte, su iniziativa dei parlamentari nazionali francesi, venivano affiancate proposte maturate in occasioni delle periodiche riunioni della Cosac. Proposte, queste ultime, certo oggetto di un ampio consenso fra i parlamentari nazionali, ma appunto nell'ambito delle riunioni periodiche dei responsabili delle Commissioni degli affari europei dei parlamenti nazionali, solo una parte dei quali ha partecipato alla Conferenza sul futuro dell'Europa; molti parlamenti (ad esempio quello italiano) avendo deciso infatti di costruire le delegazioni parlamentari alla Conferenza sulla base di equilibri politici generali, senza tener conto dell'appartenenza alle commissioni specializzate negli affari europei. Ne è uscito un documento sbilanciato a favore delle istanze del Parlamento europeo. Questa fragilità iniziale ha aperto la stura ad una serie di contestazioni in occasione della riunione preparatoria della componente dei parlamenti nazionali svoltasi il 22 marzo.

Per numero quella parlamentare (sommati insieme i deputati nazionali ed europei) è stata nel complesso la componente più numerosa della plenaria della conferenza: 108 rappresentanti del Parlamento europeo e 108 rappresentanti di tutti i parlamenti nazionali. Erano la componente più numerosa – e nettamente in assenza dei cittadini – nella Convenzione europea. Allora prevalente era la componente dei parlamentari nazionali quasi doppia⁸. Rispetto a quella dei parlamentari europei. Non disciplinate, ma naturalmente, soprattutto per la via dei *caucus* politici, si realizzarono sinergie positive che oggettivamente diedero un impulso ai lavori con la presentazione di proposte condivise⁹. Queste componenti avevano allora una rappresentanza nel Presidium, l'organo che affiancava la presidenza nell'organizzazione dei lavori e nella stesura dei testi su cui nelle relazioni dei gruppi di lavoro e poi nella plenaria della Convenzione si registrava il *consensus*.

I parlamentari nazionali avevano loro rappresentanti: John Bruton, ex Primo Ministro irlandese, espressione del PPE e l'onorevole laburista Gisela Stuart, che presiedeva anche il gruppo di lavoro sul ruolo dei parlamenti nazionali. La Stuart fu eletta all'inizio dei lavori della Convenzione, venendo scelta dalla famiglia politica allora più influente, quella socialista (al governo nel Regno Unito con Blair, in Francia – dove ancora Jospin coabitava con Chirac e in Germania con i socialdemocratici che guidavano il governo con Shroeder). Bruton invece fu scelto dalla famiglia politica popolare. Gisela Stuart, che anni dopo si trovò sul fronte favorevole alla Brexit, durante i lavori cercò sempre di portare avanti posizioni che coalizzassero la componente dei parlamentari nazionali su proposte riduttive, come quella del cosiddetto *carton rouge* o della introduzione di meccanismi relativi al controllo del principio di proporzionalità analoghi a quelli relativi al controllo sulla sussidiarietà. La Stuart rappresentò quindi lungo i lavori della convenzione nel modo più compiuto (anche oltre il rappresentante del governo Hain) l'ambiguità della posizione britannica, che partecipava sì all'esercizio, ma con obiettivi riduttivi.

La componente in quanto tale si riuniva a margine della Convenzione, ma senza avere un ruolo preciso nella sua dinamica: lo svolse all'inizio eleggendo i rappresentanti al Presidium (Bruton e la Stuart appunto), e poi alla fine quando ebbe la possibilità (sotto presidenza dei rappresentanti del Parlamento italiano: Lamberto Dini e Marco Follini) di

⁸ 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali dei Paesi membri (due per Stato), 26 rappresentanti dei Parlamenti nazionali dei paesi candidati (due per Stato), 16 rappresentanti del Parlamento europeo.

⁹ Queste dinamiche dei lavori della Conferenza europea sono chiaramente illustrate efficacemente da P. Norman, *An accidental constitution*, cit.

essere la sede di discussione di alcuni emendamenti che entrarono nel testo finale del progetto di trattato per una Costituzione per l'Europa.

Nella Conferenza sul futuro dell'Europa la componente dei rappresentanti dei parlamenti nazionali ha avuto invece nei fatti un ruolo diverso. Non ha espresso rappresentanti nel comitato esecutivo, ma solo osservatori: i rappresentanti dei parlamenti del trio presidenziale della Cosac. All'inizio dei lavori ha dovuto eleggere con una procedura informale basata sul consenso i parlamentari designati a guidare i due gruppi di lavoro la cui presidenza il comitato esecutivo ha affidato a parlamentari nazionali¹⁰. La componente ha continuato a riunirsi regolarmente, sotto presidenza slovena all'inizio e poi (nella fase cruciale della Conferenza), francese (il deputato di *En Marche* Englade e il senatore Rapin anche presidente della Commissione affari europei del *Sénat*). La componente (come anche quella del Pe) ha dovuto autodisciplinare oratori e tempi di intervento in plenaria. Secondo le regole fissate dal Comitato esecutivo, doveva esser registrato poi, come si è detto, all'interno della componente il consenso sulle proposte. Da ciò un ruolo marcato della componente in quanto tale, cui però non è riuscita a corrispondere una capacità di elaborazione di testi e proposte condivise. Non si è andati al di là del tentativo (come fu del resto anche nel corso del lavoro della Convenzione europea) di far rifluire nel dibattito proposte maturate in occasione delle riunioni della Cosac, i cui componenti erano in numero rilevante (a partire dal presidente Rapin che presiedeva l'apposito gruppo di lavoro della Cosac sul ruolo dei parlamenti nazionali). Il tentativo poi di definire un documento comune con il Parlamento europeo ha incontrato subito difficoltà e paradossalmente si è risolto nel suo contrario, in una occasione cioè che ha fatto emergere divergenze. È risultato così impossibile pervenire alla elaborazione di un documento contenente proposte e misure condivise.

La Commissione europea ha avuto un ruolo sicuramente incisivo nei lavori della Conferenza: da subito ha orientato i lavori del gruppo presieduto da un suo esponente (il gruppo sulla salute); quanto agli altri, in una prima fase, è stata generalmente in ascolto, esponendo piuttosto il proprio programma di lavoro segnalando quanto in esso si ritrovassero molte delle raccomandazioni dei cittadini. Quando queste si sono consolidate nelle proposte dei gruppi di lavoro, l'intervento dei rappresentanti della Commissione è

¹⁰ Il gruppo di lavoro Migrazione (copresieduto dal parlamentare greco Kairidis e dal sen. Alessandro Alfieri, del Parlamento italiano) e il gruppo di lavoro sulla Trasformazione digitale (presieduto dall'on. Elina Valtonen, del Parlamento finlandese, e dall'on. Riina Sikkut, del Parlamento estone).

divenuto invece più puntuale, quasi ortopedico. Un filo comune degli interventi nelle riunioni, di tutti i gruppi di lavori e nella plenaria dell'8 e 9 aprile, è stato quello di ricondurre le proposte dei cittadini al quadro istituzionale vigente. In modo puntuale i rappresentanti della Commissione hanno espressamente criticato le misure che ipotizzavano o preconizzavano modifiche dei trattati o più in generale della distribuzione delle competenze¹¹.

Le proposte elaborate dai vari gruppi di lavoro mostrano poi quanto influente sia stato il ruolo dei rappresentanti delle parti sociali. Pur avendo una rappresentanza numericamente limitata, i rappresentanti di questa componente hanno seguito con attenzione i gruppi di lavoro incidendo in modo notevole, (forti anche della loro strutturata organizzazione a livello europeo) riuscendo meglio di altri a interagire con i cittadini. Sin dalle proposte dei *panel* dei cittadini infatti la voce delle parti sociali era abbastanza presente e si è rafforzata nel corso dei lavori dei gruppi.

Nella dinamica dei gruppi di lavoro la componente più attiva e vivace è stata comunque quella dei cittadini, coerentemente del resto con l'ispirazione dell'intero esercizio, prima esperienza a livello continentale di democrazia partecipativa. Lì, in quella componente, le differenze nazionali si sono più facilmente stemperate, anche grazie alla netta prevalenza dei giovani: un contributo meno strutturato dunque, ma più capace di costruire consensi.

¹¹ Il 25 marzo 2022, intervenendo in sede riepilogativa del dibattito relativo ai lavori del gruppo di lavoro Salute il Presidente del gruppo di lavoro Maroš Šefčovič (vice Presidente della Commissione europea e commissario per le Relazioni interistituzionali e prospettive strategiche) ha, a titolo personale e citando la propria esperienza pregressa, invitato al realismo sull'ipotesi di modifica dei Trattati. Ha infatti ricordato come si tratti di un processo lungo e laborioso, il cui esito non è peraltro scontato, come ha dimostrato l'esperienza della proposta di Trattato costituzionale europeo. Ha quindi espresso il consiglio di perseguire l'obiettivo di modifiche all'ordinamento dell'Unione a Trattati vigenti, tali da poter essere finalizzate entro la fine del mandato delle istituzioni europee correnti (cfr. il Dossier europeo n. 170/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa*/3 – marzo 2022, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati). E in occasione della sesta riunione della plenaria della Conferenza, svoltasi l'8 e 9 aprile 2022, la Vicepresidente Suica ha ricordato che il progetto di una Costituzione europea, da alcuni richiamato, era già stato in un recente passato bocciato in esito ai risultati negativi di *referendum* nazionali. La Vicepresidente Suica ha comunque indicato che la Commissione europea non esclude, nel caso vi sia una forte volontà politica, modifiche ai Trattati, ma ha anche indicato che alle esigenze soggiacenti a molte delle proposte è possibile dare una risposta pratica sulla base del quadro esistente. Nella stessa data, anche Šefčovič ha fatto riferimento alla proposta di revisione dei Trattati, sostenuta dai cittadini, sottolineando come questa richiederebbe tempi lunghi e complesse trattative e come, in occasione della pandemia di Covid-19, l'Ue abbia comunque avuto la possibilità di agire (cfr. il Dossier europeo n. 173/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa*/4 – aprile 2022, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati).

Al centro dei lavori della conferenza vi sono state infatti le 178 raccomandazioni elaborate da 4 *panel* europei di cittadini¹². I *panel* si sono riuniti tre volte ognuno, fra settembre 2021 e febbraio 2022¹³. I cittadini (200 per ciascun *panel*) sono stati scelti, in modo casuale, allo scopo di costituire *panel* rappresentativi della diversità dell'UE sulla base di cinque criteri: genere, età, origine geografica (cittadinanza e contesto urbano/rurale), contesto socioeconomico e livello di istruzione. Il numero di cittadini per Stato membro è stato calcolato in base al principio della proporzionalità degressiva applicato alla composizione del Parlamento europeo, tenendo conto del fatto che ogni *panel* dovesse comprendere almeno un cittadino e una cittadina per Stato membro. I giovani di età compresa tra i 16 e i 25 anni costituivano un terzo di ciascun *panel*. Il processo di selezione è stato affidato a un fornitore esterno di servizi, l'agenzia Kantar Public, che ha operato in collaborazione con 27 istituti demoscopici nazionali.

Ogni *panel* ha scelto venti cittadini che hanno partecipato all'Assemblea plenaria della Conferenza e ai gruppi di lavoro affiancandosi ai rappresentanti delle altre componenti, parlamentari (europei e nazionali), membri dei Governi, della Commissione europea, del Parlamento europeo, nonché rappresentanti del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale europeo, delle autorità regionali e locali, delle parti sociali e della società civile.

Le riunioni plenarie della Conferenza sono state presiedute dai tre copresidenti del comitato esecutivo (Guy Verhofstadt, membro del Parlamento europeo, Dubravka Šuica, vicepresidente della Commissione, e Clément Beaune, sottosegretario di Stato francese agli Affari europei, per la presidenza francese del Consiglio assunta a partire da gennaio) e si sono tenute presso il Parlamento europeo a Strasburgo.

In questo esercizio i cittadini hanno dunque rappresentato la componente più attiva con un ruolo più marcato. Pur non essendo maggioritari nella composizione della plenaria e dei gruppi di lavoro, in fondo sono le loro raccomandazioni ad essere i testi su cui sono sviluppate tutte le discussioni.

¹² *Panel 1 Economia più forte, giustizia sociale, posti di lavoro, educazione, cultura, sport, trasformazione digitale, Panel 2 Democrazia europea / Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza, Panel 3 Cambiamento climatico e ambiente / Salute, Panel 4 L'UE nel mondo, migrazione.*

¹³ La prima sessione ha avuto luogo a Strasburgo, presso il Parlamento europeo, mentre la seconda sessione si è tenuta online. La terza sessione si è tenuta in quattro diversi Stati membri: il *Panel 1* a Dublino, presso l'Istituto per gli Affari internazionali ed europei e il castello di Dublino; il *Panel 2* a Firenze, presso l'Istituto universitario europeo; il *Panel 3* a Natolin, presso il Collegio d'Europa e il Palazzo della Cultura e della Scienza a Varsavia; e il *Panel 4* a Maastricht, organizzato da Studio Europa Maastricht, in collaborazione con l'Università di Maastricht e l'Istituto europeo di amministrazione pubblica (EIPA) presso il Centro di esposizioni e conferenze di Maastricht (MECC).

Da subito è emersa una dialettica tra i cittadini e i parlamentari, questi si sono visti operare a valle del lavoro dei cittadini, sulle loro iniziative. Dialettica più marcata con i parlamentari nazionali, meno visibile invece con i parlamentari europei (ha aiutato certo il fatto forse che i parlamentari europei sono più abituati a operare sulla base di iniziative della Commissione, costruite a valle di processi di consultazione).

E tuttavia la critica più radicale, emersa all'interno dei lavori della conferenza l'ha esposta, nel gruppo di lavoro migrazione prima e poi in plenaria, proprio un Parlamentare europeo, l'on. Beck (esponente di *Alternative für Deutschland*), che ha messo in dubbio la regolarità del processo di selezione dei cittadini, nonché la loro reale rappresentatività (emersa secondo Beck anche dal fatto che le raccomandazioni prodotte dai *panel* dei cittadini selezionati non rispecchiavano quanto manifestato dai cittadini europei nella piattaforma digitale multilingue).

La questione centrale posta da Beck resta un nodo centrale: come e chi sceglie un campione rappresentativo delle società nazionali e ancor più europee. La dichiarazione interistituzionale, che rappresenta l'atto fondativo della Conferenza aveva fissato dei criteri («i *panel* dovrebbero essere rappresentativi in termini di origine geografica, genere, età, contesto socioeconomico e/o livello di istruzione dei partecipanti»). La Commissione europea ha affidato questa la selezione dei cittadini a una società privata¹⁴.

Ora, il ricorso a strumenti di democrazia partecipativa è sempre più frequente nei processi decisionali pubblici¹⁵; anche come strumento di integrazione della democrazia rappresentativa. Se questo deve divenire uno strumento stabile a livello europeo per alimentare il dibattito pubblico sarà forse necessario in futuro dare una risposta compiuta alla questione.

Una soluzione potrebbe essere quella di affidare questa funzione di selezione, di costruzione di campioni realmente rappresentativi, agli enti (pubblici) nazionali di statistica che già oggi operano a livello europeo nella rete Eurostat.

¹⁴ Lo stesso si è fatto, ad esempio, anche per costruire il panel nazionale in Italia dove si è ricorsi alla SWG (una società specializzata nei sondaggi).

¹⁵ Cfr. l'editoriale apparso sul *Le Monde* del 5 aprile 2022, p. 34, *Les espoirs déçus de la démocratie participative*.

4. La conclusione dei lavori.

Tutti i gruppi di lavoro si sono riuniti per definire i testi il 7 e l'8 aprile¹⁶. Mentre nella sessione precedente la parte prevalente del tempo era stata assegnata ai nove gruppi di lavoro, le cui riunioni avevano occupato una intera giornata (la plenaria essendo solo un primo scambio); questa volta due giorni sono stati dedicati alla plenaria; ove, per ciascun tema, si sono sviluppati dibattiti di circa due ore. I gruppi si sono riuniti solo a margine della plenaria, preceduti da riunioni delle componenti. Quella dei parlamenti nazionali (organizzata in mini dibattiti sui lavori di ciascun gruppo) ha riproposto un'articolazione che seguiva essenzialmente i *cleavage* nazionali (gli stessi del Consiglio), seppur con accentuazioni diverse. Ad esempio, le voci più critiche rispetto a possibili avanzamenti e riforme, si sono fatte sentire nelle riunioni e negli interventi in plenaria da parte proprio dei parlamentari; esponenti di opposizione (ad esempio Beck), ma anche di maggioranza rispetto al governo nazionale.

Si è costruita invece una dialettica positiva tra cittadini e i membri della Conferenza più orientati a un rafforzamento del ruolo e delle istituzioni dell'Unione. Lo si è visto da subito nel primo dibattito, relativo alle proposte del gruppo sulla salute dove i cittadini hanno con nettezza ribadito la proposta elaborata dal gruppo di fare della salute una competenza concorrente: una richiesta accolta da gran parte dei parlamentari europei. La reazione dei componenti del Consiglio è stata fredda (a nome del Consiglio il rappresentante rumeno ha sostenuto che molto si può fare usando il quadro istituzionale esistente). Con ancor più vigore questa posizione è stata sostenuta dal Commissario Sefcovich che aveva presieduto i lavori del gruppo. Sefcovich ha sostenuto che per un'Unione della salute efficace molto si può fare “*without changing the division of competences between the EU and its Member States*”. Una posizione questa in linea con l'orientamento generale della Commissione, ma che per certi versi ha stupito ancor di più venendo espressa da quello che è il Presidente del gruppo di lavoro che ha finito così per criticare in plenaria quella che era invece una delle proposte più chiare e semplici del gruppo da lui presieduto: includere la salute tra le

¹⁶ Sui lavori di questa cruciale sessione della Conferenza si veda il già citato dossier europeo n. 173/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa/4* – aprile 2022, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati.

competenze condivise dell'Unione, modificando dunque i Trattati (a partire dall'art. 4 TFUE).

Queste divisioni si ritrovano con anche maggiore evidenza nel dibattito sulle proposte del gruppo di lavoro sulla democrazia europea. I rappresentanti dei governi sono intervenuti in gran numero, per lo più esponendo posizioni prudenti, o comunque scettiche sulle possibilità di modificare i trattati (secondo il rappresentante del governo irlandese addirittura fuori del perimetro delle proposte possibili elaborabili dalla CoFUE).

Un tema molto dibattuto – soprattutto a causa del conflitto russo ucraino – è stato quello del superamento della regola dell'unanimità in politica estera. Qui le divisioni hanno attraversato tutte le componenti. Il rappresentante del governo greco, ad esempio, ha osservato: “sarebbero state così efficaci le sanzioni contro la Russia se fossero state adottate a maggioranza?”. I parlamentari tedeschi europei e nazionali e i cittadini hanno invece ribadito la necessità di superare l'unanimità. Alcuni parlamentari nazionali e rappresentanti del governo olandesi hanno chiarito di non potersi pronunciare senza un mandato parlamentare sul tema.

Molto interessante è stato l'intervento del rappresentante del governo slovacco, secondo il quale la soluzione della riforma dei trattati è solo “una delle soluzioni possibili”, ma certo non è possibile andare avanti con un sistema che permette a un solo paese di bloccare ogni possibilità di prendere decisioni; considerazioni riprese da molti parlamentari anche da un lettone e da un ceco.

Simili divisioni ci sono state sulle altre proposte di revisione dei meccanismi istituzionali. La Vicepresidente della Commissione Suica nel suo intervento ha mostrato cautela se non addirittura una velata contrarietà alle ipotesi di modifica dei trattati (sulla possibile attribuzione al Parlamento europeo di un generale diritto di iniziativa – che è sembrato invece essere largamente condiviso o comunque non contestato dalle altre componenti della Conferenza –, attribuzione di maggiore potere fiscale e di bilancio al Parlamento europeo, la trasformazione del Consiglio in una vera Camera legislativa, la stessa revisione del sistema di controllo di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà). Una perplessità generale ha poi esposto sulla proposta di istituire referendum a livello europeo, proposta che richiederebbe non solo una modifica dei Trattati, ma anche cambiamenti delle Costituzioni di alcuni Stati membri. Similmente ha criticato l'ipotesi di riaprire il dibattito su una possibile Costituzione per l'Europa. Questa linea di prudenza la Commissione l'ha espressa in tutti gli altri dibattiti della plenaria. A esempio con riferimento ai lavori del

gruppo sull'economia, la Commissione ha criticato tutte le ipotesi volte a trasferire a livello dell'Unione competenze e funzioni in materia sociali (livelli pensionistici e salariali minimi) nonché a costruire nuove istituzioni europee in questi settori sensibili. Ha anche criticato l'idea di costruire un organo europeo che si occupi dei *trend* demografici; questa come altre materie devono vedere, secondo la Commissione, l'UE svolgere solo una funzione di supporto e di coordinamento. Ad esempio, la Commissione ha poi proposto di rafforzare EURES e non creare un centro europeo per l'impiego. Stesse considerazioni la Commissione ha fatto con riferimento alle proposte relative all'ambiente, all'energia, all'educazione, sempre con l'obiettivo di non mutare la distribuzione delle competenze.

5. Conclusioni.

L'Assemblea plenaria della Conferenza sul futuro dell'Europa ha concluso i suoi lavori con la riunione del 29 e 30 aprile 2022, in occasione della quale ha espresso il consenso sul complesso delle proposte (49 proposte, articolate in 326 misure), elaborate dai gruppi di lavoro sulla base delle raccomandazioni dei *panel* dei cittadini europei, dei contributi dei *panel* e degli eventi nazionali nonché dei contributi presentati dai singoli cittadini sulla piattaforma digitale multilingue.

La riunione si è incentrata sulla presentazione delle *proposte consolidate* da parte dei presidenti dei nove gruppi di lavoro¹⁷.

Dietro questo consenso, restano molte delle divisioni che erano emerse nelle riunioni precedenti, dei gruppi di lavoro e delle componenti. Ad esempio espressamente alcuni parlamentari di paesi dell'est del Nord Europa (a partire dal rappresentante del Sejm) hanno contestato che si fosse raggiunto un consenso in seno alla componente rappresentativa dei Parlamenti nazionali, in particolare con riguardo alle proposte relative alle riforme dell'assetto istituzionale dell'Unione. L'ambiguità della posizione di alcuni Governi poi è emersa anche plasticamente dalla presentazione nella plenaria di fine aprile dei risultati del gruppo di lavoro sull'unione europea nel mondo. Presentazione svolta non dal Ministro svedese ma da un funzionario seppure di alto rango; una presentazione volta a dimostrare che l'unione ha risposto con efficacia alle minacce provenienti dal conflitto in Ucraina,

¹⁷ Su questa sessione dei lavori si veda il dossier n. 175/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa/5 – maggio 2022*, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati.

sottintendendo la non necessità di incisivi cambiamenti nell'assetto delle competenze e delle funzioni dell'Unione in materia. A questa presentazione è seguito un *controcanto* del portavoce dei cittadini che ha invece difeso con nettezza le proposte più ambiziose volte a perseguire l'autonomia strategica dell'Unione (a partire dalle tensioni del ricorso del voto a maggioranza). Nella stessa riunione di fine aprile della Plenaria della conferenza è emerso invece, per quanto riguarda il gruppo di lavoro sulla migrazione, un pieno consenso di tutte le componenti e sul testo consolidato delle proposte. Un consenso dichiarato in plenaria non solo dai rappresentanti dei cittadini, ma anche con estrema chiarezza dal rappresentante che ha parlato a nome del Consiglio dell'Unione (il lituano Arnold Abramavicius). Tutte queste ambiguità e divisioni sono emerse anche nell'evento conclusivo del 9 maggio¹⁸.

Se da un lato la presidenza francese ha auspicato l'apertura di una stagione di revisione istituzionale (aderendo all'idea del parlamento europeo di convocare una convenzione per riformare i trattati), negli stessi giorni i rappresentanti di 13 Governi¹⁹ presentavano un *non paper* nel quale si evidenziava che la revisione dei Trattati è prematura e non è mai stato uno scopo dei lavori della conferenza²⁰.

In conclusione, l'ambiguità e la complessità delle regole di funzionamento della Conferenza, il forse troppo ampio spettro di questioni e materie su cui ha lavorato, le modalità stesse di selezione della rappresentanza dei cittadini (che ha costituito però di gran lunga la componente più attiva e propositiva), una certa autoreferenzialità della delegazione del parlamento europeo (che pure è stata quella capace di dare un contributo strutturato e politicamente significativo ai lavori della Conferenza, ma troppo legato alle esigenze di quella istituzione), la estrema prudenza della rappresentanza della Commissione che ha interpretato la Conferenza più come un foro di confronto sulle priorità politiche legislative della Commissione stessa, piuttosto che come un momento di avanzamento politico e istituzionale nel processo di integrazione (un ruolo inverso a quello svolto dalla Commissione Prodi in occasione della Convenzione europea che propose una revisione

¹⁸ Sulla sessione conclusiva dei lavori si veda il dossier n. 178/DE *I lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa/6 – Conclusione e proposte*, Maggio 2022, a cura del Servizio Studi del Senato e dell'Ufficio rapporti con l'Ue della Camera dei deputati.

¹⁹ Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Malta, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia e Svezia.

²⁰ Sulle conclusioni della Conferenza e il confronto tra le istituzioni dell'UE che ne è seguito v. B. Guastaferrò, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa al confronto istituzionale sulla revisione dei trattati*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2022, p. 924 ss.

organica e ambiziosa dei testi dei Trattati²¹, così ambiziosa da esser per certi versi ritenuta provocatoria e dunque poi pretermessa²²), le divisioni tra i Governi. Son tutte ragioni che hanno contribuito a *perdere* una occasione che (al di là degli stessi intenti di chi aveva promosso la Conferenza) ha visto proprio nei mesi cruciali dell'invasione dell'Ucraina, trovare nelle riunioni di Strasburgo della plenaria della Conferenza un'arena naturalmente rappresentativa di una opinione pubblica realmente europea²³. L'arena c'era, il *demos* europeo è balenato, ma non ha saputo produrre un esito chiaro (ad esempio focalizzato solo sulla necessità pure evocata di fare della sicurezza, della difesa e della salute, puri beni pubblici europei, vere e compiute politiche comuni) per la complessità strutturale degli equilibri istituzionali dell'Unione che hanno segnato i lavori della Conferenza e sostanzialmente imbrigliato il seguito. Anche l'attore che si è mostrato più determinato (il Presidente francese Macron, nella sua qualità di Presidente in quel momento del Consiglio dell'UE), il giorno della conclusione dei lavori, forte della sua recentissima rielezione, ha provato a buttare il cuore oltre l'ostacolo, proponendo la convocazione di una Convenzione ma ha dovuto frenarsi nei giorni successivi, diminuito lui stesso nella sua capacità propositiva sulla scena europea per l'esito delle elezioni dell'Assemblea nazionale²⁴. Molte

²¹ Si tratta del c.d. progetto *Penelope*, elaborato da un gruppo di esperti, su iniziativa del Presidente della Commissione europea Romano Prodi, presentato nel dicembre del 2002. V. G. Tognon (a cura di), *La tela di Prodi, Una Costituzione per l'Europa*, Milano, 2003.

²² Cfr. P. Norman, *An accidental constitution*, cit. p. 168 e ss. ricorda come l'apparizione di questo documento "damaged the Commission's standing inside and outside the Convention".

²³ G. Romeo, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., p. 704, nell'osservare giustamente che "la Conferenza non è né può essere per assenza di mandato, il momento costituente europeo" rileva tuttavia che può essere invece "uno strumento utile a conoscere la società europea [...] e non può essere escluso che racconti qualcosa sul *demos* europeo".

²⁴ Nell'evento conclusivo della Conferenza che, come si è detto, si è svolto il 9 maggio 2022, i copresidenti del Comitato esecutivo hanno consegnato la relazione finale ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, istituzioni cui spetta decidere le modalità con le quali assicurare un seguito efficace ai lavori della Conferenza, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e conformemente ai trattati. Il 9 giugno il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati ai sensi dell'art. 48 TUE. Il 17 giugno 2022 la Commissione europea ha a sua volta presentato una comunicazione nella quale ha indicato il seguito da dare alle proposte e alle misure approvate, che ha suddiviso in quattro categorie: 1) iniziative in vigore e che già rispondono alle proposte della Cofe; 2) iniziative le cui proposte sono state già presentate e che i legislatori dell'Unione europea, Parlamento europeo e Consiglio, sono chiamati a esaminare e adottare; 3) iniziative e proposte non ancora presentate, ma già previste dalla Commissione europea che potrà tener conto, nella sua formulazione, delle nuove riflessioni scaturite dalla Conferenza; 4) iniziative o settori di intervento parzialmente o del tutto nuovi, ispirati alle proposte e che rientrano nelle competenze della Commissione iniziative già in atto. Il Consiglio ha discusso dei seguiti da dare alla Conferenza in varie occasioni. Non ha tuttavia (alla data di chiusura di questo lavoro, novembre 2022) ancora trasmesso al Consiglio europeo, a norma dell'art. 48, par. 2, TUE, le proposte di revisione dei Trattati formulate nella risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022. Il Consiglio affari generali del 18 ottobre 2022 in particolare ha discusso delle proposte di modifica dei trattati ricevute dal Parlamento europeo e ha concordato – al fine di evitare la duplicazione di processi – di attendere che il Parlamento europeo completi l'iter di esame dell'ulteriore risoluzione sulle ulteriori proposte di revisione dei Trattati. Tuttavia, in una lettera inviata dall'on. Guy Verhofstadt al Ministro degli

delle questioni emerse nel corso dei lavori della Conferenza sono più che mai al centro del dibattito pubblico europeo, ma potranno essere sviluppate solo se si seguirà la via di intraprendere iniziative politiche e istituzionali più strutturate²⁵.

Abstract: L'analisi delle vicende che hanno segnato i gruppi di lavoro e l'attività delle diverse componenti della Conferenza sul futuro dell'Europa, propone una visione articolata di questo esercizio che dà ragione dell'esito insoddisfacente, rispetto all'occasione storica presentata dal frangente in cui si sono svolti i lavori. L'invasione dell'Ucraina ha infatti prodotto una solidarietà forte e coesa tra i paesi europei che si è riflessa nei lavori della Conferenza. Ciononostante le difficoltà dell'Unione, dei suoi complessi equilibri istituzionali, hanno reso difficile utilizzare questa occasione per fare un salto di qualità nel processo di integrazione.

Abstract: The unsatisfactory outcome of the Conference on the future of Europe, if compared to the historic occasion presented by the Conference itself, is traced to an articulated vision of this exercise, based on the analysis of the events that marked CoFE working groups and the activity of its various components. Indeed, the strong and cohesive solidarity that European countries shared after the invasion of Ukraine permeated the work of the Conference. Nonetheless, the challenges of the Union and of its complex institutional balances made it difficult to use this opportunity to make a qualitative leap in the integration process.

Parole chiave: Conferenza sul futuro dell'Europa – Istituzioni UE – Democrazia partecipativa – Revisioni istituzionali – Distribuzione delle competenze.

Key words: Conference on the future of Europe – EU institutions – Participative democracy – Institutional reform – Allocation of competences.

Affari europei della Repubblica ceca il 17 ottobre 2022, e quindi prima del Consiglio Affari generali, viene precisato che, ai sensi dell'art. 48 TUE il Consiglio è tenuto a presentare al Consiglio europeo le proposte di modifica dei Trattati presentate dal Parlamento europeo e che, in questa fase, non è prevista una seconda proposta da parte del Parlamento europeo.

²⁵ Su questo vedi da ultimo E. Moavero Milanesi, *Le prospettive dell'Unione Europea: i profili chiave e i nodi da sciogliere*, p. 15 ss. in *Atti della diciottesima "Lezione Mario Arcelli"*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2022.

DALLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA ALLA CONVENZIONE *.

SFIDE E PROSPETTIVE PER UNA NUOVA UE.

di Nicola Verola** e Filippo Ghersini***

Sommario. Sommario. 1. La Conferenza sul Futuro dell'Europa (CoFE): teoria e pratica. – 2. La Conferenza: le tappe principali. – 3. Dopo la Conferenza: quali seguiti e quali obiettivi? – 4. La Convenzione: un predecessore della Conferenza? – 5. Similitudini e differenze: procedure (...). – 6. (...) e *governance*. – 7. Conclusioni.

XXXII

1. La Conferenza sul Futuro dell'Europa (CoFE): teoria e pratica.

La Conferenza sul Futuro dell'Europa¹ ha avuto un avvio laborioso e un andamento non sempre lineare. In parte, il fenomeno si spiega con fattori congiunturali. L'emergenza del COVID-19, in particolare, ha determinato uno slittamento dell'inizio dei lavori, dalla primavera del 2020 al maggio 2021. La lunghezza e laboriosità della fase di rodaggio della Conferenza si spiegano, però, anche con la difficoltà di raggiungere un'intesa sui contorni dell'esercizio.

Proponendo il lancio della Conferenza, il Parlamento Europeo aveva in mente il modello di quella Convenzione Europea che aveva, tra il 2002 e il 2003, elaborato il Trattato Costituzionale. L'idea di avviare un esercizio *semi-costituente*, non destava tuttavia particolari entusiasmi in molti Stati membri (e forse neanche in seno alla Commissione stessa). Da qui la *contro-proposta* di promuovere, piuttosto, una sorta dibattito decentrato. Il risultato è stato il lancio un esercizio *bottom-up* dalla natura ibrida, frutto di un compromesso tra visioni di fondo molto diverse. È per questo che sia nel mandato della

* Sottoposto a referaggio.

** Diplomatico italiano. Direttore Generale per l'Europa e la Politica commerciale internazionale – Ministero degli Esteri e della cooperazione internazionale. Le opinioni e i punti di vista espressi nel presente scritto riflettono soltanto le posizioni degli Autori e non impegnano né rappresentano quelle del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale o comunque del Governo italiano.

*** Diplomatico italiano. Vicario dell'Ufficio affari giuridici e istituzionali dell'UE – Ministero degli Esteri e della Cooperazione internazionale. Le opinioni e i punti di vista espressi nel presente scritto riflettono soltanto le posizioni degli Autori e non impegnano né rappresentano quelle del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale o comunque del Governo italiano.

¹ Nel seguito per brevità anche solo "Conferenza" o "CoFE".

Conferenza che nelle modalità di svolgimento che la hanno caratterizzata si incontrano elementi sia di democrazia rappresentativa che di democrazia partecipativa.

Non sorprende, sotto questo profilo, che si siano moltiplicate le congetture sulla natura profonda di questo esercizio. Molti osservatori si sono esercitati nell'approfondire il parallelismo con altri esperimenti di democrazia partecipativa², laddove altri hanno valorizzato i diversi caratteri rappresentativi, partecipativi, e di prossimità di questo esperimento democratico³. Vi è poi chi ne ha tratto lo spunto per concludere che sono i cittadini, senza la mediazione degli Stati membri o delle istituzioni UE, la fonte ultima di autorità e legittimazione dell'Unione Europea⁴. Altri studiosi hanno prediletto un approccio di carattere istituzionalista, sostenendo che le prospettive della Conferenza sarebbero invece dipese – più che non dagli *input* concretamente forniti dai cittadini – dalla volontà politica e dalla *inventività legale* di chi si sarebbe trovato a governarne gli esiti⁵.

Senza la pretesa di risolvere il dilemma, le prossime pagine cercheranno di far luce sulle dinamiche e sul significato politico-istituzionale della CoFE.

2. La Conferenza: le tappe principali.

Per mettere a fuoco gli aspetti sopra citati, può essere utile un sintetico *excursus* delle tappe principali della Conferenza.

Il 10 marzo 2021, i Presidenti delle tre istituzioni dell'Unione hanno firmato una Dichiarazione Congiunta sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa⁶, ridando impulso alla Conferenza. La cerimonia di apertura, solenne ma fondamentalmente di natura

² V. ad es. L. Eymard, *From the French Citizens' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A participatory science and democracy perspective*, in *Europ. L. Journ.*, Vol. 26, n. 1-2/2020, pp.136-140.

³ A.M. Cecere e B. Guastaferrò, *La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità* in *Istituzioni del Federalismo*, Num. Spec. 1/2022, p. 241 ss.

⁴ In questo senso A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its Democratic Raison-d'Être*, *HEC Discussion Paper*, 16 dicembre 2021.

⁵ F. Fabbrini, *The Conference on the Future of Europe*, in *Europ. L. Journ.*, Vol. 26, n. 5-6/2021, pp. 401-414. In questa conclusione l'autore si è anche basato sulla Dichiarazione Congiunta adottata dalle Istituzioni UE nel marzo 2021 – v. *infra* nota 6.

⁶ David Sassoli per il Parlamento europeo, Ursula von der Leyen per la Commissione, e il Primo Ministro portoghese Antonio Costa in rappresentanza del Consiglio dell'UE. La Dichiarazione è disponibile a questa pagina: <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/conference-on-the-future-of-europe/>.

protocollare, si è poi tenuta il 9 maggio 2021⁷ – sotto la Presidenza di turno portoghese⁸. Hanno da lì avuto inizio i lavori della Conferenza, pensati per articolarsi su due fasi (più una): una prima fase di *ascolto*, caratterizzata da eventi – strutturati nei formati più vari dalle Istituzioni UE, dagli Stati membri, dalle autorità locali, e dalla società civile – con l’obiettivo di raggiungere quanti più cittadini possibile, e dalla possibilità per i cittadini di intervenire direttamente nel dibattito europeo attraverso una Piattaforma Digitale Multilingue; e una seconda fase dedicata alla trasformazione delle idee raccolte in proposte operative. Terminata la Conferenza in quanto tale si è poi aperta una terza fase *ex post*, che è ancora in corso: quella della realizzazione delle proposte emerse dall’esercizio – su questo si tornerà più oltre.

Nella pratica, l’avvio laborioso dell’esercizio (cui si è già accennato) ha avuto come effetto una relativa compressione della prima fase – che pure vi è stata e che ha visto un coinvolgimento anche attivo e sincero dei cittadini – in favore della seconda. La Conferenza ha avuto come unità organizzativa di base i *panel* di cittadini, a livello nazionale ed europeo⁹, selezionati con un criterio di casualità vincolata per rappresentare la diversità sociologica dell’Unione¹⁰, e assicurando un’ampia rappresentanza (un terzo) di giovani sotto i 25 anni¹¹. Si tratta di strumenti tipici della democrazia partecipativa, già sperimentati in Europa a livello nazionale, ma mai su una così larga scala.

Le risultanze del lavoro di tali *panel* sono poi state convogliate sulla già citata Piattaforma, insieme come detto agli *input* dei singoli cittadini. È stata la Piattaforma stessa a suggerire i temi del dibattito, che si sono articolati attorno a 9 *cluster*¹² – ferma restando la possibilità dei cittadini di suggerire temi ulteriori. L’idea di un’agorà virtuale a cui i cittadini europei potessero accedere liberamente per fornire contributi e reperire informazioni era senza

⁷ La Dichiarazione, formalmente intitolata *Engaging with Citizens for Democracy – Building a More Resilient Europe*, è disponibile alla pagina: <https://futureu.europa.eu/it/>.

⁸ Il Portogallo ha avuto la presidenza di turno del Consiglio dell’UE dal 1° gennaio al 30 giugno 2021.

⁹ Mentre i *panel* nazionali erano, appunto, individuati a livello dei singoli Paesi, i *panel* europei erano composti da almeno due cittadini per Stato membro, tenendo in considerazione il principio della *proporzionalità degressiva*, di cui all’Art. 14, par. 2, TEU, applicato per la composizione del Parlamento europeo.

¹⁰ I cittadini sono stati selezionati, attraverso i 27 Stati membri, con l’obiettivo di rappresentare la diversità dei cittadini europei secondo cinque criteri: origine geografica (nazionalità e provenienza urbana o rurale); *background* socio-economico; genere; ed età.

¹¹ Per una testimonianza, e alcune riflessioni, sulle modalità operative dei *panel* dei cittadini un contributo che può risultare interessante è quello di J. Greubel e C. Stratulat, «Una casa para todos»: *Observations from the first European Citizens’ Panel of the Conference on the Future of Europe*, EPC Report; Bruxelles: European Policy Center, 2021.

¹² (1) Cambiamento climatico e ambiente; (2) salute; (3) un’economia più forte, giustizia sociale lavoro; (4) trasformazione digitale; (5) valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza; (6) migrazione; (7) istruzione, cultura, gioventù e sport; (8) UE nel mondo; (9) democrazia europea.

dubbio ambiziosa. Nella pratica, un'analisi dei contributi caricati sulla piattaforma suggerisce uno scenario di luci e ombre: in termini quantitativi, la partecipazione è stata forse inferiore alle aspettative (si sono registrate circa 19.000 proposte da circa 50.000 utenti unici in tutta l'UE)¹³; in termini qualitativi, l'impressione è che la Piattaforma abbia attratto utenti fortemente polarizzati nei confronti del processo di integrazione europea (persone chiaramente *pro-* o *anti-* UE)¹⁴, in questo senso non riflettendo necessariamente il diverso spettro di sensibilità presenti nell'opinione pubblica europea.

Queste risultanze sono state poi dibattute dalla Plenaria, composta da rappresentanti di tutte le componenti della Conferenza: le tre Istituzioni europee, i Parlamenti nazionali, e i cittadini¹⁵. Compito della Plenaria – forse l'organo più rappresentativo della CoFE – è stato quello di fungere da raccordo tra la voce dei cittadini e il Comitato Esecutivo incaricato di stilare il rapporto conclusivo della Conferenza, decidendo (per consenso) quali raccomandazioni sottoporre a tale organo.

Il ruolo assegnato al Comitato Esecutivo è, come si vede, di grande importanza. Si tratta di un organo collegiale composto da rappresentanti delle tre Istituzioni – Parlamento, Consiglio, e Commissione – senza una partecipazione diretta dei cittadini¹⁶.

Ecco che nella nostra prospettiva il passaggio alla Plenaria marca il *rientro* della Conferenza nell'alveo della tradizionale democrazia rappresentativa, mentre il passaggio dalla Plenaria al Comitato Esecutivo segna una *normalizzazione* delle proposte della CoFE attraverso i meccanismi tradizionali del negoziato interistituzionale europeo¹⁷. È altresì evidente la rilevanza dei meccanismi prescelti per il processo di sussunzione delle raccomandazioni dei cittadini attraverso questi successivi *setacci*: dalle visioni dei cittadini alle raccomandazioni dei *panel*; dalle raccomandazioni dei *panel* alla Plenaria; e dalla Plenaria al documento finale predisposto dal Comitato Esecutivo.

¹³ Su una popolazione di circa 445 milioni di abitanti.

¹⁴ In questo senso anche N. von Ondarza e M. Alander, *After the Conference on the Future of Europe: Time to Make Reforms Happen*, SWP Comment Paper n. 49, Agosto 2022, p. 3.

¹⁵ Di seguito composizione della Plenaria: 108 parlamentari nazionali (4 per ogni Stato membro), 54 rappresentanti dei governi; 108 membri del Parlamento Europeo; 108 cittadini (80 rappresentanti dei Panel, un rappresentante per Stato membro per gli eventi nazionali; 8 rappresentanti della società civile); rappresentanti del Comitato delle Regioni, del Comitato Economico e Sociale, delle parti sociali e della società civile per un totale di 376 membri.

¹⁶ Più in particolare, la composizione di tale organo è di tre rappresentanti e quattro osservatori per ciascuna Istituzione (Parlamento, Consiglio e Commissione), cui partecipano come osservatori la presidenza della COSAC (la Conferenza delle Commissioni Affari Europei dei Parlamenti nazionali), e, su invito, altri organismi e agenzie europee. La Presidenza collegiale dell'*Executive board* è esercitata dai Presidenti delle tre Istituzioni.

¹⁷ N. Verola, *Il punto d'incontro*. Roma, 2021.

Nella pratica, questi passaggi sono stati condotti in maniera piuttosto empirica, in assenza di procedure determinate chiaramente *ex ante*: il solo aspetto chiarito dall'inizio è stato che la Plenaria dovesse adottare le proprie raccomandazioni *per consenso*. Ed effettivamente, come previsto da alcuni, il Comitato Esecutivo ha avuto un ruolo importante e una significativa libertà d'azione nel trasformare il *mare magnum* di raccomandazioni formulate dai cittadini nelle vere e proprie proposte che hanno poi costituito il prodotto finale della CoFE. Un tale ruolo è stato forse amplificato dalla relativa concitazione delle fasi finali della Conferenza, dovuto anche alla compressione in un solo anno di un esercizio ambizioso inizialmente previsto per durare più di due anni¹⁸.

La Conferenza è appunto poi culminata in una cerimonia di chiusura, tenutasi il 9 maggio 2022, nella fase finale della Presidenza di turno francese¹⁹. In tale occasione, i tre Presidenti hanno ricevuto un rapporto finale contenente 49 proposte, divise nei nove temi (o *cluster*)²⁰ e articolate in 326 misure individuali²¹.

3. Dopo la Conferenza: quali seguiti e quali obiettivi?

Una volta conclusi i lavori della Conferenza vera e propria, la palla è passata nel campo delle Istituzioni europee, chiamate a tradurre in pratica le raccomandazioni della Conferenza – come è stato sottolineato da più parti, una promessa esplicita dell'Unione nei confronti dei suoi cittadini²².

In effetti, già durante gli ultimi mesi della Conferenza l'interrogativo comune dei vari *stakeholder* – i partecipanti, ma anche le Istituzioni europee e gli Stati membri – era stato proprio che cosa fare di tali raccomandazioni.

Per rispondere a questo interrogativo, la Commissione ha effettuato un'analisi dettagliata

¹⁸ Il piano iniziale era che la Conferenza cominciasse nel marzo del 2020 (Presidenza tedesca del Consiglio UE) per concludersi nel primo semestre del 2022 (Presidenza francese).

¹⁹ Vale la pena ricordare che le elezioni presidenziali francesi si sono tenute proprio a fine aprile (10 e 24) 2022, appena prima della conclusione della Conferenza.

²⁰ V. nota 11 *supra*.

²¹ Il rapporto finale è reperibile a questa pagina: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/conference-future-europe_en#documents.

²² Aspetto, quello della *promessa*, già contenuto nella Dichiarazione Congiunta di marzo 2021 (v. nota 5 *supra*) e confermato anche dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nelle sue dichiarazioni a margine dell'evento conclusivo.

delle proposte²³, al fine di identificare i passi necessari a dar loro seguito²⁴. L'esercizio l'ha portata a concludere che la maggior parte delle proposte della CoFE potesse essere attuata senza modificare il diritto primario della UE o comunque utilizzando il potenziale evolutivo dei Trattati vigenti²⁵, ad esempio con l'attivazione delle c.d. clausola *passerella*²⁶. L'analisi è stata solo in parte recepita dal Parlamento Europeo, che ha ritenuto invece che, per dare pieno seguito alla CoFE, occorresse mettere mano ai Trattati. Da qui l'adozione di due risoluzioni con cui l'istituzione di Strasburgo ha chiesto al Consiglio di convocare una Convenzione europea, lo strumento previsto dai Trattati vigenti per promuovere una revisione approfondita del diritto primario dell'Unione²⁷.

A questo atteggiamento dichiaratamente ambizioso del Parlamento si è contrapposto l'atteggiamento prudente del Consiglio. Rimangono infatti diverse sensibilità tra gli Stati membri: se una buona parte di essi si è detta favorevole a prendere in considerazione la possibilità di introdurre modifiche ai Trattati, solo una minoranza si è detta disposta a sostenere la richiesta del Parlamento di convocare una Convenzione²⁸.

A livello di seguiti consiliari, il Consiglio europeo del 23-24 giugno 2022 si è limitato a

²³ Comunicazione sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa, reperibile a questa pagina: <https://commission.europa.eu/select-language?destination=/media/27775>

²⁴ Più nel dettaglio, la Commissione ha definito quattro categorie di proposte corrispondenti ad altrettante categorie di possibili risposte: (i) iniziative già messe in atto che rispondono direttamente alle proposte; (ii) iniziative presentate dalla Commissione che il PE e il Consiglio sono chiamati ad adottare; (iii) settori in cui la Commissione ha già in programma di presentare proposte, in considerazione delle raccomandazioni della Conferenza; e (iv) nuove iniziative e aree di intervento ispirate dalle proposte della CoFE che rientrano nelle competenze della Commissione, tra cui alcune che richiedono esplicitamente la revisione dei Trattati.

²⁵ Per una riflessione su questo dato si veda A. M. Cecere e B. Guastafarro, *La Conferenza sul futuro dell'Europa*, cit., p. 255.

²⁶ Come noto, le clausole *passerella* permettono di modificare una procedura legislativa evitando il procedimento formale di modifica dei Trattati – ed evitando quindi il processo di ratifica. Il riferimento è *inter alia* all'art. 48(7) TUE.

²⁷ La risoluzione, del 9 giugno 2022, è reperibile a questa pagina: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220603IPR32122/parliament-activates-process-to-change-eu-treaties>.

²⁸ In effetti, la conclusione della fase *costruttiva* della Conferenza ha causato prese di posizioni non convergenti tra gli Stati membri, che si sono riflesse nell'approvazione di due *position papers* di opposto tenore. Da un lato, gli Stati membri più tiepidi sui seguiti da dare alla CoFE che, su iniziativa di Danimarca e Svezia, hanno sottoscritto un *position paper* di impronta più conservativa – che ha raccolto le adesioni di altri 11 Stati membri (Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Slovacchia, Slovenia, Croazia, Polonia, e Romania). Sul fronte opposto, la Germania si è fatta promotrice, con i Paesi ritenuti più *like-minded* (Belgio, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, e Spagna) di un altro *position paper*, in cui è stata sostenuta: (i) l'importanza di prendere seriamente in considerazione ed attuare le proposte emerse dalla Conferenza; (ii) l'opportunità di differenziare quelle che possono essere messe in pratica a Trattati costanti (da processare attraverso i meccanismi previsti dall'Accordo inter-istituzionale del 2016 *Legiferare meglio*) da quelle che, invece, richiedono modifiche ai Trattati (in quanto vanno a toccare l'attuale ripartizione di competenze tra UE e Stati membri, ovvero richiedono modifiche alla struttura istituzionale dell'UE); e (iii) la necessità di continuare il dialogo con i cittadini, secondo modalità da definire, anche dando loro chiare indicazioni sui seguiti dati alle loro proposte.

prendere atto (*take note*) delle 49 proposte nelle proprie Conclusioni²⁹, affermando contestualmente che le Istituzioni europee devono garantire un seguito efficace, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e in conformità con i Trattati³⁰.

In realtà, questa contrapposizione tra Istituzioni – Convenzione sì / Convenzione no – rischia di essere un diversivo, che distoglie l'attenzione dalla questione principale: se sia utile o meno, nell'attuale congiuntura storica, mettere mano ai Trattati per migliorare il funzionamento dell'impianto istituzionale e delle politiche della UE.

Il rischio è infatti che l'idea di convocare una Convenzione, per quanto generosa, ponga l'asticella del cambiamento troppo in alto, potenzialmente vanificando la possibilità di cambiamenti importanti ma che non richiedono la modifica dei Trattati, o che richiedono modifiche che possono essere attuate tramite procedure semplificate – come appunto nel caso di molte delle Raccomandazioni emerse dalla CoFE³¹.

L'importanza di questo nodo è anche politica: identificare percorsi chiari per dare applicazione alle raccomandazioni fornite dai cittadini nell'ambito della CoFE è stato anche – e in modo diverso continua a essere – il modo per le Istituzioni europee (ma anche nazionali) di mantenere la promessa fatta ai cittadini con la Conferenza. È questa la promessa di un ruolo attivo non solo nel definire alcune specifiche *policy*, ma nel contribuire a disegnare l'Unione Europea del futuro: in gioco è quel delicato legame di fiducia che unisce cittadini e istituzioni.

In questo senso, diversi ordini di fattori suggeriscono che lo strumento di una Convenzione possa non essere necessariamente il più efficace, o più diretto, per mantenere questa promessa fatta ai cittadini. Uno di questi fattori è il tempo: l'attuale legislatura europea terminerà nel 2024, quando si terranno le prossime elezioni europee. Da un lato è decisamente ottimista aspettarsi risultati concreti nel giro del prossimo anno; dall'altro, rimarrà da vedere in che misura il prossimo Parlamento (e la prossima Commissione) manterranno l'impegno di portare avanti il progetto di Convenzione.

È per questi motivi che l'impressione è che sia non solo ragionevole ma opportuno

²⁹ Il dibattito durante il Consiglio Affari Generali (CAG) del 21 giugno 2022 era già stato dominato dal tema della revisione dei Trattati: in tale occasione, la maggior parte dei Ministri aveva suggerito di dare priorità alle proposte emerse dalla CoFE realizzabili a Trattati vigenti, al fine di cogliere rapidamente risultati immediati.

³⁰ A seguito di tale Consiglio, il CAG informale tenutosi a Praga il 15 luglio 2022 è stato occasione per ribadire come tutti i meccanismi esistenti e le possibilità offerte dai Trattati in vigore dovrebbero essere sfruttati nello sforzo di rendere l'UE più efficace.

³¹ Cfr. *supra*, p. 9. Per un approfondimento sul rapporto tra Conferenza e revisione dei Trattati v. B. Guastaferrò, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa al confronto istituzionale sulla revisione dei trattati*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2022, p. 923 ss.

perseguire strade alternative per dare attuazione delle raccomandazioni della CoFE – e questo tanto più in un momento nel quale il contesto interno e globale pone sfide sempre nuove davanti all’Europa.

La Presidenza di turno svedese³², in questo senso, ha rilanciato il tema proponendo una *way forward* che ricomprende sia le cc.dd. *misure autonome* che quelle attuabili tramite clausole *passerella*, basata su due principi³³: da un lato, incardinare l’analisi sulle possibili proposte di misure autonome nei Gruppi di lavoro volta per volta competenti; dall’altro, avviare d’intesa con il Segretariato Generale del Consiglio un’analisi su possibili meccanismi di salvaguardia per la tutela degli interessi percepiti come vitali da quegli Stati membri che hanno espresso le maggiori resistenze in merito alla clausola *passerella* per il passaggio al voto a maggioranza qualificata in ambito PESC.

4. La Convenzione: un predecessore della Conferenza?

La CoFE è solo il più recente di diversi progetti lanciati con l’ambizione di riformare l’Unione Europea. Vi è un precedente storico più risalente, la Conferenza di Messina del 1955, e uno più recente e più articolato – e forse più simile: la Convenzione europea sul futuro dell’Europa³⁴.

Particolarmente rilevante ai fini della presente analisi può essere proprio l’esperienza della Convenzione che, istituita con la Dichiarazione di Laeken del 2001³⁵, si riunì tra il febbraio del 2002 e la prima metà del 2003 sotto la guida di Valéry Giscard d’Estaing, Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene. Da questo esperimento emerse il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, presentato a Roma nel luglio 2003.

Il risultato dei lavori della Convenzione (*Trattato che adotta una Costituzione*)³⁶ si collocava nel punto di intersezione – o di transizione – tra le due nature dell’Unione Europea: un organismo di fonte pattizia (basato su un Trattato) che aspira a dotarsi di regole

³² La Svezia ha la presidenza di turno del Consiglio nel primo semestre (gennaio-giugno) del 2023, succedendo in tale veste alla Repubblica Ceca.

³³ Come comunicato dalla Presidenza stessa durante l’incontro del Gruppo Affari Generali: Bruxelles, 27 gennaio 2023.

³⁴ Per un raffronto *ex ante* tra questi tre momenti v. F. Fabbrini, *The Conference on the Future of Europe: a New Model to Reform the EU?*, in *Brexit Institute Working Paper*, n. 12/2019.

³⁵ La Dichiarazione, adottata durante il Consiglio europeo tenutosi al palazzo reale di Laeken (Belgio) il 14-15 dicembre 2001, è reperibile a questa pagina: <https://www.consilium.europa.eu/media/20950/68827.pdf>

³⁶ Corsivi di chi scrive.

di funzionamento di natura pienamente *costituzionale*.

In questo senso, come è stato osservato, metodi e regole dell'esperienza della Convenzione sono stati per molti versi unici – diversi da quelli di una Conferenza Intergovernativa (CIG), ma anche da quelli di una vera *Assemblea Costituente*³⁷.

Obiettivo di questo scritto non è però quello di richiamare i noti seguiti della Convenzione, quanto di raffrontare tra i caratteri e le procedure di quest'ultima e quelle della recente Conferenza sul Futuro dell'Europa, sulla base dell'esperienza pratica tratta dai due esercizi. Questo è ciò che cercheremo di fare nei paragrafi successivi, focalizzandosi su alcuni specifici aspetti delle due esperienze.

5. Similitudini e differenze: procedure (...).

Sia la Conferenza che la Convenzione nascono come esercizi di carattere *semi costituente*. Nascono, in altri termini, dalla percezione di un bisogno di rinnovamento, di adeguamento ai tempi, di quella struttura in ultima analisi di origine pattizia che è l'Unione Europea, e dall'intenzione di mettere sul tavolo i temi dell'approfondimento dell'integrazione europea e della modifica dei Trattati. Ed è proprio il modello della Convenzione che il Parlamento europeo aveva in mente nel lanciare la CoFE. Una tale prospettiva non era però apparsa particolarmente allettante a molti Stati membri – e per certi versi alla Commissione stessa – disposti a concedere al massimo una qualche forma di dibattito decentrato.

Anche a causa di questa diversità di vedute, la CoFE ha – come già visto – finito per prendere una forma ibrida, già evidente dal disegno istituzionale di partenza³⁸. A differenza della Convenzione, infatti, la Conferenza non ha avuto una dinamica *espansiva* endogena. Anzitutto, la forma ma anche la narrativa istituzionale della Conferenza non le hanno dato quel ruolo di *vivaio di padri costituenti* che era stato un tratto così determinante della Convenzione – si pensi al ruolo giocato da Valéry Giscard d'Estaing e da Giuliano Amato, nell'innestare un processo catalitico a valle dell'esercizio.

Oltre alle ambizioni, molto diverse nelle due esperienze sono state anche le *regole del gioco*, ed è noto il ruolo che le procedure possono avere nel condizionare – e financo nel

³⁷ N. Verola, *Osservazioni preliminari sul metodo della Convenzione*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione Europea: Percorsi e Ipotesi*. Roma, 2003, p. 15.

³⁸ V. *supra*, p. 2.

determinare – le decisioni³⁹. Nel caso della Convenzione, due paiono essere gli aspetti più rilevanti: il tema del *consensus* e la natura di articolato del prodotto finale.

Per quanto riguarda il *consensus*, si è assistito a una sorta di metamorfosi del meccanismo decisionale della Convenzione: quello che nelle Conclusioni di Laeken era stato identificato come *consenso politico* necessario al fine di avanzare raccomandazioni, nel regolamento approvato all’inizio dei lavori si era nei fatti tramutato nel *consensus* come procedura decisionale⁴⁰. È, quello di *consensus*, un concetto di natura quanto mai proteica, che si è infatti prestato a diverse – e talvolta confliggenti – interpretazioni nel corso dei lavori della Convenzione, ma che ha probabilmente consentito all’esercizio di produrre un risultato ambizioso nel tempo a disposizione⁴¹.

Il secondo aspetto è quello del risultato dei lavori della Convenzione – il *deliverable*, si potrebbe dire – e in particolare la sua natura di articolato, di testo destinato almeno in principio ad assumere il rango (e la funzione) di norma giuridica. Questo carattere, che è peraltro pienamente coerente con le ambizioni di legislatore, anzi di costituente, della Convenzione, ha chiaramente influenzato il contenuto del prodotto finale. Le aspettative su un testo che ambisce ad avere natura costituzionale hanno infatti a che vedere sia con la veste formale che con il dato sostanziale, e sono legate proprio alla sua vocazione di legge fondamentale (*grundgesetz*): ci si aspetta che esso non solo che abbia una determinata struttura, ma che copra una serie di temi e di questioni connessi al funzionamento e agli obiettivi dell’organismo di cui vuole essere norma di base⁴².

Tali tratti della Convenzione vengono particolarmente in risalto quando li si confronta con la Conferenza sul Futuro dell’Europa. L’impostazione *bottom-up* di questo esercizio ha fatto sì che per addivenire alle conclusioni che ne hanno poi costituito il risultato finale si sia proceduto *per sottrazione*, effettuando un’operazione di vaglio e consolidamento nel vasto pelago delle proposte fatte dai cittadini per giungere alle raccomandazioni finali.

Questi caratteri hanno anche inevitabilmente influenzato il tipo di prodotto finale. Si tratta, come già visto, di una lista di raccomandazioni – 49, abbiamo detto: da un lato, sono

³⁹ V.: S. Bulmer e A. Scott, *Economic and Political Integration in Europe: Internal Dynamics and Global Context*. Oxford, Cambridge, Blackwell, 1994; S. Bulmer, *The new governance in Europe: a new institutional approach*, in *Journal of Public Policy*, n. 13/1994, p. 351.

⁴⁰ “Le raccomandazioni della Convenzione sono adottate per consensus, senza che i rappresentanti degli Stati abbiano la facoltà di impedirlo” – Documento Conv 09 del marzo 2002.

⁴¹ In merito si veda: N. Verola, op. cit., p. 19 ss.

⁴² Per un approfondimento v. *inter alia*: M. Cahill, *European Integration and European Constitutionalism*, in D. Augenstein (a cura di), *‘Integration through Law’ Revisited – The Making of the European Polity*. London, 2012, p. 18 ss.

proposte senza una necessaria pretesa di esaustività e di sistematicità (fatta salva la suddivisione in *cluster* macro-tematici). Dall'altro, differenza forse ancora più rilevante, non si tratta di un testo atto a divenire norma giuridica, bensì piuttosto di uno spunto di riflessione e d'iniziativa – almeno nelle intenzioni vincolante – per il legislatore europeo. Ed è forse questo carattere a marcare una delle differenze più rilevanti tra Convenzione e Conferenza: se la prima si è posta direttamente come legislatore costituente, redigendo un testo che è stato poi affidato alla Conferenza Intergovernativa per un processo essenzialmente di ratifica, la seconda ha voluto collocarsi in una fase precedente del procedimento che trasforma le idee in norme e le aspirazioni in politiche pubbliche – in un certo senso ponendosi come canale privilegiato per la trasmissione di proposte tra il corpo elettorale e i suoi rappresentanti.

Rimaniamo dunque in una sorta di *terra di mezzo*, di zona grigia nel confronto sollevato all'inizio fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa: i cittadini si partecipano al processo, ma non producendo direttamente norme bensì *raccomandazioni*, destinate nelle intenzioni a vincolare l'operato futuro degli attori del processo legislativo.

6. (...) e *governance*.

In questa analisi, una riflessione finale – sempre in chiave di raffronto tra Convenzione e Conferenza – la meritano forse gli *interna corporis* dei due esercizi. Il riferimento è al Presidium della Convenzione e al Comitato Esecutivo della CoFE, e al ruolo da essi giocato nel tirare le fila dei rispettivi esercizi.

Nell'esperienza della Convenzione, il *Presidium* ha svolto il ruolo del direttore d'orchestra per tutta la durata dei lavori, ricorrendo a diversi meccanismi e approcci, e anche facendo leva sull'indeterminatezza dei contorni esatti del concetto di *consensus*, per pilotare efficacemente il dibattito, tenendo a bada le sensibilità degli Stati membri⁴³. A ciò hanno sicuramente giovato il carisma e l'autorevolezza personali di Presidente e Vice Presidenti. Nell'ambito della CoFE, tale ruolo di *direttorio* è stato svolto dal Comitato Esecutivo, assistito dal Segretariato Comune: il primo formato da nove membri, tre ciascuno per

⁴³ Per un approfondimento sul ruolo del Presidium si veda N. Verola, *Osservazioni preliminari sul metodo*, cit., p. 27 ss.

Parlamento europeo, Consiglio, e Commissione⁴⁴; il secondo, formato da *personale (staff)* delle tre Istituzioni al fine di “intraprendere tutti i passi necessari per assicurare il corretto funzionamento del Comitato Esecutivo”⁴⁵.

Il Comitato Esecutivo e il Segretariato al suo interno hanno giocato un ruolo chiave nella vita della Conferenza, profilandosi maggiormente verso la conclusione dei lavori. In tale fase – come già detto, invero piuttosto concitata – il Comitato ha giocato un ruolo di collettore e sussuntore delle proposte dei cittadini, *distillandole* in quello che poi sarebbe stato il rapporto finale della CoFE⁴⁶. Il passaggio decisivo della Conferenza è, quindi, rimasto saldamente nelle mani delle Istituzioni dell’UE – il Consiglio, rappresentato appunto in tale fase dalla Presidenza di turno francese, la Commissione, e il Parlamento.

È evidente come una tale operazione di *distillazione* fosse in qualche modo necessaria, ed è altrettanto evidente come imponesse delle delicate scelte di bilanciamento – anzitutto tra efficacia e inclusività del processo, ma anche tra efficacia e trasparenza delle procedure. Rimane agli osservatori la valutazione del risultato di questi *trade off* e della loro dialettica con le premesse di un esercizio innovativo come la Conferenza.

Più in generale, se è forse spingersi troppo in là qualificare i caratteri appena delineati come indice di un approccio centralista, o addirittura *plebiscitario*, della CoFE, sicuramente paiono tutti elementi che militano in favore della già evocata natura ibrida della Conferenza, al margine tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa.

7. Conclusioni.

Si sono già citati i due predecessori storici della CoFE – la Conferenza di Messina e la Convenzione⁴⁷. Vi è chi ha osservato come entrambi questi esercizi fossero riusciti con successo a cambiare le dinamiche politiche della negoziazione tra Stati membri attraverso nuovi metodi istituzionali⁴⁸. È possibile riconoscere un tale ruolo trasformativo anche alla

⁴⁴ Secondo quanto previsto dalle Regole di procedura della CoFE. Oltre ai tre membri era prevista la possibilità per ciascuna delle tre Istituzioni di inviare fino a quattro osservatori. Il Comitato delle Regioni e il Comitato Economico e Sociale Europeo potevano altresì essere invitati come osservatori insieme ad altre istituzioni nella misura in cui appropriato.

⁴⁵ Il riferimento è sempre alle medesime regole di procedura.

⁴⁶ V. *supra*, pp. 5-6.

⁴⁷ V. *supra*, pp. 12 ss.

⁴⁸ F. Fabbrini, *The Conference on the Future of Europe: Process and Prospects*, cit., anche citando K. Lenaert e M. Desomer, *New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy?*, in *Common Market Law Review*, n. 39/2002, p. 1217.

Conferenza sul Futuro dell'Europa?

La risposta a questo interrogativo non può essere univoca. Anzitutto, a neppure un anno dalla conclusione non è ancora possibile valutare l'impatto effettivo che avrà la conferenza sul panorama legislativo e di *policy* europeo.

Va inoltre considerato il diverso contesto storico, sotto due profili: anzitutto la diversa fase dell'integrazione europea, già evidente *a monte* quando la CoFE era stata proposta. Se è evidente come dare nuovo impulso a un esperimento nuovo di collaborazione tra sei Stati (come successo a Messina) fosse una sfida di carattere ben diverso, anche i quasi vent'anni che separano la Convenzione dalla Conferenza hanno visto evoluzioni e cambiamenti sia nell'Unione che nell'Europa in quanto tale – cambiamenti, tra cui l'allargamento, che hanno reso non meno importante ma anche complesso riformare l'UE.

Sotto altro profilo la CoFE, a partire dal suo varo, non ha navigato in mari particolarmente sereni: la pandemia da COVID prima e l'invasione russa dell'Ucraina dopo hanno reso gli ultimi anni di una complessità forse senza precedenti. Ciò ha sicuramente sottratto centralità alla Conferenza, sia agli occhi dei cittadini che nelle agende delle Istituzioni europee, ma non ha affatto fatto venir meno le esigenze di riforma della nostra casa comune europea.

È per questo che l'auspicio è quello che, con tutte le sue caratteristiche e a dispetto del suo percorso travagliato, la CoFE possa essere un volano di vero rinnovamento dell'Unione: un rinnovamento che per essere fattivo dovrà però essere perseguito con un approccio pragmatico e incrementale, cominciando dal mettere in pratica quelle raccomandazioni dei cittadini che possono essere implementate a Trattati vigenti o con procedure semplificate di revisione. Ne va non solo della credibilità della promessa fatta a suo tempo ai cittadini europei, ma anche della capacità dell'Unione di saper affrontare le sfide sempre più ardue dell'oggi e del domani.

Abstract: La Conferenza sul Futuro dell'Europa (CoFE), nonostante l'avvio laborioso anche a causa della pandemia, è stato un esperimento senza dubbio innovativo, proponendo un rinnovamento dell'Unione Europea e delle sue Istituzioni basato su contributi proposti direttamente dai cittadini tramite strumenti di democrazia partecipativa, e risultando in un insieme di 49 raccomandazioni, *affidate* alle Istituzioni europee per essere messe in pratica. Il contributo si propone di analizzare le dinamiche durante e in seguito alla Conferenza: a tal fine se ne ripercorrono le tappe principali e analizzano seguiti, delineando le diverse

posizioni formatesi in ordine alle modalità di implementazione delle raccomandazioni dei cittadini – con particolare riferimento al tema della riforma dei Trattati. La Conferenza viene messa a confronto con un'altra esperienza *semi-costituente* come quella della Convenzione sul Futuro dell'Europa del 2002-2003, concentrandosi sulle procedure e sulla *governance* dei due esercizi, chiedendosi se sia possibile riconoscere alla CoFE un simile ruolo trasformativo nella vita dell'Unione Europea – particolarmente in un momento di grandi sfide globali come quello attuale.

Abstract: Notwithstanding its bumpy start, also due to the pandemic, the Conference on the Future of Europe (CoFE) has been an undoubtedly innovative experiment, having the objective of updating the European Union and its institutions through a citizens-driven, bottom-up process based on participatory democracy instruments. The Conference resulted in a set of 49 recommendations, which have been entrusted to EU institutions to be put into practice. This paper aims at assessing the dynamics of the Conference, before and after its formal conclusion: to this end, it recalls the main milestones and follow up initiatives, with a focus on the different approaches as to how to implement the recommendations coming from citizens – particularly when they entail Treaty reform. The Conference is compared to another *semi-constituent* experience: the European Convention on the Future of Europe of 2002-2003, focusing on their procedures and on governance. The question is whether a similar transformational role can be acknowledged to the Conference on the Future of Europe – particularly at this time of major challenges in global affairs.

Parole chiave: Conferenza sul Futuro dell'Europa – Convenzione sul Futuro dell'Europa – Riforma dei Trattati – Democrazia partecipativa – Bottom-up governance.

Key words: Conference on the Future of Europe – Convention on the Future of Europe – Treaty reform – Participatory democracy – Bottom-up governance.

LA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: LUCI E OMBRE*.

di Paolo Ponzano**

Sommario. 1. Le origini della Conferenza. – 2. L'avvio della Conferenza e le posizioni delle Istituzioni europee. – 3. La struttura della Conferenza. – A. La seduta plenaria. – B. La piattaforma multilingue. – C. I *panels* dei cittadini. – 4. Il contenuto delle proposte dei cittadini. – A. Cambiamento climatico e ambiente. – B. Salute. – C. Un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione. – D. L'Unione europea nel mondo. – E. Valori e diritti, Stato di diritto e sicurezza. – F. Trasformazione digitale. – G. La democrazia europea. – H. La migrazione. – I. Istruzione, cultura, gioventù e sport. – 5. I risultati della Conferenza: luci e ombre. – 6. Le proposte di riforma dei Trattati europei in vigore e i seguiti della Conferenza. – 7. Bibliografia essenziale.

XLV

1. Le origini della Conferenza.

L'idea di convocare una Conferenza sul futuro dell'Europa al fine di discutere i cambiamenti possibili da apportare al progetto europeo e di implicare attivamente i cittadini europei in questa discussione è stata formulata in una lettera indirizzata dal Presidente francese Emmanuel Macron a tutti i cittadini europei nel marzo 2019. Questa iniziativa costituiva un'innovazione sostanziale sul piano procedurale in quanto proveniva dal Presidente di uno Stato membro i cui cittadini avevano bocciato in un *referendum* popolare tenuto nel maggio 2005 la ratifica di un Trattato costituzionale, poi ridimensionato nelle sue disposizioni essenziali e ratificato per via parlamentare nel 2009 sotto la denominazione di Trattato di Lisbona. L'idea soggiacente a questa iniziativa era di far partecipare direttamente i cittadini europei nella rivisitazione del progetto europeo e nell'eventuale revisione di un Trattato a cui faceva difetto, come a tutti i Trattati europei precedenti, una legittimità popolare. Infatti, i Trattati europei sono stati ratificati in maggior parte per via parlamentare, mentre la metà di quelli sottoposti in alcuni paesi ad un *referendum* popolare hanno avuto un esito negativo. A questo si aggiungeva la volontà del Presidente francese di rilanciare il progetto europeo per contrastare gli effetti negativi sull'opinione pubblica del recesso del Regno Unito dall'Unione europea.

* Sottoposto a referaggio.

** Docente di Governance europea – Collegio Europeo di Parma.

Certamente l'iniziativa del Presidente francese è stata favorita da un nuovo contesto di esperimenti di democrazia partecipativa volti a discutere e risolvere problematiche politiche complesse, svoltisi in alcuni paesi, come l'esperienza irlandese del 2016 mirante a coinvolgere i cittadini nelle modifiche alla Costituzione, l'esperienza francese di una Convenzione sul cambiamento climatico oppure la creazione di un Consiglio dei cittadini in una cittadina belga di lingua tedesca. D'altra parte, le Istituzioni europee stesse si sono rese conto, dopo il *referendum* francese negativo del 2005, della necessità di coinvolgere i cittadini nel dibattito sul futuro dell'Unione europea prima di procedere a nuove riforme istituzionali. Già il Trattato di Lisbona aveva introdotto l'iniziativa dei cittadini europei nell'elaborazione di nuove leggi europee, anche se i risultati di tale partecipazione popolare non sono stati all'altezza delle aspettative: su circa 80 iniziative lanciate dai cittadini europei, solo quattro o cinque hanno raccolto il milione di firme necessario e, inoltre, solo una o due iniziative hanno dato luogo ad una proposta legislativa positiva da parte della Commissione europea.

2. L'avvio della Conferenza e le posizioni delle Istituzioni europee.

Il progetto lanciato dal Presidente francese ha trovato il sostegno immediato del Parlamento europeo, che esitava a fare uso delle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona (art. 48 TUE) di proporre lui stesso una revisione del Trattato, e della Commissione europea che ha proposto di utilizzare dei meccanismi informatici e multilingue per realizzare la partecipazione effettiva dei cittadini europei alla Conferenza. Il Parlamento europeo aveva definito la posizione più articolata e più ambiziosa sugli obiettivi e i risultati della Conferenza nella misura in cui proponeva, da un lato, di discutere senza preclusioni una vasta gamma di tematiche essenziali per il futuro del progetto europeo e prevedeva esplicitamente, dall'altro, la possibilità che la Conferenza decida di avviare una revisione dei Trattati in vigore. Per quanto riguarda il metodo di lavoro della Conferenza, il Parlamento europeo metteva l'accento sulla necessità che «il coinvolgimento dei cittadini e della società civile organizzata costituisca l'elemento chiave di un processo innovativo e originale» e preconizzava la costituzione di «diverse *agorà* tematiche dei cittadini – nonché di giovani tra i 16 e i 25 anni – che fossero rappresentative delle opinioni esistenti in Europa e che permettessero ai cittadini europei di ottenere un riscontro generale sulle deliberazioni

della Conferenza [...] nell'ambito di riunioni sotto forma di dialogo». Tale riscontro generale sulle deliberazioni della Conferenza avrebbe dovuto essere garantito tramite un invito rivolto ai rappresentanti dei cittadini di assistere alle sessioni plenarie della Conferenza al fine di illustrare e discutere le loro conclusioni, in modo che quest'ultime siano prese in considerazione nelle deliberazioni della sessione plenaria della Conferenza. In tal modo si sarebbe evitato il precedente negativo della Convenzione europea del 2002/2003 in cui la consultazione dei cittadini e della società civile organizzata si era svolta tramite i loro rappresentanti residenti a Bruxelles, ragion per cui tale consultazione è passata alla storia sotto la denominazione di *Brussels speak to Brussels*.

Il Consiglio dei ministri ha assunto una posizione più *conservatrice* in quanto, da un lato, ha cercato di limitare sul piano procedurale le possibili proposte troppo innovative dei rappresentanti della società civile e, dall'altro, di mantenere un controllo *istituzionale* sui risultati della Conferenza attraverso la necessità di riunire un consenso sia tra le Istituzioni europee che in seno al Consiglio stesso per approvare le eventuali conclusioni dei lavori della Conferenza. Sul piano procedurale, il Consiglio aveva messo le mani avanti dal punto di vista giuridico rendendo pubblico un parere del suo Servizio giuridico secondo cui «le dichiarazioni comuni» delle tre Istituzioni – che sarebbero state necessarie per approvare la struttura istituzionale della Conferenza – avrebbero avuto un carattere politico e non avrebbero comportato alcun impegno giuridico da parte delle Istituzioni europee. Questa precauzione mirava ad evitare le conseguenze di una sentenza della Corte europea di giustizia del 1996 secondo cui un accordo interistituzionale potrebbe avere un carattere vincolante qualora le tre principali Istituzioni dell'Unione esprimessero la volontà di prendere degli impegni giuridici. Politicamente, il Consiglio voleva evitare un'eventuale conclusione della Conferenza a favore della revisione del Trattato di Lisbona sapendo perfettamente che una buona parte degli Stati membri era contraria a tale revisione (come poi è apparso nel mese di maggio 2022 quando tredici Stati membri hanno pubblicato un documento dichiarandosi contrari a tale revisione).

Sul piano dei contenuti, il Consiglio avrebbe voluto limitare le discussioni negli organi della Conferenza all'agenda strategica adottata dal Consiglio europeo nel giugno 2019 e, sul piano procedurale, aveva proposto che le conclusioni della Conferenza facciano l'oggetto di un rapporto al Consiglio europeo. Questa posizione è stata contrastata dal Parlamento europeo che proponeva invece di redigere una lista di temi portanti, da un lato, sul contenuto di alcune politiche europee e, d'altro canto, su temi istituzionali quali lo Stato

di diritto e la democrazia europea.

La Commissione europea ha preso una posizione prudente e intermedia tra il Parlamento europeo ed il Consiglio offrendosi, come detto in precedenza, di mettere in piedi uno strumento pratico che permettesse di raccogliere i pareri dei cittadini e delle organizzazioni della società civile e dichiarandosi pronta a dare seguito alle proposte o raccomandazioni emananti dalla Conferenza. Chiaramente, la Commissione non ha nascosto le sue preferenze per dare seguito alle proposte dei cittadini europei che si situassero all'interno dei trattati esistenti, ma non ha escluso di agire in conseguenza se i cittadini richiedessero una modifica degli stessi Trattati (come ha confermato poi la Presidente Von der Leyen nel suo recente discorso sullo Stato dell'Unione)

Le discussioni preparatorie tra le Istituzioni hanno condotto all'approvazione di una dichiarazione comune delle tre Istituzioni il 10 Marzo 2021 nella quale un accordo è intervenuto sia sulla struttura degli organi della Conferenza che sui temi che sarebbero stati discussi in nove gruppi di lavoro o *panels* dei cittadini europei. La dichiarazione è stata un testo di compromesso tra le posizioni rispettive del Consiglio e del Parlamento europeo che concepisce la Conferenza come un processo dal basso verso l'alto, basato sui cittadini, che dovrebbe sfociare «in raccomandazioni concrete per le future azioni dell'Unione europea». D'altra parte, «la portata della Conferenza dovrebbe riflettere i settori in cui l'Unione ha la competenza ad agire o in cui l'azione dell'Unione sarebbe vantaggiosa per i cittadini europei». Questa formulazione sembra privilegiare una modifica dell'azione dell'Unione nei settori già di sua competenza ma non esclude al contempo un ampliamento delle competenze dell'Unione stessa.

3. La struttura della Conferenza.

A. La seduta plenaria.

La struttura della Conferenza riflette un compromesso tra la posizione degli Stati membri che miravano a mantenere una loro rappresentanza sostanziale nella seduta plenaria della Conferenza che assicurasse un controllo sullo svolgimento dei lavori e la posizione del Parlamento che favoriva, oltre ad una sua rappresentanza significativa, una partecipazione importante dei cittadini e della società civile. Il risultato è stato quello di assicurare una

rappresentanza significativa delle strutture di potere a tutti i livelli (europeo, nazionale, regionale e locale) sulla base del principio che la legittimità della Conferenza sarebbe stata tanto più grande quanto più tutti i livelli di potere fossero stati rappresentati. Per quanto riguarda le principali Istituzioni, il Parlamento europeo ha ottenuto un numero elevato di suoi rappresentanti nella plenaria della Conferenza (108) al fine di assicurare la partecipazione di tutte le forze politiche presenti nel Parlamento stesso. Lo stesso numero di rappresentanti è stato assegnato ai Parlamenti nazionali per gli stessi motivi. Un numero significativo di rappresentanti (80) è stato previsto per i cc.dd. *panels* di cittadini europei che avrebbero dovuto costituire il vero gruppo di riflessione della Conferenza. Il Consiglio dell'Unione europea si è accontentato di un numero dimezzato rispetto ai parlamentari (54) che permettesse la rappresentanza di due rappresentanti per ogni Stato membro. La Commissione europea ha ottenuto la presenza di tre Commissari, mentre le due Istituzioni europee secondarie (il Comitato delle regioni e il Comitato economico e sociale) hanno potuto nominare 18 rappresentanti ciascuna. Dodici rappresentanti sono stati attribuiti alle parti sociali, otto alle organizzazioni della società civile e un numero di sei ai rappresentanti locali e regionali.

B. La piattaforma multilingue.

La piattaforma multilingue, messa in opera dalla Commissione europea nel maggio 2021, ha rappresentato la principale innovazione della Conferenza. Concepita come un portale informatico interattivo, la piattaforma ha permesso alle organizzazioni della società civile e ai singoli cittadini di pubblicare le loro proposte relative al futuro dell'Europa, di informarsi reciprocamente sugli eventi promossi nei vari paesi e di organizzare dibattiti nazionali o transnazionali. La piattaforma permetteva ai cittadini europei di pubblicare le loro proposte o commenti nelle varie lingue dell'Unione mediante l'obbligo di fornire un riassunto non eccedente le 500 parole. Il Segretariato congiunto della piattaforma si limitava a verificare che le proposte/testi inviati alla piattaforma non contenessero messaggi di odio, razziali o discriminatori e decideva sotto quale rubrica dovessero essere iscritte le varie proposte/commenti. Benché tale strumento abbia avuto un carattere innovativo permettendo di promuovere la conoscenza e un embrione di dibattito transnazionale tra i cittadini europei e le organizzazioni della società civile, la difficoltà di

iscrivere le proprie proposte o commenti sulla piattaforma informatica in forma riassuntiva ha limitato fortemente il numero delle iscrizioni e delle proposte pubblicate sulla piattaforma. Quest'ultima ha comunque permesso di registrare sul suo sito gli eventi nazionali o transnazionali consacrati al tema del futuro dell'Europa. Inoltre, la registrazione delle proposte e i risultati dei dibattiti hanno permesso la redazione di rapporti di sintesi da parte del Segretariato della Conferenza, consultabili da parte di tutti gli interessati, che hanno alimentato le conclusioni dei lavori e la pubblicazione delle 49 raccomandazioni e delle 328 misure che rappresentano il lascito della Conferenza.

L

C. I *panels* dei cittadini.

I *panels* dei cittadini hanno costituito il vero gruppo di riflessione della Conferenza. 800 cittadini sono stati selezionati a caso nella popolazione europea da una società privata esperta di sondaggi e hanno partecipato tra il mese di settembre 2021 e di febbraio 2022 a tre cicli di dibattiti approfonditi o in presenza o in video-conferenza. Ciascuno dei *panels* ha discusso un tema specifico secondo le categorie della piattaforma: un'economia più forte, la giustizia sociale e l'occupazione; la cultura, l'educazione e la trasformazione digitale; la democrazia europea, i valori dell'Europa, la sicurezza e lo Stato di diritto; il cambiamento climatico, l'ambiente e la salute; l'Unione europea nel mondo e il fenomeno migratorio.

Uno degli elementi maggiormente innovativi dei *panels* è stato che i cittadini hanno potuto fissare essi stessi l'ordine del giorno delle loro riunioni. Nel corso della prima serie di riunioni, ciascuno dei quattro *panels* ha discusso le questioni giudicate le più pertinenti da parte dei cittadini e rese pubbliche sulla piattaforma della Conferenza. Sul piano procedurale, i membri dei *panels* hanno convenuto di formulare le loro conclusioni e di presentare agli altri membri della Conferenza durante le sedute plenarie di quest'ultima le conclusioni che fossero state adottate e votate da una maggioranza del 70% dei partecipanti. In tal modo, si è affermato il principio di una procedura maggioritaria per definire le conclusioni da presentare nelle sedute plenarie della Conferenza.

La scelta di selezionare a caso nella popolazione europea i cittadini che avrebbero dibattuto e presentato le loro conclusioni alla Conferenza ha suscitato qualche dubbio nelle forze politiche secondo cui dietro questa scelta aleatoria avrebbe potuto nascondersi un disegno

preciso mirante a preselezionare dei cittadini che avessero una posizione politica predeterminata e quindi simile. Uno studio effettuato tuttavia da studiosi francesi sulle scelte aleatorie dei cittadini nella Convenzione sul cambiamento climatico ha dimostrato al contrario che la selezione a sorte dei cittadini garantisce un equilibrio demografico, sia di età che di sesso, fedele alle caratteristiche del tessuto sociale e rappresenta quindi una scelta ottimale per ottenere una rappresentanza verosimile dell'opinione pubblica¹. Mentre i detrattori di questo formato d'inclusione popolare si lamentano del fatto che i cittadini partecipanti a tali consultazioni sarebbero in realtà persone *partigiane* nel senso che difendono posizioni pregiudiziali in favore di un risultato predeterminato, i risultati dello studio condotto dagli studiosi francesi precitati proverebbe che le opinioni dei delegati partecipanti alla Convenzione sul cambiamento climatico corrispondono a quelle dei cittadini interrogati a caso dagli autori dello studio. Mentre la critica al comportamento predeterminato di una selezione di cittadini scelti in modo aleatorio non mi sembra fondata, riconosco volentieri che la possibilità di presentare liberamente su una piattaforma informatica multimediale le proprie proposte miranti a modificare le politiche o le Istituzioni esistenti favorisce ovviamente la diffusione delle opinioni di chi è in favore di tali cambiamenti rispetto a chi vorrebbe mantenere lo *status quo* o addirittura tornare indietro rispetto alle politiche o alle Istituzioni esistenti.

Più fondamentalmente, i detrattori della Conferenza hanno contestato la scelta di implicare direttamente i cittadini nella definizione delle politiche e delle Istituzioni dell'Unione europea a scapito della democrazia rappresentativa incarnata dai parlamentari europei e nazionali e a vantaggio della democrazia diretta che essi considerano come una soluzione populista all'aumento dei nazionalismi a livello europeo. L'attuale Presidente *pro tempore* del gruppo Spinelli in seno al Parlamento europeo (Sandro Gozi) ha avanzato due argomenti per rifiutare questa teoria. Da un lato, come affermato negli studi del politologo britannico Canovan², le democrazie liberali riposano su due elementi, di cui uno pragmatico, vale a dire lo Stato di diritto fondato sulla ripartizione dei poteri e delle competenze delle *élites* statali, e il secondo idealista, rappresentato dalla sovranità del popolo. “Rifiutando il concetto del ruolo salvifico del populismo affermato negli studi di

¹ A. Fabre, B. Apouey, T. Douenne, L.G. Giraudet, J.F. Laslier e A. Macé, *Convention citoyenne pour le climat*, PSE Working papers, 2020. Il testo del contributo è disponibile all'indirizzo web <https://ideas.repec.org/p/hal/psewpa/halshs-02919695.html>.

² M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1999, Vol. 47, Issue 1, pp. 2-16. Il testo del *paper* è disponibile all'indirizzo web <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/1467-9248.00184>.

Canovan – afferma Sandro Gozi – si può concludere che la deriva verso l'estremità di ciascuno di questi due poli conduce al degrado della politica verso l'elitismo, quando la componente positivista e razionale si sostituisce alla sovranità popolare, oppure alla diffusione del populismo quando le strutture costituzionali sono degradate dall'esaltazione smoderata della democrazia diretta". Sandro Gozi conclude che se l'equilibrio democratico e la legittimità delle strutture politiche dipendono dalla coesistenza armoniosa tra lo Stato di diritto e la sovranità popolare, in tal caso la Conferenza sul futuro dell'Europa rappresenta la sintesi perfetta delle due componenti e realizza un equilibrio armonioso tra la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa. Infatti, da un lato, i *panels* dei cittadini non hanno un potere assoluto ma agiscono piuttosto come promotori di idee. Dall'altro, i rappresentanti delle Istituzioni devono rispettare l'apporto dei cittadini europei restando nei limiti fissati dalle strutture politiche e giuridiche definite dai sistemi giuridici nazionali ed europei esistenti.

Da un punto di vista puramente politico, mettere i cittadini all'inizio e alla fine di un processo di riforma dell'Unione europea potrebbe finalmente dissipare il mito di un'Europa che decide autonomamente quello che occorre fare senza preoccuparsi di verificare il consenso dei cittadini. I rappresentanti politici non saranno più in grado di far valere dei pretesti reali o supposti per bloccare un processo di riforma dell'Unione europea sapendo che la volontà dei loro propri cittadini è all'origine stessa dei progetti di revisione delle politiche o dei Trattati europei. Inoltre, da un punto di vista giuridico, ogni progetto di modifica dei Trattati dovrà essere ratificato dai Parlamenti nazionali (o dagli stessi cittadini in caso di *referendum* popolari), rappresentanti della sovranità popolare e pertanto giudici ultimi della necessità di attribuire o sottrarre delle competenze all'Unione europea³.

Naturalmente, questa conclusione ortodossa suppone una rappresentanza popolare all'inizio e alla fine del processo di consultazione/deliberazione dei cittadini che rifletta effettivamente le opinioni della società civile organizzata e, soprattutto, che le Istituzioni destinarie delle proposte dei rappresentanti dei cittadini europei deliberino sulle proposte di questi ultimi senza interpretare in un senso o nell'altro le loro richieste e, soprattutto, senza cercare di far valere che le richieste dei cittadini coincidono in realtà con le loro proprie posizioni di partenza. Come vedremo alla fine del presente commento, non è sicuro che questo rischio di travisamento sia stato evitato.

³ S. Gozi, *La Conférence sur l'avenir de l'Europe – Analyse juridique de la plus grande expérience démocratique du continent*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 1/2022.

4. Il contenuto delle proposte dei cittadini.

Il rapporto finale elaborato dal Segretariato della Conferenza e presentato all'ultima sessione plenaria di quest'ultima contiene le 49 proposte e le 328 misure elaborate dai nove *panels* di cittadini che hanno raggiunto un largo accordo sulle proposte da presentare alla Conferenza oppure quelle presentate *online* sulla piattaforma multimediale pur essendo coscienti del fatto che queste ultime proposte non hanno dato luogo in molti casi a un vero e proprio dibattito transnazionale a causa dei limiti imposti dalla piattaforma multimediale (difficoltà di dialogare su testi riassuntivi e di dibattere solo per via informatica). Riassumiamo qui di seguito il contenuto delle proposte formulate dai *panels* o figuranti sulla piattaforma informatica.

LIII

A. Cambiamento climatico e ambiente.

Le proposte relative agli obiettivi e alle misure concrete da adottare a livello europeo mirano generalmente a rafforzare la politica ambientale dell'Unione e la lotta contro il cambiamento climatico; inoltre i cittadini propongono di rafforzare la sicurezza alimentare e la protezione della biodiversità e dell'economia verde attraverso una serie di misure concrete. Sul piano energetico, le proposte mirano a rafforzare la sicurezza dell'Unione e a conseguire la sua indipendenza dai fornitori attuali. In materia di trasporti, i cittadini chiedono per l'essenziale l'aumento degli investimenti e la realizzazione di nuove infrastrutture. Più in generale, chiedono di migliorare l'utilizzo dei materiali all'interno dell'Unione e la promozione di prodotti più sostenibili e conformi alle norme ambientali dell'Unione. Vorrebbero anche aumentare la conoscenza e pertanto la consapevolezza ambientale sia per quanto riguarda l'uso dell'energia che la produzione alimentare.

L'insieme delle misure proposte in questo campo possono essere realizzate dalle Istituzioni dell'Unione sulla base dei Trattati in vigore con la possibile eccezione di dover completare le disposizioni vigenti per poter realizzare l'autonomia energetica dell'Unione.

B. Salute.

I cittadini chiedono l'adozione di nuove norme per la qualità degli alimenti e il rafforzamento dei sistemi sanitari al fine di garantire l'autonomia strategica dell'Unione per quanto riguarda i medicinali e i dispositivi medici. Più in generale, chiedono alle Istituzioni dell'Unione di stabilire un *diritto alla salute* garantendo a tutti gli europei l'accesso paritario e universale a un'assistenza sanitaria di qualità a prezzi accessibili. Sul piano delle competenze, si chiede a due riprese di includere la salute e l'assistenza sanitaria tra le competenze condivise dell'Unione modificando a tal fine l'art. 4 del Trattato di Lisbona (con una sola eccezione del *panel* dei cittadini olandese).

LIV

C. Un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione.

Si tratta di un capitolo che ha fatto l'oggetto delle proposte più numerose da parte dei cittadini, anche se spesso hanno formulato più obiettivi da raggiungere che misure legislative concrete. Il filo conduttore delle proposte è quello di fornire soluzioni adeguate a livello europeo per fare fronte alle principali sfide transnazionali, quali le disuguaglianze, la competitività industriale, i cambiamenti climatici, la migrazione o l'equità fiscale. Si richiede una strategia globale che garantisca ai cittadini un miglior benessere. Si riconosce che tale strategia può essere realizzata sia attraverso politiche e misure da adottare nel quadro istituzionale esistente sia, in alcuni casi non precisati, attraverso modifiche dei Trattati. Le principali misure riguardano una crescita più sostenibile, una revisione della governance economica dell'Unione che implichi maggiormente le parti sociali e gli enti locali, l'approfondimento del mercato unico, la digitalizzazione delle imprese e un aumento della loro competitività, in particolare delle PME. Nel campo sociale, si vuole garantire la piena attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, in particolare attraverso salari minimi adeguati, assicurare la parità di genere e promuovere l'occupazione, in particolare per i giovani e i gruppi svantaggiati. Da notare l'idea di introdurre nei Trattati un Protocollo sul progresso sociale (idea che sarà ripresa nella risoluzione del Parlamento europeo). Sul piano istituzionale, i cittadini vogliono rafforzare le competenze dell'Unione in materia di politiche sociali e propongono una legislazione armonizzata per tutta l'Unione. Si chiedono

misure complementari per lottare contro i bassi tassi di natalità e l'invecchiamento della popolazione. In materia di politiche fiscali e di bilancio, i cittadini vogliono rafforzare il bilancio europeo attraverso nuove risorse proprie e armonizzare le politiche fiscali nazionali anche garantendo che le decisioni europee siano prese a maggioranza qualificata e non più all'unanimità.

D. L'Unione europea nel mondo.

Nelle loro proposte, i cittadini hanno espresso la necessità che l'Unione europea si doti di una sua autonomia nei settori strategici chiave e riduca la sua dipendenza dagli altri attori stranieri nel settore dell'energia, in particolare rafforzando il suo approvvigionamento e perseguendo una politica di acquisti comuni di energia importata. Dopo aver sottolineato la dimensione etica e quella ambientale delle relazioni internazionali dell'Unione, i cittadini chiedono che l'Unione europea migliori la sua capacità di prendere decisioni rapide ed efficaci in materia di politica estera e di sicurezza comune, facendo in modo che tali decisioni siano adottate di norma a maggioranza qualificata e non più all'unanimità (da notare che alcuni membri dei gruppi di lavoro hanno proposto altre alternative all'utilizzo dell'unanimità quali la geometria variabile e le cooperazioni rafforzate).

Opinioni differenti sono state espresse per quanto riguarda il mantenimento o meno della regola dell'unanimità per decidere l'adesione di nuovi paesi all'Unione europea. Dopo aver raccomandato una maggiore informazione e partecipazione dei cittadini alla politica internazionale dell'Unione europea, i cittadini chiedono che l'Unione utilizzi le sue forze armate congiunte a fini di autodifesa, di lotta contro le aggressioni e di assistenza in caso di catastrofi naturali. In generale, l'Unione europea dovrebbe agire per garantire la pace e un ordine internazionale basato su norme che rafforzino il multilateralismo globale e la protezione dei diritti umani fondamentali (nonché per istituire nuovi partenariati con i paesi in via di sviluppo).

E. Valori e diritti, Stato di diritto e sicurezza.

Nelle raccomandazioni dei vari *panels* e nelle discussioni dei gruppi di lavoro, i

rappresentanti dei cittadini hanno affermato che i valori e i principi sanciti dai Trattati europei e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non sono negoziabili e devono essere pienamente rispettati sia in tutti gli Stati membri che in quanto condizioni per l'adesione di nuovi paesi all'Unione. I cittadini chiedono anche di rafforzare la cittadinanza europea attraverso uno statuto che preveda libertà e diritti specifici per i cittadini e le organizzazioni transfrontaliere. Da notare la raccomandazione relativa alla necessità di utilizzare tutte le vie legali per sanzionare le violazioni dello Stato di diritto, anche attraverso modifiche dei Trattati. I cittadini chiedono anche di garantire una politica più protettiva di trattamento dei dati personali e ritengono, ad esempio, che si dovrebbe creare una competenza dell'Unione europea in materia di educazione civica sulla protezione dei dati. Inoltre, i cittadini chiedono di combattere la disinformazione promuovendo maggiormente l'indipendenza e il pluralismo dei media e di istituire a tal fine un organismo dell'Unione europea. Infine, i cittadini chiedono l'adozione di misure che permettano di armonizzare e di migliorare le condizioni di vita in tutta l'Unione, in particolare incoraggiando la tassazione delle grandi imprese e raccogliendo fondi attraverso la lotta contro l'evasione fiscale.

F. Trasformazione digitale.

I cittadini chiedono in generale che l'Europa diventi un *leader* mondiale e un organismo di definizione delle norme nel settore della digitalizzazione. Più specificamente, chiedono che tutti i cittadini abbiano in pratica un accesso a Internet e ai servizi digitali, compreso nelle zone attualmente sfavorite, attraverso un aumento degli investimenti e delle infrastrutture digitali. L'Unione europea dovrebbe adottare le misure necessarie affinché tutti i suoi cittadini, in particolare i minori e gli anziani, beneficino dei vantaggi della digitalizzazione. I cittadini chiedono anche che l'Europa sviluppi una politica di lotta alla criminalità informatica mediante sanzioni efficaci, di contrasto alla disinformazione digitale e di sostegno alle piattaforme digitali che favoriscano il pluralismo dei media. Occorrerebbero inoltre norme più efficienti in materia di protezione dei dati personali. Infine, i cittadini propongono che l'Unione europea promuova misure di digitalizzazione che rafforzino l'economia e il mercato unico in modo equo e sostenibile e aumentino la competitività europea nella tecnologia e nell'innovazione.

G. La democrazia europea.

LVII

Questo è il campo d'azione centrale sul piano istituzionale, poiché contiene le principali proposte che implicherebbero in alcuni casi una riforma del processo decisionale dell'Unione europea e pertanto dei Trattati in vigore. Le prime proposte formulate dai cittadini riguardano il miglioramento della loro partecipazione ai processi di elaborazione delle politiche dell'Unione, ivi compresa la creazione di una piattaforma digitale di facile utilizzo che permetta ai cittadini di esprimere la loro opinione sulle questioni e le proposte legislative dell'Unione europea. Non è chiaro dal testo delle proposte se i miglioramenti da apportare alle procedure e strumenti di consultazione esistenti possono restare nel quadro dei meccanismi vigenti nel Trattato di Lisbona o se si rendessero necessarie modifiche del Trattato (per esempio per organizzare periodicamente delle assemblee dei cittadini giuridicamente vincolanti). Nella stessa ottica, si chiede alle Istituzioni dell'Unione di garantire una migliore informazione sulle sue attività e una migliore conoscenza del progetto di integrazione europea attraverso l'utilizzo di vari strumenti informativi di facile linguaggio e accessibilità. I cittadini chiedono di rafforzare l'identità comune tra i cittadini europei attraverso varie manifestazioni e rendendo la giornata dell'Europa (il 9 maggio) un giorno festivo aggiuntivo in tutta Europa.

Al fine di rafforzare la democrazia europea, i cittadini propongono di concepire un *referendum* a livello dell'Unione, che sarebbe avviato dal Parlamento europeo su questioni particolarmente importanti. Anche per questa proposta, non è chiaro se possa essere attuata a Trattati vigenti o con una modifica degli stessi. Inoltre, i cittadini chiedono una modifica della legge elettorale vigente nell'Unione al fine di introdurre *liste transnazionali* per le elezioni del Parlamento europeo (proposta già formulata dallo stesso PE). Le successive proposte dei cittadini sono più radicali e richiedono senza dubbio una modifica dei Trattati: nella prima, i cittadini chiedono infatti di avere voce in capitolo nell'elezione del Presidente della Commissione europea (o attraverso una sua elezione diretta oppure attraverso la scelta di candidati capilista nelle elezioni europee). In secondo luogo, chiedono di attribuire al Parlamento europeo il potere di proporre leggi europee (vale a dire un diritto di iniziativa legislativa che i Trattati riservano alla Commissione europea). In terzo luogo, il Parlamento dovrebbe decidere autonomamente il bilancio dell'Unione (che esige invece oggi una

codecisione tra PE e Consiglio, vuoi un accordo pluriennale con il Consiglio europeo). Questa richiesta è tuttavia contestata dal Consiglio, secondo cui la proposta non si basa su una raccomandazione dei cittadini. I cittadini chiedono peraltro di modificare il processo decisionale europeo in quanto tutte le questioni attualmente decise all'unanimità dovrebbero essere approvate a maggioranza qualificata (con le sole eccezioni dell'adesione di nuovi paesi all'Unione europea e di modifiche ai principi fondamentali dell'Unione). L'insieme di queste richieste, come già detto, richiederebbero una modifica sostanziale dei Trattati in vigore.

Le altre proposte dei cittadini riguardano la trasparenza del processo decisionale europeo attraverso la piena pubblicità dei dibattiti, una maggiore implicazione dei Parlamenti nazionali e della società civile ed una nuova denominazione delle Istituzioni europee. Inoltre, i cittadini chiedono di riaprire il dibattito sulla redazione di una Costituzione europea. Infine, i cittadini chiedono di riesaminare l'applicazione del principio di sussidiarietà a livello europeo e di attribuire ai Parlamenti nazionali, come anche ai parlamenti regionali, il potere di proporre iniziative legislative a livello europeo.

H. La migrazione.

I cittadini propongono di rafforzare il ruolo dell'Unione europea in materia di migrazione legale attraverso il miglioramento delle strutture esistenti, del funzionamento della direttiva europea detta *Carta blu* e l'istituzione di un organismo europeo per l'accesso dei migranti al mercato del lavoro.

Chiedono al contempo di rafforzare la lotta contro le forme di migrazione irregolare e la protezione delle frontiere esterne dell'Unione europea, nel rispetto dei diritti umani. Inoltre, chiedono di applicare norme comuni a tutti gli Stati membri per quanto riguarda l'accoglienza dei migranti e di rivedere il sistema europeo di asilo (regolamento di Dublino) sulla base dei principi di solidarietà e di condivisione delle responsabilità. Occorrerebbe infine migliorare le politiche di integrazione in tutti gli Stati membri.

I. Istruzione, cultura, gioventù e sport.

I cittadini chiedono di creare uno spazio europeo dell'istruzione inclusivo entro il 2025 in

cui i diplomi e le formazioni professionali siano riconosciuti reciprocamente in tutti gli Stati membri dell'Unione. Vorrebbero sviluppare un'istruzione e una formazione permanente adeguate alle esigenze future della società e disponibili per tutti i cittadini europei. Chiedono di concentrare le misure dell'Unione e degli Stati membri sui bisogni specifici dei giovani al fine di garantire loro le migliori condizioni possibili per entrare nel mondo del lavoro ed evitare la fuga dei cervelli. I cittadini europei vogliono promuovere una cultura degli scambi formativi e della mobilità professionale, incrementare il multilinguismo e contribuire in tal modo ad una più forte identità europea. Chiedono infine di utilizzare maggiormente le iniziative già sviluppate dall'Unione quali i programmi *Europa creativa*, il nuovo *Bauhaus* europeo, i gemellaggi e le *Capitali europee della cultura*.

5. I risultati della Conferenza: luci e ombre.

Le 49 proposte e le 328 misure riassunte qui sopra costituiscono il risultato della prima consultazione sovranazionale dei cittadini europei che non ha precedenti nella storia della democrazia partecipativa. È difficile definire la provenienza nazionale delle proposte formulate poiché esse sono il frutto sia dei *panels* di cittadini che di raccomandazioni rielaborate dai gruppi di lavoro e di discussioni tenute negli stessi gruppi e nelle sedute plenarie della Conferenza. Basandoci sulle note a piè di pagina figuranti nel rapporto finale, si potrebbe affermare che il maggior numero di proposte provenga dai cittadini di alcuni paesi (in particolare Olanda, Francia, Italia, Belgio, Germania, seguiti a grande distanza da Lituania e Danimarca). Poiché, come detto sopra, le proposte sono state discusse e rielaborate nei gruppi di lavoro e in seduta plenaria, non si potrebbe trarre la conclusione generale che solo i cittadini di questi Paesi hanno contribuito attivamente ai risultati della Conferenza. Resta comunque valida l'affermazione che, all'eccezione delle discussioni tenute nei gruppi di lavoro e in seduta plenaria, che hanno avuto ovviamente un carattere transnazionale, la maggior parte degli eventi organizzati per fornire degli input ai lavori della Conferenza lo sono stati a livello nazionale e prevalentemente nei paesi precitati. Questa situazione ha contribuito a limitare il carattere transnazionale della Conferenza e delle sue conclusioni.

Un altro limite già indicato della Conferenza è risieduto nella difficoltà della piattaforma

digitale multimediale a permettere un vero e proprio dibattito tra i cittadini e le organizzazioni della società civile sul piano transnazionale. Sul piano quantitativo, le iscrizioni sulla piattaforma dei cittadini e delle organizzazioni della società civile si sono situate ad un livello ancora insufficiente (circa 50 mila) per essere del tutto rappresentative dell'opinione pubblica dell'intera Unione europea. Questo risultato non è stato peraltro favorito dalla chiusura inopinata (e pubblicata poco prima) alla data del 21 febbraio 2022 delle iscrizioni sulla piattaforma multimediale. Un raffronto fatto con le consultazioni dei cittadini organizzate in passato dalla Commissione europea mostra che il numero di risposte al *Libro bianco della Commissione* presieduta da Juncker (contenente i cinque scenari definiti dalla Commissione per il futuro dell'Europa) ha raggiunto il livello ragguardevole delle 200 mila unità. *A fortiori*, va ricordato che occorrono un milione di firme provenienti da cittadini di almeno sette Stati membri dell'Unione europea affinché le iniziative dei cittadini europei per elaborare una proposta di legge europea siano prese in considerazione dalla Commissione europea. Siamo dunque ancora lontani dalla rappresentatività richiesta in seno all'Unione dalle disposizioni in vigore o praticata in altre consultazioni già svolte.

Malgrado i limiti predetti, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato il primo esempio di democrazia partecipativa a livello europeo che ha permesso ad un nucleo sia pure ristretto della popolazione europea, in particolare di giovani, di esprimersi sulle politiche e sulle Istituzioni dell'Unione. Un miglioramento auspicabile nel funzionamento di una piattaforma digitale multilingue e un aumento dei dibattiti transnazionali, nonché il supporto di media e organi di stampa, dovrebbe favorire la formazione progressiva di quella *sfera pubblica europea* auspicata da Jurgen Habermas come presupposto indispensabile per la creazione di un vero e proprio *demos* europeo. Una democrazia sovranazionale europea ha bisogno di uno spazio pubblico europeo dove i cittadini possano discutere e confrontarsi, scambiare argomenti e formarsi un'opinione. Occorre quindi superare le barriere linguistiche affinché i cittadini dei vari paesi europei possano discutere i problemi risolvibili solo a livello europeo per poter arrivare a proporre soluzioni condivise.

6. Le proposte di riforma dei Trattati europei in vigore e i seguiti della Conferenza.

Come risulta dalle proposte dei cittadini riassunte qui sopra, la grande maggioranza di queste ultime possono essere attuate sulla base dei Trattati in vigore mentre solo una minoranza (una decina al massimo) richiederebbero una modifica del Trattato di Lisbona. Questa situazione ha condotto ad una divergenza di opinioni tra le Istituzioni europee sui seguiti da dare alla Conferenza già prevedibile fin dall'inizio. Il Consiglio dei ministri – riflettendo in questo campo le divisioni esistenti tra gli Stati membri – ha voluto riaffermare la sua posizione tradizionale secondo cui appartiene alle Istituzioni europee – e in particolare alla Commissione europea – dare un seguito operativo ai risultati della Conferenza elaborando le proposte di legge necessarie a adottare i regolamenti o le direttive europee nelle materie indicate dai cittadini europei. Poiché il Consiglio può agire unicamente su proposta della Commissione europea, occorre quindi attendere che quest'ultima presenti le proposte di legge necessarie prima di intervenire sul piano legislativo.

Il Parlamento europeo – che si era fin dall'inizio dichiarato favorevole ad una modifica del Trattato di Lisbona ormai in vigore dal 2009 – ha messo l'accento sul fatto che i cittadini avevano formulato in una decina di casi delle richieste che esigono, per poter essere adottate, una modifica dei Trattati. Pertanto, il Parlamento europeo ha colto l'occasione per presentare, immediatamente dopo la conclusione della Conferenza, una risoluzione che chiede al Consiglio europeo di convocare una Convenzione, come previsto dall'art. 48 del Trattato di Lisbona, per avviare la procedura di revisione del Trattato stesso. Il PE intendeva in tal modo capitalizzare subito quella parte delle richieste dei cittadini europei che coincidono con le proposte avanzate spesso dallo stesso Parlamento (in particolare l'attribuzione al PE di un diritto di iniziativa legislativa e la soppressione della regola dell'unanimità a vantaggio delle decisioni a maggioranza) che considera essenziali per rendere più democratica e più efficace l'Unione europea. Purtroppo, al fine di riunire una maggioranza all'interno del Parlamento che adottasse rapidamente il progetto di risoluzione, i redattori di quest'ultima hanno aggiunto nel testo una richiesta interna alla Commissione per gli affari costituzionali (AFCO) di proseguire i lavori su possibili modifiche ulteriori dello stesso Trattato e di elaborare un rapporto per il mese di gennaio

2023. Questo mandato interno allo stesso Parlamento ha fornito un alibi indiretto al Consiglio dei ministri – in seno al quale gli Stati membri sono divisi sull’idea di riformare a breve il Trattato di Lisbona – per non dare un seguito immediato alla richiesta del Parlamento e per rinviare ogni decisione alla primavera del 2023. Questa decisione rende problematico l’avvio di una Convenzione per la modifica dei Trattati prima delle elezioni europee del maggio/giugno 2024 poiché gli Stati membri vorranno sfruttare a fini elettorali le decisioni che saranno prese in seno al Consiglio prima della scadenza elettorale sulla base delle proposte che presenterà nel frattempo la Commissione europea a Trattati vigenti.

7. Bibliografia essenziale.

S. Demonfort, *Quel bilan pour l’initiative citoyenne européenne?*, in *Politeia*, n. 27/2015, pp. 315-331.

L. Guilloud-Colliat, *La mise en oeuvre de l’initiative citoyenne européenne: anatomie d’un échec*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, n. 4/2018, pp. 175-200.

Ch. Kaddous, *L’initiative citoyenne: un instrument de démocratie directe à l’échelle de l’Union européenne*, in Ch. Kaddous e A. Auer (a cura di), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bruylant, LGDJ, 2006, pp. 317-333.

N. Levrat, *L’initiative citoyenne européenne: une réponse au deficit démocratique?*, in *Cahiers de droit européen*, n. 1/2011, pp. 53-101.

J. Mendes, *Participation and the role of law after Lisbon: a legal view on Article 11 TEU*, in *Common Market Law Review*, n. 48/2011, pp. 1849-1878.

A. Moravcsik, *In defense of the democratic deficit: reassessing legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, n. 4/2002, pp. 603-624.

P. Ponzano, *L’initiative citoyenne européenne : la démocratie participative à l’épreuve*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, n. 4/2012, pp. 615-626.

S. Schott, *L’initiative citoyenne et la démocratisation de l’Union européenne*, in *Politeia*, n. 18/2010, pp. 343-361.

Abstract: L’articolo riassume le origini della Conferenza e le posizioni assunte dai governi nazionali e dalle Istituzioni europee. La Conferenza sul futuro dell’Europa è stata il primo tentativo di far partecipare direttamente i rappresentanti dei cittadini europei alla

definizione delle politiche dell'Unione e all'eventuale revisione dei Trattati europei (mentre i tentativi pregressi di democrazia partecipativa in seno all'Unione europea non hanno dato i risultati sperati). L'articolo riassume le proposte legislative e le misure concrete che i cittadini chiedono alle Istituzioni europee di adottare sulla base dei Trattati vigenti oppure, nel circa 5% dei casi, attraverso la modifica dei Trattati e il conseguente ampliamento delle competenze dell'Unione europea. I risultati della Conferenza sono stati positivi anche se la partecipazione diretta dei cittadini è stata inferiore ad altre consultazioni effettuate dalle Istituzioni europee e, soprattutto, non ha dato luogo a dibattiti transnazionali tra le organizzazioni della società civile. L'articolo sottolinea il carattere problematico della riforma dei Trattati poiché il Parlamento europeo non ha ancora approvato una riforma complessiva e non v'è ancora un consenso tra gli Stati membri in merito alla possibile revisione dei Trattati.

Abstract: The article summarizes the origins of the Conference and the positions taken by national governments and European institutions. The Conference on the Future of Europe was the first attempt to directly involve the representatives of the European citizens in the definition of the Union's policies and in the possible revision of the European Treaties (while previous attempts at participatory democracy within the European Union did not produce the desired results). The article summarizes the legislative proposals and concrete measures that citizens ask the European institutions to adopt based on the current Treaties or, in about 5% of cases, through the modification of the Treaties and the consequent extension of the European Union's powers. The results of the Conference were positive even if the direct participation of citizens was lower than other consultations carried out by the European institutions and, above all, did not give rise to transnational debates between civil society organizations. The article underlines the problematic nature of the revision of the Treaties which is not endorsed by all the Member States within the Council, and which still awaiting an organic proposal by the European Parliament.

Parole chiave: Conferenza sul Futuro dell'Europa – Revisione dei Trattati – Cittadinanza europea – Partecipazione democratica – Riparto di competenze tra Stati e Unione.

Key words: Conference on the Future of Europe – Revision of the European Treaties – European citizenship – Participatory democracy – Vertical allocation of powers.

LA PARTECIPAZIONE ITALIANA ALLA CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: LUCI E OMBRE*.

di Susanna Cafaro**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Gli organi deputati a promuovere la partecipazione italiana alla Conferenza sul futuro. – 3. Gli obiettivi e le iniziative della campagna di promozione. – 3.1. Gli studenti delle scuole. – 3.2. I giovani (universitari e non sol). 3.3. Gli attori socio-economici. – 3.4. Il grande pubblico: la nota dolente. – 4. Il ruolo della politica. – 5. Primi bilanci.

LXIV

1. Premessa.

La Conferenza sul futuro dell'Europa (di seguito CoFoE) era già nelle intenzioni della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen¹ sin dal suo discorso di insediamento e fortemente voluta dalla Francia di Macron. È stata lanciata tuttavia con forte ritardo a causa della pandemia di coronavirus, ma anche della necessità di trovare una formula che mettesse d'accordo le tre istituzioni politiche.

L'obiettivo della conferenza era stimolare il coinvolgimento dei cittadini europei nella determinazione della direzione verso la quale l'Unione sarebbe dovuta evolvere, ascoltarne le posizioni sulle sfide del momento e migliorare quelle aree di attività che necessitano di riforma o rafforzamento. L'ambizione di convocare un forum di confronto paneuropeo tra cittadini, e poi tra cittadini e istituzioni, non è del tutto nuova e ha avuto autorevoli precedenti a livello nazionale². Per l'Unione, tuttavia, era un esperimento inedito.

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Ordinaria di Diritto dell'Unione europea – Università del Salento. *Jean Monnet Chair of Legal Theory of European Integration*. Membro del Comitato scientifico italiano per la Conferenza sul Futuro dell'Europa.

¹ U. von der Leyen, *A Union that strives for more: My agenda for Europe. Political Guidelines for the Next European Commission 2019–2024*, Bruxelles.

² Numerose sono state a livello nazionale le esperienze di democrazia deliberativa che coinvolgono un *forum* di cittadini. Dopo la crisi finanziaria del 2008 sia l'Irlanda che l'Islanda hanno sperimentato modalità di revisione costituzionale con questa formula. In Belgio, un esperimento di questo tipo è ancora in corso, con la denominazione G1000, dal 2012. Si tratta tuttavia di un *trend* globale, si vedano, tra le altre, l'esperienza della *British Columbia* in Canada nel 2004 e dell'Australia nel 1998. Per un approfondimento si rinvia al Rapporto dell'OCSE *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions, Catching the Deliberative Wave*, 2020, consultabile online su <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/339306da/en/index.html?itemId=/content/publication/339306da-en>.

Nel marzo 2021, il Parlamento europeo, il Consiglio dell'UE e la Commissione europea concordavano, in una dichiarazione congiunta, le regole e i principi comuni su cui l'esercizio democratico sarebbe stato fondato³, accordandosi su una gestione della CoFoE condivisa tra le tre istituzioni, a partire dalla presidenza. I partecipanti alla piattaforma e gli organizzatori di eventi ad essa collegati si impegnavano a rispettare una Carta della Conferenza, che evidenziasse anzitutto i diritti fondamentali e i principi democratici imprescindibili nell'esercizio di queste facoltà, ma anche gli standard di trasparenza, protezione dei dati e rispetto dell'identità visiva⁴.

Il lancio dell'iniziativa è avvenuto simbolicamente il 9 maggio 2021 – la conclusione il 9 maggio 2022 – tuttavia la piattaforma multilingue era online già dal 21 aprile precedente ed una serie di attività correlate hanno preceduto o seguito queste date.

Il processo è stato immaginato su un doppio binario, di fatto due diversi percorsi destinati a convergere: uno di democrazia partecipativa in senso stretto ed un secondo ascrivibile al modello della democrazia deliberativa. Il primo si avvaleva di una piattaforma multilingue in cui i cittadini potevano caricare idee e proposte, ma anche promuovere eventi dedicati nell'ambito di una delle 9 aree tematiche previste (più un testo libero “altre idee”⁵); il secondo si fondava sulla creazione di quattro panel, ciascuno composto da 200 cittadini e cittadine sorteggiati tra i 27 Stati membri, rappresentative della diversità dell'Unione per origine geografica (cittadinanza e contesto urbano/rurale), per genere, età, contesto socioeconomico e livello di istruzione. Un terzo di ogni panel era composto da giovani di età compresa tra i 16 e i 25 anni.

Nelle intenzioni della Commissione, successivamente confermate dal Parlamento, questo doppio esercizio era finalizzato ad una revisione dei Trattati europei. Tuttavia, il Consiglio è rimasto ambiguo sul punto e gli Stati membri hanno preso posizioni differenti tra loro. In ogni caso, a prescindere dal seguito che verrà dato a questo esercizio democratico, la Conferenza rappresenta un momento importante di evoluzione della democrazia europea in direzione partecipativa ed un cambio di passo nel rapporto tra l'Unione e i suoi cittadini. Potrebbe anche portare anche ad alcuni aggiustamenti nella formula democratica europea ovvero nel processo di adozione di alcuni atti legislativi. Non è raro, d'altronde,

³ *Joint Declaration on the Conference on the Future of Europe*, 10 March 2021, consultabile sul sito <https://www.politicheeuropee.gov.it/en/conference-on-the-future-of-europe/documents/joint-declaration-on-the-conference-on-the-future-of-europe/>.

⁴ *Carta della Conferenza*, <https://futureu.europa.eu/it/pages/charter?locale=it>.

⁵ <https://futureu.europa.eu/>.

nell'ordinamento dell'Unione, che un esperimento di successo venga poi codificato, gli esempi in tal senso non mancano⁶.

Nel caso della Conferenza sul Futuro, al di là del lancio di un processo di revisione ritenuto utile e opportuno, l'obiettivo perseguito era quello far crescere la giovane democrazia europea e accorciare la distanza tra l'Unione e i suoi cittadini, riducendo quel gap che inevitabilmente si crea tra un'elezione e l'altra del Parlamento europeo⁷.

Gli organismi e le procedure di partecipazione sono generalmente meno formali delle strutture tradizionali della democrazia rappresentativa e sono intesi a completarle. Anche se il processo decisionale non viene spostato dalle legittime sedi istituzionali, i panel dei cittadini europei sono stati istituiti per far sentire la voce degli individui, aumentare la consapevolezza della classe politica sulle loro esigenze e per fornire suggerimenti.

I panel dei cittadini sono stati gestiti direttamente a livello europeo. L'Italia ha ospitato una sessione del Panel dei cittadini europei su *Democrazia europea, valori e diritti, stato di diritto, sicurezza* la terza e ultima – in cui è stata coinvolta nei profili organizzativi – nella cornice dell'Istituto universitario europeo (IUE) a Firenze, in Italia, e da remoto. Cittadini di varia età, formazione ed estrazione sociale, di tutti gli Stati membri, hanno adottato 39 raccomandazioni per il futuro dell'Europa nei settori della democrazia europea, dei valori e dei diritti, dello stato di diritto e della sicurezza. I relatori si sono concentrati sulla garanzia dei diritti e della non discriminazione; sulla protezione della democrazia e della *rule of law*; sulle riforme istituzionali e sulla costruzione di un'identità europea, anche attraverso il rafforzamento della partecipazione dei cittadini⁸.

⁶ Ad esempio, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, era necessaria la convocazione di una conferenza intergovernativa per la revisione dei Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione. Dal 2009, l'articolo 48, comma 3 TUE prevede la convocazione di una convenzione composta dai rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione. La convenzione, un organo che era stato sperimentato nella redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e successivamente nella redazione del Progetto di costituzione, è diventata quindi un passaggio necessario dell'*iter* di revisione. Anche se questa si limita a discutere proposte di modifica e a presentare una raccomandazione, adottata per consenso, alla conferenza intergovernativa – che rimane quindi il fulcro principale del procedimento di revisione dei trattati – si è trattato comunque di un'apertura del processo di revisione che prima era attuato esclusivamente a porte chiuse in sede diplomatica.

⁷ In U. von der Leyen, *A Union that strives for more*, cit., possiamo leggere: “*I want Europeans to build the future of our Union. They should play a leading and active part in setting our priorities and our level of ambition. I want citizens to have their say at a Conference on the Future of Europe, to start in 2020 and run for two years. The Conference should bring together citizens, including a significant role for young people, civil society and European institutions as equal partners*”, p. 19.

⁸ RegISTRAZIONI delle due sessioni giornaliere sono disponibili online sul sito del Multimedia Centre del Parlamento europeo: https://multimedia.europarl.europa.eu/en/package/conference-on-the-future-of-europe_17609.

Un ruolo proattivo dei governi nazionali era invece particolarmente auspicabile nella promozione della partecipazione dei cittadini alla piattaforma online. In ogni Stato membro dell'Unione questo esercizio democratico partecipativo è stato modellato in modo diverso. Era, in ultima analisi, nelle mani dei governi nazionali promuovere o ignorare questo processo, diffondendo informazioni efficaci e fornendo un reale incoraggiamento per indurre i cittadini a parteciparvi. A poco servono i processi partecipativi, infatti, se non sono realmente *partecipati*. In Italia la partecipazione alla piattaforma CoFoE è stato l'oggetto, come si vedrà, di una strategia nazionale articolata.

L'unico criterio efficace per valutare se la Conferenza sul futuro dell'Europa possa considerarsi un successo è nei numeri: quanti caricamenti, clic, condivisioni, eventi sono realmente necessari per decretare riuscito l'esperimento?

I numeri finali non sono eccezionalmente buoni, né mostrano un completo fallimento: una valutazione onesta è in qualche modo nel mezzo. Quasi 5 milioni di visitatori individuali, oltre 750.000 partecipanti, 18.000 idee dibattute e oltre 6.500 eventi organizzati non sono poi così tanti per un'Unione di circa 450 milioni di cittadini. Tuttavia, non sono tali da rendere l'iniziativa irrilevante o gli esiti trascurabili.

2. Gli organi deputati a promuovere la partecipazione italiana alla Conferenza sul futuro.

In Italia, questo processo partecipativo è iniziato con la presa di posizione dello stesso Governo italiano, attraverso un documento informale denominato *Non-paper italiano sulla Conferenza sul futuro dell'Europa*, del 14 febbraio 2020⁹. Il Governo italiano si è detto decisamente favorevole a una sostanziale revisione dei Trattati europei a seguito della CoFoE.

Il Governo ha poi istituito due organismi temporanei dedicati ad amplificare l'invito europeo ai cittadini a contribuire alla piattaforma online. Il quadro di gestione è stato creato con Decreti del Presidente del Consiglio che istituiscono un Comitato Scientifico per il Futuro dell'Europa, un Comitato Organizzativo – co-presieduto e co-gestito dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (MAECI) e dal Dipartimento per le

⁹ <https://www.politicheeuropee.gov.it/en/conference-on-the-future-of-europe/documents/italian-non-paper>.

Politiche europee (DPE) – e una Segreteria tecnica¹⁰.

I 35 membri del Comitato Scientifico sono stati selezionati dimostrando la dovuta attenzione non solo all'equilibrio di genere e alla differenziazione geografica, ma anche alla rappresentanza accademica interdisciplinare e al coinvolgimento di rinomati *think tank* e rilevanti rappresentanti della società civile. L'equilibrio intergenerazionale è stato meno riuscito con un solo membro di un'organizzazione giovanile: la Gioventù federalista europea (JEF). I due copresidenti, un uomo e una donna provenienti da differenti percorsi professionali, ben esemplificano questo sforzo di equilibrio: l'ambasciatore Ferdinando Nelli Feroci e la professoressa e avvocato Paola Severino.

Come primo passo, il Comitato scientifico si è suddiviso in quattro gruppi di lavoro tematici dedicati alla politica estera e alla proiezione internazionale dell'Unione; agli affari istituzionali; alla *governance* economica e alla politica sociale; a clima, energia e salute. Con una certa approssimazione, possiamo dire che i temi dei quattro gruppi di lavoro rispecchiano in una certa misura quelli dei quattro Panel dei cittadini istituiti dalla CoFoE. L'obiettivo dei primi incontri di gruppo da agosto a settembre 2021 è stato discutere e riconoscere le questioni rilevanti in ciascuna delle quattro aree in relazione alla CoFoE. I quattro macro-temi sono stati articolati in punti al fine di orientare le potenziali discussioni dei cittadini e predisporre materiale per dibattiti ed eventi. Anche se ogni gruppo ha interpretato in modo diverso questo specifico ruolo, i documenti – pur informali e non ufficiali – sono stati diffusi nella plenaria del Comitato scientifico e condivisi con il Comitato organizzativo. Questi contributi sono pubblicati nel volume *Conferenza sul futuro dell'Europa. Relazione sul contributo del Governo italiano*, liberamente scaricabile dal sito del Dipartimento per le politiche europee¹¹.

Questo primo esercizio, tuttavia, si è rivelato non particolarmente significativo per l'attività del Comitato Scientifico nelle successive nove riunioni plenarie. Questi incontri si sono svolti mensilmente e per lo più *online*. Le discussioni hanno fornito spunti e *feedback* al comitato organizzativo che ha svolto il lavoro sul campo. Se ne può concludere che il Comitato Scientifico ha sostanzialmente svolto la funzione di organo consultivo – reagendo, commentando e proponendo, talvolta anche ratificando – le scelte e le attività

¹⁰ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.) of 20 April 2021, modified on 2 July 2021, e d.P.C.M. del 15 luglio 2021, allegati 2, 3 e 4, *Conferenza sul futuro dell'Europa, Relazione del Governo sul contributo italiano*. https://www.politicheeuropee.gov.it/media/6373/futuroeuropa_volume_web.pdf.

¹¹ *Conferenza sul futuro dell'Europa, Relazione del Governo sul contributo italiano, liberamente scaricabile online dal sito* https://www.politicheeuropee.gov.it/media/6373/futuroeuropa_volume_web.pdf.

condotte dall'organo di governo incaricato di gestire la campagna.

Quest'ultimo è stato co-presieduto e cogestito dal DPE, posto sotto la Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal MAECI. Insieme, i funzionari di questi due rami dell'amministrazione governativa hanno composto la segreteria tecnica, cui partecipavano anche i rappresentanti delle conferenze degli enti locali: regioni, province, comuni e comunità montane. In termini generali, il Governo ha voluto stimolare il dibattito a tutti i livelli e ha puntato a una partecipazione significativa degli studenti – sia delle università che delle scuole superiori – degli enti locali e della società civile. Sebbene la discussione sui temi della CoFoE sia stata aperta a tutta la cittadinanza, gli interlocutori privilegiati sono stati i giovani, considerati i protagonisti della consultazione. Il coinvolgimento dei ragazzi ha avuto anche una dimensione internazionale grazie ad iniziative multi-bilaterali. Due eventi sono stati progettati su temi specificamente pensati per coinvolgere i giovani dei Balcani occidentali e del vicinato meridionale. Tutte queste iniziative sono state intese anche nello spirito di perseguire il più ampio obiettivo di promuovere l'Anno europeo della gioventù.

3. Gli obiettivi e le iniziative della campagna di promozione.

Il governo italiano, attraverso la struttura di *governance* già illustrata, ha perseguito due finalità parallele: (1) promuovere il caricamento sulla piattaforma di un numero quanto più elevato di contributi, anche attraverso l'organizzazione di eventi dedicati; (2) diffondere nella popolazione la consapevolezza dell'esercizio democratico in corso affinché, anche senza una diretta sollecitazione, chiunque fosse interessato – individui, società civile e altri corpi intermedi della società – potesse di propria iniziativa contribuire nei modi e nelle forme più opportuni. Tutte le iniziative riportate di seguito sono quindi parte di un'articolata campagna che è durata un anno, con un *budget* dedicato e finalizzata a perseguire i due obiettivi, di cui il primo è in realtà ancillare al secondo ed entrambi rispondono al fine più ambizioso di aumentare la consapevolezza dei cittadini italiani su quanto avviene in sede europea¹².

¹² Tutte le iniziative della campagna sono riportate dettagliatamente nel volume reperibile online *Conferenza sul futuro dell'Europa*, cit.

3.1. Gli studenti delle scuole.

Il 14 ottobre 2021 è stato pubblicato il bando del concorso *L'Europa è nelle tue mani!*, rivolto agli studenti delle scuole secondarie superiori, con l'intento di stimolare la riflessione sul futuro dell'UE attraverso un linguaggio adatto alle nuove generazioni. I partecipanti potevano inviare un prodotto creativo (presentazione digitale, video o altro contenuto specifico per i social media) sul futuro dell'Unione. Una commissione paritetica composta da rappresentanti della Direzione generale per lo studente, l'inclusione e l'orientamento scolastico del Ministero dell'istruzione (MI), del DPE e del MAECI ha valutato i 350 contributi pervenuti e ha selezionato le 21 classi vincitrici attribuendo dei premi in denaro con un vincolo di destinazione¹³. Inoltre, si sono svolti quattro webinar dedicati ai temi della CoFoE con docenti e studenti delle scuole secondarie, a cui hanno partecipato oltre cinquemila studenti.

LXX

3.2. I giovani (universitari e non).

Il 10 dicembre 2021 è stato pubblicato il bando *University 4 EU – Il tuo futuro, la nostra Europa* rivolto alle università e ad altri istituti di istruzione superiore. È stata lasciata ampia discrezionalità rispetto alle iniziative ammissibili. Ancora una volta è stata incentivata la creatività, come anche l'apertura delle università al tessuto sociale. Il coinvolgimento, insieme agli studenti, dei cittadini e della società civile costituiva infatti requisito di ammissibilità. Il comitato di valutazione era composto da funzionari in rappresentanza del Ministero dell'università e della ricerca (MUR), del DPE e del MAECI. Considerata l'elevata qualità dei 64 progetti presentati, la commissione li ha ritenuti tutti ammissibili al premio di 4000 euro – inizialmente previsto per i primi 50 – per favorire un maggiore impatto.

Le iniziative realizzate dalle università hanno avuto più di uno scopo: (i) hanno contribuito direttamente alla visibilità della CoFoE; (ii) sono state pubblicate sulla piattaforma online per un'ulteriore diffusione; (iii) hanno contribuito ad alimentare con nuovi interventi la piattaforma online. Diversi progetti hanno avuto un lato creativo e artistico, come laboratori

¹³ Il costo complessivo di 147.000 euro è stato suddiviso in premi di 7.000 euro per ogni classe, destinati all'acquisto di materiale didattico o per la realizzazione di iniziative formative legate all'Europa.

di progettazione architettonica, di spazi digitali/virtuali, mostre fotografiche e progetti grafici. Temi ricorrenti sono stati il cambiamento climatico, la solidarietà, l'economia circolare, l'energia, l'inclusione sociale, la parità di genere e il patrimonio culturale. Altre iniziative hanno affrontato più direttamente le sfide politiche della democrazia e dell'integrazione europea.

Un'altra iniziativa, sviluppata ufficialmente dal DPE, ma realizzata sostanzialmente dalle università su base volontaria, è stata la serie di appuntamenti denominata *Incontriamoci a ... per parlare del futuro dell'Europa*. I nove eventi – a respiro locale ma trasmessi in *streaming* – sono stati organizzati in nove città da nord a sud¹⁴ e hanno avuto diversi *focus* tematici legati ai temi della CoFoe. Sono stati coinvolti, insieme a studenti universitari, organizzazioni della società civile, esperti, autorità locali, nazionali ed europee.

Tutti gli incontri hanno seguito lo stesso *format*: una tavola rotonda seguita da una seconda sessione articolata in gruppi di lavoro in cui gli studenti hanno discusso tra loro gli *input* ricevuti e prodotto contenuti originali da caricare sulla piattaforma digitale e sul sito del Dipartimento per le politiche europee. Infine, due eventi particolarmente rilevanti hanno chiuso la serie. Un grande convegno conclusivo è stato organizzato l'11 aprile 2022 dal DPE dal MAECI e dal Comune di Roma in collaborazione con il Parlamento Europeo e la Commissione Europea, in un luogo altamente simbolico come il Campidoglio, lo stesso in cui venne firmato nel 1957 il trattato istitutivo della Comunità economica europea. Un secondo evento altrettanto simbolico si è tenuto a Ventotene alla vigilia della Festa dell'Europa, l'8 maggio.

Altri quattro eventi che hanno coinvolto i giovani sono stati organizzati in collaborazione con altrettanti uffici locali Europe Direct. Secondo i calcoli, più di 1.000 studenti hanno partecipato a questi 9 più 4 eventi. Ulteriori eventi sono stati organizzati con il Consiglio nazionale dei giovani coinvolgendo in particolare le associazioni giovanili.

Come già accennato, il MAECI ha organizzato due eventi volti a favorire il coinvolgimento dei giovani oltre confine. Nel novembre 2021 si è svolto a Roma il Forum dei giovani UE-Balcani, organizzato in collaborazione con il Consiglio di cooperazione regionale, l'Ufficio regionale per la cooperazione giovanile, il Centro di studi di politica internazionale e l'Osservatorio Balcani Caucaso Transeuropa. A questo evento hanno partecipato studenti provenienti da tutti gli Stati membri dell'UE e dai sei paesi dei Balcani occidentali. Gli studenti hanno discusso in gruppi di lavoro, su allargamento e istituzioni; identità e

¹⁴ Venezia, Milano, Bologna, Lecce, Teramo, Pavia, Catania, Firenze e Padova.

riconciliazione; sfide ambientali; integrazione economica; Spazio digitale europeo¹⁵ (EU-Balkan Youth Forum 2021). Il secondo evento, a dicembre 2021, si è tenuto nell'ambito del forum Giovani di Med-Dialogues, dedicato a clima, sostenibilità ambientale e *green economy*. Il futuro dell'Europa – e delle relazioni europee con i paesi del vicinato meridionale – è stato discusso in una sessione specificamente dedicata a un'agenda verde condivisa¹⁶.

3.3. Gli attori socio-economici.

Dialoghi specifici sono stati ospitati dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL). Questo ha tenuto una sessione sulla CoFoE per discutere quattro proposte con un *focus* socio-economico, che erano il risultato di incontri precedenti.

Inoltre, nei mesi di gennaio e febbraio 2022 si sono svolti due incontri con i rappresentanti dei giovani delle organizzazioni rappresentate al CNEL, promossi dalla Commissione Politiche UE e Cooperazione Internazionale, e in collaborazione con il Dipartimento per le Politiche Europee.

Particolarmente rilevante è il fatto che il CNEL abbia avviato con l'occasione una collaborazione con il DPE, si auspica che questa continui in futuro anche al di là della CoFoE, al fine di coinvolgere maggiormente gli attori economici italiani nella discussione delle politiche europee, tanto nella fase ascendente dell'elaborazione normativa che nella fase discendente dell'attuazione. Più in generale, appare molto positivo che il DPE abbia approfittato dell'opportunità offerta dalla Conferenza per iniziare a dialogare con numerosi attori istituzionali e non, magari ciò consentirà in futuro di incrementare la consapevolezza della dimensione europea nel dibattito politico italiano.

Un secondo filone di attività avviato dal Dipartimento per le Politiche Europee e condotto dalla primavera del 2021 è stata una raccolta di audizioni di rappresentanti di soggetti politici ed economici nonché della società civile. Ancora una volta, è stata rivolta

¹⁵ EU-Balkan Youth Forum 2021: “*What is Europe?*”, 22–26 November 2021 <https://www.eubalkanforum.org>.

¹⁶ MED – MEDITERRANEAN DIALOGUES is the annual high-level initiative promoted by the Italian Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation and ISPI (Italian Institute for International Political Studies) in Rome (<https://med.ispionline.it/>).

un'attenzione specifica alle organizzazioni giovanili¹⁷.

3.4. Il grande pubblico: la nota dolente.

Molto si potrebbe dire sulla strategia di comunicazione messa in atto dal Comitato Organizzatore. Le principali azioni sono state, ancora una volta, rivolte ai giovani, anche se con un *focus* più ampio. È stato realizzato uno *spot* – molto *giovane* nella sua concezione da videoclip – commissionato attraverso una selezione pubblica¹⁸. Questo è stato trasmesso sulla TV nazionale una mezza dozzina di volte al giorno; pur essendo un piccolo investimento, con visibilità molto ridotta rispetto a quella degli *spot* pubblicitari in televisione, è stato comunque considerato rilevante. Una campagna sui *social media* ha affiancato lo *spot* mostrando schede colorate su argomenti e idee della CoFoE. Due *influencer* sono stati incaricati di produrre contenuti per coinvolgere i *follower* sui temi della conferenza su *TikTok* e *Instagram*.

Tuttavia, le ripetute richieste dei membri del Comitato Scientifico di andare in onda per fornire informazioni, approfondimenti e commenti nei programmi televisivi di attualità non hanno avuto seguito. La Conferenza sul futuro è stata al centro di pochissimi programmi di attualità nel corso dell'anno e la grande maggioranza dei cittadini italiani è rimasta completamente all'oscuro della conferenza così come della campagna per promuoverla. L'Italia, tuttavia, non è stata un'eccezione. L'attenzione dei media sul CoFoE è stata bassa anche negli altri Stati membri¹⁹.

4. Il ruolo della politica.

Il governo italiano ha presentato, in una fase iniziale, una presa di posizione decisa sulla CoFoE, per quanto informale. Il già menzionato *Non-paper*, approvato dal Comitato interministeriale per gli affari europei il 14 febbraio 2020, dimostra la chiara intenzione di

¹⁷ I video delle audizioni sono disponibili *online* <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/conferenza-sul-futuro-delleuropa/audizioni/>.

¹⁸ <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/progetti-e-campagne/campagne-radio-tv/la-tua-parola-conta/>.

¹⁹ *Conference on the Future of Europe: What worked, what now, what next?*, High-Level Advisory Group Report, Conference on the Future of Europe Observatory, 22 febbraio 2022, https://conference-observatory.eu/wp-content/uploads/2022/03/High_Level_Advisory_Group_Report.pdf

voler approfittare della Conferenza per avviare un ripensamento e approfondimento degli obiettivi e degli strumenti dell'Unione attraverso una revisione dei trattati.

La proposta italiana ha suggerito due percorsi per le riforme europee: (1) innovazioni istituzionali che potrebbero contribuire a migliorare il funzionamento dell'Unione, in una prospettiva sovranazionale, e (2) chiare priorità politiche, ispirate alle esigenze contemporanee. Il documento può essere descritto come un testo decisamente progressista, la cui assertività è probabilmente anche dovuta all'esigenza di avviare un negoziato serrato con Paesi dalle posizioni più conservatrici²⁰.

Il Parlamento italiano ha svolto un'indagine conoscitiva per stimolare il dibattito. Inoltre, ha tenuto audizioni parlamentari che hanno coinvolto membri della società civile e rappresentanti delle istituzioni nazionali ed europee. Infine, il 27 aprile 2022, sia il Senato che le competenti Commissioni della Camera dei deputati hanno adottato linee guida che invitavano il Governo a sostenere le proposte emerse dalla CoFoE²¹, attraverso una revisione ordinaria del Trattato. Nel maggio 2022, il governo italiano ha poi sostenuto un *Non-paper* emesso congiuntamente insieme a Germania, Belgio, Lussemburgo, Olanda e Spagna chiedendo di avviare il processo di riforma dei trattati e l'attuazione delle proposte che scaturiscono dalla CoFoE²².

Nei momenti principali della campagna, culminata con gli Stati generali della Conferenza sul futuro dell'Europa tenutisi a Roma il 15 giugno 2022, tutti i ministri e i sottosegretari agli affari esteri ed europei si sono espressi con forza a favore di una posizione netta e coraggiosa dell'Italia. Nei loro interventi hanno promosso un'audace revisione dei trattati, al fine di rafforzare la dimensione istituzionale sovranazionale attraverso l'abolizione del voto all'unanimità, il passaggio a una più decisa dimensione comune nella *governance*

²⁰ Sul versante istituzionale, nel *non-paper* si promuove il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo (e della sua dimensione europea sia attraverso la legge elettorale sia attraverso le liste transnazionali per una quota di membri), soprattutto dove è carente, come nella *governance* economica. Si propone anche il rafforzamento dell'iniziativa dei cittadini, l'introduzione un *referendum* paneuropeo e che si avvii un dibattito sulla possibilità di elezione diretta del Presidente della Commissione europea. Infine, si chiede a gran voce il passaggio dall'unanimità al voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio in settori quali la sicurezza e la protezione sociale, le misure contro la discriminazione, la fiscalità e la politica estera e di sicurezza comune. Si chiede anche di sviluppare un'azione esterna dell'UE più forte a sostegno delle sue politiche interne. Per quanto riguarda le priorità politiche, le proposte del governo italiano si concentrano sulle questioni ambientali e sulla *green economy*, sul completamento dell'unione fiscale, sul completamento di una politica di migrazione e di asilo basata sulla solidarietà.

²¹ Conferenza sul Futuro dell'Europa: Relazione sul risultato finale, del 9 maggio 2022, <https://futureu.europa.eu/pages/reporting?locale=it>.

²² *Non-paper* presentato da Germania, Belgio, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna "on implementing the proposals of the Plenary of the "Conference on the Future of Europe" del 3 maggio 2022. <https://twitter.com/alemannoEU/status/1526922932970262528>.

economica e nella politica estera e di sicurezza comune e nel rafforzamento di competenze deboli, come la migrazione e la politica sociale o l'assistenza sanitaria.

Queste posizioni, scaturite anche dai contributi italiani alla conferenza e portate all'attenzione delle istituzioni europee, sono state successivamente presentate al Parlamento europeo dal Presidente del Consiglio Mario Draghi in un discorso pronunciato il 3 maggio 2022. Draghi, il primo *leader* dell'Unione a rivolgersi al Parlamento europeo in merito alla Conferenza sul Futuro, ha dichiarato, tra l'altro: “Abbiamo bisogno di un federalismo pragmatico, che abbracci tutti gli ambiti colpiti dalle trasformazioni in corso – dall'economia, all'energia, alla sicurezza. Se ciò richiede l'inizio di un percorso che porterà alla revisione dei Trattati, lo si abbracci con coraggio e con fiducia. Se dagli eventi tragici di questi anni sapremo trarre la forza di fare un passo avanti; se sapremo immaginare un funzionamento più efficiente delle istituzioni europee che permetta di trovare soluzioni tempestive ai problemi dei cittadini; Allora potremo consegnare loro un'Europa in cui potranno riconoscersi con orgoglio”²³.

Tuttavia, la Conferenza sul futuro non sembra aver trovato un'eco significativa nel dibattito politico italiano al di fuori dei luoghi e dei momenti ad essa dedicati. È presto per dire se il nuovo Governo, frutto delle elezioni del 25 settembre 2022, manterrà gli impegni assunti dal precedente.

I contributi caricati sulla piattaforma CoFoE dai cittadini italiani, così come quelli raccolti durante gli eventi della campagna, mostrano una forte propensione europeista. I giovani e gli attori della società civile hanno sottolineato in vari modi la necessità di un'Europa più sociale, un forte impegno per gli obiettivi ambientali e una politica migratoria che includa la condivisione degli oneri tra gli Stati membri. Come è giusto che sia, i cittadini sono più interessati alle scelte politiche che alle questioni istituzionali per quanto sia ben chiaro agli addetti ai lavori come le due dimensioni siano interconnesse. Solo un vero processo decisionale sovranazionale garantisce all'Unione europea gli strumenti per adottare politiche comuni. Al contrario, i critici si preoccupano principalmente della mancanza di efficienza o della risposta inadeguata dell'Unione a temi cruciali, che spesso ricadono in competenze deboli dell'Unione (definite complementari), processi intergovernativi e procedure che richiedono il voto unanime degli Stati membri.

Si potrebbe spiegare tale esito con la scarsa partecipazione degli euroscettici alla

²³ Discorso del Presidente Draghi alla Plenaria del Parlamento Europeo, Strasburgo, 3 maggio 2022. <https://www.astrid-online.it/static/upload/disc/discorso-presidente-draghi-plenaria-pe-3.5.2022.pdf>.

consultazione, agli eventi e forse all'intero processo. Questa, tuttavia, è una giustificazione parziale, dato che anch'essi potevano accedere alla piattaforma e sollecitare eventi per esprimere le posizioni euroscettiche, forse mancava il genuino interesse a farlo. Tuttavia, ogniqualevolta si presenta l'occasione per un ampio dibattito, sembra che non l'Europa in sé sia l'oggetto delle critiche, ma un certo modello di Europa e le politiche che attua.

Le consultazioni, osservate nella dimensione locale e nazionale, non hanno prodotto esiti significativamente diversi tra loro e rispetto ai *panel* europei. Le preoccupazioni e le posizioni espresse dai cittadini europei dimostrano che, tutto sommato, esiste una sfera politica europea o almeno un numero significativo di posizioni condivise. Soprattutto tra i giovani cittadini, c'è un'attenzione diffusa per gli obiettivi ambientali così come per l'occupazione, l'inclusione e la giustizia sociale.

5. Primi bilanci.

Nonostante una struttura di *governance* e un *budget* dedicato, la campagna italiana non ha pienamente raggiunto i suoi obiettivi. Abbiamo evidenziato come vi fosse la finalità più specifica, nell'organizzazione e promozione di eventi e iniziative, di promuovere la Conferenza sul futuro dell'Europa, accanto ad una più ampia, di incrementare la consapevolezza dell'opinione pubblica. Il primo obiettivo è stato raggiunto con successo, quanto meno rispetto agli attori *target* predefiniti: scuole e università. L'Italia è infatti al secondo posto tra gli Stati membri per numero di eventi (750 su un totale di 6.600). Sicuramente innovativa per l'esperienza politica italiana è stata l'attenzione alla fascia più giovane della popolazione.

Tuttavia, la campagna si è sovrapposta a una serie di iniziative che si sarebbero comunque realizzate, anche senza i finanziamenti previsti dal Governo. Si tratta degli eventi organizzati dalle organizzazioni europeiste e federaliste, degli eventi che coinvolgono la rete *Europe Direct* e di tutte quelle iniziative come convegni e seminari promossi nelle università dalle cattedre di studi europei, comprese le cattedre *Jean Monnet*.

Il secondo e più ampio obiettivo aveva i suoi strumenti dedicati, rivolti al grande pubblico, e si riteneva che vi avrebbe contribuito anche il raggiungimento con successo del primo obiettivo. La cassetta degli attrezzi, per quanto fornita – *spot* televisivi, *influencer*, campagne sui *social* – non includeva direttamente stampa, radio e televisione. L'obiettivo,

purtroppo, è stato largamente mancato: la CoFoE non è riuscita a sfondare il muro dei principali canali di informazione. Non solo è mancata una consapevolezza generale sulla piattaforma, ma quasi nulla è stato riportato sull'attività dei *panel* nei notiziari e nei programmi di attualità. Ciò sembra riflettere un *deficit* europeo più generale nella comunicazione,²⁴ come riportato dall'Eurobarometro. In media solo 1 europeo su 4 riferisce di aver sentito parlare della CoFoE,²⁵ quindi, la mancanza di informazione mediatica non è un problema italiano, ma europeo, o forse la somma di una serie di problemi nazionali²⁶. L'assoluta inadeguatezza dell'attenzione dei media durante l'intero processo purtroppo conferma il poco spazio che viene generalmente dedicato alle decisioni e alle dinamiche politiche europee.

L'occasione è stata propizia per uno sforzo creativo nelle Università.

Nell'Università del Salento, due iniziative sono state sostenute dal DPE nell'ambito della campagna: (i) un evento nell'ambito della serie *Incontriamoci a ...* e (ii) una serie di *podcast* denominata *Voci per il Futuro*²⁷. Inoltre, nell'ambito del corso di Diritto dell'Unione Europea, il coinvolgimento diretto degli studenti – realizzato attraverso quattro laboratori in cui gli studenti erano liberi di immaginare, suggerire e caricare sulla piattaforma CoFoE le loro riforme, firmate con il loro nome – ha generato un grande entusiasmo nell'esprimersi e argomentare. Al di là del risultato di oltre cinquanta caricamenti, tutti provenienti da gruppi di lavoro, la preparazione degli studenti si è rivelata in sede di esame ben sopra la media. La lezione appresa (o forse confermata) da questa esperienza è che gli strumenti di democrazia partecipativa sono anche ottimi strumenti didattici. Fortunatamente, nell'ambito degli studi europei, ve ne sono numerosi: è possibile, in classe, discutere e firmare iniziative dei cittadini europei, contribuire alle consultazioni *online* della Commissione europea o redigere petizioni. Sono tutte modalità che consentono di costruire un percorso formativo volto alla cittadinanza europea attiva che alimenti la

²⁴A. Michailidou e H-J Trenz, *The Future of Europe debate needs the intermediary power of journalism*, EUI transnational democracy blog, 7 March 2022. <https://blogs.eui.eu/transnational-democracy/the-future-of-europe-debate-needs-the-intermediary-power-of-journalism/>.

²⁵ Cfr. lo speciale Eurobarometro 517 del 2022. Va specificato che l'Eurobarometro sull'argomento è stato pubblicato nel marzo 2022 e ha riguardato il periodo settembre-ottobre 2021. Alla domanda "Ha letto di recente sulla stampa, visto su Internet o in televisione o sentito alla radio qualcosa sulla Conferenza sul futuro dell'Europa", hanno risposto in media 1 cittadino su 4 (media UE 23%) "Sì, ma non so davvero di cosa si tratta". Eurobarometro 2022: *Future of Europe* 2021. Speciale Eurobarometro 517, gennaio 2022. <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2554>, QA6).

²⁶ *Conference on the Future of Europe: What worked, what now, what next?*, cit..

²⁷Iniziativa proposta e realizzata con il contributo del Dipartimento per le politiche europee (bando per le università) dalla collega Claudia Morini. I *podcast* sono reperibili su tutte le principali piattaforme *online*.

consapevolezza insieme alle competenze e capacità. La partecipazione appare, infatti, un mezzo efficace non solo per contrastare il disinteresse per la vita democratica in generale, ma anche per motivare allo studio ed alimentare la riflessione e lo spirito critico.

Rimane il fatto che la Conferenza sul futuro dell'Europa, nella misura in cui ha raggiunto i cittadini, può essere qualificata come la più grande consultazione mai realizzata su scala europea e un passo avanti in quel *demos in divenire*, che costituisce il cuore dell'obiettivo di «Unione sempre più stretta» ribadito nei Trattati europei. È stato inoltre confermato dalla Commissione europea che il metodo dei *panel* verrà impiegato in alcuni processi legislativi già *in itinere*²⁸ e che gli strumenti di partecipazione *online* diventeranno sempre più fruibili. Tuttavia, che la CoFoE non abbia raggiunto la maggioranza dei cittadini non può essere definita che un'enorme occasione mancata. Un *team* di alti funzionari ministeriali, un comitato di esperti e un *budget* dedicato all'obiettivo specifico di dare sostanza alla cittadinanza europea è una circostanza, in questo come in altri Paesi membri, del tutto eccezionale. La lezione appresa è quindi – non dovrebbe sorprendere – la centralità dei *media* nella costruzione (o non costruzione) di un'autentica sfera politica europea.

Abstract: La Conferenza sul Futuro dell'Unione è stata voluta dalla Presidente della Commissione von der Layen per far crescere la giovane democrazia europea e accorciare la distanza tra l'Unione e i suoi cittadini, auspicabilmente anche per lanciare un opportuno processo di revisione dei Trattati europei. Tuttavia, questo esercizio democratico finalizzato a coinvolgere il più gran numero di cittadini europei richiedeva per concretizzarsi – come spesso accade in sede europea – un fattivo impegno dei governi nazionali. L'articolo illustra il versante italiano di questo processo, svoltosi nell'arco temporale che andava dal 9 maggio 2021 al 9 maggio 2022 – gli attori, le iniziative, gli esiti – e ne delinea un primo provvisorio bilancio.

Abstract: The Conference on the Future of the Union was launched on the initiative of the

²⁸ Si vedano la Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale al Comitato delle regioni. *Conferenza sul Futuro dell'Europa. Dalla visione all'azione*, del 17 giugno 2022, COM (2022) 404 *final* ed il *Programma di lavoro della Commissione per il 202 Un'Unione salda e unita*, del 18 ottobre 2022, COM (2022) 548 *final*. In quest'ultimo documento, a pagina 5 si legge: «In virtù del successo della Conferenza sul futuro dell'Europa, i panel di cittadini prendono ora parte alla definizione delle politiche della Commissione in taluni settori chiave. La nuova generazione di panel di cittadini delibererà sulle iniziative del prossimo anno in materia di sprechi alimentari, mobilità per l'apprendimento e mondi virtuali».

President of the Commission von der Layen to encourage the young European democracy to grow and to shorten the distance between the Union and its citizens, hopefully also to launch a useful process of revision of the European Treaties. However, this democratic exercise aimed at involving the greatest number of European citizens, required in order to materialize – as often happens in Europe – an active commitment from national governments. The article illustrates the Italian side of this process, which took place in the period from 9 May 2021 to 9 May 2022 – the actors, the initiatives, and the outcomes – and it outlines a first provisional assessment.

Parole chiave: Conferenza sul Futuro dell'Europa – Partecipazione democratica – Revisione dei Trattati – Processi istituzionali – Governance.

Key words: Conference on the Future of Europe – Participatory democracy – Revision of the European Treaties – Institutional processes – Governance.

LA PROPOSTA DI UN REFERENDUM EUROPEO E IL RAFFORZAMENTO DELLA DEMOCRAZIA EUROPEA*.

di Roberto Castaldi**

Sommario. 1. Le proposte della Conferenza sul futuro dell'Europa che richiedono una riforma dei Trattati. – 2. Dalla Conferenza ad una riforma dei Trattati. – 3. La proposta di istituire un Referendum europeo e il suo utilizzo per la ratifica delle riforme dei Trattati.

LXXX

1. Le proposte della Conferenza sul futuro dell'Europa che richiedono una riforma dei Trattati.

La Conferenza sul futuro dell'Europa ha coinvolto cittadini, rappresentanti della società civile e degli enti locali, parlamentari nazionali ed europei, Commissione europea e governi nazionali. Si è trattato di un primo esperimento di democrazia partecipativa e stocastica – con la partecipazione di cittadini sorteggiati – a livello europeo. Tale esercizio si è svolto sotto l'egida e su iniziativa delle istituzioni europee, ed in particolare del Parlamento europeo, della Commissione e del Consiglio dell'UE. Si è conclusa con un Rapporto finale¹ contenente 49 proposte sulle politiche e le istituzioni dell'Unione.

In questo saggio non vi è modo di analizzare tutte le 49 proposte, ma ci si soffermerà soltanto su quelle la cui implementazione richieda una riforma dei Trattati. Al fine di rendere tale analisi la più scientifica possibile, si prenderà come riferimento il *Preliminary technical assessment of the proposals and related specific measures contained in the report*

* *Sottoposto a referaggio.* Vorrei ringraziare le studiose e gli studiosi del Comitato scientifico del *Centro studi, formazione, comunicazione e progettazione sull'Unione europea e la Global Governance* (CesUE), con cui ho discusso le idee principali qui esposte, e gli anonimi referees per gli utili commenti formulati alla precedente versione di questo testo. Nonostante il loro aiuto, le eventuali mancanze rimaste sono interamente una mia responsabilità.

** Professore Associato di Filosofia politica – Università eCampus. Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul futuro dell'Europa.

¹ Il Rapporto è disponibile sul sito della Conferenza all'url https://futureu.europa.eu/rails/active_storage/blobs/redirect/eyJfcmFpbHMiOnsibWVzc2FnZSI6IkJBaHBBN1UzQVE9PSIsImV4cCI6bnVsbCwicHVyIjoiYmxvYl9pZCJ9fQ==--a8e0633a7b60d869ec3b2142f1ac7fd16743eb4b/Book_CoFE_Final_Report_EN_full.pdf.

on the final outcome of the Conference on the Future of Europe², predisposto dal Segretariato generale del Consiglio dell'UE, sebbene verranno svolte anche alcune osservazioni parzialmente dissenzianti da quelle del Segretariato.

Secondo tale documento le proposte la cui implementazione richiede una riforma dei Trattati riguardano soprattutto le competenze - le azioni proposte in settori quali l'educazione, la salute e la sanità non possono essere realizzate nel quadro di una competenza di sostegno, e dunque implicano che diventino competenze concorrenti - ed i meccanismi decisionali dell'Unione. Di seguito vengono raggruppate per tema, per mettere in evidenza come le proposte si concentrino su poche questioni fondamentali.

Diverse proposte riguardano l'istruzione e l'educazione e richiederebbero che questa passasse da una competenza di sostegno a una competenza concorrente, in cui fosse possibile includere misure di armonizzazione. Le riporto insieme di seguito, dal momento che implicano tutte la medesima riforma delle competenze.

- La Misura 6 della Proposta 6 chiede di rendere obbligatorio l'inserimento della biodiversità come materia nei programmi scolastici.
- La Misura 4 della Proposta 22 (ma anche la Misura 1 della Proposta 46) chiede di sviluppare e inserire nei programmi scolastici elementi di educazione civica europea, il che richiederebbe di rendere l'educazione una competenza concorrente per poterlo fare in modo sistematico e obbligatorio in tutti i Paesi membri.
- La Misura 4 della Proposta 27 chiede di inserire nei programmi scolastici azioni di contrasto alla disinformazione e alle *fake news*, il che richiederebbe che l'educazione divenisse una competenza concorrente.
- La Misura 5 della Proposta 29 mira a creare asili nido pubblici e privati economici o gratuiti per chi è in stato di bisogno. Anche tale misura richiederebbe che l'educazione divenisse una competenza concorrente.
- Le Misure 1 e 2 della Proposta 32 intende includere la *digital literacy* e *digital skills* nei percorsi formativi formali e informali, inclusi i programmi scolastici.
- La Misura 1 della Proposta 37 vuole garantire percorsi di educazione alla cittadinanza europea nell'educazione formale e informale di tutti gli Stati membri.

² Il documento è consultabile sul sito del Consiglio all'url <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10033-2022-ADD-1/en/pdf>.

- La Misura 1 della Proposta 46 chiede di fissare standard comuni europei rispetto alle materie fondamentali dei curricula scolastici, e l'inclusione dell'educazione civica europea.
- La Misura 2 della Proposta 48 chiede di rendere obbligatorio lo studio di una lingua UE diversa dalla propria madrelingua finalizzato al raggiungimento di un determinato livello certificato, ed in particolar modo di favorire l'insegnamento dell'inglese e delle lingue dei Paesi confinanti (specie nelle aree di confine).

Un secondo gruppo di proposte riguarda il rafforzamento dell'azione dell'Unione in materia di salute e sanità, e anche in questo caso la loro realizzazione richiede il passaggio da competenza di sostegno a competenza concorrente, proposta espressamente contenuta peraltro nella Misura 3 della Proposta 8 e nella Misura 3 della Proposta 10.

- La Misura 1 della Proposta 10 mira a stabilire degli standard minimi riguardo la sanità a livello europeo.
- La Misura 4 della Proposta 14 vuole assicurare in tutta l'Unione l'accesso alla sanità a tutte le persone (non i cittadini) sotto i 16 anni, indipendentemente dalla legislazione nazionale al riguardo.
- La Misura 8 della Proposta 15 intende garantire un adeguato accesso a sostegni sociali e sanitari per gli anziani. E nella misura in cui questo richiedesse la previsione di un obbligo per gli Stati membri o di standard minimi comuni, l'attuale competenza di sostegno non sarebbe sufficiente.

Un terzo gruppo di proposte riguarda l'ambito economico:

- La Misura 5 della Proposta 16 chiede di considerare ulteriormente il ricorso all'indebitamento a livello europeo per garantire condizioni del credito più favorevoli. Finora l'indebitamento comune è stato autorizzato una tantum, e per rendere tale possibilità permanente servirebbe una riforma dei Trattati.
- La Misura 7 della Proposta 18 invita a procedere ad acquisti comuni dell'energia a livello europeo. Esiste però una competenza nazionale rispetto alla struttura dell'approvvigionamento e delle fonti energetiche, che permette solo un coordinamento a livello europeo, che potrebbe anche portare ad acquisti comuni, ma che andrebbero decisi all'unanimità nella misura in cui impattino su tale competenza nazionale. Pertanto per rendere permanente e strutturale un sistema di acquisti comuni sarebbe necessario modificare i Trattati.

Un quarto gruppo di proposte riguarda il ruolo dell'Unione nel mondo:

- la Misura 1 della Proposta 21 prevede di passare dal voto all'unanimità al voto a maggioranza qualificata per quanto riguarda la politica estera e di sicurezza comune. Ciò sarebbe possibile anche mediante una revisione semplificata attraverso la clausola passerella generale (art.48 (7) TEU) o specifica (art. 31 (3) TEU). A meno che ciò non riguardasse anche decisioni con implicazioni militari per cui è indispensabile la procedura ordinaria di riforma dei Trattati.

- La Misura 3 della Proposta 21 vuole rafforzare i poteri dell'Alto Rappresentante per assicurare che l'UE parli con una voce unica. Il Segretariato del Consiglio nota che se ciò comportasse una modifica dei poteri della Commissione e del Presidente del Consiglio Europeo richiederebbe una riforma dei Trattati. Tuttavia, è possibile anche un'interpretazione più estensiva della richiesta, ovvero di avere una rappresentanza unitaria dell'Unione nelle principali organizzazioni internazionali, coordinata dall'Alto Rappresentante.

- La Misura 4 della Proposta 21 intende rafforzare l'unità e la capacità decisionale dell'UE in vista di futuri allargamenti, e il Segretariato la interpreta come la necessità di estendere il voto a maggioranza qualificata, con le implicazioni di cui *supra*.

- La Misura 1 della Proposta 23 riguarda l'impiego di forze armate comuni dell'UE e il Segretariato del Consiglio nota che non esistono, dato che i Trattati prevedono solo forze armate per l'UE messe a disposizione degli Stati membri. Quindi la creazione di forze armate dell'UE richiederebbe una modifica dei Trattati.

Un quinto gruppo di proposte riguardano i diritti dei cittadini, diversi da quelli in ambito sanitario già citati precedentemente:

- la Misura 5 della Proposta 15 promuove una sorta di mutuo riconoscimento del diritto di famiglia, in modo da tutelare i diritti delle famiglie che si spostino nel territorio dell'Unione, ad esempio da uno Stato che prevede l'adozione da parte di coppie omosessuali a uno che non la prevede. Su tali temi l'Unione non ha attualmente nessuna competenza.

- La Misura 4 della Proposta 25 intende rafforzare gli strumenti dell'UE a tutela dello stato di diritto e volti a sanzionarne la violazione. Ciò potrebbe comportare la modifica dell'art. 7 TEU.

Un sesto gruppo di proposte riguarda la democrazia e l'identità europea:

- la Misura 6 della Proposta 37 e la Misura 3 della Proposta 48 chiedono di rendere il 9 Maggio, Giorno dell'Europa, una festa pubblica in tutti gli Stati membri, ma attualmente le festività sono una competenza esclusiva degli Stati membri, su cui l'UE non può intervenire in alcun modo.
- La Misura 2 della Proposta 38 chiede di istituire un referendum europeo, da realizzarsi su proposta del Parlamento europeo su temi particolarmente rilevanti per i cittadini europei. Un tale istituto giuridico non è attualmente previsto dai Trattati e la sua creazione ne richiederebbe dunque la modifica.
- La Misura 4 della Proposta 38 è molto complessa e contiene diverse proposte, tra cui l'elezione diretta del Presidente della Commissione, l'attribuzione al Parlamento del diritto di iniziativa legislativa, entrambe non previste dai Trattati vigenti, l'assegnazione al solo Parlamento del potere di decidere sul bilancio e sulle risorse proprie.
- La Misura 1 della Proposta 39 prevede il completo superamento dell'unanimità in tutto il sistema decisionale dell'Unione a favore del voto a maggioranza qualificata. Alcuni casi potrebbero essere superati mediante le clausole passerella generica e specifiche, ma vi sono 27 casi in cui in virtù di espresse riserve, solo una modifica dei Trattati può renderlo possibile.
- La Misura 3 della Proposta 39 invita a cambiare i nomi delle istituzioni per renderle più comprensibili ai cittadini, trasformando il Consiglio in Senato e la Commissione, in Commissione Esecutiva. A tal fine è necessaria almeno una modifica formale dei Trattati, anche senza intaccare competenze e poteri delle istituzioni.
- La Misura 6 della Proposta 39 e la Misura 2 della Proposta 40 mirano al rafforzamento del Comitato Economico e Sociale e del Comitato delle Regioni rispettivamente. Secondo le modalità scelte per rafforzarli, entrambe potrebbero implicare una riforma dei Trattati.
- La Misura 1 della Proposta 40 intende dotare del diritto di iniziativa legislativa a livello europeo anche i Parlamenti nazionali e quelli regionali dotati di potestà legislativa. Inoltre, con una interpretazione più estensiva di quella offerta dal Segretariato del Consiglio, anche le seguenti proposte potrebbe implicare una riforma dei Trattati.
- La Misura 1 della Proposta 24 invita l'Unione a parlare con una sola voce e agire in modo unitario, senza divisioni causate da singoli Stati membri o da loro azioni. Il Segretariato fa riferimento alla possibilità del Consiglio di prendere decisioni sulla posizione dell'UE sui temi internazionali, ma la richiesta potrebbe essere intesa come quella di una

rappresentanza unitaria dell'UE nelle principali organizzazioni internazionali, il che comporterebbe una modifica dei Trattati dell'UE e di tali organizzazioni.

- La Misura 2 della Proposta 24 vuole rafforzare la capacità dell'UE di imporre sanzioni, e potrebbe essere interpretata come una richiesta di superare l'unanimità attualmente prevista su tale competenza.

- La Misura 7 della Proposta 39 chiede di riaprire il dibattito sulla Costituzione europea. Questo potrebbe essere inteso come una ripresa del tentativo di trasformare i Trattati in una vera Costituzione, il che implicherebbe una loro riforma.

Infine, va osservato che la Misura 6 della Proposta 40 esplicitamente richiede l'avvio di una Convenzione di riforma dei Trattati per implementare le proposte della Conferenza sul futuro dell'Europa.

LXXXV

2. Dalla Conferenza ad una riforma dei Trattati.

La sinossi del paragrafo precedente³ dimostra che molte proposte emerse dalla Conferenza sul futuro dell'Europa richiedono una riforma dei Trattati. Il Parlamento europeo si è fatto carico di tale esigenza approvando il 9 giugno 2022 la Risoluzione P9_TA(2022)0244 che chiede la Convocazione di una Convenzione di riforma dei Trattati e a tal fine presenta due emendamenti specifici. Tale proposta è stata sostenuta dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione⁴.

Il Trattato di Lisbona ha infatti riconosciuto con l'art. 48 TUE alla Commissione e al Parlamento europeo il potere di iniziativa in materia di riforma dei Trattati, che in precedenza era riservato soltanto agli Stati membri. In passato il Parlamento si è impegnato a utilizzare tale potere in diverse risoluzioni, ma poi non aveva mai proposto emendamenti dettagliati ad articoli specifici dei Trattati. Fino allo scorso 9 giugno, quando ha approvato la risoluzione P9_TA(2022)0244 ex art. 48, che comprende due aspetti diversi.

³ Questo paragrafo in parte riprende ed estende quanto esposto nel mio articolo *Il Consiglio starebbe violando i Trattati riguardo alla procedura di riforma*, pubblicato su EURACTIV Italia il 30 settembre 2022, e disponibile su <https://euractiv.it/section/futuro-delleuropa/news/il-consiglio-starebbe-violando-i-trattati-riguardo-alla-procedura-di-riforma/>.

⁴ Il discorso è disponibile sul sito della Commissione all'url https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493.

In primo luogo, suggerisce una serie di modifiche ai Trattati basate sui risultati della Conferenza: superare l'unanimità a favore del voto a maggioranza qualificata; rafforzare le competenze e i poteri dell'UE in materia di salute e di minacce sanitarie transfrontaliere, di difesa, energia, politiche sociali ed economiche; conferire al Parlamento il pieno diritto di codecisione sul bilancio dell'UE e il diritto di avviare, modificare o abrogare la legislazione; rafforzare gli strumenti dell'UE per la protezione dei valori fondamentali dell'UE. In sostanza una sintesi delle proposte analizzate nel Paragrafo precedente.

In secondo luogo, presenta formalmente degli emendamenti specifici agli artt. 29 e 48 TUE per superare l'unanimità a favore del voto a maggioranza qualificata, e indicando esplicitamente che questi costituivano una richiesta formale di apertura della procedura ordinaria di revisione del Trattato ex art. 48, secondo cui se il Parlamento, la Commissione o uno Stato membro propongono modifiche ai Trattati, il Consiglio le sottopone al Consiglio europeo e le notifica ai Parlamenti nazionali. Quindi, il Consiglio europeo decide a maggioranza semplice l'avvio di una procedura di riforma del Trattato. Questa passa attraverso una Convenzione europea - coinvolgendo i governi e i parlamenti nazionali, il Parlamento europeo e la Commissione - o una semplice Conferenza intergovernativa tra i soli governi nazionali, se gli emendamenti sono limitati.

Dopo l'approvazione della Risoluzione la presidente del Parlamento europeo, Roberta Metsola, ha scritto due volte lo scorso giugno alla presidenza di turno del Consiglio chiedendo di procedere. La presidenza ceca ha risposto alla Presidente Metsola soltanto il 27 luglio. Su richiesta di EURACTIV il 22 settembre il Consiglio ha confermato che "le due proposte specifiche di modifica dei trattati contenute nel punto 6 della risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 non sono ancora state presentate dal Consiglio al Consiglio europeo, né notificate ai parlamenti nazionali. Nella sua risposta del 27 luglio 2022 alle lettere inviate dalla Presidente del Parlamento europeo a questo proposito, il Consiglio ha preso atto della richiesta del Parlamento europeo di una Convenzione per la revisione dei Trattati e ha affermato il suo impegno ad agire nell'ambito delle proprie competenze e in conformità agli obblighi derivanti dai Trattati. Pertanto, il Consiglio presenterà a tempo debito le proposte del Parlamento europeo al Consiglio europeo e notificherà tali proposte ai parlamenti nazionali, conformemente all'articolo 48, paragrafo 2, del TUE".

Successivamente, la questione è stata affrontata al Consiglio Affari Generali del 18 ottobre 2022⁵, che ha preso atto dei due emendamenti proposti dal Parlamento, ma ha anche sottolineato che la Risoluzione del Parlamento auspica anche altre modifiche. Pertanto, ha ritenuto di attendere che il Parlamento concluda il suo lavoro sul tema, eventualmente presentando ulteriori emendamenti, prima di procedere con l'invio dei due emendamenti già presentati al Consiglio europeo e alla notifica dei Parlamenti nazionali. La maggioranza degli Stati membri ritiene di dare priorità alle proposte della Conferenza che non richiedono una modifica dei Trattati. Cioè, gli Stati membri non hanno alcuna voglia di avviare un processo di riforma. Perciò il Consiglio ha preso tempo, sfruttando il fatto che la Risoluzione del Parlamento menzionava anche altre riforme oltre ai due emendamenti specifici presentati. Così il Consiglio ha formalmente manifestato deferenza al Parlamento, e aggirato l'obbligo di inviare gli emendamenti al Consiglio europeo e di notificare i Parlamenti nazionali. Obbligo su cui l'art. 48 TEU non sembra affidargli alcuna discrezione, e che in base al principio della leale collaborazione non avrebbe dovuto richiedere molto tempo.

Il Consiglio avrebbe potuto – o forse dovuto - inviare gli emendamenti al Consiglio europeo, che a quel punto sarebbe chiamato a decidere a maggioranza semplice riguardo alla convocazione di una Convenzione. Il mandato della Convenzione potrebbe essere incentrato sui 2 emendamenti proposti dal Parlamento e sulle proposte emerse dalla Conferenza, la cui formulazione specifica si sarebbe potuta definire nel quadro della Convenzione stessa. La mole delle proposte della Conferenza, ed il fatto che riguardino aspetti diversi come le competenze dell'Unione, i suoi poteri ed i suoi meccanismi decisionali, suggerirebbero infatti la necessità di una Convenzione di riforma, e non di una mera Conferenza intergovernativa.

La scelta fatta del Consiglio invece apre uno spazio di manovra politica molto rilevante al Parlamento europeo. Che potrebbe interpretarla come una responsabilità a predisporre tutti gli emendamenti necessari a realizzare le proposte della Conferenza. In tal modo il Parlamento acquisirebbe un importante potere di agenda *setting* dei lavori della Convenzione, dal momento che a quel punto gli emendamenti presentati dal Parlamento dovrebbero necessariamente costituire la base di lavoro della Convenzione. Inoltre,

⁵ Cfr. La posizione sul tema, disponibile sul sito del Consiglio all'url <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2022/10/18/>.

costituisce una sfida per il Parlamento, chiamato a trovare un accordo su un vasto novero di emendamenti, che nel loro insieme dovranno a quel punto configurare una riforma organica dei Trattati. Pertanto, fa dipendere i tempi della messa all'ordine del giorno dell'avvio della procedura di riforma, alla capacità del Parlamento di predisporre e approvare una proposta complessiva di riforma dei Trattati. In sostanza il Consiglio ha di fatto alzato l'asticella dell'ambizione e preso tempo, spostando sul Parlamento l'onere di accelerare, se ne è capace.

La sinossi del paragrafo precedente dimostra che molte proposte emerse dalla Conferenza sul futuro dell'Europa richiedono una riforma dei Trattati. Il Parlamento europeo si è fatto carico di tale esigenza approvando il 9 giugno 2022 la Risoluzione P9_TA(2022)0244 che chiede la Convocazione di una Convenzione di riforma dei Trattati e a tal fine presenta due emendamenti specifici. Tale proposta è stata sostenuta dalla Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione⁶.

Il Trattato di Lisbona ha infatti riconosciuto con l'art. 48 TUE alla Commissione e al Parlamento europeo il potere di iniziativa in materia di riforma dei Trattati, che in precedenza era riservato soltanto agli Stati membri. In passato il Parlamento si è impegnato a utilizzare tale potere in diverse risoluzioni, ma poi non aveva mai proposto emendamenti dettagliati ad articoli specifici dei Trattati. Fino allo scorso 9 giugno, quando ha approvato la risoluzione P9_TA(2022)0244 ex art. 48, che comprende due aspetti diversi.

In primo luogo, suggerisce una serie di modifiche ai Trattati basate sui risultati della Conferenza: superare l'unanimità a favore del voto a maggioranza qualificata; rafforzare le competenze e i poteri dell'UE in materia di salute e di minacce sanitarie transfrontaliere, di difesa, energia, politiche sociali ed economiche; conferire al Parlamento il pieno diritto di codecisione sul bilancio dell'UE e il diritto di avviare, modificare o abrogare la legislazione; rafforzare gli strumenti dell'UE per la protezione dei valori fondamentali dell'UE. In sostanza una sintesi delle proposte analizzate nel Paragrafo precedente.

In secondo luogo, presenta formalmente degli emendamenti specifici agli artt. 29 e 48 TUE per superare l'unanimità a favore del voto a maggioranza qualificata, e indicando esplicitamente che questi costituivano una richiesta formale di apertura della procedura ordinaria di revisione del Trattato ex art. 48, secondo cui se il Parlamento, la Commissione

⁶ Il discorso è disponibile sul sito della Commissione all'url https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493.

o uno Stato membro propongono modifiche ai Trattati, il Consiglio le sottopone al Consiglio europeo e le notifica ai Parlamenti nazionali. Quindi, il Consiglio europeo decide a maggioranza semplice l'avvio di una procedura di riforma del Trattato. Questa passa attraverso una Convenzione europea - coinvolgendo i governi e i parlamenti nazionali, il Parlamento europeo e la Commissione - o una semplice Conferenza intergovernativa tra i soli governi nazionali, se gli emendamenti sono limitati.

Dopo l'approvazione della Risoluzione la presidente del Parlamento europeo, Roberta Metsola, ha scritto due volte lo scorso giugno alla presidenza di turno del Consiglio chiedendo di procedere. La presidenza ceca ha risposto alla Presidente Metsola soltanto il 27 luglio. Su richiesta di EURACTIV il 22 settembre il Consiglio ha confermato che «le due proposte specifiche di modifica dei trattati contenute nel punto 6 della risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 non sono ancora state presentate dal Consiglio al Consiglio europeo, né notificate ai parlamenti nazionali. Nella sua risposta del 27 luglio 2022 alle lettere inviate dalla Presidente del Parlamento europeo a questo proposito, il Consiglio ha preso atto della richiesta del Parlamento europeo di una Convenzione per la revisione dei Trattati e ha affermato il suo impegno ad agire nell'ambito delle proprie competenze e in conformità agli obblighi derivanti dai Trattati. Pertanto, il Consiglio presenterà a tempo debito le proposte del Parlamento europeo al Consiglio europeo e notificherà tali proposte ai parlamenti nazionali, conformemente all'articolo 48, paragrafo 2, TUE.

Successivamente, la questione è stata affrontata al Consiglio Affari Generali del 18 ottobre 2022⁷, che ha preso atto dei due emendamenti proposti dal Parlamento, ma ha anche sottolineato che la Risoluzione del Parlamento auspica anche altre modifiche. Pertanto, ha ritenuto di attendere che il Parlamento concluda il suo lavoro sul tema, eventualmente presentando ulteriori emendamenti, prima di procedere con l'invio dei due emendamenti già presentati al Consiglio europeo e alla notifica dei Parlamenti nazionali. La maggioranza degli Stati membri ritiene di dare priorità alle proposte della Conferenza che non richiedono una modifica dei Trattati. Cioè, gli Stati membri non hanno alcuna voglia di avviare un processo di riforma. Perciò il Consiglio ha preso tempo, sfruttando il fatto che la Risoluzione del Parlamento menzionava anche altre riforme oltre ai due emendamenti

⁷ Cfr. La posizione sul tema, disponibile sul sito del Consiglio all'url <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2022/10/18/>.

specifici presentati. Così il Consiglio ha formalmente manifestato deferenza al Parlamento, e aggirato l'obbligo di inviare gli emendamenti al Consiglio europeo e di notificare i Parlamenti nazionali. Obbligo su cui l'art. 48 TEU non sembra affidargli alcuna discrezione, e che in base al principio della leale collaborazione non avrebbe dovuto richiedere molto tempo.

Il Consiglio avrebbe potuto – o forse dovuto – inviare gli emendamenti al Consiglio europeo, che a quel punto sarebbe chiamato a decidere a maggioranza semplice riguardo alla convocazione di una Convenzione. Il mandato della Convenzione potrebbe essere incentrato sui 2 emendamenti proposti dal Parlamento e sulle proposte emerse dalla Conferenza, la cui formulazione specifica si sarebbe potuta definire nel quadro della Convenzione stessa. La mole delle proposte della Conferenza, ed il fatto che riguardino aspetti diversi come le competenze dell'Unione, i suoi poteri ed i suoi meccanismi decisionali, suggerirebbero infatti la necessità di una Convenzione di riforma, e non di una mera Conferenza intergovernativa.

La scelta fatta del Consiglio invece apre uno spazio di manovra politica molto rilevante al Parlamento europeo. Che potrebbe interpretarla come una responsabilità a predisporre tutti gli emendamenti necessari a realizzare le proposte della Conferenza. In tal modo il Parlamento acquisirebbe un importante potere di agenda *setting* dei lavori della Convenzione, dal momento che a quel punto gli emendamenti presentati dal Parlamento dovrebbero necessariamente costituire la base di lavoro della Convenzione. Inoltre, costituisce una sfida per il Parlamento, chiamato a trovare un accordo su un vasto novero di emendamenti, che nel loro insieme dovranno a quel punto configurare una riforma organica dei Trattati. Pertanto, fa dipendere i tempi della messa all'ordine del giorno dell'avvio della procedura di riforma, alla capacità del Parlamento di predisporre e approvare una proposta complessiva di riforma dei Trattati. In sostanza il Consiglio ha di fatto alzato l'asticella dell'ambizione e preso tempo, spostando sul Parlamento l'onere di accelerare, se ne è capace.

3. La proposta di istituire un Referendum europeo, e il suo utilizzo per la ratifica delle riforme dei Trattati.

La Misura 2 della Proposta 38 della Conferenza chiede di istituire un referendum europeo, da realizzarsi su proposta del Parlamento europeo su temi particolarmente rilevanti per i cittadini europei. La sua implementazione potrebbe costituire un momento di svolta nel processo di unificazione europea.

Dal punto di vista teorico e simbolico l'istituzione di un referendum europeo potrebbe essere interpretata come il riconoscimento dell'esistenza di un *demos* europeo⁸. Naturalmente avrebbe un carattere pluralista e federale, con caratteristiche e identità differenti da un popolo nazionale. Tuttavia, segnerebbe un punto di non ritorno nella concettualizzazione dell'Unione come un sistema di governo multilivello democratico, ovvero come una democrazia sovranazionale⁹.

La proposta della Conferenza lascia indeterminati molti aspetti fondamentali, tra cui la previsione o meno di un quorum di votanti; la possibilità di ulteriori modalità per richiedere un Referendum oltre alla richiesta del Parlamento; la sua natura consultiva o vincolante, abrogativa o propositiva o confermativa, ecc. Non si può sottovalutare la rilevanza delle scelte riguardo a tali aspetti, che determinerebbero in larga misura i caratteri del nuovo istituto referendario. Tuttavia, mi concentrerò su altre caratteristiche, cruciali rispetto al legame tra referendum europeo e popolo europeo.

La specifica natura federale del *demos* europeo potrebbe manifestarsi mediante la previsione di una doppia maggioranza: da un lato una maggioranza complessiva dei voti espressi a livello europeo, e dall'altro una maggioranza nazionale in una maggioranza di

⁸ La questione dell'esistenza o meno di un *demos* o di un popolo europeo è ampiamente dibattuta. Sul tema cfr. tra gli altri i saggi contenuti in *Il Federalista*, XLIX, 2007, 3, interamente dedicato alla questione del popolo, della sovranità e della democrazia europea, ed in particolare G. Rossolillo, *Popolo europeo, potere costituente e costruzione dello Stato federale europeo*, p. 196; ed inoltre S. Della Valle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè, 2002. Sul concetto di popolo federale, e sulla sua possibile applicazione a livello mondiale cfr. F. Rossolillo, *La sovranità popolare e il popolo federale mondiale come suo soggetto*, in *Il Federalista*, XXXVII, n. 3/1995, p. 156.

⁹ Sul tema cfr. R. Castaldi, *Conceptualizing and creating a European supra-national democracy. The challenge to save European Modern Civilization*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, Vol. 4, n. 1/2016.

Stati membri. Tale scelta metterebbe in evidenza la natura federale e composita dell'UE, un'unione di cittadini e di Stati, e garantirebbe una maggioranza degli uni e degli altri.

Una volta creato, l'utilizzo più logico di tale istituto riguarderebbe la ratifica delle riforme dei Trattati. Non vi può infatti essere nulla di più rilevante per i cittadini europei – in quanto tali – delle norme fondamentali che disciplinano la loro convivenza nel quadro dell'Unione. Tale opzione era stata dibattuta durante la Convenzione che portò all'elaborazione del Trattato Costituzionale e nel periodo successivo, anche alla luce della sua mancata ratifica a causa dei Referendum nazionali in Francia e Olanda, e del fatto che considerando il totale dei cittadini che si erano espressi per via referendaria (cioè includendo i referendum svoltisi negli altri Paesi con esito favorevole alla ratifica, e perciò spesso dimenticati) la maggioranza di essi si era espressa a favore della ratifica¹⁰.

Nel caso di un referendum europeo di ratifica, si potrebbe prevedere anche ulteriori specifiche. Ad esempio che se vi sia la doppia maggioranza – complessiva europea e nazionale in una maggioranza di Stati – a favore della ratifica, negli Stati in cui invece vi sia stata una maggioranza contraria alla ratifica si rivoti entro 6 mesi per decidere se ratificare o avviare la procedura di recesso dall'Unione. In questo modo, nessun popolo nazionale sarebbe costretto a rimanere nell'Unione nel caso non ne condivida le regole fondamentali. Ma al contempo nessun popolo nazionale da solo potrebbe impedire al popolo federale europeo di dotarsi di regole fondamentali approvate da una maggioranza di cittadini e di Stati.

Una delle ragioni per cui gli Stati membri sono restii ad aprire un processo di riforma dei Trattati è il timore che sia impossibile portare poi a termine una ratifica unanime. Se la riforma prevedesse l'istituzione del Referendum europeo, richiesto dai cittadini nella Conferenza, ed il suo utilizzo per le future riforme dei Trattati, potrebbe includere anche una norma transitoria e finale sulla propria ratifica attraverso il primo Referendum europeo. Non sarebbe la prima volta storicamente che una riforma modifichi *in corsa* la natura dell'ordinamento stesso. Il passaggio da un sistema confederale ad uno federale negli USA

¹⁰ Sul tema di particolare interesse v. P. Ponzano, J. Ziller e S. Pii, *Un référendum européen pour la Constitution européenne. Problèmes juridiques et politiques*, Fiesole, RSCAS Policy Paper n. 1/2007, disponibile all'url <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/6953>. Il testo raccoglie i contributi di un simposio con alcuni dei maggiori studiosi del tema. Inoltre, offre una bibliografia dettagliata sul tema, che peraltro dimostra che la questione dei referendum nazionali di ratifica fosse stata discussa molto ampiamente, mentre quella di un referendum europeo solo da pochi pionieri, tra cui in particolare gli studi di Auer ed Esposito, che contribuirono al simposio e la cui riflessione è ivi sintetizzata.

e in Svizzera è avvenuto mediante una riforma costituzionale che includeva una norma sulla propria ratifica che superava l'unanimità prevista nel testo precedente. Ovviamente si tratterebbe di una forzatura dell'ordine giuridico precedente nel quadro di un processo di natura costituente, ma ciò è in un certo senso connaturato al concetto stesso di potere costituente¹¹.

Il processo di unificazione europea ci presenta peraltro più esempi in tal senso. Il Progetto di Trattato che istituisce l'Unione Europea, approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984, anche noto come progetto Spinelli, prevedeva (art. 82) di non passare per una Conferenza intergovernativa, ma di venire direttamente ratificato dai Parlamenti nazionali e di entrare in vigore qualora ratificato da una maggioranza di Paesi membri, che rappresentassero almeno i 2/3 della popolazione delle Comunità¹². Il *Feasibility Study Contribution to a Preliminary Draft Constitution of the European Union*¹³, noto come Progetto Penelope – preparato su richiesta della Commissione Prodi come contributo alla Convenzione che portò al Trattato Costituzionale – egualmente superava l'unanimità delle ratifiche attraverso un complesso meccanismo che ne prevedeva l'entrata in vigore successiva a una Solenne Dichiarazione di voler far parte dell'Unione da parte di almeno 3/4 degli Stati membri, e della ratifica di uno specifico Accordo sull'entrata in vigore del Trattato sulla Costituzione dell'Unione Europea (incluso nel Progetto Penelope stesso) da parte di 5/6 degli Stati membri.

All'apice della crisi del debito sovrani, di fronte ai ricatti britannici, 25 Stati membri firmarono il Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità ed il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (il cosiddetto). Tali Trattati prevedevano l'entrata in vigore con la ratifica di 12 Stati membri su 25 firmatari, purché membri dell'Eurozona, ovvero una maggioranza di 2/3 dell'Eurozona, che allora aveva 18 membri, ma una minoranza degli Stati firmatari.

¹¹ Esiste un'ampia letteratura sul potere costituente a livello nazionale, mentre sul potere costituente a livello europeo si è soffermata soprattutto la riflessione federalista. Molti contributi al riguardo sono stati pubblicati sulla rivista *Il Federalista* sul tema. Tra questi cfr. G. Rossolillo, op. cit.; S. Aloisio, *Superare il metodo intergovernativo nella riforma dei trattati: quali ulteriori passi avanti in direzione Costituente?*, L, n. 8/2008, p. 182; D. Preda, *Alle radici del dibattito costituente europeo: progetti, aspirazioni, sconfitte*, XLV, n. 1/2003, p. 11; F. Rossolillo, *Per un'Assemblea Costituente Europea*, XXXVIII, 1996, 3, p. 229; A. Spinelli, *Il potere costituente del Parlamento europeo*, XXVII, n. 1/1985, p. 71.

¹² Per un'analisi approfondita del Progetto Spinelli cfr. P.V. Dastoli e A. Pierucci, *Verso una costituzione democratica per l'Europa*, Bologna, Marietti Scuola, 1986.

¹³ Il testo è consultabile sul sito del Parlamento europeo all'url https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/afco/20021217/const051202_en.pdf.

Seppure formalmente fuori dal quadro giuridico dell'Unione, quei Trattati facevano ad esso riferimento, ne utilizzavano le istituzioni, erano volti a completarlo, e prevedevano il proprio reinserimento in tale quadro entro 5 anni. Di fatto hanno rappresentato una forma per aggirare il vincolo dell'unanimità previsto dall'art. 48 in un momento in cui si è manifestata la forte volontà politica di procedere, senza riconoscere a Stati esterni all'Eurozona un potere di veto sulle soluzioni necessarie a garantire la tenuta dell'unione monetaria.

È difficile prevedere se le forze politiche nel Parlamento europeo riusciranno a trovare un accordo complessivo su una riforma dei Trattati finalizzata a implementare tutte le proposte della Conferenza, e in che tempi. Se il Parlamento riuscirà ad approvare una riforma organica dei Trattati sulla base delle proposte della Conferenza, difficilmente il Consiglio europeo potrebbe evitare di convocare una Convenzione, perché ciò indicherebbe un totale disprezzo dei cittadini e delle istituzioni dell'UE da parte dei governi nazionali.

Se una Convenzione venisse convocata, i suoi lavori potrebbero anche essere brevi, considerato che il dibattito istruttorio sulle riforme auspicabili è stato fatto dalla Conferenza – in cui cittadini Governi, Parlamenti e istituzioni europee erano presenti – e la redazione degli emendamenti conseguenti dal Parlamento. Se tale riforma sarà sufficientemente ambiziosa da configurare un passaggio da un'Unione per certi aspetti ancora confederale ad una pienamente federale, includere la ratifica mediante referendum europeo a doppia maggioranza sarebbe coerente, così come una norma transitoria e finale sull'applicazione di tale regola da subito.

Se il Parlamento riuscisse ad approvare una proposta di riforma organica dei Trattati nella prima metà del 2023, includendo il referendum europeo e la norma transitoria e finale sul suo utilizzo per la ratifica della stessa riforma, e la Convenzione fosse breve e accettasse la proposta, il primo referendum europeo di ratifica potrebbe forse tenersi in occasione delle elezioni europee del 2024. Ma è un'ipotesi di difficile realizzazione, vista la ristrettezza dei tempi.

Secondo quelli che saranno i tempi del Parlamento nell'elaborazione della riforma, le elezioni europee del 2024 potrebbero divenire un crocevia fondamentale nel quadro di un processo *de facto* costituente. Se il Parlamento europeo riuscisse ad approvare una riforma solo a ridosso delle elezioni, o se queste si svolgessero mentre è in corso una Convenzione, le elezioni diventerebbero un momento di confronto tra le diverse visioni dell'Europa, e

determinando i rapporti di forza nel successivo Parlamento potranno dare slancio o frenare la spinta verso la riforma e il rafforzamento istituzionale dell'Unione.

Abstract: La Conferenza sul futuro dell'Europa ha predisposto 49 proposte. La loro implementazione in alcuni casi richiede una riforma dei Trattati. Ciò vale in particolare per le proposte riguardo alla democrazia e al sistema decisionale dell'UE. Tra queste anche quella di creare l'istituto del referendum europeo. Questo saggio analizza tali proposte e propone che il referendum europeo vada previsto in primo luogo per la ratifica delle riforme dei Trattati.

Abstract: In March 2020, France introduced a new state of emergency, the outcome of circumstances rather than more considered legislative reflection. Analysing French legal history, however, reveals that exceptional and extraordinary regimes have been put in place almost continuously since 2015. Through this contribution, an attempt will be made to understand the impact of this posture on the democratic edifice, realizing a state of the art of recent jurisprudential and doctrinal trends.

Parole chiave: Conferenza sul futuro dell'Europa – referendum – riforma dei Trattati – ratifica – Costituzione europea.

Key words: Conference on the future of Europe – referendum – Treaty reform – ratification – European Constitution.

TUTELA AMBIENTALE E CONFERENZA SUL FUTURO DELL'EUROPA: QUALI PROSPETTIVE?*

di Daniele Vitale**

Sommario. 1. Breve fotografia introduttiva sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa. – 2. Una sinossi delle proposte e raccomandazioni in materia di tutela dell'ambiente e delle prime risposte istituzionali. – 3. La Conferenza *nel* futuro: profili e spunti evolutivi per una Europa *green*.

XCVI

1. Breve fotografia introduttiva sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa.

La Conferenza sul Futuro dell'Europa ha rappresentato un ambizioso progetto di democrazia partecipativa che ha permesso di raccogliere e materializzare le opinioni e le istanze della società civile all'interno dell'Unione Europea¹.

Traendo ispirazione da una lettera del 2019 del Presidente della Repubblica Francese Macron, il progetto di indire la Conferenza ha trovato sostegno con diverse sfumature politiche da parte delle Istituzioni dell'UE con l'obiettivo e l'auspicio di accelerare il processo integrativo europeo attraverso il sostegno dal basso secondo l'idea di una *Europa dei popoli*². Rispetto all'*iter* originario i lavori della Conferenza hanno subito un ritardo di oltre un anno a causa della pandemia da Covid-19, essendo essa stata *lanciata* e

* Sottoposto a referendum.

** Dottorando di ricerca in Politiche Pubbliche di Coesione e Convergenza nello Scenario Europeo – Università di Napoli Federico II.

¹ Sul ruolo partecipativo della società civile nei processi politici europei, *ex plurimis*, E. Bernard, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social*, in V. Constantinesco, Y. Gautier e V. Michel (ed.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses & commentaires*, Strasbourg, 2005, p. 369 ss. e A. Ciancio, *I partiti europei e il processo di democratizzazione dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 9/2009.

² Nella sua lettera *Per un rinascimento europeo* indirizzata ai cittadini d'Europa – il cui testo tradotto può rinvenirsi al sito web www.mfe.it – il Presidente Macron, nelle fasi finali del complesso processo politico che ha condotto alla *Brexit* con le conseguenze, avanzava l'idea di indire una Conferenza in cui “proporre tutti i cambiamenti di cui il nostro progetto politico ha bisogno, con una mente aperta, anche alla modifica dei trattati”. L'idea di associare in prima persona i cittadini è stata ripresa all'inizio del suo mandato di Presidente della Commissione europea anche da Ursula von der Leyen con il sostegno del Parlamento il quale si era schierato a favore del progetto della CoFE, con una risoluzione del gennaio del 2020 in cui si avanzavano le proposte in merito alla sua organizzazione e funzionamento, mantenendo invece il Consiglio una posizione maggiormente rigida e conservatrice sul ruolo dei rappresentanti dei cittadini e dei potenziali risultati della Conferenza nella prospettiva di una eventuale revisione.

strutturalmente organizzata soltanto nel marzo 2021³, in un particolare momento storico contraddistinto – oltreché dalla ripresa sociale ed economica *post* pandemia – dal conflitto russo-ucraino, costituendo le conseguenze della guerra sul piano economico e sociale uno degli oggetti principali di indagine e discussione all'interno della Conferenza, condizionandone altresì la definizione degli obiettivi.

Guardando all'aspetto quantitativo dei dati, la Conferenza ha rappresentato un importante laboratorio istituzionale e un interessante *stress test* sullo stato di salute della democrazia europea⁴, grazie soprattutto alla sua articolata organizzazione fondata su 3 pilastri che, in diversa misura e secondo eterogenee modalità, hanno reso possibile l'intervento diretto dei cittadini europei. Essi hanno, difatti, potuto offrire il proprio contributo attivo anzitutto sulla piattaforma digitale multilingue *ad hoc* creata ove era possibile, previo *login*, lasciare liberamente commenti o suggerimenti – registrati sul *server* della piattaforma e quantitativamente conservati per valutarne la portata – sulle tematiche trattate durante i lavori⁵, potendo inoltre essi partecipare agli innumerevoli eventi organizzati a livello nazionale ed europeo.

Oltre a queste possibilità aperte a tutti gli interessati, la Conferenza ha visto la peculiare partecipazione di 800 cittadini, scelti attraverso un complesso meccanismo di sorteggio per garantire la proporzionata rappresentanza tra età, sesso, istruzione, condizione economica e nazionalità, i quali hanno rappresentato e sostanziato le istanze del *demos* europeo, fornendo così un contributo diretto nei 4 *panel* tematici all'interno dei quali sono state

³ Più in particolare, in data 10 marzo 2021 veniva firmata la Dichiarazione congiunta sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa dai Presidenti della Commissione, del Consiglio dell'UE e del Parlamento, dichiarazione che ha costituito l'architrave rigida e istituzionale della struttura secondo un modello *dall'alto verso il basso*. Come ivi indicato la CoFE è stata co-presieduta dai Presidenti delle menzionate Istituzioni, coadiuvati da un comitato esecutivo, composto da 9 membri di provenienza istituzionale con il compito di supervisionare l'attività della Conferenza oltreché da un segretariato comune con funzione di assistenza. In conformità alla Dichiarazione congiunta, il Consiglio esecutivo ha approvato il 9 maggio 2021 il Regolamento interno della Conferenza fornendo il quadro di riferimento per i lavori, dando l'avvio ufficiale ai lavori.

⁴ Per una più approfondita disamina sugli strumenti *ordinari* di partecipazione alla democrazia europea, alla luce delle norme dei Trattati, F. Ferraro, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 2012, pp. 523-540.

⁵ Nella piattaforma *online* si sono registrati ben 52.346 partecipanti attivi che hanno condiviso 17.671 idee e lasciato 21.877 commenti, per un totale complessivo di oltre 5 milioni di visitatori. Oltre ciò si sono contati ben seimila diversi eventi organizzati in tutti gli Stati che hanno visto la partecipazione di oltre 652.532 cittadini, inclusa la costituzione di alcuni *panel* nazionali che hanno fornito un notevole contributo nell'elaborazione delle proposte e delle misure. Sulla relazione tra partecipazione e uso delle tecnologie *interconnette* tra i cittadini e le Istituzioni nella prospettiva di una *democrazia digitale*, E. Longo, *Rivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021.

discusse le diverse questioni d'interesse generale al fine di avanzare le proposte finali da presentare al termine dei lavori.

Il risultato di questo sforzo politico, che ha trovato nelle diverse sedute della Plenaria della Conferenza i momenti di sintesi tra le istanze dal basso e la partecipazione istituzionale⁶, è costituito dal *Rapporto finale del 9 maggio 2022* ove sono contenute le 49 proposte, a loro volta includenti ben 326 raccomandazioni di misure, per raggiungere quei particolari obiettivi individuati durante i lavori, allo scopo di tracciare la strada di “una Europa nuova e capace di agire”⁷. Le proposte toccano integralmente tutte le tematiche essenziali e problematiche sul futuro dell'integrazione europea⁸, prestandosi particolare attenzione in questo contributo a quelle specifiche misure suggerite e agli obiettivi individuati nella *macro-materia* della tutela ambientale nelle sue declinazioni, evidenziandosene i meriti e anche le mancanze.

Si deve rappresentare sul punto che, come rilevato in precedenza, gli eventi geopolitici occorsi durante i lavori hanno indotto, sia nei rappresentanti all'interno dei 4 *panel* sia più in generale in tutti i cittadini che hanno interagito per mezzo della piattaforma multilingue con e *dentro* la Conferenza, una particolare prospettiva valoriale e materiale circa il processo di definizione degli obiettivi da raggiungere. Dinnanzi all'invasione russa dell'Ucraina che ha trovato il suo epicentro proprio nel territorio europeo, grande risalto e peso materiale ha difatti avuto, sia nelle discussioni sia nella stesura delle proposte e obiettivi finali, la difesa dei valori democratici dell'Unione e degli Stati membri rispetto alle sfide globali, emergendo, a fronte delle gravi conseguenze socio-economiche del

⁶ Si deve osservare al riguardo che la Plenaria della Conferenza vedeva la partecipazione in numero maggiore dei rappresentanti dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni Europee, mentre numericamente minore è stata la partecipazione dei rappresentanti dei cittadini. Per una più accurata disamina sulla composizione della Plenaria e, più in generale, sulla strutturazione della CoFE, *ex plurimis*, A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*, in *European Law Journal*, Vol. 26, Issue 5-6, pp. 484-508.

⁷ In questi termini si è espresso il Co-presidente del comitato esecutivo, in rappresentanza del Parlamento, Guy Verhofstadt secondo cui: "Le raccomandazioni dei cittadini e le conclusioni della Conferenza ci offrono una tabella di marcia per evitare che l'Unione europea diventi irrilevante o addirittura scompaia. Un'Europa nuova, efficace e più democratica è possibile. Un'Europa sovrana e capace di agire, come i cittadini chiaramente si aspettano. Non c'è davvero tempo da perdere. Dobbiamo onorare il risultato della Conferenza e attuare le sue conclusioni il più presto possibile".

⁸ Da un punto di vista analitico si osserva una distribuzione delle proposte in specifici 9 settori che ricalcano la suddivisione dei temi tra i 4 *panel*: «Cambiamenti climatici e ambiente» con 6 proposte e 57 misure; «Salute» con 4 proposte e 24 misure; «Economia più forte, giustizia sociale e occupazione» con 6 proposte e 61 misure; «Ruolo dell'UE nel mondo» con 8 proposte e 42 misure; «Valori e diritti, stato di diritto, sicurezza» con 6 proposte e 24 misure; «Trasformazione digitale» con 5 proposte e 40 misure; «Democrazia europea» con proposte 5 e 35 misure; «Migrazione» con 5 proposte e 16 misure; «Istruzione, cultura, gioventù e sport» con 4 proposte e 24 misure.

conflitto soprattutto a seguito dell'elevato aumento dei prezzi in molti settori della filiera industriale, la percepita impellenza di individuare chiari obiettivi di sicurezza energetica. Questa peculiare impostazione, volta a garantire la difesa dell'autonomia europea dalle possibili ingerenze esterne politiche e anche dai rischi connessi all'aggravarsi della crisi climatica⁹, sembra aver informato e strutturato la maggioranza degli obiettivi individuati nella relazione finale, trovando un particolare spazio di discussione e concettualizzazione nella prima area delle proposte elaborate nella Conferenza in relazione agli obiettivi individuati in materia di ambiente e lotta al cambiamento climatico. Non può di certo stupire la fisiologica inerenza alle politiche ambientali, sovente (ed erroneamente) percepite come secondarie rispetto ad altri obiettivi politici, della sentita necessità di salvaguardare l'autonomia energetica dell'Unione in quanto la tutela del *bene-ambiente* costituisce per sua natura un settore del diritto aperto ed eterogeneo¹⁰, il quale può declinarsi in diverse traiettorie che includono il governo dell'energia, la lotta al surriscaldamento con le conseguenze pericolose, la salvaguardia degli ecosistemi naturali, la transizione *green*.

Nel contributo non si potranno descrivere analiticamente tutte le proposte con le relative numerose raccomandazioni emerse nel corso dei lavori¹¹, potendosene fornire solo una raffigurazione sintetica, utile a dare al lettore un'idea dell'ampiezza valoriale e materiale dei suggerimenti e degli obiettivi identificati quale segno di una profonda radicazione nel *nomos* europeo¹² dell'attenzione e centralità della protezione dell'ambiente¹³.

⁹ Per una panoramica circa la portata sociale ed economica e la crescita del numero degli eventi naturali catastrofici sul territorio europeo si rinvia ai dati della *Relazione annuale dell'UE sullo stato delle regioni e delle città 2022*, elaborata dal Comitato europeo delle Regioni.

¹⁰ In quest'ottica, sembra ancora oggi valido e condivisibile quanto sostenuto dal Giannini nel suo noto saggio M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, secondo cui l'ambiente, nelle sue plurime dimensioni, è un concetto che sfugge a precise definizioni e inserimenti nelle tradizionali categorie giuridiche.

¹¹ Si deve rilevare al riguardo che la tutela dell'ambiente nelle sue diverse articolazioni ha rappresentato il secondo *topic* tra le nove aree tematiche sia come numero di misure suggerite nella relazione finale, sia come argomento di discussione sulla piattaforma digitale e nei diversi *panel* dei cittadini.

¹² Il richiamo al concetto di *nomos* come nucleo di valori che identifica l'"indole" di una comunità, posto a fondamento del sistema assiologico di un ordinamento giuridico, è a C. Schmitt, *Il nomos della terra*, tr. it. di E. Castrucci, Milano, 2003, p. 54 ss.

¹³ Più nel dettaglio, la proposta n. 1 ha come obiettivo «La produzione di cibo sicura, sostenibile, giusta, responsabile nei confronti del clima e a prezzi accessibili, nel rispetto dei principi di sostenibilità e dell'ambiente, salvaguardando la biodiversità e gli ecosistemi e garantendo la sicurezza alimentare»; la proposta n. 2 ha come obiettivo «Proteggere e ripristinare la biodiversità, il paesaggio e gli oceani ed eliminare l'inquinamento»; la proposta n. 3 ha come obiettivo «Rafforzare la sicurezza energetica dell'Europa e raggiungere l'indipendenza energetica dell'UE, garantendo al contempo una transizione equa e fornendo ai cittadini europei energia sufficiente, accessibile e sostenibile. Affrontare il cambiamento climatico, con l'UE

2. Una sinossi delle proposte e raccomandazioni in materia di tutela dell'ambiente e delle prime risposte istituzionali.

Già da una rapida lettura del testo della relazione finale sui lavori della Conferenza emerge la percepita primarietà della questione ambientale con le sue diverse declinazioni che attraversa sia la prima area delle proposte, denominata giustappunto *Cambiamento climatico e ambiente*, sia anche diverse altre misure suggerite negli altri *cluster*¹⁴. La tipologia delle proposte, degli obiettivi e delle relative misure fornisce la rappresentazione plastica della preoccupazione e della volontà di imporre dal basso una reale svolta alle attuali politiche europee rispetto alle imponenti sfide globali, tra le quali sono individuate, in misura maggiore, il cambiamento climatico con le sue conseguenze nefaste e la ricerca di nuove fonti energetiche o prodotti industriali il cui uso e consumo non danneggi ulteriormente l'ambiente.

È soprattutto nelle raccomandazioni di cui alla proposta n. 1 che appare evidente questa percepita urgenza di accelerare la transizione *green* come strumento di contrasto agli effetti dannosi del cambiamento climatico. Nell'enunciazione delle misure sembra emergere l'idea di fondo, in relazione al tema generale della sicurezza alimentare¹⁵, che la transizione

che svolge un ruolo di *leader* mondiale nella politica energetica sostenibile e rispetta gli obiettivi climatici globali»; la proposta n. 4 ha come obiettivo «Fornire infrastrutture di alta qualità, moderne, verdi e sicure, garantendo la connettività, anche delle regioni rurali e insulari, in particolare attraverso un trasporto pubblico accessibile»; la proposta n. 5 ha come obiettivo «Migliorare l'uso e la gestione dei materiali all'interno dell'UE al fine di diventare più circolare, più autonomo e meno dipendente. Costruire un'economia circolare promuovendo prodotti e produzioni sostenibili nell'UE. Garantire che tutti i prodotti immessi sul mercato dell'UE siano conformi agli standard ambientali comuni dell'UE»; la proposta n. 6 ha come obiettivo «Promuovere la conoscenza, la consapevolezza, l'educazione e il dialogo su ambiente, cambiamenti climatici, uso dell'energia e sostenibilità».

¹⁴ A titolo esemplificativo, nella proposta n. 11 viene individuato per l'UE l'obiettivo di «sostenere il passaggio a un modello di crescita sostenibile e resiliente, considerando le transizioni ecologiche e digitali con una forte dimensione sociale nel semestre europeo, e responsabilizzando i cittadini, i sindacati e le imprese. Ancora, nella proposta n. 20 viene indicato l'obiettivo per l'UE di rafforzare la dimensione ambientale delle sue relazioni commerciali attraverso misure come l'armonizzazione dell'etichettatura ecologica, l'implementazione dei controlli sull'esportazione dei rifiuti e, soprattutto, la premiazione di quegli Stati che applicano elevati *standard* di sostenibilità.

¹⁵ Si specifica sul punto che il concetto di sicurezza alimentare – cd. *food security* – non si identifica nel mero insieme delle norme igienico-sanitarie relative alla gestione dell'alimentazione umana e della qualità del cibo – cd. *food safety* – ma presenta un significato ben più ampio che può esser efficacemente ritrovato nella definizione elaborata dalla FAO (*Food and Agriculture Organization*) in occasione del *World Food Summit* – Roma 1996 ai sensi della quale, per sicurezza alimentare, “*is defined when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient safe and nutritious food that meets their dietary needs and food preferences for an active and healthy life*”: Sul punto, in una prospettiva giuridica del tema che abbraccia

ecologica sia teleologicamente correlata all'adozione di *politiche sostenibili* in tutti i diversi settori economici relativi alla produzione del cibo, come l'agricoltura, la pesca, l'allevamento di animali, la gestione dei trasporti, materie che rientrano a vario titolo nelle competenze europee secondo i Trattati. Più in particolare, dalla lettura delle misure relative a questa proposta risulta evidente il ruolo centrale del concetto di sostenibilità come fulcro e valore di fondo della richiesta di svolta nella politica ambientale e alimentare – tra loro ritenute strettamente connesse – sebbene manchi, nella stesura degli obiettivi, un accenno all'effettiva dimensione della sostenibilità come valore positivo che deve esser tenuto in considerazione dagli attori politici¹⁶.

Nella proposta n. 2 ha invece trovato maggiore spazio la concettualizzazione di quel particolare interesse di tipo naturalistico, ri-affiorando dal contenuto degli obiettivi e delle misure suggerite quella peculiare attenzione di stampo ecologista che, per la verità, già da tempo è posta a fondamento delle politiche europee in materia di protezione ambientale¹⁷. I suggerimenti di misure da adottare sono ampi, passando dai più tradizionali richiami all'implementazione della protezione degli oceani, degli ecosistemi e della biodiversità – attraverso politiche attive di protezione della flora, della fauna e dei fattori abiotici e lotta all'inquinamento, generato soprattutto dalle microplastiche (misure nn. 4-

numerosi settori del sapere umano, D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultra-statali*, Milano, 2012.

¹⁶ La rilevanza della (ambigua) nozione di sostenibilità nella proposta in questione, benché non ve ne sia data né una definizione né una delimitazione, emerge già da una prima lettura delle misure. Ad esempio, è richiesto alle Istituzioni (misura n. 1) di «promuovere forme di agricoltura innovative e sostenibili, come l'agricoltura verticale, che consentono di produrre maggiori quantità di cibo con un minore dispendio di risorse, riducendo al tempo stesso le emissioni e l'impatto ambientale, ma continuando a garantire la produttività e la sicurezza alimentare» ovvero ancora (misura n. 3) di «applicare i principi dell'economia circolare all'agricoltura e promuovere misure per combattere gli sprechi alimentari», riducendo (misura n. 4) «in misura significativa l'uso di pesticidi e fertilizzanti chimici, in linea con gli obiettivi esistenti, garantendo nel contempo la sicurezza alimentare, e sostenere la ricerca finalizzata allo sviluppo di alternative più sostenibili e di origine naturale». La centralità dell'idea di rendere sostenibili le attività economiche emerge anche nelle 13 misure di cui alla proposta n. 5, laddove è richiesto alle Istituzioni, ad esempio, di creare etichettature *green*, rivedere le catene di approvvigionamento e, soprattutto, «di eliminare gradualmente le forme di imballaggio non sostenibili, evitando lo spreco di materiale negli imballaggi, attraverso incentivi finanziari e sanzioni, investendo nella ricerca di alternative».

¹⁷ Si osserva difatti sul punto come detta tutela, soprattutto intesa come difesa degli eco-sistemi e della biodiversità, abbia assunto un ruolo primario già nelle prime politiche comunitarie. Si pensi a titolo esemplificativo al *programma LIFE*, istituito originariamente dal Regolamento CEE n. 92/1973, programma che ancora oggi rappresenta un essenziale strumento di politica economica in materia ambientale ovvero ancora alle Direttive CEE nn. 409/1979 relativa alla conservazione degli uccelli selvatici – abrogata dall'attualmente vigente Direttiva CE n. 147/2009 dal contenuto omogeneo – e 943/1992 relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche con cui tra l'altro è stata istituita la rete ecologica europea *Natura 2000*.

6)¹⁸ – alla più ambiziosa raccomandazione (misura n. 3) di «Rafforzare il ruolo dei comuni nella pianificazione urbana e nella costruzione di nuovi edifici a supporto delle infrastrutture blu-verdi, evitare e fermare l'ulteriore impermeabilizzazione del territorio attraverso l'obbligatorietà di spazi verdi delle nuove costruzioni, al fine di promuovere la biodiversità e le foreste urbane»¹⁹.

Rispetto a questi due obiettivi che in senso complementare sostanziano le direttive fondamentali della transizione ecologica, la formulazione della proposta n. 3 sembra aver risentito in misura maggiore del mutamento repentino dell'assetto geopolitico attuale, potendosi in essa individuare le misure politicamente più innovative e per certi versi più radicali considerando il loro potenziale impatto socio-economico. Le raccomandazioni ivi contenute, oltre che richiamare nuovamente come obiettivo finale il raggiungimento di una reale transizione *green* sotto il profilo energetico, si connotano per il loro essere istanza rivolta all'Unione di imprimere una svolta sostenibile più forte non solo internamente, ma anche nei rapporti con gli altri Stati, attraverso misure come:

- La riduzione della dipendenza energetica dall'esterno, dovendosi tener conto, in tale settore politico, delle implicazioni geopolitiche e di sicurezza sociale (compresi i diritti umani, l'aspetto ecologico, il buon governo e lo stato di diritto) di tutti i paesi terzi fornitori di energia (misure nn. 1 e 2);
- La riduzione della dipendenza dalle importazioni di petrolio e gas attraverso progetti di efficienza energetica e di espansione dell'offerta di energia pulita e rinnovabile, migliorando e trasformando le infrastrutture elettriche ed investendo in energie come «l'idrogeno verde» (misure nn. 3, 4 e 5).
- l'imposizione di filtri anti CO₂ per le centrali elettriche a combustibili fossili (misura n. 7);

¹⁸ Le misure in questione suggeriscono, ad esempio, di favorire il rimboschimento attraverso l'individuazione di obiettivi vincolanti per gli Stati membri per far fronte al generale problema degli incendi ovvero di implementare le misure di protezione in favore degli insetti impollinatori la cui scomparsa rappresenta un ingente rischio per la vita umana.

¹⁹ Sul ruolo e sulle prospettive evolutive della partecipazione degli enti locali all'integrazione europea, alla luce della CoFE, A.M. Cecere e B. Guastaferrò, *La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1-2/2022, pp. 241-269. Si segnala sul punto che, attinenti alla raccomandazione n. 3 sembrano essere le misure di cui alla proposta n. 4 al cui interno si rinviene un insieme eterogeneo di suggerimenti per fornire ai cittadini infrastrutture più verdi, sicure e moderne. Per raggiungere tale obiettivo è difatti chiesto alle Istituzioni di sviluppare una rete europea di trasporto pubblico, agevolare e sostenere economicamente l'uso di mezzi di trasporto non inquinanti come i veicoli elettrici, implementare l'uso delle biciclette anche attraverso una normativa di protezione in caso di sinistri, ridurre nelle città l'uso degli autoveicoli senza tuttavia danneggiare le aree commerciali. Particolarmente interessante appare la misura n. 2 con cui si chiede alle Istituzioni «di scoraggiare o sostituire i voli a breve distanza».

- l'introduzione di un pacchetto di investimento per le tecnologie rispettose del clima, finanziato attraverso l'imposizione di tariffe di importazioni legate al clima (misura n. 9);
- La cessazione delle sovvenzioni per i combustibili fossili e dei finanziamenti alle infrastrutture tradizionali per il gas al termine di un periodo di transizione (misura n. 10);
- L'assunzione da parte dell'UE di un più forte ruolo internazionale sullo scenario globale, promuovendo un'azione più incisiva per il clima e la transizione equa (misura n. 11).

Dinnanzi a questo breve prospetto può osservarsi *prima facie* quanto ampia ed eterogenea sia la portata delle proposte, prestandosi l'enunciazione delle specifiche misure ad una pluralità di ricostruzioni circa il loro contenuto e la fattibilità di quanto suggeritovi.

Sul punto deve primariamente rilevarsi come sia emersa in senso generale, ma soprattutto per quanto concerne gli obiettivi individuati nella macro-materia ambiente, la positiva forza della Conferenza – nonostante le critiche circa la scarsa incisività sul piano politico²⁰ – come impulso proveniente dal basso e direttamente rivolta agli attori politici, determinando questa *vis* propulsiva le immediate e divergenti reazioni delle Istituzioni europee sulla possibilità e necessità di attuarne le proposte.

Con specifico riferimento alla necessità di implementare l'attuale conformazione della tutela ambientale, con la comunicazione del 17 giugno 2022 la Commissione ha dichiarato la volontà di porre una forte accelerazione dei negoziati sul *Fit for 55*, l'ambizioso pacchetto di misure presentato dalla stessa Commissione il 14 luglio 2021, la cui attuazione dovrebbe permettere all'Unione europea e agli Stati membri di ridurre le emissioni nette di gas serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 con la previsione di conseguire la neutralità climatica entro il 2050. Con la di poco successiva comunicazione del 22 giugno 2022 la Commissione ha inoltre esternato la volontà di accelerare la revisione della normativa sulla tutela ecologica attraverso la proposta di nuovo regolamento che possa sostituire le attuali e variegate discipline – soprattutto direttive – a salvaguardia dell'ambiente naturale²¹. In senso analogo si è mosso anche il Consiglio dell'UE il cui

²⁰ Sul punto P. Ponzano, *Democrazia Futura. La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre*, disponibile sul sito web www.key4biz.it, 22 novembre 2022 e F. Fabbrini, *La Conferenza sul Futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, in *Centro studi sul federalismo – research paper*, giugno 2021, testo reperibile sul sito web www.csfederalismo.it.

²¹ Il testo di tale *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Nature Restoration* è disponibile in lingua inglese al sito web https://environment.ec.europa.eu/publications/nature-restoration-law_en. In senso generale, come esposto nella relazione introduttiva della proposta, l'obiettivo del futuro regolamento sarà dato dal «Contribuire al recupero continuo, a lungo termine e duraturo della biodiversità e della resilienza della natura nelle aree terrestri e marine dell'UE attraverso il ripristino degli

Presidente, nel comunicato stampa del 29 giugno 2022, ha dichiarato il raggiungimento dell'accordo tra gli Stati membri sulle proposte facenti parte del menzionato pacchetto *Fit for 55* al fine di negoziarne le misure con il Parlamento europeo.

Bisogna su quest'ultimo punto evidenziare come tale tipologia metodologica di replica istituzionale alle sollecitazioni provenienti dai lavori della Conferenza di Commissione e Consiglio sembra porsi in linea di continuità con quanto esposto nel *Preliminary technical assessment of the proposals and*

related specific measures contained in the report on the final outcome of the Conference on the Future of Europe – il documento predisposto dal Segretariato generale del Consiglio dell'UE al fine di vagliare la fattibilità delle proposte descritte nel *report* finale del 9 maggio 2022 – ove è stato rilevato che le modifiche richieste in materia di tutela ambientale e cambiamento climatico possono trovare attuazione sulla base del vigente assetto delle competenze senza passare, a differenza di alcune proposte in altre aree tematiche, per il tramite della revisione dei Trattati²².

È proprio in quest'ultima diversa direzione che s'è invece posto il Parlamento europeo, il quale con la risoluzione del 9 giugno 2022 ha immediatamente richiesto la convocazione di una convenzione ai sensi dell'articolo 48 del Trattato sull'Unione europea per dare avvio al processo di modifica dei Trattati, ritenendo che solo una riforma dell'attuale assetto ordinamentale possa garantire, nell'orizzonte della transizione *green*, un'azione politica realmente efficace²³.

ecosistemi e contribuire al raggiungimento degli obiettivi di mitigazione e adattamento al clima dell'Unione e al rispetto degli impegni internazionali».

²² Dalla lettura del documento si evince che secondo il Segretariato generale l'unica misura del primo *cluster* che necessiterebbe della previa revisione dei Trattati risulta essere il suggerimento di misura, relativo alla proposta n. 6, di «includere la produzione alimentare e la tutela della biodiversità nell'ambito dell'educazione, compresi i vantaggi degli alimenti non trasformati rispetto a quelli trasformati, e promuovere gli orti scolastici». Rispetto a ciò si segnala difatti nel documento che, rientrando la competenza dell'UE in materia di istruzione e formazione professionale *ex artt.* 165 e 166 del TFUE nel novero dei settori di cui all'art. 6 TFUE, l'eventuale adozione di misure di armonizzazione dovrebbe essere preceduta da una revisione dei Trattati nella parte relativa all'allocatione delle competenze tra UE e Stati membri.

²³ Come evidenziato nel testo della risoluzione, il Parlamento suggerisce quale specifico strumento di attuazione delle richieste esposte nella CoFE la modifica dei Trattati laddove essi prevedono procedure di approvazione all'unanimità – da sostituire con votazione a maggioranza qualificata – o procedure di codecisione, come nel caso del Bilancio, che non assegnano al Parlamento una funzione legislativa piena. Ulteriore proposta di modifica riguarda il riparto delle competenze e dei poteri tra Stati membri e Unione in particolari materie come la difesa, la politica energetica e tutela dei diritti sociali. La Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen nel suo discorso sullo stato dell'Unione di mercoledì del 14 settembre 2022 sembra aver appoggiato la proposta del Parlamento in favore della convocazione della convenzione costituzionale per riformare i trattati dell'UE, proposta che allo stato attuale non ha ancora trovato attuazione da parte del Consiglio. Sul punto R. Castaldi, *Il Consiglio starebbe violando i Trattati*

3. La Conferenza nel futuro: profili e spunti evolutivi per una Europa green.

I predetti divergenti approcci delle Istituzioni europee alle tematiche emerse alla fine dei lavori della Conferenza sul Futuro dell'Europa, ed in particolar modo nell'area inerente alla tutela ambientale, costituiscono il segno evidente della complessità sistemica nell'elaborare risposte idonee a quanto chiesto dai cittadini.

Come in precedenza evidenziato, le diverse proposte finali e le misure risultano significative ed esemplificative della robusta portata del *nomos* ambientale che anima positivamente i cittadini europei, soprattutto le nuove generazioni come nel caso dei *Fridays for future*.

La peculiare attenzione riservata durante i lavori della Conferenza agli eterogenei temi connessi all'ambiente è ben impressa nelle proposte finali, manifestandosi in esse il forte peso specifico della provenienza dal basso delle istanze del *demos* europeo che, benché filtrate dalla necessaria supervisione e integrazione da parte degli organi istituzionali della Conferenza, hanno posto l'obiettivo generale di rendere l'Unione più *green*, più autonoma sul piano energetico e, al contempo, più forte sul piano internazionale per combattere gli effetti del cambiamento climatico.

A fronte degli indubbi spunti positivi, soprattutto sotto il profilo teleologico e valoriale, le proposte e le misure suggerite nella prima area tematica sembrano, tuttavia, connotarsi per alcuni caratteri critici, derivanti proprio dal loro essere espressione delle istanze od opinioni di cittadini spesso non forniti delle necessarie competenze tecniche.

Più specificamente, una tendenziale carenza contenutistica sembra denotare sia le raccomandazioni suggerite in relazione alla lotta al cambiamento climatico di cui alla proposta n. 3 – laddove esse non esaminano in modo approfondito la fattibilità degli obiettivi riconosciuti – sia le misure suggerite in relazione alle proposte nn. 1 e 4, fondate sul valore della sostenibilità come presupposto della transizione ecologica. Si pensi sul punto, a titolo esemplificativo, alle diverse misure suggerite che raccomandano di ridurre la dipendenza energetica dal petrolio, dal gas e dai combustibili fossili per accelerare la

riguardo alla procedura di riforma, in *euractiv*, 30 settembre 2022 e B. Guastaferrò, *Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa al confronto istituzionale sulla revisione dei trattati*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2022, pp. 925-926.

transizione verde: le raccomandazioni non analizzano accuratamente quali possano essere le possibili soluzioni tecnico-scientifiche alle eventuali esternalità negative, in termini di produttività economica e di capitale umano, che possono derivare per alcune tipologie di attività industriali dall'eliminazione di particolari fonti di energia ovvero da sovrattasse per talune di esse, anche al termine di un indicato periodo transitorio. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla misura 10 della proposta 3 ove si fa un riferimento alla necessità di un periodo transitorio, misura che non contiene alcuna delucidazione su quale sia il limite temporale di tale periodo, risultando così essa indeterminata e dunque lasciata alla libera disponibilità dei diversi decisori politici.

Si pensi ancora, a proposito degli obiettivi di cui alle proposte nn. 1 e 4, ai richiami a concetti come agricoltura sostenibile, economia sostenibile e circolare, i quali sembrano mancare della corretta o quantomeno tendenziale precisa individuazione dei caratteri che dovrebbero assumere queste attività per essere giustappunto denominate e considerate sostenibili. Si consideri sul punto che i richiami delle misure alla nozione di sostenibilità non tengono conto né individuano le possibili dimensioni di questo concetto elastico che può indicare, al contempo, sia un modello economico che tenga conto dell'intera popolazione (attuale) e renda stabile l'accesso alla ricchezza salvaguardando altre dimensioni della vita umana, sia – con un significato più comune sebbene ambiguo – un modello di sviluppo economico che guarda, oltre agli interessi attuali della popolazione, anche ai bisogni delle generazioni future che, neppure sotto il profilo testuale, paiono esser state tenute in considerazione nell'elaborazione delle diverse proposte.

Ulteriormente, diverse raccomandazioni, in particolar modo quelle inerenti alla tutela ecologica dell'ambiente di cui alla proposta n. 2, non paiono imprimere sotto il profilo contenutistico un reale e innovativo slancio alle politiche ambientali, apparendo quasi pleonastiche rispetto all'attuale contenuto della normativa europea in quanto esse sembrano riprendere processi politici e normativi già da tempo esistenti nello spazio europeo e portati a compimento²⁴.

²⁴ La rappresentazione di questa sovrapposizione risulta evidente dalla lettura del prospetto di cui al predetto documento del Segretariato generale: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle misure in materia di tutela degli ecosistemi e dell'*habitat* naturale, settore che, come evidenziato nel contributo, è già da tempo centrale nelle politiche strategiche dell'Unione Europea. Ancora, si può evidenziare sul punto come nei suggerimenti di rendere più incisiva la politica di tassazione per gli agenti inquinanti emerga con maggiore chiarezza la sovrapposizione delle richieste dei cittadini rispetto a programmi in esecuzione o discussione, richiamando principi (come quel del *chi inquina paga*) che informano da decenni il settore normativo della politica industriale e ambientale.

Dinnanzi a questi profili positivi o critici risulta dunque naturale porre la questione su quali possano essere le prospettive evolutive della tutela ambientale dopo la Conferenza e quali saranno le risposte che l'Unione Europea fornirà ai suoi cittadini. Dinnanzi a tale interrogativo appare senza dubbio complesso individuare analiticamente le traiettorie che l'UE potrebbe seguire per dar seguito alla Conferenza sebbene le poc'anzi osservate risposte delle Istituzioni, al netto delle divergenze, sembrano costituire un primo positivo passo nell'intenzione generale e condivisa di rafforzare l'azione di tutte le Istituzioni in materia di tutela ambientale. Ed è proprio nella differenza di approccio che sembra possibile individuare uno specifico nucleo d'azione condiviso da tutti gli attori politici laddove essi convergono nel ritenere prioritarie le diverse questioni ambientali, rappresentando ciò il risultato primario e forse più importante della Conferenza.

La centralità dell'agenda ambientale nelle strategie europee non rappresenta certamente una novità come più volte ribadito e come dimostrato, ad esempio, dall'esperienza *in fieri* di *Next generation*²⁵, ma in addizione a ciò la Conferenza sembra aver indicato in materia ambientale una strada politica irreversibile dalla quale l'Unione non sembra poter più tornare indietro, essendo affidata alla sinergia di tutte le Istituzioni la funzione di trasformare in politica le preoccupazioni e le istanze della cittadinanza europea.

Delle diverse azioni concrete – oltre al richiamato pacchetto *Fit for 55* e alla mentovata proposta di nuovo regolamento in materia di tutela ecologica può esser richiamato il cd. *pacchetto sull'economia circolare II* – si offrono in chiusura di questo contributo alcune brevi indicazioni che, a parere di chi scrive, sono o saranno determinanti per dare all'Unione un avvenire futuro realmente *green*, in linea con quanto chiesto dai cittadini all'interno della Conferenza alla luce del più volte menzionato *nomos* ambientale che permea in profondità l'Ordinamento europeo come indole di una collettività ancora in divenire.

Il 23 febbraio del 2022 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva concernente il dovere di diligenza delle imprese – cd. *due diligence*²⁶ – rilevante soprattutto in materia di sostenibilità ambientale. Con la presentazione di tale atto normativo la Commissione,

²⁵ Per una più accurata disamina circa della valenza ampia che assume la tutela ambientale in *Next Generation* e nei Piani nazionali di Resilienza si rinvia *ex multis* a E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2021, p. 415 ss.

²⁶ Il testo di tale *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937* è disponibile in lingua inglese al sito web <https://ec.europa.eu>.

secondo il riparto delle competenze tra Unione e Stati, propone di ampliare e corroborare la normativa europea in materia di obblighi delle imprese rispetto agli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente ingenerati dall'attività imprenditoriale. In particolar modo la futura direttiva dovrebbe imporre alle imprese l'obbligo di organizzare un'attività adeguata di previa individuazione di tutti i possibili rischi sul fronte dei diritti umani e della tutela dell'ambiente, adottando misure di carattere preventivo e precauzionale e, laddove si verifici in concreto un fatto negativo, di adottare idonee misure di contenimento, riduzione o eliminazione dell'impatto.

Rispetto al contenuto di altri atti normativi che già hanno previsto tali obblighi, la proposta di direttiva amplia il novero delle sanzioni per le imprese inottemperanti, imponendo altresì una nuova e peculiare sanzione che opererebbe anche sul piano privatistico, disponendo che le imprese che non adempiano ai propri obblighi – laddove si verifici in concreto l'impatto negativo direttamente riconducibile ad esse o anche ad altri imprenditori di cui l'impresa si avvalga nella catena di produzione del prodotto, anche al di fuori del territorio dell'Unione – saranno ritenute responsabili civilmente e potranno essere convenute in giudizio con l'azione di risarcimento danni.

Questa particolare disposizione dovrebbe così dare forma giuridica ad una speciale e innovativa fattispecie di responsabilità civile extracontrattuale che è da ritenersi strettamente collegata alla condotta inadeguata delle imprese in materia di difesa dell'ambiente, andando così ad incidere fortemente sulle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività imprenditoriale in una prospettiva che mette realmente al centro la sostenibilità ambientale nelle sue diverse proiezioni anche e soprattutto nei rapporti tra privati²⁷.

Una seconda e recente proposta di direttiva della Commissione del 30 marzo 2022 ha invece ad oggetto la promozione dell'eco-sostenibilità nell'ambito della disciplina dei consumatori²⁸. Le nuove norme dovrebbero incidere secondo le intenzioni della Commissione in forma specifica sulla disciplina delle pratiche sleali all'interno dei programmi commerciali, imponendo obblighi molto più penetranti rispetto a quelli attuali

²⁷ In linea con tale proposta si pone la recentissima approvazione da parte del Parlamento europeo della direttiva sull'obbligo di rendicontazione societaria di sostenibilità – *Corporate Sustainability Reporting Directive* – che impone alle società di dimensioni medio-grandi di inserire nella rendicontazione un ampio novero di informazioni, come già previsto da precedenti atti normativi europei, aggravando tuttavia l'entità e il carico di informazioni sulla attività che la società svolge in funzione della prevenzione degli impatti negativi sull'ambiente e di quali misure adottare in funzione della tutela della sostenibilità, fino a giungere alla nomina di un responsabile per l'eco-sostenibilità relativa all'attività.

²⁸ Il testo della proposta è rinvenibile in lingua italiana al sito web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT>.

in materia di informazione preventiva dei beni prodotti su tutti gli aspetti di impatto ambientale delle attività di imprese, muovendo ciò dal presupposto che questi aspetti sono decisivi per le scelte del mercato dei consumatori.

L'obiettivo normativo che la proposta pone si traduce nella piena consapevolezza del potere contrattuale quale *diritto soggettivo* del consumatore, aumentando gli obblighi di informazione esistenti in capo alle imprese, vietando in particolare la strategia di comunicazione negli *slogan* pubblicitari nota come *greenwashing*²⁹. L'inserimento nella materia del diritto del consumatore di questa attenzione peculiare al rispetto del valore della protezione ambientale come strumento di trasmissione delle informazioni dovrebbe rendere ancora più efficace la portata della tutela ambientale in una prospettiva di piena valorizzazione dell'eco-sostenibilità.

Abstract: Il 9 maggio 2022 si sono chiusi i lavori della Conferenza sul Futuro dell'Europa con la formulazione di 49 proposte delle quali 6 riguardano direttamente le sfide ambientali che l'Unione dovrà affrontare nel prossimo avvenire. Questo contributo si pone l'obiettivo principale di analizzare tali proposte, individuandone i profili caratteristici, inquadrandoli nell'ampia prospettiva del *nomos* ambientale che informa l'Ordinamento europeo.

Abstract: On 9 May 2022, the work of the Conference on the Future of Europe came to a close with the formulation of 49 proposals, 6 of which relate directly to the environmental challenges that the Union will have to face shortly. The main objective of this contribution is to analyze these proposals, identifying their character profiles and framing them within the broad perspective of the *environmental nomos* that informs European Law.

Parole chiave: Tutela dell'ambiente – Conferenza sul Futuro dell'Europa – Partecipazione democratica – Ecosostenibilità – Revisione dei Trattati.

Key words: Environmental protection – Conference on the Future of Europe – Participatory democracy – Eco-sustainability – Revision of the European Treaties.

²⁹ Con tale locuzione si indica la strategia di comunicazione di certe imprese finalizzata a trasmettere a chi da esse acquista prodotti o usufruisce di servizi l'idea che tali prodotti o servizi siano sostenibili, seppur ciò sia solo illusorio, acquistando così una reputazione *eco-friendly* per una pluralità di motivazioni legate al *marketing* aziendale.

LA RIFORMA DELL'ATTO ELETTORALE EUROPEO E IL PACCHETTO LEGISLATIVO DEMOCRAZIA E TRASPARENZA*.

UN CONTRIBUTO PER RAFFORZARE IL *DEMOS* EUROPEO.

di Sara Cucci**

Sommario. 1. Una breve introduzione. – 1.1. La riforma dell'atto elettorale europeo. – 2. Il nuovo pacchetto legislativo c.d. *democrazia e trasparenza*. – 2.1. Proposta di Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee (rifusione Reg. 1141/2014). – 2.2. Proposta di Regolamento sulla trasparenza e sul *targeting* della propaganda politica. – 2.3. Proposte di direttive relative alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e comunali per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini (Rifusione delle Direttive 93/109/CE e 94/80/CE). – 3. Le proposte della Conferenza sul futuro dell'Europa per il rafforzamento della democrazia europea. – 4. Alcune considerazioni sull'impatto potenziale delle proposte legislative aperte. – 5. Riflessioni finali alla luce del c.d. *Qatargate*.

CX

1. Una breve introduzione.

È pressoché unanimemente riconosciuto che le elezioni al Parlamento europeo (PE) difettano del carattere di sovra-nazionalità che dovrebbe contraddistinguere il processo di selezione dei membri del centro di legittimità democratica del sistema istituzionale dell'Unione. Ove ve ne fosse necessità, la stessa OSCE lo ha affermato, in un rapporto del 2009, descrivendo le elezioni europee come «27 elezioni nazionali separate ad un organo sovra-nazionale, caratterizzate da una notevole diversità di norme, procedure e pratiche nazionali»¹. Anche la dimensione politica delle elezioni al Parlamento europeo, prosegue il Rapporto, è peraltro ancora dominata dagli attori e dalle dinamiche politiche nazionali. L'Emiciclo di Strasburgo ha cercato a più riprese di armonizzare i quadri e le pratiche del processo elettorale, ma gli Stati membri hanno finora resistito a un'ulteriore integrazione in questo senso. Anche per questo, il dibattito sull'argomento *elezioni europee* sembra destinato a continuare, anche oltre l'attuale legislatura. Ciò, nonostante sia ora in esame un

* Sottoposto a referaggio.

** Consigliere di Legazione. Capo Ufficio V Direzione Generale per l'Unione europea e la politica commerciale internazionale – Ministero degli Esteri e della Cooperazione Internazionale.

¹ OCSE, *Office for Democratic Institutions and Human rights, Election to the European Parliament 4-7 June 2009. Expert Group Report*, Warsaw, 22 September 2009. Disponibile anche al link <https://www.osce.org/files/f/documents/d/6/38680.pdf>.

pacchetto di provvedimenti che avrebbe il potenziale per innovare sensibilmente il processo elettorale europeo. La riforma dell'Atto elettorale europeo e il pacchetto di provvedimenti legislativi c.d. *Democrazia e trasparenza*, se approvati, potrebbero infatti contribuire a conferire alle elezioni del PE un carattere maggiormente europeo, ponendosi peraltro in linea con alcune delle raccomandazioni, e delle evidenze, emerse nel corso della Conferenza sul futuro dell'Europa (COFE).

Il presente contributo, partendo dai contenuti dei provvedimenti sopra citati, intende offrire un'analisi in tal senso, suffragata da quanto emerso nei dibattiti dei cittadini nel corso del primo esperimento di democrazia partecipativa condotto a livello europeo. Ebbene, come dimostrato dai dibattiti della COFE, una volta favorita una maggior conoscenza di base del funzionamento delle Istituzioni europee e una maggiore consapevolezza delle problematiche comuni, anche i cittadini poco informati tendono in primo luogo ad apprezzare maggiormente il progetto di integrazione, le motivazioni che lo hanno ispirato nonché le sue potenzialità, e in secondo luogo dimostrano di condividere l'esigenza di rafforzare taluni ambiti di azione. È dunque ragionevole supporre che un processo elettorale maggiormente europeo, che impegni le famiglie politiche in campagne elettorali incentrate su tematiche comuni e proposte programmatiche relazionate alle politiche dell'UE, possano rendere le elezioni del Parlamento europeo un reale momento di scelta dei cittadini dell'Unione, capace di incidere sugli sviluppi e le politiche dell'UE, e di favorire l'affermarsi di una rafforzata coscienza politica europea.

Si tratta di un'evoluzione che dipenderà, inevitabilmente, dal clima politico generale e dalle resistenze che opporranno gli Stati membri a questo processo.

1.1. La riforma dell'atto elettorale europeo.

Le procedure per l'elezione del Parlamento europeo sono definite, come noto, sia dalla legislazione europea, che stabilisce norme comuni per tutti gli Stati membri (SM), sia da disposizioni nazionali specifiche, e per questo variabili. Le basi giuridiche europee si ritrovano all'art. 14 TUE e agli artt. 201, 222 e 223 TFUE, cui si aggiungono l'art. 39 della

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'Atto del 20 settembre 1976² e successive modifiche. Quest'ultimo, che ha disposto l'elezione a suffragio universale e diretto del PE, reca infatti alcune previsioni molto generali, lasciando la regolamentazione del sistema elettorale alla discrezionalità degli Stati membri, espressamente autorizzati alla relativa disciplina tramite disposizioni nazionali «fino all'entrata in vigore di una procedura elettorale uniforme»³.

Il cammino verso l'uniformità delle procedure elettorali non ha sinora raggiunto i risultati attesi,

nonostante le reiterate proposte da parte del PE. Dopo il fallimento dell'ultimo grande tentativo di revisione, risalente al 2018, la riflessione sul processo di riforma dell'Atto elettorale europeo è tuttavia ripresa, nel luglio 2021, con la presentazione della relazione *Ruiz Devesa (S&D, ES)*⁴. Il dibattito in PE ha portato all'approvazione della posizione finale sul progetto di riforma ai primi di maggio 2022, con la convalida da parte della Plenaria riunita a Strasburgo⁵.

Tra gli elementi caratterizzanti della proposta figurano:

- la creazione di una circoscrizione elettorale europea, in cui dovrebbero essere eletti 28 MEP (limitatamente alle elezioni del 2024, mentre per le successive sarà il Consiglio europeo a stabilire il numero). Secondo il sistema proposto, ogni elettore avrebbe due voti: il primo per eleggere un deputato nella rispettiva circoscrizione nazionale e il secondo per eleggerne un altro nella circoscrizione paneuropea. Per garantire una rappresentanza geografica equilibrata all'interno delle liste, gli Stati membri saranno divisi in tre gruppi, a seconda del numero di abitanti. Le liste verranno compilate, in maniera proporzionale, con candidati provenienti da questi tre gruppi. Le liste paneuropee dovranno essere presentate da entità elettorali

² Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom dei Rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio concernente l'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto, del 20 settembre 1976, in GUCE L278, 8 ottobre 1976.

³ Così il testo originario dell'art. 7, par. 2.

⁴ Come relatore della proposta è stato incaricato il deputato spagnolo Ruiz Devesa del Gruppo S&D, mentre come relatori ombra figuravano Sven Simon (DE) per il PPE, Guy Verhofstadt (BE) per Renew, Damian Boeslager (DE) per i Verdi, Leila Chaïbi (FR) per GUE/NGL. Gerolf Annemans (BE) per ID ed Angel Dzhambazki (BG) per ECR. Insieme al Presidente di AFCE, i citati parlamentari compongono il *team* negoziale del Parlamento sul *dossier*.

⁵ Il Parlamento europeo ha approvato il progetto di atto legislativo di riforma della vigente legge elettorale europea con 323 voti a favore, 262 contrari e 48 astensioni, mentre la risoluzione politica di accompagnamento ha ottenuto 331 voti favorevoli, 257 contrari e 52 astensioni. La proposta ha ottenuto il pieno consenso dei gruppi S&D, Renew e Verdi, mentre i gruppi ECR e ID hanno espresso posizioni contrarie. Più frammentato il gruppo PPE come anche GUE (la Sinistra).

europee, quali coalizioni di partiti politici nazionali e/o associazioni nazionali di elettori o partiti politici europei.

- L'identificazione del 9 maggio come data comune per le elezioni europee, indipendentemente dal giorno della settimana. Per favorire l'analisi del voto, le previsioni e l'annuncio degli esiti in simultanea, nel corso di una vera e propria *notte elettorale europea (European election night)*, la proposta prevede di chiudere in tutti gli Stati membri entro le 21.
- La riforma dell'elettorato passivo, con l'introduzione del diritto per tutti gli europei di candidarsi alle elezioni a partire dai 18 anni.
- Lo stabilimento di una soglia di sbarramento minima obbligatoria del 3,5% per le circoscrizioni con 60 o più seggi.
- L'introduzione di nuove misure per il rafforzamento della parità di genere attraverso liste chiuse obbligatorie (con un'alternanza tra candidati e candidate) o un sistema di quote, senza violare i diritti delle persone non binarie.
- La creazione di una nuova Autorità elettorale europea incaricata di coordinare le informazioni sulle elezioni europee, monitorare l'applicazione delle norme comuni della legge elettorale europea e vigilare sullo scambio di informazioni sul voto dei cittadini dell'Unione al di fuori del loro Paese d'origine.

CXIII

La proposta prevede poi diverse misure di armonizzazione; interventi per favorire l'accesso al voto di tutti i cittadini dell'Unione, compresi quelli che risiedono o lavorano in un Paese terzo; disposizioni volte alla non discriminazione delle persone con disabilità; l'introduzione del voto per corrispondenza, ma anche di ulteriori opzioni quali il voto fisico anticipato, il voto per delega, il voto elettronico o via internet, nel pieno rispetto della segretezza e dei dati personali; l'uniformazione delle schede elettorali, evidenziando l'affiliazione dei partiti nazionali e/o delle associazioni nazionali di elettori ai partiti politici europei, movimenti politici europei ed alleanze elettorali europee.

È decaduta, invece, l'idea iniziale di rafforzare la procedura dello *Spitzenkandidat* per l'elezione del Presidente della Commissione europea, che non figura più nella parte dispositiva del testo, ma solo in un considerando⁶. Era, questo, un obiettivo fortemente voluto da alcune componenti dell'Emiciclo, ma osteggiato da alcune formazioni politiche,

⁶ Il considerando 8 recita: «Il candidato capolista la cui entità politica europea ha ricevuto il numero complessivo più elevato di seggi dovrebbe essere incaricato per primo di formare una maggioranza della coalizione in seno al Parlamento neoeletto, per quanto riguarda la designazione di un candidato alla Presidenza della Commissione».

oltre che dal Consiglio⁷.

Le misure sopra elencate hanno una portata sicuramente più dirompente rispetto a quelle contenute nel precedente tentativo di riforma dell'Atto elettorale (la Decisione UE, Euratom 2018/994 del Consiglio, del 13 luglio 2018), e potrebbero incidere in modo significativo sul processo elettorale.

Alcune, ambiziose e idealmente meritevoli, potrebbero rivelarsi tuttavia di difficile praticabilità se non, in talune circostanze, potenzialmente controproducenti. È il caso, ad esempio, dell'istituzione di una giornata comune per il voto il 9 maggio, che nel 2024 cadrà di giovedì, con tutte le conseguenze del caso dal punto di vista della possibile affluenza al voto⁸. Stesso dicasi per l'orario comune di chiusura dei seggi alle 21, che potrebbe limitare l'affluenza nei Paesi mediterranei, dove il voto a fine giornata è prassi diffusa. L'idea appare comunque valida in principio, e si potrebbe invero giungere ad un compromesso accettabile e non eccessivamente penalizzante per gli elettorati degli Stati membri abituati al voto serale. In un'ottica nazionale, inoltre, l'ipotesi di attribuire il diritto all'elettorato passivo ai diciottenni, ove confermata, richiederebbe una modifica della l. n. 18/79 recante disposizioni sull'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia⁹.

La proposta risponde alla logica di favorire l'ingresso al Parlamento europeo di rappresentanti più sensibili alle istanze e agli interessi dei giovani. L'Eurobarometro post-elettorale del 2019, anno delle ultime elezioni europee, ha rilevato infatti che l'affluenza complessiva alle elezioni di quell'anno è aumentata di 8 punti, raggiungendo il 50,6%, la più alta partecipazione dal 1994. Un aumento conseguito grazie anche all'affluenza alle urne dei giovani e degli elettori che hanno votato per la prima volta. La partecipazione dei giovani alle elezioni europee del 2019 è aumentata infatti del 50% rispetto al 2014, quando era stata di appena il 28%¹⁰.

⁷ Sul lato consiliare, la contrarietà poggiava anche sulla constatazione che una procedura del genere sarebbe stata contraria ai Trattati in quanto avrebbe sottratto al Consiglio Europeo il potere di proporre il candidato alla carica di presidente della Commissione.

⁸ Il negoziato sulla riforma dell'atto elettorale nel suo complesso è rimasto in fase di stallo. Nel frattempo tuttavia è stata fissata la data delle prossime elezioni europee, nelle giornate dal 6 al 9 giugno 2024 (scambio di lettere tra la Presidente del Parlamento europeo, Roberta Metsola, e la Presidente di turno del Consiglio Affari Generali, ndr maggio 2023).

⁹ La legge 18/79 stabilisce all'art. 4 che «sono eleggibili alla carica di membro del Parlamento europeo spettante all'Italia gli elettori che abbiano compiuto il 25° anno di età entro il giorno fissato per le elezioni che hanno luogo nel territorio nazionale».

¹⁰ Eurobarometro ha anche analizzato le politiche che hanno indotto i cittadini a votare alle recenti elezioni europee. Le principali questioni che hanno avuto un impatto sulla decisione di votare sono state: l'economia e la crescita (44%), il cambiamento climatico (37%), e i diritti umani e la democrazia (37%). Il 36% degli intervistati ha citato "il modo in cui l'UE dovrebbe lavorare in futuro" come questione di primaria importanza. In 16 paesi, gli intervistati hanno citato l'economia e la crescita come ragione di voto più importante, mentre

Premesse tali difficoltà, comunque non insormontabili, si può guardare invece con favore all'idea di una circoscrizione paneuropea, che il Governo italiano aveva già inserito tra i suoi obiettivi per il rafforzamento di una *coscienza comune europea* nel documento nazionale presentato in previsione dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa¹¹. Ugualmente positive appaiono le proposte per favorire la parità di genere, di fatto già vigenti nel nostro Paese.

Vi sono tuttavia disposizioni che potrebbero rappresentare ostacoli ben più grandi sul cammino verso l'approvazione di tale riforma. Come accennato, l'ultimo tentativo di modificare l'Atto elettorale europeo risale alla Decisione 2018/994. Essa si poneva in continuità con l'esperienza precedente, limitandosi all'incremento – invero imitato – dei principi comuni, senza alcuna reale armonizzazione delle regole elettorali. A riprova di ciò si registra il fatto che, nell'ordinamento italiano, la relativa approvazione non ha richiesto alcun intervento di adeguamento della normativa elettorale vigente, ritenuta già conforme al novellato quadro europeo¹².

Per quanto portatrice di modeste novità, la Decisione n. 2018/994 non è tuttavia mai entrata in vigore. L'articolata procedura prevista dall'art. 223 TFUE si è arrestata infatti al momento dell'approvazione degli Stati membri¹³. Nei casi di Spagna e Germania, il mancato via libera è imputabile a ragioni di natura sia politica che giuridica, in larga parte legate all'obbligatoria introduzione di una clausola di sbarramento. Una disposizione che,

in 8 paesi i cittadini hanno indicato il cambiamento climatico (fonte Eurobarometer: https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2019/election2019/EB915_SP_EUROBAROMETER_POSTEE19_FIRSTRESULTS_EN.pdf).

¹¹ La prima versione del documento è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.politicheeuropee.gov.it/media/5614/non-paper-italiano-14-febbraio-2020.pdf>. La versione aggiornata (successiva alla pandemia) è consultabile al seguente indirizzo: https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2021/09/revised_italian_paper_on_the_cofe_-_final.pdf.

¹² Ministero dell'Interno, Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, nota n. 5004/A2015-003292/Uff. IX, all. 2.

La nota è richiamata in Senato della Repubblica, Servizio studi Dossier europei n. 28; Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea, Decisione 2018/994 del Consiglio dell'UE che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto (7 dicembre 2018). Il testo è disponibile al seguente indirizzo: http://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/236/001_RS/INTERO_COM.pdf.

¹³ Per approfondimenti sui procedimenti di approvazione si rinvia: a European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, *Europeanising the elections of the European Parliament. Outlook on the implementation of the Council Decision 2018/994 and harmonization of national rules on European elections*; Documentazione per le Commissioni Riunioni Interparlamentari, Riunione interparlamentare della Commissione AFCE del Parlamento europeo *La riforma della legge elettorale europea e il diritto d'inchiesta del Parlamento europeo*, dossier, 2021, disponibile: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01300264.pdf>.

come abbiamo visto, si ritrova anche nell'attuale proposta di riforma e che potrebbe pertanto condurre ad analoghi risultati. In Spagna non sussistono invero problematiche di ordine costituzionale all'introduzione di una simile previsione, ma serie questioni di opportunità politica, dal momento che una clausola di sbarramento escluderebbe dall'assegnazione dei seggi i partiti minori del frammentato e instabile sistema politico spagnolo¹⁴. Problematiche di ordine propriamente giuridico, invece, si frappongono all'introduzione di una soglia di sbarramento nell'ordinamento costituzionale tedesco¹⁵, alla luce della doppia sentenza costituzionale atta ad annullare le clausole di sbarramento previste in diversi momenti (prima del 5% e poi del 3%) per l'assegnazione dei seggi dei rappresentanti della Germania al PE. In esito a tali pronunce, la riproposizione di una simile clausola nella legge nazionale necessita dell'approvazione da parte dei due terzi dei membri del *Bundestag* e del *Bundesrat*, ovvero della maggioranza richiesta per emendare la Legge fondamentale.

L'introduzione di una soglia di sbarramento non è che una delle difficoltà che dovrà affrontare anche quest'ultimo tentativo di revisione dell'Atto elettorale, il cui percorso si conferma in salita. La procedura legislativa speciale stabilita dall'art. 223 TFUE prevede che il testo sia trasmesso per esame al Consiglio. La versione da questo emendata dovrà essere approvata all'unanimità, prima di essere nuovamente inviata al PE per la sua approvazione definitiva e potrà entrare in vigore solo dopo la ratifica da parte di tutti gli Stati membri, secondo le rispettive procedure interne. Per l'Italia sarà necessario il voto favorevole di Camera e Senato.

¹⁴ In esito alla Brexit, inoltre, alle elezioni europee del 2024 la Spagna avrà più deputati da eleggere, con aumento della rappresentanza proporzionale dei partiti più piccoli in termini di eurodeputati eletti. Circostanza, questa, che rende ancor più problematica dal punto di vista politico l'adozione di una soglia elettorale formale.

¹⁵ Il riferimento è alle due pronunce con cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato l'incostituzionalità della clausola di sbarramento prevista, e poi reintrodotta, nella legge elettorale (*Europawahlgesetz*) del 16 giugno 1978. Più esattamente, il 9 novembre 2011, il giudice costituzionale tedesco ha annullato la clausola di sbarramento del 5% prevista per l'assegnazione dei seggi dei rappresentanti della Germania al PE. A distanza di meno di tre anni, con sentenza del 26 febbraio 2014, ha confermato il suo precedente, dichiarando incostituzionale la nuova clausola di sbarramento del 3% nel frattempo reintrodotta dal *Bundestag*. In merito, limitatamente alla dottrina italiana: G. Delledonne, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un altro ritorno del Sonderweg?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012; M. Armano, *La soglia di sbarramento per l'elezione del Parlamento europeo è incostituzionale? Brevi considerazioni a proposito di una recente ordinanza di rinvio*, in *Quad. Cost.*, 2014.

2. Il nuovo pacchetto legislativo c.d. *democrazia e trasparenza*.

In parallelo al progetto di riforma dell'atto elettorale europeo, e nel quadro delle linee d'azione del *Piano per la democrazia europea*¹⁶, il 25 novembre 2021 la Commissione ha presentato un nuovo pacchetto legislativo, nell'intento di offrire un quadro giuridico aggiornato, più solido e uniforme, per ampliare la partecipazione al dibattito democratico dell'Unione e rafforzarne di pari passo le garanzie di trasparenza e di scrutinio pubblico.

Il pacchetto, cosiddetto *Democrazia e Trasparenza*, contiene misure volte a proteggere l'integrità dei processi elettorali e a rispondere alle criticità emerse in occasione delle elezioni europee del 2019 e nel corso della pandemia.

Si compone di una Comunicazione, che illustra la *ratio* dell'iniziativa, e di quattro proposte legislative che coprono altrettanti ambiti d'azione: il finanziamento dei partiti politici europei; il rafforzamento delle procedure volte a garantire la partecipazione dei cittadini cc.dd. *mobili* dell'Unione alle elezioni europee e a quelle municipali, ed una nuova proposta relativa al buon funzionamento del mercato interno della pubblicità politica, importante se si considera quanto la comunicazione, la disinformazione e la propaganda, soprattutto *online*, stiano condizionando le opinioni pubbliche.

Con le misure proposte, la Commissione intende affrontare tre criticità del processo elettorale europeo:

- 1) le difficoltà dei partiti politici europei nel fare campagna oltre i confini nazionali e in generale nel «contribuire alla formazione di una consapevolezza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini» (art. 10, par. 4, TEU), in mancanza di risorse finanziarie adeguate;
- 2) l'impatto della transizione digitale e del trasferimento *online* del dibattito politico, che hanno dato luogo a nuove tecniche opache, manipolative e invasive di utilizzo dei dati personali e disinformazione e, al contempo, accentuato la frammentazione delle regolamentazioni nazionali;
- 3) infine, gli ostacoli per i cc.dd. *cittadini mobili* che risiedono in uno Stato membro diverso da quello di origine nell'esercizio del proprio diritto di voto sia alle elezioni del Parlamento Europeo che alle elezioni municipali.

¹⁶ Adottato nel dicembre 2020.

2.1. Proposta di Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee (rifusione Reg. 1141/2014).

L'iniziativa nasce dall'osservazione di alcune lacune nel quadro normativo vigente, evidenziate sia dal Parlamento europeo¹⁷, sia dalla Commissione, nella sua autonoma relazione sull'applicazione del Regolamento. La proposta suggerisce una serie di misure volte a rafforzare la visibilità dei partiti politici europei e la loro sostenibilità finanziaria (intervenedo sui tassi di co-finanziamento, sul regime delle donazioni e sulle risorse proprie). Significative anche le proposte concernenti il rafforzamento degli obblighi sul rispetto dei valori UE e sull'equilibrio di genere. Il Regolamento contiene inoltre una specifica previsione sui messaggi pubblicitari di natura politica, che dovrà essere esaminata in connessione con la più ampia proposta di Regolamento della materia, anch'essa compresa nel pacchetto in parola.

Le modifiche più qualificanti proposte dalla Commissione rispetto alla normativa vigente sono:

- i) il rafforzamento della visibilità dei partiti politici europei quali attori *transfrontalieri* e l'intensificazione delle loro interazioni con i partiti membri;
- ii) il rafforzamento degli obblighi sul rispetto dei valori UE;
- iii) il rafforzamento delle capacità finanziarie dei partiti e delle fondazioni europee;
- iv) l'inserimento di aggiornati e – nelle intenzioni della Commissione – più stringenti controlli per le donazioni;
- v) l'introduzione di obblighi di trasparenza sulla propaganda politica effettuata, con compiti di controllo e supervisione in capo agli Stati membri;
- vi) l'introduzione di obblighi di trasparenza sulla parità di genere;
- vii) previsioni sulla semplificazione amministrativa.

2.2. Proposta di Regolamento sulla trasparenza e sul *targeting* della propaganda politica.

La proposta, che ha come base giuridica principale l'art. 114 TFUE sull'istituzione e sul funzionamento del mercato interno, integra la normativa UE sui servizi digitali, sulla

¹⁷ Risoluzione dell'11 novembre 2021.

trattazione e sulla protezione dei dati personali e il codice di buone pratiche UE sulla disinformazione, inserendosi nella cornice dello *EU Digital Rulebook* per la regolamentazione dello spazio digitale. Due gli obiettivi individuati, mediante misure di armonizzazione: i) tutelare il buon funzionamento del mercato interno della propaganda politica e delle attività connesse in quanto “servizi” ai sensi dell'articolo 57 TFUE; ii) proteggere le persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Per perseguire queste finalità la proposta intende:

- i) Individuare definizioni condivise a livello UE tra cui quelle di pubblicità politica, editori di pubblicità politica e *sponsor*¹⁸;
- ii) Assicurare la massima trasparenza degli *spot* politici;
- iii) Disciplinare l'uso delle tecniche di *targeting*/amplificazione basate sul trattamento di dati personali (anche sensibili);
- iv) Stabilire un efficace sistema di controllo.

2.3. Proposte di direttive relative alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e comunali per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini (Rifusione delle Direttive 93/109/CE e 94/80/CE).

Le due proposte, che in base all'art. 22 TFUE richiedono l'adozione all'unanimità da parte del Consiglio secondo una procedura speciale e a seguito di consultazione del Parlamento Europeo, intendono agevolare l'esercizio dei diritti di voto e di eleggibilità dei *cittadini mobili*, limitare i rischi di cancellazione nelle liste elettorali dello Stato di origine e ridurre quelli del doppio voto.

Sebbene infatti siano circa 13,5 milioni i cittadini che risiedono in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza (*cittadini mobili dell'UE*), pochi di questi esercitano il loro diritto di voto alle elezioni europee e comunali. Al fine di garantirne una partecipazione inclusiva in vista delle elezioni europee del 2024, la Commissione propone modifiche mirate alle direttive vigenti in materia di diritti elettorali, introducendo diversi

¹⁸ Secondo i dati di un recente Eurobarometro (*Democracy in the EU* – marzo 2021 – *Eurobarometer survey* (europa.eu)) quasi quattro cittadini europei su dieci sono stati esposti a contenuti per i quali non erano riusciti a determinare facilmente se si trattasse di un messaggio pubblicitario di natura politica o no.

obblighi in capo agli Stati ospitanti tra cui quello di informare in maniera proattiva i cittadini mobili in merito ai propri diritti elettorali e quello di utilizzare modelli standardizzati per la loro iscrizione alle liste elettorali in qualità di elettori o di candidati (utilizzando a tal fine una lingua veicolare comunemente parlata in un determinato territorio).

L'auspicio della Commissione è di vedere i provvedimenti legislativi approvati entro il maggio 2023, in tempo utile per la loro attuazione alle elezioni europee del maggio 2024.

La Presidenza francese ha dedicato il primo semestre 2022 all'esame parallelo dei testi, strettamente correlati, del Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee (pervenendo ad una prima posizione parziale del Consiglio in aprile) e del Regolamento sulla trasparenza e sul *targeting* della propaganda politica (con l'obiettivo – non raggiunto – di approvare una posizione parziale del Consiglio entro la conclusione del semestre). Solo nel corso dell'ultima riunione utile del successivo semestre di Presidenza ceca il Consiglio è riuscito ad addivenire ad una prima posizione parziale sul Regolamento sulla trasparenza e sul *targeting* della propaganda politica. Si apre quindi anche per questo *dossier* la fase del trilogio, rivelatasi affatto facile per il Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, tuttora in stallo.

L'analisi delle due restanti proposte di Direttive sarà avviata nel semestre di Presidenza svedese.

Alla luce del quadro sopra delineato, sembra difficile, al momento in cui si scrive (dicembre 2022), che il corposo e complesso pacchetto normativo sopra descritto possa essere adottato in tempo utile per l'appuntamento elettorale del maggio 2024¹⁹.

3. Le proposte della Conferenza sul futuro dell'Europa per il rafforzamento della democrazia europea.

Il tema del rafforzamento della democrazia europea è stato affrontato anche nell'ambito

¹⁹ I negoziati inter-istituzionali sono avanzati solo sulla proposta di Regolamento statuto e finanziamento dei partiti politici e sulla proposta di Regolamento trasparenza e targeting della propaganda politica, che sono attualmente in fase di trilogio, dopo aver raggiunto in Consiglio l'orientamento generale, rispettivamente a marzo e dicembre 2022. Le altre due proposte non sono ancora entrate nella fase di negoziato inter-istituzionale (ndr, maggio 2023).

della Conferenza sul futuro dell'Europa, inedito esperimento di democrazia partecipativa a livello europeo, volto a coinvolgere maggiormente i cittadini nella vita politica dell'Unione.

Tra le proposte formulate, numerose sono quelle che riflettono la volontà di migliorare ed accrescere la partecipazione dei cittadini europei al processo decisionale UE, facilitare il dialogo con le Istituzioni e la trasparenza delle stesse, ma soprattutto rafforzare i poteri e il ruolo del Parlamento europeo nell'equilibrio istituzionale complessivo.

In questo senso si possono leggere la richiesta dei cittadini di contribuire maggiormente ai processi di elaborazione delle politiche, anche tramite la creazione strumenti digitali per la raccolta e l'espressione delle opinioni, e la proposta di garantire una migliore informazione sulle attività dell'Unione ed una migliore conoscenza del progetto di integrazione, attraverso l'utilizzo di strumenti informativi di facile linguaggio e accessibilità.

È stato inoltre chiesto di consolidare l'identità comune a livello europeo, attraverso varie manifestazioni e rendendo il 9 maggio (giornata dell'Europa) un giorno festivo in tutta l'Unione. Una proposta, questa, facilmente riconducibile all'idea di elezioni unificate proprio in quella data, presente nell'attuale proposta di riforma dell'Atto elettorale.

Sempre al fine di rafforzare lo spazio democratico comune, i cittadini hanno anche proposto di introdurre l'istituto di un *referendum* europeo che, su impulso del Parlamento europeo, possa consentire di pronunciarsi su questioni di particolare rilevanza per l'intera Unione.

Significativamente, i cittadini hanno inoltre auspicato una modifica della legge elettorale vigente, al fine di introdurre *liste transnazionali* per le elezioni del PE (proposta come abbiamo visto già formulata dallo stesso Parlamento).

Vi sono poi alcune raccomandazioni più radicali, che per essere attuate richiedono senza dubbio una modifica dei Trattati. Tra queste, i cittadini hanno chiesto di avere voce in capitolo nell'elezione del Presidente della Commissione europea (o attraverso una sua elezione diretta oppure attraverso la scelta di candidati capilista nelle elezioni europee) e di attribuire al Parlamento europeo un diritto di iniziativa legislativa.

In generale, da un'analisi del livello di partecipazione, delle attività condotte e delle proposte scaturite nel corso della COFE, soprattutto in ambito italiano, emerge una dicotomia di fondo nella conoscenza che la cittadinanza ha dell'Unione europea e delle sue politiche²⁰.

²⁰ La Relazione del Governo sul contributo italiano è consultabile al seguente indirizzo: https://www.politicheeuropee.gov.it/media/6373/futuroeuropa_volume_web.pdf

Una larga maggioranza di cittadini non appare infatti pienamente consapevole delle norme e dei principi che regolano il funzionamento delle Istituzioni – a partire da quel principio di attribuzione delle competenze che definisce il margine d’azione dell’Unione rispetto agli Stati membri. A tale scarsa conoscenza si aggiunge una percezione generale spesso influenzata, se non distorta, dal dibattito pubblico nazionale. Le lacune anzidette alimentano di fatto uno scollamento tra le aspettative riposte nell’azione dell’Unione e il concreto margine di manovra di cui essa dispone per agire.

Diversamente, la conoscenza dell’Unione è molto più approfondita tra esperti e attivisti, i quali non solo hanno dato prova di un buon livello di informazione generale – dal punto di vista storico-politico, giuridico e/o sociologico, a seconda dei rispettivi ambiti – ma hanno anche dimostrato una maggior consapevolezza delle sfide cui l’Unione di oggi si confronta. In entrambi i casi, ma con diverse sfumature, tale buona conoscenza generale conduce e favorisce l’elaborazione di idee e valutazioni di merito sul ruolo dell’Unione, anche in una prospettiva futura.

Il dato interessante emerso dalle attività condotte con la cittadinanza è che, una volta favorita una maggior conoscenza di base del funzionamento delle Istituzioni europee, anche i cittadini poco informati tendono in primo luogo ad apprezzare maggiormente il progetto di integrazione, le motivazioni che lo hanno ispirato e le sue potenzialità, e in secondo luogo dimostrano di condividere l’esigenza di rafforzare taluni ambiti di azione. Comprensibilmente, i cittadini guardano anzitutto a quelli con il maggior impatto diretto sulla vita di tutti i giorni: clima, ambiente, e territorio (si citano tra le altre le proposte sulla creazione di una *cabina di regia* europea per la mobilità e la coesione delle aree interne, o il richiamo alla necessità di sostenere le transizioni verde e digitale con adeguati interventi di politica fiscale); mercato unico e politica industriale (nei suoi diversi aspetti – tra le proposte vi è quella di completare l’unione bancaria, ma anche di rivedere la Politica Agricola Comune per agevolare i giovani ad avviare nuove imprese agricole); armonizzazione fiscale; dimensione democratica, sociale e lotta alle disuguaglianze (ad esempio, proponendo di dare seguito all’accordo siglato al Vertice Sociale di Porto di maggio 2021 per conseguire gli obiettivi entro il 2030, o di rafforzare a livello europeo le iniziative in favore delle persone con disabilità).

Tra le proposte presentate, ve ne sono anche diverse che guardano al ruolo *esterno* dell’UE, volte ad incoraggiare un’azione più profilata dell’Unione – sia nelle relazioni con gli altri attori globali, che in favore dei diritti umani e dei valori condivisi – ma anche a rafforzare

l'azione comune in ambiti quali le migrazioni o la lotta al terrorismo²¹.

È stata inoltre condivisa l'importanza di una riflessione su mirate riforme istituzionali che consentano da un lato di favorire il coinvolgimento democratico dei cittadini, dall'altro di migliorare l'efficacia dei processi decisionali. In proposito, approfondito il livello di conoscenza del funzionamento delle Istituzioni, *in primis* il funzionamento del Consiglio, è risultato evidente come il mantenimento del meccanismo del veto ostacoli la tempestività e l'efficacia del processo decisionale. Ciò a maggior ragione negli ambiti in cui si condivide l'importanza, e l'utilità, di un'azione più profilata dell'Unione nel suo insieme, quali la politica estera e di difesa o la fiscalità.

Si tratta di risultati che dimostrano come un reale *discorso europeo* – come quello favorito dalla Conferenza sul futuro dell'Europa – incoraggi il rafforzamento di quella *coscienza comune europea* tassello mancante ma fondamentale del progetto di integrazione.

Ad avviso di chi scrive, solo una riforma complessiva della normativa che regola le elezioni europee e l'attività di partiti e fondazioni politiche europei può condurre a questo risultato. Tale strada è stata appena imboccata, con i provvedimenti sopra descritti. La riforma dell'Atto elettorale europeo e il pacchetto di provvedimenti legislativi *Democrazia e trasparenza* hanno infatti il potenziale di favorire la formazione di un Emiciclo realmente *europeo*, e non già mosaico di interessi nazionali.

4. Alcune considerazioni sull'impatto potenziale delle proposte legislative aperte.

Pur riconoscendo che i tempi di esame non sembrano consentire la chiusura dei negoziati sui provvedimenti sopra descritti in tempo utile per le prossime elezioni europee, si possono svolgere alcune considerazioni sull'impatto potenziale di tali provvedimenti.

L'introduzione dell'elemento della transnazionalità nello svolgimento delle elezioni europee permetterebbe senza dubbio di valorizzare il ruolo dei partiti politici europei, direttamente coinvolti nella selezione delle candidature e, più di quanto oggi già avvenga,

²¹ Su questo tema, si sono invero registrate alcune iniziative da parte di Stati membri. Su impulso della Germania, ad esempio, è stato istituito un "Gruppo di Amici" con posizioni tendenzialmente favorevoli all'estensione del voto a maggioranza qualificata all'ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC). L'Italia ne è parte insieme a Francia, Spagna, Paesi Bassi, Finlandia, Lussemburgo, Belgio e Slovenia. Danimarca, Romania, Slovacchia e Svezia sono associati in qualità di osservatori. (ndr, maggio 2023)

nello svolgimento delle campagne elettorali, che potrebbero pertanto spogliarsi, almeno in parte, delle influenze nazionali al momento preponderanti. Il combinato disposto delle due iniziative – riforma dell'atto elettorale europeo e aggiornamento del quadro giuridico che regola l'attività di partiti e fondazioni politiche europee e le modalità di voto – avrebbe infatti il potenziale di rafforzare il processo democratico europeo, uniformarlo e avvicinarlo ai cittadini, creando le premesse per un vero e proprio dibattito pubblico europeo. Esattamente ciò che manca all'Unione di oggi, troppo spesso vittima della dialettica politica nazionale.

L'impatto in questo senso delle liste transnazionali fu evidenziato già sul finire degli anni Novanta, dalla c.d. Relazione Anastassopoulos²². Da allora, è intervenuta la regolamentazione normativa dei partiti politici e delle fondazioni politiche europei, che con il pacchetto legislativo *Democrazia e trasparenza* si mira ora ad aggiornare.

Resta tuttavia una contraddizione di fondo rispetto a quanto sancito sin dal 1992 dal Trattato di Maastricht, che inseriva un nuovo art. 138A al Trattato istitutivo della Comunità economica europea, secondo cui «i partiti politici a livello europeo sono un importante fattore per l'integrazione in seno all'Unione». Essi «contribuiscono a formare una coscienza europea e ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione». Ancora oggi, infatti, i partiti politici europei svolgono un ruolo del tutto marginale, anche con riguardo allo svolgimento delle elezioni europee.

La responsabilità del Parlamento europeo nel sistema istituzionale dell'Unione si basa soprattutto sulla sua capacità di *europeizzare* le questioni importanti. Per poter riuscire in questo intento, è necessario un sistema elettorale che consenta di mobilitare il massimo numero di elettori e che questi sentano di contribuire, con il loro voto, ad influenzare l'indirizzo politico dell'Unione, intesa come Comunità sovra-nazionale di appartenenza. Se i cittadini non votano, o votano sulla base di motivazioni di politica nazionale, il Parlamento europeo difficilmente potrà rappresentare legittimamente l'interesse collettivo dell'Unione, mentre più facilmente finirà per riflettere le divergenze o le alleanze nazionali già caratterizzanti il Consiglio.

²² Il testo sottolineava come la costituzione di liste transnazionali per le elezioni europee (anche limitata al 10% dei seggi) «contribuirebbe a far emergere un'autentica coscienza politica europea e a costituire veri e propri partiti politici europei», dando inoltre alle elezioni europee una dimensione più sovranazionale.

La modifica del sistema elettorale consentirebbe indubbiamente di rafforzare la legittimità del Parlamento europeo e la partecipazione elettorale, contribuendo a rendere le elezioni europee un appuntamento rilevante, in modo simile, se non pari, a quelle nazionali.

È tuttavia prevedibile che, come in passato, si ripropongano resistenze ad una europeizzazione e modernizzazione delle regole elettorali. Il percorso è quindi inevitabilmente in salita.

5. Riflessioni finali alla luce del c.d. *Qatargate*.

Al momento in cui si scrive, lo scandalo che giornalmisticamente ha preso il nome di *Qatargate* è appena emerso. L'impatto di queste notizie non può quindi ancora essere valutato compiutamente, così come non possono essere formulati giudizi circostanziati su quanto accaduto. Non è infatti ancora chiaro se siamo di fronte a un sistema di corruzione capillare e reticolato all'interno del Parlamento europeo (che potrebbe coinvolgere anche altri organi), o se si tratti di casi isolati. Il giudizio finale naturalmente diverge in modo sostanziale nell'uno o nell'altro caso.

Ciò premesso, l'episodio infligge indubbiamente un grave danno d'immagine all'Eurocamera, in grado di ripercuotersi sull'insieme delle Istituzioni europee. Queste dovranno rispondere innovando i propri sistemi per contrastare corruzione ed evitare quanto più possibile i conflitti d'interesse. Si tratta, a ben vedere, di misure richieste agli stessi Parlamenti nazionali ed oggetto di monitoraggio e raccomandazioni da parte della Commissione²³.

Quanto accaduto mette in discussione *in primis* il Parlamento europeo, tra le Istituzioni l'unica direttamente eletta e rappresentativa dei cittadini e, in quanto tale, spesso considerata il *pilastro democratico* dell'Unione. Essa è peraltro sempre stata anche la più progressista sui temi dello Stato di diritto, della trasparenza, della rappresentanza

²³ Il contrasto alla corruzione a livello nazionale è oggetto di monitoraggio da parte della Commissione e rientra tra gli aspetti esaminati nell'ambito del c.d. *Rapporto annuale sullo Stato di diritto* (*Rule of Law annual Report*). Il Rapporto, che contiene un'analisi generale a livello di Unione e specifici Capitoli-Paese dedicati alle situazioni in ciascuno Stato membro, prende in considerazione quattro ambiti: il sistema giudiziario; il quadro anti-corruzione; il pluralismo dei media e la libertà di stampa; le altre questioni istituzionali relative al bilanciamento dei poteri. Dal 2022, ogni Capitolo-Paese si chiude con una serie di raccomandazioni rivolte alle Autorità nazionali negli ambiti ritenuti più deboli. Il Rapporto costituisce il riferimento principale per l'esercizio di esame sullo Stato di diritto, svolto con logica di *peer review* nella forma di audizioni degli Stati membri da parte degli Stati membri stessi, avviato al Consiglio Affari Generali del 13 ottobre 2020.

democratica e dell'integrazione politica dell'UE.

Il tema è quello del controllo delle ingerenze esterne e in particolare dell'attività dei lobbisti, anche tramite la creazione di un ente europeo che verifichi e sanzioni eventuali conflitti d'interesse. Misure, quelle citate, che il Parlamento europeo stesso aveva invero già chiesto in prima istanza, avanzando anche alcune proposte concrete.

Se è vero che l'UE dispone già di un Registro per la trasparenza²⁴, esso è uno strumento sicuramente perfetibile sia per quanto concerne il grado di copertura sia nella parte sanzionatoria. Il quadro potrebbe essere poi ulteriormente rafforzato con la creazione di un organismo etico indipendente (*EU Ethics Oversight Authority – EUEOA*)²⁵ come sollecitato dal PE con una risoluzione approvata il 16 settembre 2021. Ciò sulla base degli orientamenti politici 2019-2024 per la Commissione, secondo i quali le Istituzioni dell'UE dovrebbero essere «aperte e inappuntabili in materia di etica, trasparenza e integrità, onde favorire la fiducia nell'Unione da parte dei cittadini europei».

In assenza di seguiti a tale impegno da parte dell'Esecutivo comunitario, il Parlamento ha proposto di istituire il citato organismo etico indipendente tramite accordo inter-istituzionale (ai sensi dell'art. 295 TFUE). La proposta del Parlamento ha incontrato le reticenze della Commissione che, pur condividendo lo spirito dell'iniziativa, ha sollevato una serie di criticità, tra cui il rischio di sovrapposizione con l'attività di organismi esistenti e di ingerenza nell'autonomia delle altre Istituzioni. Le stesse riserve sono peraltro state condivise dal Consiglio, sia con riferimento all'impatto della proposta del Parlamento Europeo sull'equilibrio istituzionale e sull'attribuzione delle competenze che interessano le Istituzioni e i pertinenti organi consultivi, sia con riguardo all'opportunità di un coinvolgimento degli Stati membri, che restano sottoposti alle normative nazionali.

Se è vero che quanto emerso sembra aver accelerato la riforma del registro di trasparenza e la creazione del citato organismo etico²⁶, i due provvedimenti del Pacchetto *Democrazia e trasparenza* sopra descritti, che affrontano le delicate questioni del finanziamento dei partiti politici e delle fondazioni politiche europee, nonché del *targeting* della pubblicità politica, riacquistano notevole centralità ed urgenza.

Non c'è dubbio che le Istituzioni europee, già messe alla prova più volte da crisi esterne,

²⁴ *Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on a mandatory transparency register*, siglato nel maggio 2021.

²⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0396_EN.html. La Risoluzione è stata approvata con 377 voti favorevoli, 87 contrari e 227 astensioni.

²⁶ Cui hanno fatto espressamente riferimento numerosi parlamentari nel primo dibattito in plenaria successivo alla divulgazione delle notizie, in data 13 dicembre 2022.

dovranno dimostrare la loro capacità di resistere a un episodio, ancora tutto da chiarire nelle sue dimensioni, che rischia di incidere sulla loro credibilità. Un'adeguata e pronta reazione, come sembra essere nelle intenzioni, potrebbe anche ridimensionare la questione e favorire una maggiore trasparenza e *accountability* a livello europeo. Certamente una maggiore democraticità dell'Europarlamento, tramite una opportuna revisione della legge elettorale europea, contribuirebbe ad avvicinare maggiormente l'organo ai cittadini europei e, per questo tramite, a rendere l'Istituzione più responsabile nei confronti degli elettori di quanto non lo sia ora.

Abstract: La Conferenza sul futuro dell'Europa (COFE), primo esperimento di democrazia partecipativa condotto su scala europea a cavallo tra il 2021 e il 2022, se da un lato ha evidenziato una ancora limitata conoscenza delle Istituzioni europee e del loro funzionamento, dall'altro ha fatto emergere una forte domanda di partecipazione, una volta acquisita maggiore familiarità con le motivazioni alla base dell'integrazione europea e le sfide cui l'UE sarà chiamata a confrontarsi in futuro. L'iniziativa intendeva avvicinare i cittadini alle Istituzioni ed alimentare la diffusione di una più forte coscienza politica europea. Un sentimento, questo, invero ancora poco diffuso, ma che potrebbe certamente essere alimentato da una revisione del processo elettorale europeo, tale da rendere le elezioni europee un vero momento di scelta a livello unionale, e non già un processo elettorale di *serie B* legato alle dinamiche politiche interne ad ogni Stato membro. Il Parlamento europeo ha cercato a più riprese di armonizzare i quadri e le pratiche del processo elettorale, ma gli Stati membri hanno finora resistito ad un'ulteriore integrazione in questo senso. La riflessione sulla possibile riforma dell'Atto elettorale del 1976 è ripresa nel luglio 2021. In parallelo, è stato avviato il negoziato su un pacchetto di provvedimenti, c.d. *Democrazia e trasparenza*, presentato dalla Commissione nell'intento di creare un quadro giuridico aggiornato, più solido e uniforme, per ampliare la partecipazione al dibattito democratico dell'Unione e rafforzarne di pari passo le garanzie di trasparenza e di scrutinio pubblico. A giudicare dall'avanzamento dei lavori, è poco probabile che i negoziati si concludano in tempo utile per le prossime elezioni europee. Tuttavia, il combinato di tali riforme, se approvate senza eccessivi ridimensionamenti, potrebbe conferire alle elezioni del PE un carattere realmente europeo, a beneficio dell'intero processo di integrazione.

Abstract: The Conference on the future of Europe (COFE), the very first initiative of participatory democracy conducted on a European scale between 2021 and 2022, highlighted a still limited knowledge of the European Institutions and their functioning. Yet, it generated a strong demand for participation, once more knowledge be given on the rationale behind European integration and the challenges that the EU will have to face in the future. The initiative intended to bring citizens closer to the EU Institutions and foster the diffusion of a stronger European political awareness. A sentiment that is still not very widespread, but which could certainly be fueled by a revision of the European electoral process, such as to make the European elections a real moment of choice at the Union level, and not just a *second-level* electoral process linked to the internal political dynamics of each Member State. The European Parliament has repeatedly sought to harmonize the frameworks and practices of the electoral process, but Member States have so far resisted further integration in this direction. Reflection on the possible reform of the 1976 Electoral Act resumed in July 2021. At the same time, negotiations were started on a package of measures, the so-called *Democracy and Transparency*, presented by the Commission with the intention of creating an updated, more solid and uniform legal framework, to broaden participation in the democratic debate of the Union and at the same time strengthen the guarantees of transparency and public scrutiny. Judging by the progress of work, it is unlikely that the negotiations will be concluded in time for the next European elections. However, the combination of these reforms, if approved without excessive downsizing, could give the EP elections a truly European character, to the benefit of the entire integration process.

Parole chiave: Conferenza sul futuro dell'Europa – Atto elettorale europeo – elezioni europee – Parlamento europeo – cittadinanza europea – democrazia – partiti politici europei.

Key words: Conference on the Future of Europe – European Electoral Act – European elections – European Parliament – European citizenship – democracy – European political parties.

LA PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI EUROPEI AL PROCESSO LEGISLATIVO: RIFLESSIONI E PROSPETTIVE DI UN DIALOGO INCOMPLETO*.

di Claudio Di Maio** e Giuseppe Laneve***

Sommario. 1. Cenni introduttivi. – 2. L’iniziativa dei cittadini europei nella sua evoluzione normativa e giurisprudenziale. – 2.1 – Le peculiarità dell’ICE. – 3. Il meccanismo di partecipazione ibrida attraverso le piattaforme. – 4. La Conferenza sul Futuro dell’Europa: *back to the future?* – 5. Considerazioni conclusive. – 6. Riferimenti bibliografici.

CXXVII

1. Cenni introduttivi.

Le crisi polisenso e multiformi del nostro tempo (Morrone, 2014) scorrono a velocità e profondità diverse, alimentando (e a loro volta alimentandosi attraverso) un contesto globale ad altissima complessità, peraltro pervaso da assetti di potere che sempre più vanno conformandosi attorno all’economia, alla scienza e alla tecnologia, con ricadute evidenti sui terreni tanto delle forme di governo che delle stesse forme di stato, e investono in pieno il circuito democratico-rappresentativo (Balaguer Callejón, 2022), il senso di fiducia dei cittadini, i luoghi e i soggetti della decisione politica, le istituzioni nel loro complesso (Laneve, 2021). Sono le categorie fondative dello stesso Stato costituzionale liberal-democratico ad avvertire una significativa fragilità proprio nei meandri di quel terreno nel quale si sono a fatica insinuate nel corso degli ultimi due secoli, con una straordinaria accelerazione impressa a partire dalla seconda metà del Novecento (Ruggeri, 2021, 2014; Morrone, 2014). Esse, pertanto, non sono più solo indotte a riplasmarsi di continuo seguendo i virtuosi flussi rigenerativi che scorrono tra esse e le evoluzioni del tessuto sociale nel quale costantemente devono sperimentare la loro tenuta, quanto costrette a rimettersi seriamente e profondamente in discussione. Non devono quindi più sorprendere gli studi che già prima della crisi pandemica denunciavano la sofferenza delle democrazie,

* Sottoposto a referaggio.

** Docente a contratto in Diritto dell’Unione europea – Università della Calabria.

*** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Macerata.

una sofferenza che non può circoscriversi alle sole democrazie incerte ma che investe anche quelle mature (Issacharoff, 2018; Graber, Levinson, Tushnet, 2018; Vedaschi, 2020; Di Gregorio, 2020; Benvenuti, 2021).

L'Unione europea – nel suo manifestarsi ancora come un autentico laboratorio costituzionale – non può essere da meno rispetto a questi processi che, invero, offrono, proprio in questa dimensione del tutto peculiare, profili, criticità, ma anche prospettive e terreni di sperimentazione in qualche modo inediti. Il fermento intorno all'UE, che non anima solo le sue istituzioni e la sua governance, ma la sua stessa natura o se si preferisce la sua semantica, si alimenta continuamente anche in ragione della sempre più crescente attenzione che gli stessi cittadini europei prestano, supportati dalla inarrestabile evoluzione dei mezzi di circolazione delle idee e dall'affermazione di nuove piattaforme di discussione nello spazio pubblico europeo (per gli studi da parte della dottrina statunitense, cfr. Post, 2011; Weinstein, 2011), nei confronti di tematiche a loro modo nuove (la sostenibilità dell'ecosistema e quella verso le generazioni future, il valore della scienza, la convivenza con culture profondamente diverse, la trasformazione digitale etc.). Un'attenzione che non può, a sua volta, ripercuotersi sulle pretese di competenza, capacità e responsabilità da parte dei decisori politici. Tutto questo riporta con prepotenza al centro dell'analisi scientifica il tema della partecipazione dei cittadini ai processi decisionali europei che rappresenta uno dei piani di azione di quella cittadinanza europea che, a trent'anni dalla firma del Trattato di Maastricht, non sembra aver esaurito il suo processo di definizione. Anche qui non ci si deve troppo sorprendere solo se si considera, con la migliore dottrina, quanto il concetto stesso di cittadinanza rimandi a una condizione di appartenenza politica, individuando in modo specifico "la relazione esistente tra un individuo e una comunità organizzata in senso politico" (Morrone, 2015: 306).

Partendo da queste premesse, il presente contributo si propone di offrire una prima analisi dei meccanismi che consentono ai cittadini europei di partecipare – in senso ampio – al procedimento legislativo e decisionale dell'UE. Trattandosi di tematiche che attingono da diversi ambiti scientifici, è stato scelto un approccio multidisciplinare, che tiene conto anche degli ultimi eventi consultivi che hanno coinvolto i principali attori politici e sociali in ambito europeo. Partendo, quindi, dagli istituti più tipici dell'ordinamento europeo, si cercherà di sondare pregi, potenzialità e limiti di queste interazioni, con un particolare riguardo alle ricadute che scaturiscono dalla trasformazione digitale (Balaguer Callejón, 2022).

2. L'iniziativa dei cittadini europei nella sua evoluzione normativa e giurisprudenziale.

La partecipazione dei cittadini all'interno del processo decisionale e di *governance* dell'Unione europea costituisce, per certi versi, una grande sfida già presente sin dalle prime fasi del processo di integrazione ma anche il presupposto necessario per le scelte più importanti e la cura che, secondo alcuni studiosi, può far uscire l'UE da quel patologico *deficit* democratico a cui sarebbe opportuno che gli Stati Membri ponessero rimedio. Per un versante della dottrina, infatti, l'UE sconta una mancanza strutturale – ben oltre la semplice democraticità delle sue istituzioni – generata dall'insolita mancanza di “una corrispondenza biunivoca tra funzione ed istituzione: il più importante organo legislativo, il Consiglio dei Ministri, ha anche importanti poteri in campo esecutivo, ed è composto da rappresentanti degli esecutivi nazionali; la Commissione, che aspira ad essere l'unico esecutivo europeo, ha un ruolo strategico (che intende assolutamente mantenere) nel processo legislativo grazie al suo esclusivo potere di iniziativa” (Majone, 2010: 613). Per un altro gruppo di studiosi, invece, “l'architettura istituzionale e il processo decisionale dell'Unione europea riflettono semplicemente la duplice legittimità dell'UE come un'unione di Stati e di cittadini a cui sono state conferite competenze per raggiungere obiettivi comuni” (Pech, Peers, 2016); in altri termini, il principio democratico per l'UE andrebbe ricercato *in primis* (e non solo) nella rappresentanza in seno agli organi decisionali e nella atipicità di azioni e obiettivi che, per loro natura, debbono tener conto di una pluralità di Stati e di soggetti.

Per quanto riguarda, invece, il concetto di partecipazione, esso può assumere differenti sfaccettature se si osserva dal punto di vista dei Trattati istitutivi, non sempre assimilabili a quelle relative alla dimensione statale: rispetto ai metodi di inclusione dei cittadini e delle associazioni da parte delle istituzioni europee, è necessario operare una “distinzione tra il dialogo ‘civile’ sancito dall'art. 11, paragrafi 1 e 2, TUE e quello ‘sociale’ previsto nell'art. 152 TFUE. Entrambi, infatti, costituiscono modalità essenziali di espressione del principio di democrazia partecipativa” (Morgese, 2011: 42). Insieme a questi due esempi, vale la pena ricordare che il paragrafo 3 del medesimo articolo stabilisce che «[a]l fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea

procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». Sia nei primi due casi, che nel terzo, ci troviamo dinanzi ad un diritto non direttamente attivabile dai destinatari – siano essi organi, società civile o *stakeholders* – poiché è un preciso compito delle istituzioni quello di assicurare la conoscenza e stimolare il dibattito pubblico per lo scambio di opinioni. Su questo punto – come vedremo più avanti – sono molte le iniziative che vedono direttamente coinvolte le massime istanze europee nel dialogo con i cittadini; tuttavia, rimane sempre un accesso alla discussione “*by grace and favour*” (Friedrich, 2006: 12) e comunque vincolata ad una certa discrezionalità dei funzionari europei.

Ciò che invece appare come strumento specifico e dedicato alla partecipazione diretta dei cittadini è l’iniziativa dei cittadini europei (ICE) che conferisce la possibilità per un milione di residenti nell’Unione – provenienti da almeno un quarto degli Stati membri – di presentare un atto sotto forma di proposta alla Commissione europea. Pur con le dovute specificità, si tratta di un diritto desumibile dagli artt. 10 e 11, par. 4, TUE, così come rintracciabile anche in quanto disposto dall’art. 24, par. 1 TFUE.

Senza dubbio, questo è un istituto che spicca per la sua innovatività, specie se si considera la specifica natura del sistema di *governance* europeo. In tal senso, la dottrina ha avuto modo di sottolineare alcuni caratteri distintivi: da un lato, c’è chi evidenzia che tale strumento conferisce la possibilità al *demos* europeo di *suggerire* questioni rilevanti alle istituzioni che esercitano il potere legislativo, annoverando l’ICE all’interno del più ampio insieme dei meccanismi di democrazia partecipativa (Raspadori, 2010: 675); altri studiosi, invece, sono stati più propensi nell’accostarlo ad esempi più concreti di democrazia diretta (Pinelli, 2010: 138). Certo è che l’istituto offre un sicuro canale di espressione delle istanze particolari, pur non conferendo ai cittadini europei quella potestà *strictu sensu* di esprimere una volontà ultima sulle norme europee.

2.1. Le peculiarità dell’ICE.

L’ICE, dapprima disciplinata dal Regolamento n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio del 2011 e poi dal più recente Regolamento n. 788/2019, entrato in vigore il 1° gennaio 2020 – cui si è giunti grazie anche alle sollecitazioni provenienti dallo stesso Parlamento europeo (vedi ad esempio la Risoluzione del 28 ottobre 2015) – è un istituto attivatosi negli ultimi anni con una certa frequenza pur senza raggiungere in

molti casi risultati concreti. Intorno ad esso si è incanalata una certa attenzione scientifica da parte non solo degli studiosi del diritto dell'Unione europea (Auer, Mastroianni-Maffeo, Santini), ma anche di quelli del diritto costituzionale (Politi, 2021, Simoncini-Longo, Simoncini, Vipiana).

L'ICE offre una serie di spunti di interesse soprattutto se inserita in un contesto più ampio in cui vivo è il dibattito che promuove la necessità per i sistemi rappresentativi di confrontarsi con elementi dinamizzanti, che impediscano la sclerosi dei meccanismi decisionali e contengano, per quanto è possibile, il fenomeno dell'autoreferenzialità della classe politica.

Sia chiaro: l'orizzonte non deve essere quello di una democrazia rappresentativa che via via lascia la scena a quella diretta (digitale?), quanto un modello "estroverso" di democrazia partecipativa (Laneve, 2021), multidirezionale e a raggiera, in cui le forme di partecipazione trovino nuovi e ulteriori sbocchi senza dimenticare che proprio la ricchezza e la pluralità dei contenuti, per nulla omogenei, anzi frequentemente divergenti, delle società complesse necessita sempre, forse a maggior ragione, di forme procedimentalizzate di compensazione, negoziazione e riflessione, che solo le istituzioni rappresentative sono in grado di assicurare.

Forti di questa premessa, uno sguardo ad altri ordinamenti può essere di aiuto.

Di sicuro interesse è l'esperienza sudafricana e, in particolare, quanto detto dalla nota decisione della Corte costituzionale nel caso *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others* (Case CCT 12/05) che, collegando la partecipazione al concetto di dignità civica, ha riconosciuto l'opportunità di una dialettica reciproca tra gli elementi rappresentativi e partecipativi della democrazia secondo un modello di «*mutually supportive*» (così par. 115, sulla decisione v. Loots).

Nel dettaglio, secondo la Suprema Corte, così come le elezioni generali, fondamento della democrazia rappresentativa, non avrebbero senso senza una massiccia partecipazione degli elettori, allo stesso modo «*the participation by the public on a continuous basis*» fornisce vitalità al funzionamento della democrazia rappresentativa, incoraggiando i cittadini del Paese a essere attivamente coinvolti negli affari pubblici, a identificarsi con le istituzioni di governo, rafforzando la dignità civica di coloro che partecipano, facendo sì che la loro voce sia ascoltata e presa in considerazione. La partecipazione altresì rafforza la legittimità della legislazione agli occhi delle persone (così par. 115).

Ancora, secondo la Corte, che richiama anche il Patto internazionale dei diritti civili e

politici del 1966, vi è un dovere non solo a fornire opportunità significative per la partecipazione della popolazione al processo legislativo, ma anche di adottare misure per garantire che le persone abbiano la capacità di sfruttare le opportunità offerte. Sebbene il Parlamento abbia la facoltà di stabilire la forma che tali opportunità di partecipazione devono assumere, la stessa Corte costituzionale può essere chiamata a verificare, secondo ragionevolezza e nel caso concreto, il bilanciamento tra l'autonomia dell'istituzione parlamentare e il diritto alla partecipazione (par. 146). Significativo è – tra gli altri – il riferimento al valore che il coinvolgimento della popolazione assume a tutela delle minoranze che, proprio grazie agli strumenti di partecipazione attiva ai processi decisionali, pur se soccombenti rispetto alle idee espresse dalla maggioranza, *«continue to be part of the body politic with the full civic dignity that goes with citizenship in a constitutional democracy»* (par. 234).

Si tratta, come noto, di decisione storica le cui argomentazioni, pur se affievolite nella giurisprudenza successiva (Loots, p. 270), mettono bene in evidenza come la democrazia partecipativa, piuttosto che minare la democrazia rappresentativa, se ben pensata e strutturata, sia capace di rispondere ad alcuni suoi *deficit* funzionali.

Anche la Colombia si mostra ordinamento particolarmente attento alle forme di partecipazione popolare, quantomeno a livello costituzionale – visto che il riscontro sul piano attuativo e pratico si è dimostrato, per diverse ragioni, ben più problematico (Ramírez Nárdiz, 2016). Sin dai primissimi articoli della Costituzione del 1991 (in part. art. 2), la partecipazione popolare viene riconosciuta – si veda la sentenza della Corte costituzionale C-180/1994 – come uno degli elementi fondamentali del modello costituzionale colombiano (Thomas-Acuna, 2008; Güiza-Suárez - Rodríguez-Barajas, 2015) e i suoi strumenti, indicati nell'art. 103 Cost. – *el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato*, attuati tramite la ley n. 131/1994 così come modificata dalla ley n. 741/2002 e n. 1757/2015 – sono citati congiuntamente a quelli della democrazia rappresentativa nei meccanismi partecipativi attraverso i quali i cittadini colombiani prendono parte, esercitano e controllano il potere politico (art. 40 Cost.). Con particolare riguardo al tema qui in oggetto, va segnalato che la ley n. 134/1994 ha previsto la possibilità per i cittadini che hanno presentato un'iniziativa legislativa popolare, poi non approvata dalla *corporacion* corrispondente, di richiedere sulla stessa un referendum.

La Corte costituzionale colombiana, sin dalla prima pronuncia del 1994 già citata e poi

nella giurisprudenza successiva, ha costantemente difeso, sostenuto e promosso la democrazia partecipativa, insistendo sulla necessità di un ampliamento quantitativo unito a una ricomposizione qualitativa della stessa, e riconoscendola come strumento che completa e arricchisce la democrazia rappresentativa senza che di quest'ultima voglia esserne il sostituto (sentenza C-141/2010).

Guardando a latitudini ben più prossime alle nostre, un cenno può farsi – seppur in una prospettiva più circostanziata – al *Grand Débat National* promosso dal governo francese – sulla scia dell'esperienza del *débat public* (Politi, 2021) – attorno a quattro macro-temi (fisco e spesa pubblica, organizzazione dei servizi pubblici, transizione ecologica, democrazia e cittadinanza). Se è vero che l'organizzazione complessiva di tale strumento non è stata esente da critiche e che comunque non ha trasferito alcun potere decisionale finale in capo ai partecipanti, è altresì vero che qualche ricaduta in ambito parlamentare vi è stata – con la riforma del Regolamento dell'Assemblea Nazionale (Risoluzione n. 281 del 4 giugno 2019) che subito all'esito del *Grand Débat National*, ha stabilito che le petizioni che raggiungono le centomila sottoscrizioni sono messe on line sul sito dell'Assemblea Nazionale e assegnate alla commissione di merito che le esamina alla presenza dei primi firmatari (Piciacchia, 2019) –, ma, soprattutto, si è trattato, comunque, di un'esperienza di grande mobilitazione partecipativa significativamente sintomatica della richiesta di partecipazione proveniente dal corpo elettorale (Politi).

Sul fronte interno, autorevole dottrina ha parlato della esigenza di innestare proprio sul tronco della rappresentanza – che non può relegarsi a mero *second best* – i rami della partecipazione (Luciani, 2006, vedi anche Bifulco).

Di certo, l'ICE va letta alla luce del contesto ordinamentale nel quale si inserisce e non già solo con le lenti utilizzate negli ordinamenti statali visto che qui si conoscono istituti simili ma non al primo sovrapponibili, come dimostra ad esempio il caso della nostra iniziativa legislativa popolare (Vipiana, 2020).

Due, in particolare, sono infatti i rilevanti distintivi degni di interesse: da un lato il fatto, non certo secondario, per cui l'ICE è espressamente prevista per l'adozione non già di un predeterminato e specifico provvedimento normativo, come avviene con la legge nel caso ex art. 71 Cost., quanto, in maniera più generica e ampia, di un *atto giuridico* dell'UE ritenuto necessario per l'attuazione dei Trattati; dall'altro, e se si vuole ancora più significativamente, l'ICE tecnicamente non potrebbe annoverarsi tra le iniziative così come le conosciamo, dal momento che l'organo cui è rivolta non è quello titolare del potere di

adottare direttamente l'atto *auspicato* bensì quello, la Commissione europea, titolare del potere di iniziativa nei confronti del Parlamento e del Consiglio: si tratterebbe, pertanto, più che di un'iniziativa, di una "richiesta di attivazione di un'iniziativa" (Vipiana, 2020: 555).

Il ruolo della Commissione è pertanto centrale e si snoda in due momenti essenziali: un primo, di tipo preliminare e funzionale alla registrazione dell'iniziativa presentata da almeno sette persone fisiche (*gruppo di organizzatori*) residenti in sette Paesi membri e volta ad evitare soprattutto che la materia oggetto di proposta dei cittadini esuli manifestamente dalla competenza della Commissione a proporre iniziative legislative; un secondo momento, successivo all'eventuale registrazione, e alla conseguente raccolta delle dichiarazioni necessarie (almeno un milione), di risposta nel merito sull'iniziativa presentata.

In dottrina, vi è chi ha approfondito questo momento di decisione in capo all'istituzione centrale di Bruxelles che, in un certo senso, assumerebbe quel ruolo ricercato di attore sovranazionale, capace di ascoltare sia gli interessi pubblici che le parti interessate (Bunea, Nørbech, 2022). Altri studiosi, invece, nel sondare l'effettività del processo di partecipazione democratica e nel cercare di comprendere se si reggesse su un efficace meccanismo bottom-up, hanno altresì evidenziato come, più in generale, gli strumenti di cui si discute siano più inerenti all'educazione politica dei partecipanti e quindi promuovono la democrazia, se non altro, solo indirettamente: più in concreto, L'ICE appare a tale dottrina come un mezzo capace di mobilitare i cittadini per un determinato obiettivo e incanalare il loro contributo nel processo politico; tuttavia, la sua utilità è fortemente legata alla capacità della Commissione di trovare un equilibrio tra le richieste interposte e gli altri obiettivi legittimi dell'UE. (Marxsen, 2015, Karatzia, 2017).

Su molti aspetti relativi all'ammissibilità delle proposte e il conseguente perimetro di azione delle istituzioni coinvolte, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi. Senza alcuna pretesa di scendere a fondo nelle diverse questioni, tenteremo di abbozzare un ordine sistematico di passaggi che aiutino a comprendere la difficoltà nell'esaminare queste questioni che gli stessi giudici hanno riscontrato, attraverso alcune decisioni di rilievo. Ad esempio, con riferimento alla registrazione, con la decisione del Tribunale dell'Unione europea resa nella causa T-646/13, il giudice europeo ha annullato il rifiuto di registrazione da parte della Commissione riscontrando in questo il difetto di adeguata motivazione (sulla decisione, cfr. Simoncini, 2017; Inglese, 2018). A seguito di tale

pronuncia, la Commissione ha nuovamente riesaminato la proposta disponendo la registrazione di nove atti sugli undici proposti. Quest'ultima decisione è stata poi oggetto di ulteriore impugnazione da parte del Governo rumeno con la motivazione, in primo luogo, che le proposte registrate esulassero manifestamente dalla competenza della Commissione di proporre atti legislativi, in violazione di quanto previsto dall'allora vigente Regolamento n. 211/2011 (art. 4, par. 2, lett. b)) e dal principio di attribuzione delle competenze (art. 5, par. 2, TUE). In secondo luogo, lo Stato ricorrente sosteneva che la Commissione avesse violato l'obbligo di motivazione degli atti di cui all'art. 296, par. 2, TFUE, per non aver adeguatamente motivato le ragioni secondo cui essa sarebbe stata competente a proporre gli atti oggetto dell'ICE. Con sentenza del 24 settembre 2019, il Tribunale ha respinto il ricorso ritenendo infondati entrambi i motivi.

La stessa Corte di Giustizia, con sentenza 20 gennaio 2022, *caso Romania/Commissione*, Causa C-899/19, ha confermato la decisione del Tribunale, intanto ribadendo che il principio per cui la disposizione regolamentare che vuole la registrazione subordinata alla condizione che l'ICE non esuli manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo, deve essere interpretata e applicata dalla Commissione stessa «in modo da assicurare una facile accessibilità all'ICE» (punto 44). Quindi, la Corte, nel solco di quanto già affermato dal Tribunale, ha ritenuto che la Commissione possa presentare proposte di atti legislativi anche laddove siano – a seguito dell'ICE, come nel caso di specie – destinati a completare l'azione dell'Unione nei settori di competenza di quest'ultima al fine di garantire il rispetto dei valori enunciati all'art. 2 TUE e la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica», senza per questo alterare il principio di attribuzione delle competenze. Ancora, secondo la Corte, in presenza delle condizioni di registrazione previste dal Regolamento n. 211/2011 (art. 4, par. 2, corrispondente all'art. 6, par. 3, Regolamento n. 2019/788), deve ritenersi che la Commissione sia «tenuta a procedere» alla registrazione e, pertanto, «non [sia] investita di un ampio potere discrezionale quanto alla registrazione di una proposta di ICE». Compito della Commissione, in sede di registrazione, è quello di verificare se «da un punto di vista oggettivo» le misure proposte possano essere adottate sulla base dei trattati» (punto 76). L'*affaire Minority Safe Pack*, che fa da base a tutte queste decisioni si è comunque risolto – dopo diverse vicissitudini e per il momento – con un sostanziale riconoscimento delle prerogative in capo alla Commissione, specie ove sussistano possibili attinenze tra l'oggetto della proposta e altri atti giuridici emanati nel frattempo dall'UE o, parimenti,

con altri dispositivi di natura internazionale (Jacob-Owens, Willis, 2023).

Per quel che concerne, invece, la fase successiva, e dunque la decisione della Commissione nel merito dell'ICE registrata, la Corte di Giustizia (19 dicembre 2019, causa C-418/18), chiamata a giudicare sul ricorso di alcuni cittadini avverso la sentenza del Tribunale dell'Unione europea (*One of Us a. c/Commissione*, T-561/14) che aveva ritenuto legittima la decisione della Commissione di non dare seguito a un'ICE proposta (in tema di protezione del diritto alla vita e dell'integrità di ogni essere umano), ha confermato la decisione del Tribunale, fissando però alcuni elementi essenziali. In particolare, all'interno di un sistema di equilibri tra poteri come quello delineato dai Trattati, di cui è parte il potere di iniziativa legislativa spettante alla Commissione, la finalità dell'ICE è quello di invitare la stessa Commissione a presentare una proposta appropriata e non a obbligare tale istituzione a intraprendere l'azione prospettata (p. 57). Ciò detto, la Corte ha ritenuto l'ICE capace di «conferire ai cittadini dell'Unione un diritto paragonabile a quello di cui dispongono il Parlamento e il Consiglio» di chiedere alla Commissione di presentare qualsiasi proposta appropriata ai fini dell'attuazione dei Trattati (p. 61.). In entrambi i casi, pertanto, cioè proposta proveniente da Parlamento o Consiglio e dai cittadini tramite ICE, la Commissione conserva intatto il suo potere di iniziativa e dunque la libertà di non presentare alcuna proposta, a condizione che fornisca le ragioni all'istituzione interessata. La Corte ha altresì statuito che la democrazia rappresentativa, che costituisce uno dei valori su cui si fonda l'Unione, è stata completata, ad opera del Trattato di Lisbona, attraverso strumenti di democrazia partecipativa, come il meccanismo dell'ICE, i quali hanno come obiettivo quello di favorire la partecipazione dei cittadini al processo democratico e di promuovere il dialogo tra i cittadini e le istituzioni dell'Unione. Come rilevato dall'Avvocato generale nelle Sue Conclusioni, tale obiettivo si iscrive nell'equilibrio istituzionale preesistente e si esercita nei limiti delle attribuzioni che sono conferite a ciascuna istituzione dell'Unione dai Trattati, dovendosi considerare che gli autori di questi ultimi non hanno inteso, con l'instaurazione di tale meccanismo, privare la Commissione del potere di iniziativa legislativa che le è riconosciuto dall'articolo 17 TUE.

Ma il fatto che la Commissione non sia tenuta ad intraprendere un'azione a seguito di un'ICE non significa che un'iniziativa siffatta sia privata di effetto utile (Pallotta, 2020). Anzi: un'ICE che sia stata registrata in conformità alle previsioni regolamentari e che rispetti la procedura ivi stabilita fa sorgere una serie di obblighi specifici in capo alla Commissione (pubblicazione senza indugio nel registro previsto a questo scopo, al fine di

portare a conoscenza del pubblico le questioni, prospettate dall'ICE; ricezione, a un livello appropriato, degli organizzatori di un'ICE che abbia raccolto il sostegno di almeno un milione di firmatari, al fine di consentire loro di esporre in dettaglio le tematiche sollevate; esposizione delle proprie conclusioni giuridiche e politiche riguardo all'ICE, corredata dall'eventuale azione che intende intraprendere, nonché le ragioni che essa ha per intraprendere o non intraprendere tale azione).

Il valore aggiunto dell'ICE, come riconosciuto sempre dall'Avvocato generale nelle Conclusioni, non sta nella certezza dell'esito, bensì nelle possibilità e nelle opportunità che esso crea per i cittadini dell'Unione di dar vita a un dibattito politico in seno alle istituzioni di quest'ultima senza dover attendere l'avvio di un procedimento legislativo (par. 70). L'ICE è insomma uno strumento che garantisce ai cittadini un accesso privilegiato alle istituzioni dell'Unione (par. 69).

Le pronunce dei giudici europei “si caratterizzano per un approccio attento [...] alla correttezza, formale e sostanziale della procedura amministrativa di registrazione (Inglese, 2020: 203), ma sono certamente essenziali per comprendere quali siano i reali margini di sviluppo di questo e “la dimensione intrinsecamente politico-partecipativa dell'iniziativa dei cittadini europei e conseguentemente [...] la funzione propulsiva all'interno dell'UE” (Zicchittu, 2022: 182).

3. Il meccanismo di partecipazione ibrida attraverso le piattaforme.

Oltre all'ICE, nel contesto dell'Unione europea, i meccanismi partecipativi cominciano ad assumere una connotazione certamente più ampia, fortemente influenzate dalle diverse sfaccettature che può assumere il cittadino nell'agorà digitale, attualmente riassumibile in *cyber-idealists* e *cyber-realists*. (Monti, 2020). Questa diversa concezione della partecipazione, però, si evince anche dall'analisi delle fonti primarie europee, giacché “prendendo in considerazione il Trattato sull'Unione europea (TUE), il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e la Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea, sono ben 14 le disposizioni nelle quali sono contenuti riferimenti alla partecipazione dei cittadini alla vita dell'Unione” (Raspadori, 2022: 224). Questa importanza che viene riservata ai cittadini non va sottovalutata, specie se si considera la crescente pressione esercitata dai movimenti di opinione all'interno degli Stati membri,

forieri di altrettante interazioni tra la società europea e le stesse istituzioni statali e sovranazionali. Del resto, è ben dimostrato che i cittadini percepiscono sempre più la natura transnazionale delle sfide che l'Unione si trova ad affrontare, alimentando una crescente richiesta, ancora non rilevata, di partecipazione che va al di là delle mere elezioni (Alemanno, 2020: 37).

Tuttavia, se da un lato i Trattati ci forniscono una definizione abbastanza nitida di quali siano i meccanismi partecipativi, risulta molto più delicato l'aspetto che riguarda il modo in cui il singolo può interagire con i suddetti processi. Talvolta, infatti, sarebbe opportuno circoscrivere il campo dei destinatari di taluni sistemi di partecipazione: come alcuni studiosi hanno osservato, è bene distinguere quei diritti per cui è possibile configurare perfettamente la capacità del singolo di agire autonomamente da quelli in cui, per evidenti necessità procedurali, ci si deve attendere un coinvolgimento più concreto dei cittadini in quanto appartenenti a formazioni sociali (comitati, *think tank* o gruppi di interesse); in tal senso, l'aspettativa è piuttosto che questi strumenti possano trasformare il ruolo e gli atteggiamenti delle organizzazioni della società civile, il che potrebbe avere effetti positivi democratici anche sui loro membri (Bouza Garcia, 2012: 258).

Ciò nonostante, la capacità di influenzare le decisioni in capo al singolo cittadino, in particolar modo per ciò che concerne la possibilità di intavolare una sorta di dialettica informata e costruttiva con la Commissione europea, è stata ricercata anche attraverso la realizzazione di programmi e piattaforme che pretendono stimolare l'inclusione di pareri e opinioni da parte di soggetti attivi e relative parti interessate: un esempio concreto è il programma *Legiferare meglio*¹ che, al momento in cui si scrive, è uno dei progetti considerati di maggiore impatto per quanto concerne l'inclusione di *stakeholder* nelle fasi decisionali (OECD, 2019: 265). Questa attività, che in realtà si compone di diversi ambiti e che vede la compartecipazione anche delle altre due istituzioni che esercitano il potere legislativo, prevede la possibilità per ogni cittadino – in possesso di un metodo di riconoscimento univoco denominato EULOGIN – di presentare opinioni, idee e approfondimenti su una delle proposte che sono in fase di presentazione da parte della stessa Commissione. La raccolta di questi dati avviene attraverso il portale web *Have Your Say*, nelle 24 lingue ufficiali dell'UE e disponibile anche per le persone in possesso di

¹ Accordo interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea del 13 aprile 2016, http://data.europa.eu/eli/agree_interinst/2016/512/oj.

disabilità². Il programma, lanciato nel 2017, ha ottenuto una recente riforma³ che ha senza dubbio incrementato le possibilità di interazione, soprattutto per ciò che riguarda l'invito da parte della Commissione a fornire esempi concreti su come migliorare la legislazione dell'UE⁴.

Nel medesimo programma, con l'intento di rinforzare l'azione di monitoraggio degli oneri derivanti dalla legislazione dell'UE, trova spazio anche una sorta di misurazione della *performance* denominata REFIT⁵ che, più recentemente, è stata affiancata dall'istituzione di un'ulteriore piattaforma di consultazione denominata *Fit For Future*: quest'ultima, sebbene persegua gli stessi fini, è orientata alla partecipazione dei portatori di interessi che rappresentano imprese e organizzazioni non governative e ai componenti delle PMI, che hanno la possibilità di intavolare una dialettica di confronto con autorità nazionali, regionali e locali degli Stati membri, con il Comitato delle regioni e con il Comitato europeo economico e sociale.

L'utilizzo del metodo consultivo tramite piattaforma è certamente semplice, intuitivo e immediato. Tuttavia, a nostro avviso, comporta anche il protrarsi di alcune questioni critiche che investono direttamente il sistema di *governance* e il rispetto della democraticità nelle decisioni: tralasciando i possibili problemi relativi alla comunicazione istituzionale, in cui Commissione e Parlamento sono ampiamente impegnati con proprie strutture nazionali⁶, è opportuno tenere presente che tali iniziative presuppongono non solo la conoscenza di determinati ambiti, del funzionamento delle istituzioni europee, nonché degli spazi di competenza entro cui possono agire le istituzioni sovranazionali (Damato, 2017); rispetto alla piattaforma ICE, ad esempio, questo limite si manifesta in modo più evidente, soprattutto perché diventa essenziale il raggiungimento di un "corretto equilibrio tra i poteri di iniziativa della Commissione e quelli dei cittadini europei" (Ferraro, 2017). Un ulteriore elemento critico, talvolta tralasciato, riguarda la c.d. *digital literacy* che, all'interno dell'Unione europea, ha raggiunto livelli senza dubbio più confortanti, ma con ricadute asimmetriche rispetto ad ogni Stato membro: come dato assoluto, infatti, possiamo assumere che il 54% delle persone nell'UE di età compresa tra i 16 e i 74 anni possiede abilità digitali di base (Eurostat, 2022) ma è altrettanto vero che i dati più alti sono

² Per come previsto nella *Strategia europea 2021-2030 del 3 marzo 2021*, COM(2021) 101 final.

³ A partire dalle considerazioni presenti nella Comunicazione della Commissione, *Legiferare meglio: bilancio e perseveranza nell'impegno del 15 aprile 2019*, COM(2019) 178 final.

⁴ Sul punto, si veda il Documento di lavoro del 15 aprile 2019, SWD(2019)156, sezione 4.

⁵ COM(2012)746 del 12 dicembre 2012.

⁶ Sul punto, si rinvia a EUROPEAN COMMISSION (2022).

apprezzabili solo in alcuni Stati membri (Paesi Bassi e Finlandia) mentre il resto del territorio dell'Unione rimane ancora con qualche *deficit* strutturale e con necessità di *empowerment*.

Un'altra questione di grande importanza è la fiducia che i cittadini ripongono nella sfera digitale e, ancor di più, il grado di conoscenza e percezione dei loro diritti in rete: dal punto di vista normativo – benché si tratti di una *declaration* – è certamente positiva la proposta lanciata dalla Commissione europea⁷ che, nei fatti, corrisponde ad una sorta di *Bill of Rights* per il consolidamento di una più solida cittadinanza digitale europea; allo stesso modo, questo strumento potrebbe favorire - anche in ambito giurisdizionale – “un ripristino di un equilibrio costituzionale che, negli ultimi decenni, ha visto prevalere le libertà economiche sui diritti fondamentali”, assumendo che “i valori europei non solo proteggono i diritti, ma migliorano anche il mercato interno e le libertà” (De Gregorio, 2022). Dal punto di vista più pratico, il rapporto tra gli strumenti digitali e i cittadini degli Stati membri sembra sostanzialmente orientato verso la fiducia, ma restano sullo sfondo alcune forme di scetticismo: secondo un recente studio, infatti, l'82% della popolazione dei 27 Stati membri è sostanzialmente favorevole alla promozione di un quadro comune per i diritti e i doveri digitali (Eurobarometro, 2021) ma, allo stesso tempo, il 43% degli intervistati asserisce che i vantaggi derivanti dall'utilizzo dei mezzi informatici possono equipararsi agli svantaggi. Questo non significa che le piattaforme non siano funzionali, né tantomeno che la visione elaborata dalle istituzioni europee non sia da apprezzare: le nuove agorà digitali sono (e saranno) sempre più parte della c.d. *infosfera*, ovvero sono strumenti capaci di cambiare, interpretare e rivoluzionare la realtà, essendo sempre in rapida evoluzione (Floridi, 2017). Tuttavia, è compito delle istituzioni preposte (e del diritto) identificare i limiti di questa interazione, ponendo il cittadino al centro di queste dinamiche, assicurando che “il progresso tecnologico si svolga in armonia con le esigenze di tutela individuali e collettive, nel rispetto di una dimensione antropocentrica” (Pajno *et al.*, 2019: 206).

Infine, per quanto riguarda la fiducia e lo stimolo ad utilizzare la dimensione digitale come naturale prolungamento della realtà *analogica*, si può facilmente ipotizzare che le scelte dei cittadini futuri e, di conseguenza, le richieste di partecipazione saranno sempre più complesse. Qualsiasi remora, a nostro avviso, non si supera rendendo ancora più complicato il rapporto tra istituzioni e individui, bensì tenendo presente sin da ora il ruolo sociale che può rivestire la tecnologia: più sinteticamente, “since technology will be

⁷ COM(2022) 27 final del 26 gennaio 2022

essential, the democratization of the processes of design and development of new technologies becomes a requirement” (Laouris, 2015: 132).

4. La Conferenza sul Futuro dell’Europa: *back to the future?*

Nell’ultimo anno, il dibattito a livello sovranazionale è stato senza alcun dubbio arricchito da questioni cruciali per la vista dell’UE e degli stessi Stati Membri ma, quasi a voler rimarcare la necessità di un momento di riflessione, la grande platea dei cittadini è stata chiamata a raccolta per esprimere le proprie idee attraverso la Conferenza sul Futuro dell’Europa (CoFoE): una piattaforma di consultazione ad ampio raggio, simile a quella già descritta per le altre consultazioni che – diversamente dai precedenti tentativi – offriva la possibilità di raccogliere idee, eventi e discussioni sui temi considerati rilevanti per l’evoluzione del processo di integrazione europea.

Prescindendo dalle volontà politiche di questo grande evento di consultazione pubblica⁸, è bene considerare sin da ora che questo processo di coinvolgimento ad ampio raggio costituisce uno degli sforzi più profondi introdotti dalle istituzioni europee. Benché alcuni studiosi abbiano subito espresso pareri negativi o discordanti sulle reali possibilità di successo (Thierse, 2021; Palacio, 2021; Nguyen, 2021), resta innegabile che la Conferenza – la quale si reggeva in realtà su più livelli di azione, tra essi articolati – ha registrato un grado di partecipazione apprezzabile e degno di nota. Il fulcro di questo dialogo tra cittadini e Componenti della Plenaria, come detto, è stato veicolato attraverso una piattaforma multilingue che, dal momento del lancio e fino al 9 maggio 2022, ha raccolto 48.530 contributi, con 18.955 idee, 22.570 commenti e 7.005 eventi che hanno riguardato tutti i 10 argomenti raggruppati per la consultazione (Kantar Public, 2022).

Questi dati, certamente, possono risultare modesti ma costituiscono un buon terreno di analisi se letti alla luce dell’intero meccanismo di funzionamento della Conferenza. Tutti questi interventi sulla piattaforma – inclusi quelli derivanti dagli eventi fisici di discussione – sono stati poi raccolti e analizzati per fungere da input al lavoro dei cc.dd. *Panel di cittadini*: questi gruppi intermedi, ciascuno costituito da 200 cittadini europei scelti in modo casuale e provenienti dai 27 Stati membri, si sono occupati di sintetizzare le proposte per

⁸ Desumibili dalla lettera di Emmanuel Macron, *Pour une Renaissance européenne*, 2019, consultabile su <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/pour-une-rennaissance-europeenne>

poi inviarle alla Conferenza plenaria. Quest'ultimo consesso, al quale spettava il compito di dibattere in piena parità le risultanze derivanti dalle fasi precedenti, si componeva di 108 rappresentanti del Parlamento europeo, 54 per conto del Consiglio e 3 provenienti dalla Commissione europea; a questi, si aggiungevano ulteriori 108 rappresentanti di tutti i parlamenti nazionali e 108 cittadini. La società chiamata a partecipare veniva selezionata includendo 80 rappresentanti dei panel europei di cittadini, 27 membri dei *panel* che si sono celebrati a livello nazionale o provenienti da eventi di discussione (uno per Stato membro), unitamente al presidente del Forum europeo della gioventù. Per ogni incontro, debitamente organizzato con ritrasmissione in diretta, hanno fatto seguito le relazioni intermedie, le relazioni redatte dagli Stati membri e una relazione conclusiva.

Vista in questi termini, la CoFoE non può che essere considerata alla luce di tutti i livelli decisionali coinvolti. È bene, altresì, rimarcare che la consultazione si è svolta in un periodo di particolari restrizioni – incluso alla libera circolazione – ma anche di grande centralità per il dibattito europeo. È altrettanto vero che questo metodo per l'aggregazione dei massimi attori coinvolti nel processo di integrazione europea è già stata utilizzata in passato (Fabbrini, 2020: 6) ma non attraverso la commistione di mezzi fisici e digitali, né tantomeno in un clima di profonda attenzione da parte dell'opinione pubblica. Dal punto di vista funzionale, infine, è opportuno considerare altre due questioni rilevanti: analizzando la CoFoE come *processo* e rispetto al tema della selezione dei cittadini, si rileva senza dubbio un punto di possibile criticità che – a nostro parere – difficilmente avrebbe potuto trovare un rimedio in tempi così brevi; è bene ricordare che la partecipazione, per sua natura, deve essere intesa come *prendere parte* ad un dato procedimento (Peter, 2013: 11), senza alcuna discriminazione, ma non necessariamente con la medesima intensità. Pensando, invece, alla CoFoE come “luogo” di partecipazione, è evidente che quest'ultima ha assunto una dimensione inedita, sia per il diretto coinvolgimento del più ampio ventaglio possibile di attori istituzionali, sia per la presenza costante di rappresentanti ammessi a dialogare direttamente con un “trilogo” ampliato, alla stregua di un possibile “organismo interistituzionale” (von Ondarza, Ålander, 2021).

L'ultima Conferenza plenaria, tenutasi il 29 e 30 aprile 2022 ha adottato 49 proposte, accompagnate da circa 300 misure che dovrebbero aiutarne l'adozione. Raggruppate in nove macro-temi – che spaziano dal cambiamento climatico alla giustizia sociale e all'occupazione, dal ruolo dell'UE nel mondo alla trasformazione digitale – le conclusioni possono sintetizzarsi in alcune azioni e punti chiave: la richiesta di un decisivo

avanzamento nella produzione e nell'utilizzo delle energie rinnovabili, un approccio comune alle politiche sanitarie e all'assistenza sanitaria per tutti i cittadini dell'UE, l'estensione – come da tempo richiesto anche in altre occasioni – del diritto di iniziativa per il Parlamento europeo, la rimozione dell'unanimità in seno al Consiglio sulla politica estera e il miglioramento delle politiche educative in materia di ambiente, nuove tecnologie, aspetti sociali e valori europei.

Le suddette proposte descrivono bene le risultanze di una consultazione così ampia ma va altresì ricordato che la Conferenza plenaria non aveva nei suoi presupposti il compito di elaborare progetti di revisione sostanziale dei Trattati, bensì di coadiuvare, dibattere e facilitare la conclusione dei lavori dei diversi livelli di dialogo con i cittadini e le parti interessate, in piena parità, con i rappresentanti delle istituzioni europee. A queste ultime, è stato riservato il compito di prendere atto e dar seguito alle proposte ritenute attuabili e necessarie.

Se da un lato, è certamente vero che il peso decisionale rimane ancora in capo a coloro che posseggono la potestà legislativa nell'UE, è altrettanto innegabile che l'enorme processo consultivo, caratterizzato da un apprezzabile grado di trasparenza, consente a tutti gli attori coinvolti (nonché a tutti i cittadini interessati) di sondare e verificare il grado di adozione delle proposte formulate e delle misure ad esse collegate che – va ulteriormente ribadito – non sono tutte bisognose di una modifica dei Trattati istitutivi⁹. A nostro avviso, solo un'analisi complessiva di quest'azione partecipativa consente di determinare l'elemento innovativo della CoFoE che, pur con tutti i difetti che si addicono ad un primo esperimento di questa portata, è un'occasione che ha contribuito a creare un livello senza precedenti di responsabilità politica, in un moderno “embrione di spazio pubblico europeo” (Martines, 2022: 15) che – se fosse mantenuta in modo permanente - potrebbe promuovere non solo nuove conversazioni tra i popoli europei e le istituzioni pubbliche¹⁰ - sia comunitarie che nazionali - ma anche tra i popoli stessi (Alemanno, 2022).

⁹ In tal senso, il Parlamento europeo ha presentato una richiesta ai sensi dell'art. 48 TUE, con risoluzione del 9 giugno 2022 sulla richiesta di una Convenzione per la revisione dei trattati (2022/2705(RSP) ha accolto alcune delle raccomandazioni proposte dalla Conferenza plenaria. Sui profili procedurali si rinvia a L. Gianniti,). *Brevi note sui profili interni del procedimento di revisione dei Trattati europei*. In Azzariti, G. et al. (a cura di), Studi in onore di Franco Modugno. Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

¹⁰ Alcune desumibili già nel *Preliminary technical assessment* del Consiglio (Doc. 10033/22) e nella comunicazione valutativa della Commissione (COM(2022) 404 final).

5. Considerazioni conclusive.

CXLIV

La cittadinanza dell'Unione europea, a più di trent'anni dalla sua nascita, è certamente ben diversa da ciò che gli stessi estensori del Trattato di Maastricht potevano immaginare. Benché si sia deciso di mantenere il suo caratteristico profilo accessorio, ovvero subordinato allo *status civitatis* dei Paesi membri, lo spazio in cui essa ha trovato realizzazione piena e concreta è molto più ampio delle aspettative. Negli ultimi anni, anche in funzione dell'importanza che le fonti dell'UE hanno voluto riservarle, la partecipazione dei cittadini ha subito importanti passi in avanti sul piano del dialogo con le istituzioni, l'espressione di idee e opinioni, in parte coadiuvate dal sempre più crescente utilizzo di piattaforme e meccanismi di coinvolgimento che uniscono la dimensione fisica a quella digitale. Pertanto, alla luce di quanto discusso, ci sembra che alcuni quesiti rimangano centrali in questo dibattito: quale impatto rivestono le iniziative e le idee promosse dai cittadini nel processo legislativo europeo? Quale legame intercorre, oggi, tra cittadinanza e partecipazione? Quale funzione può assumere la commistione e l'utilizzo di strumenti tradizionali e nuove tecnologie?

Rispetto al primo punto, è abbastanza chiaro che gli strumenti già definiti dai Trattati istitutivi (es. ICE) e quelli che derivano dall'implementazione di nuove piattaforme (es. *Have your Say*) sono di enorme rilevanza sul piano giuridico poiché offrono un canale di influenza diretta sull'operato della Commissione che, dal canto suo, continua a mantenere un ruolo centrale in tutto il processo legislativo. Un ruolo che, talvolta, potrebbe sembrare orientato a giustificare l'adozione di talune misure e, quindi, offrire maggiore legittimazione a tutto il processo (Organ, 2014) ma che inevitabilmente dovrà tenere conto di nuovi possibili sviluppi dettati anche dagli ultimi accadimenti che hanno riportato il tema della trasparenza e la possibile influenza di attori stranieri anche nell'operato del co-legislatore europeo (Korkea-aho, 2022).

Dal punto di vista pratico, se da un lato il rinnovato assetto normativo di alcuni istituti e i progressi nella comunicazione istituzionale dell'UE sono da considerarsi come un dato positivo, è pur vero che le risultanze di tutti questi processi si traducono in un formale invito a prendere in considerazione le questioni sollevate, che – come qualcuno ha già osservato – possono avere le capacità di spostare l'attenzione degli attori decisionali e degli Stati membri relativamente ad alcune questioni considerate cruciali nell'opinione pubblica europea (Terpan, 2015; Petropoulou, 2021) dando anche maggiore trasparenza alle misure

di implementazione delle politiche europee, verso cui l'attenzione delle consultazioni rimane sempre preminente.

Rispetto al secondo punto, è evidente che il rapporto tra questi due concetti che sono costitutivi del costituzionalismo europeo sta mutando anche (ma non solo) per effetto dei cambiamenti socio-giuridici di cui è protagonista l'Unione europea. Ciò nonostante, riteniamo sia opportuno concentrarsi non solo sulle regole positive, bensì innescare uno sforzo culturale e sociale: il collegamento tra cittadinanza e rappresentanza politica sposta il focus sull'esigenza di ri-costituire o ri-plasmare le forme politiche di organizzazione degli interessi e i correlativi canali di partecipazione delle *parti*, in cui è (sempre di più) frammentata la società contemporanea, alle istituzioni democratiche (Morrone, 2015).

Rispetto al rapporto tra partecipazione e tecnologie, oltre a quanto si è già argomentato, va comunque segnalata una enorme centralità della Commissione sia nell'incentivare l'utilizzo di queste forme, sia nel tentare di fornire più visibilità al processo di negoziazione che è proprio del funzionamento istituzionale europeo (Kreppel, Oztas, 2017). Tuttavia, tutto ciò porta ad una contingente convivenza tra metodi di partecipazione tradizionali con nuove modalità che, però, forse non hanno ottenuto ancora il risultato più difficile, ovvero quello creare nuove reti transfrontaliere, rafforzare il sistema democratico dell'UE e sensibilizzare i media sulle tematiche europee (Longo, 2019). Siamo ben propensi all'utilizzo di tutti i nuovi meccanismi di coinvolgimento sociale e di comunicazione tra cittadini, sempre che questi ultimi rimangano al centro della sfera di tutela di quei diritti – come quelli di partecipazione politica – che trovano solo un nuovo spazio nell'arena digitale: sembra che il web possa giovare, senza dubbio, al funzionamento della sfera pubblica ma non come motore autonomo, bensì come strumento di ausilio, sia rispetto alla organizzazione di movimenti sociali (che però agiscono nella vita reale), sia in vista della predisposizione di arene partecipative attraverso le quali i cittadini possano seguire e discutere l'approvazione di iniziative e progetti dei pubblici poteri (Manetti, 2018).

Concludendo, quindi, è bene ritornare allo stesso concetto di partecipazione politica e di democrazia partecipativa, assumendo che quest'ultima non rappresenta una mera consultazione, ma neppure sfocia in una vera codecisione. Il vantaggio, dal punto di vista della sfera pubblica, è la possibilità non solo di mantenere un dialogo informato con i cittadini, bensì di renderli agenti della discussione (Post, 2011), dando luogo all'espressione da parte di ognuno del proprio punto di vista ma anche ad ammettere la possibilità di modificarlo, grazie al confronto con gli altri, riequilibrando il proprio senso

di anonimato e di isolamento con la percezione dell'interesse comune (Allegretti, 2015: 333).

6. Riferimento bibliografici.

A. Alemanno, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*. European Law Journal, 26, 2022, pp. 484-508.

Alemanno, A., *Europe's Democracy Challenge: Citizen Participation in and Beyond Elections*. German Law Journal, 21, 2020, pp. 35-40.

Allegretti, U., *Democrazia partecipativa*. Enc. Dir. Annali, IV, 2015.

Balaguer Callejón, F., *La crisi della democrazia rappresentativa di fronte alla democrazia digitale*. La cittadinanza europea, 2/2022, 55-70.

Benvenuti, S., *L'emergenza pandemica come innesco della crisi delle democrazie illiberali negli ordinamenti costituzionali ungherese e polacco*. Democrazia e sicurezza, 3/2021, 43-88.

Bifulco, R., *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in Astrid Online.

Bunea, A., *Understanding the European Commission's use of politicisation in the negotiation of interinstitutional agreements: the role of consultations and issue framing*, Journal of European Public Policy, 3, 2020.

Bunea, A, Nørbech, I., *Preserving the old or building the new? Reputation-building through strategic talk and engagement with stakeholder inputs by the European Commission*, Journal of European Public Policy, 2022.

Di Gregorio, A. (2020), *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e costituzionalismo*, in DPCE On-line, 3, pp. 3923-3944.

De Gregorio, G., *The Declaration on European Digital Rights and Principles. A First Analysis from Digital Constitutionalism*. The Digital Constitutionalist. 2022, <https://digi-con.org/the-declaration-on-european-digital-rights-and-principles-a-first-analysis-from-digital-constitutionalism/>

Eurobarometro, *Digital rights and principles*, 2021,

<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2270>

European Commission, *Europe Direct Contact Centre. Annual Activity Report 2021*.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/edcc_annual_activity_report_2021.pdf

Eurostat, *Individuals' level of digital skills (from 2021 onwards)*.

https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ISOC_SK_DSKL_I21__custom_2397093/bookmark/table?lang=en&bookmarkId=dc481686-c938-4e07-b03c-8e039f532857

Fabbrini, F., *The Conference on the Future of Europe: A New Model to Reform the EU?*

DCU Brexit Institute – Working Paper, 12, 2020.

Ferraro, F., *Il Tribunale dell'Unione si pronuncia nuovamente sull'iniziativa dei cittadini europei: solo luci o anche qualche ombra?* Il diritto dell'Unione Europea, 2017,

http://www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=120

Ferri, M., *La Corte di Giustizia, confermando la decisione della Commissione di registrare la proposta di iniziativa dei cittadini europei «Minority SafePack», precisa il rapporto tra valori e competenze dell'Unione*. Osservatorio sulle fonti, 1, 2022, <http://www.osservatoriosullefonti.it>

Floridi, L., *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. Raffaele Cortina Editore. Milano, 2017.

Friedrich, D., *Participatory Democracy in the European Union? European Governance and the Inclusion of Civil Society Organisations in Migration and Environmental Policies*.

Relazione presentata al Fifteenth International Conference of the Council for European Studies, 2016.

García Bouza, L., *How Could the New Article 11 TEU Contribute to Reduce the EU's Democratic Malaise?* In Dougan, M; Nic Shuibhne, N.; Spaventa, E. (Eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*. Hart publishing. Oxford, 2012.

Gianniti, L., *Brevi note sui profili interni del procedimento di revisione dei Trattati europei*. In Azzariti, G. et al. (a cura di), *Studi in onore di Franco Modugno*. Editoriale Scientifica. Napoli, 2011.

Graber, M.A. – Levinson, S. – Tushnet, M. (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018.

Grimm, D., *Una Costituzione per l'Europa?* In Zagrebelsky, G; Portinaro, A.; Luther, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*. Einaudi. Torino, 1996.

Güiza-Suárez, L. - Rodríguez-Barajas, C., *El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera*. Universitas, 2015, pp. 323-362.

Habermas, J., *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*. In Zagrebelsky, G; Portinaro, A.; Luther, J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*. Einaudi. Torino, 1996.

Issacharoff, S., *Democracy's Deficits*. In *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2, March 2018, pp. 485-520.

Kantar Public. *Multilingual Digital Platform of the Conference on the Future of Europe. Final Report*. <https://www.politicheeuropee.gov.it/media/6468/kantar-final-report-cofoe.pdf>, 2022.

Inglese, M. *L'iniziativa dei cittadini europei a dieci anni dal Trattato di Lisbona: tra consolidate criticità e inesplorate prospettive*. Federalismi.it, 19, 2020, pp. 194-215.

Jacob-Owens, T., Willis, C., *Case T-158/21 Minority SafePack: No hope for minority rights in EU law?*, European Law Blog, 30 gennaio 2023, <https://europeanlawblog.eu/2023/01/30/case-t-158-21-minority-safepack-no-hope-for-minority-rights-in-eu-law/>

Korkea-aho, E., *The Qatar Scandal and Third Country Lobbying*, VerfBlog, 15 dicembre 2022, <https://verfassungsblog.de/the-qatar-scandal-and-third-country-lobbying/>

Kreppel, A., Oztas, B., *Leading the Band or Just Playing the Tune? Reassessing the Agenda-Setting Powers of the European Commission*. Comparative Political Studies, 8, 2017.

Petropoulou, I. D., *Habemus Legitimacy? The European Commission Opens Public Consultation for a Guidance Document*, European Journal of Risk Regulation, 12, 2021, pp. 861–65.

Laneve, G., *Pluralismo e limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*. In AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Ruggeri, III*, Editoriale Scientifica. Napoli, 2021, pp. 2249-2470.

Laouris, Y. *Commentary*. In Floridi, L. (a cura di), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, New York, 2014.

Longo, E., *The European Citizens' initiative: Too much democracy for EU polity?*, German Law Journal, 2, 2019.

Loots, B.E., *Civic Dignity as the Basis for Public Participation in the Legislative Process Chapter*. In *Das Ende des repräsentativen Staates? Demokratie am Scheideweg - The End of the Representative State? Democracy at the Crossroads. Eine Deutsch-Südafrikanische Perspektive - A German-South African Perspective*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH,

Baden Baden, 2016, pp. 257-272.

Luciani, M., *“Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale”*, intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1° marzo 2019, Osservatoriocostituzionale.it., 1-2/2019, 200-209.

Manetti, M., *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*. Rivista AIC, 3, 2018, pp. 375-401.

Majone, G., *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*. Rassegna Italiana di Sociologia, 4, 2010, pp. 599-625.

Martines, F. *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*. I Post di AISDUE, 2, 2021, pp. 9-29.

Marxsen, C., *Participatory Democracy in Europe – Article 11 TEU and the Legitimacy of the European Union*, in F. Fabbrini, E. Hirsch Ballin, H. Somsen (eds), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Hart Publishing, 2015.

Monti, M., *Introduzione: la disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, Federalismi.it, 11, 2020.

Morgese, G., *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*. In Triggiani, E. (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*. Cacucci. Bari, 2011.

Morrone, A. *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*. Quaderni costituzionali, 1/2014.

Morrone, A. *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*. Quaderni costituzionali, 2, 2015, pp. 303-323.

Nguyen, T. *Time to be honest. The future will not be decided by the Conference on the Future of Europe*. Policy Position. Jaques Delors Centre, 2021.

OECD. *Prospettive OCSE 2018 sulla politica della regolazione*. OECD Publishing. Parigi

Organ, J., *Decommissioning Direct Democracy? A critical analysis of Commission decision making on the legal admissibility of European Citizens Initiative proposals*, EU Const 422, 2014

Palacio, A. (2021). *The EU Is Still Flying Blind*. Project Syndicate, 2019.

Pallotta, O., *«A rabbit remains a rabbit»? L'ultima parola della Corte di giustizia sull'iniziativa dei cittadini europei “One of Us” (nota a Puppinck e a. c. Commissione europea, causa C-418/18 P)*, Osservatorio costituzionale AIC, 3, 2020.

Pech, L.; Peers, S., *Referendum Briefing 3: Does the EU have a 'democratic deficit'?*, 2019, <http://eulawanalysis.blogspot.com>

Peter, F., *The Human Right to Political Participation*. Journal of Ethics and Social Philosophy, 2, 2013, pp. 2-16.

Piciacchia, P. *Oltre il Grand Débat National: la proposta di modifica del Regolamento dell'Assemblea Nazionale e la rivincita del diritto interno delle Camere*. Nomos – Le attualità nel diritto, 2019, n. 1, 1 ss.

Pinelli, C., *Le «disposizioni relative ai principi democratici»*. In Bassanini, F.; Tiberi, G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*. Il Mulino. Bologna, 2010.

Politi, F., *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*. Dirittifondamentali.it, 1/2021, 518-546.

Post., R., *Participatory Democracy and Free Speech*. Virginia Law Review, 2011, vol. 97, no. 3, pp. 477-489.

Ramírez Nárdiz, A., *Análisis de la democracia participativa colombiana. A propósito del plebiscito por la paz de 2016*. Revista española de derecho constitucional, enero/abril 2019, 115, 2019, pp. 171-204.

Raspadori, F., *La democrazia partecipativa e il diritto di iniziativa dei cittadini europei*. Studi sull'integrazione europea, 3, 2010, pp. 675-689.

Raspadori, F., *La partecipazione dei cittadini all'Unione europea e lo spettro della democrazia*. Federalismi.it, 12, 2022, pp. 220-240.

Rubechini, P. *La regolamentazione dell'iniziativa dei cittadini europei*. Giornale di diritto amministrativo, 7, 2011, pp. 709-717.

Ruggeri, A., *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*. Quaderni costituzionali, 4/2014, 837 ss.

Ruggeri, A., *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di assai ardua ed impegnativa soluzione*. Dirittifondamentali.it, 1/2021, 325-354.

Scarlatti, P. *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*. Rivista AIC, 1, 2012.

Terpan, F., *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, European Law Journal, 1, 2015, pp. 68-96.

Thierse, S., *The Conference on the Future of Europe – Finally, an opportunity for more*

top-down bureaucracy? Verfassungsblog, 2021, <https://verfassungsblog.de/cofoe-bureaucracy/>

Thomas-Acuna, E., *Colombia: entre la crisis de la representatividad y la democracia directa*, Zürich, C2D, 2008.

Vedaschi, A., *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1453-1489.

Vipiana, P., *L'iniziativa dei cittadini europei e l'iniziativa legislativa popolare nell'ordinamento italiano: due istituti a confronto*. Dirittifondamentali.it, 2, 2020, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/12/Vipiana-L'iniziativa-dei-cittadini-europei-e-l'iniziativa-legislativa-popolare-nell'ordinamento-italiano.pdf>

Von Ondarza, N.; Ålander, M., *The Conference on the Future of Europe, Obstacles and Opportunities to a European Reform Initiative That Goes beyond Crisis Management*. SWP Comment, C 19, 2021.

Weinstein, J., *Participatory Democracy as the Basis of American Free Speech Doctrine. A Reply*. Virginia Law Review, 2011, Vol. 97, No. 3, pp. 633-679.

Zicchittu, P., *La svolta politica dell'iniziativa dei cittadini europei*. Quaderni costituzionali, 1, 2022, pp. 167-186.

Abstract: La cittadinanza dell'Unione europea, pur nella sua accezione accessoria, si prefissa di realizzare una partecipazione transnazionale dei cittadini al procedimento legislativo e democratico delle istituzioni sovranazionali nell'UE. L'art. 10(3) del TUE, infatti, stabilisce che ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione, dovendo far derivare ogni decisione da meccanismi che siano il più possibile aperti e vicini ai suoi destinatari. Il presente contributo cerca di rispondere ad alcuni interrogativi relativi alla partecipazione del cittadino europeo attraverso i recenti meccanismi che cercano di intavolare una dialettica proficua con le istituzioni europee, con un approccio prevalentemente giuridico e comparato, includendo anche le principali risultanze derivanti dall'analisi politologica, statistica e sociale. Oltre alle evidenze già emerse dalla dottrina in questa materia, si concentra sui risultati provenienti dalla Conferenza sul Futuro dell'Europa e sulle raccomandazioni elaborate dai panel dei cittadini, dalle parti interessate e dai rappresentanti istituzionali cercando di delineare il perimetro di uno scenario che risulta ancora incerto e da completare.

Abstract: EU citizenship, even in its ancillary concept, aims to achieve transnational citizen participation in the legislative and democratic process of EU supranational institutions. Article 10(3) of the TEU, in fact, states that every citizen has the right to participate in the democratic life of the Union, and that every measure must derive from mechanisms that should be open and close to its recipients. This paper seeks to address some of the questions related to the participation of the European citizens through the recent mechanisms that are trying to engage a fruitful dialogue with the EU institutions, with a mainly legal and comparative approach, also including the main findings from political, statistical and social analysis. In addition to the emerging doctrine on this topic, it also focuses on the findings coming from the Conference on the Future of Europe and the recommendations elaborated by citizens' panels, stakeholders and institutional representatives, trying to outline the perimeter of a scenario that is still uncertain and to be completed.

Parole chiave: Cittadinanza – Partecipazione – Legislazione – ICE – CoFoE.

Key words: Citizenship – Participation – Legislation – ECI – CoFoE.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Barbara Guastaferro – Professoressa Associata di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II. Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul futuro dell'Europa

Luigi Gianniti – Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica (Direttore del Servizio Studi). Docente di Diritto delle Assemblee elettive – Università LUISS Guido Carli. Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul futuro dell'Europa

Nicola Verola – Diplomatico italiano. Direttore Generale per l'Europa e la Politica commerciale internazionale – Ministero degli Esteri e della cooperazione internazionale

Filippo Ghersini – Diplomatico italiano. Vicario dell'Ufficio affari giuridici e istituzionali dell'UE – Ministero degli Esteri e della Cooperazione internazionale

Paolo Ponzano – Docente di *Governance europea* – Collegio Europeo di Parma

Susanna Cafaro – Professoressa Ordinaria di Diritto dell'Unione europea – Università del Salento. Jean Monnet Chair of Legal Theory of European Integration. Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul Futuro dell'Europa

Roberto Castaldi – Professore Associato di Filosofia politica – Università eCampus. Membro del Comitato Scientifico italiano per la Conferenza sul Futuro dell'Europa

Daniele Vitale – Dottorando di ricerca in Politiche Pubbliche di Coesione e Convergenza nello Scenario Europeo – Università di Napoli Federico II

Sara Cucci – Consigliere di Legazione. Capo Ufficio V Direzione Generale per l'Unione europea e la politica commerciale internazionale – Ministero degli Esteri e della Cooperazione Internazionale

Claudio Di Maio – Docente a contratto in Diritto dell’Unione europea–Università della Calabria

Giuseppe Laneve – Professore Associato di Diritto costituzionale – Università di Macerata



Dichiarazione sull'etica e sulle pratiche scorrette nella pubblicazione dei lavori scientifici

La presente dichiarazione è conforme alle vigenti linee guida adottate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Tutti gli attori coinvolti nel processo editoriale devono assumere, in ogni fase, comportamenti responsabili ed eticamente corretti.

Gli organi editoriali, i revisori e gli autori sono tenuti a conoscere e condividere le seguenti regole etiche:

1) Decisione di pubblicazione.

La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della **decisione di pubblicare** gli elaborati sottoposti alla Rivista. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio. La Direzione scientifica della Rivista, nell'assumere tali decisioni, si avvale del supporto dei *referee* del Comitato di valutazione, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di revisione che si svolge secondo le modalità dichiarate sulla pagina *web* della Rivista.

La Direzione è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La decisione di accettare o rifiutare un contributo per la pubblicazione è basata sull'importanza, sull'originalità e sulla chiarezza del testo, oltre che sulla validità dello studio e sulla sua rilevanza rispetto agli interessi della Rivista. La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i *referee* non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere **conflitti di interesse** derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione e il Comitato editoriale cesseranno di impiegare i valutatori che abitualmente esprimono pareri irragionevoli, di scarsa qualità o in grave ritardo.

La Direzione scientifica, i Responsabili della valutazione, il Comitato editoriale e il personale della Redazione sono tenuti a **non divulgare alcuna informazione** sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai *referee* incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale, a seconda dei casi.

Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato dai componenti della Direzione scientifica, del Comitato editoriale e della Redazione, nonché dai Responsabili della valutazione e dai *referee* incaricati della valutazione, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Se il Comitato editoriale, i Responsabili della valutazione o la Redazione rilevano o ricevono la **segnalazione** di un problema rilevante in merito a errori/imprecisioni, conflitto di interessi o plagio in un articolo pubblicato, ne daranno tempestiva comunicazione all'autore e intraprenderanno ogni azione necessaria per chiarire la questione e, all'occorrenza, ritireranno l'articolo ovvero pubblicheranno correzioni, chiarimenti e ritrattazioni o un *erratum*.

2) Doveri dei revisori (*peer reviewer*)

I revisori assistono la Direzione scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le comunicazioni (*feedback*) veicolate dal Comitato editoriale e dai Responsabili della valutazione, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare la qualità del contributo, suggerendo interventi correttivi o integrativi.

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguirla nei tempi richiesti deve comunicare tempestivamente la sua decisione ai Responsabili della valutazione, **rinunciando al processo di revisione**.

Essi sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della **confidenzialità** della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione scientifica. Le **informazioni** o le **idee acquisite** tramite la revisione dei

contributi devono essere mantenute **riservate** e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

La revisione è un procedimento complesso e multiforme che impone rigore, accuratezza ed estrema attenzione; deve essere condotta con senso di responsabilità e in modo imparziale e oggettivo. I *referee* devono esprimere le proprie **opinioni con chiarezza e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate**. Le critiche devono essere specifiche, motivate e animate da spirito costruttivo: considerazioni generiche quali “questo lavoro non è originale/innovativo” (o simili) vanno corredate con riferimenti appropriati, al fine di consentire alla Direzione scientifica o ai Responsabili della valutazione di addivenire alla decisione circa la pubblicazione o meno del contributo. I revisori hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori. Ogni dichiarazione, osservazione o argomentazione riportata deve preferibilmente essere accompagnata da una corrispondente citazione. Il revisore richiama l’attenzione della Direzione scientifica qualora ravvisi una somiglianza sostanziale o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato del quale ha conoscenza personale.

I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi e devono richiedere il parere della Direzione scientifica ovvero dei Responsabili della valutazione nel caso in cui non siano certi se una data situazione comporti o no un conflitto di interessi. I revisori hanno altresì il dovere di informare la Direzione scientifica ovvero i Responsabili della valutazione o il Comitato editoriale qualora si sospetti dell’identità dell’autore là dove ciò possa sollevare un potenziale conflitto di interesse.

Fingere di essere qualcun altro nell’ambito del processo di revisione integra una grave violazione delle regole di condotta. I *referee* non devono coinvolgere nessuna terza persona nella valutazione del contributo, inclusi giovani studiosi, senza prima acquisire parere favorevole da parte della Direzione scientifica o dei Responsabili della valutazione. Il nome di chiunque abbia collaborato con i *referee* deve essere dichiarato, affinché la Rivista ne tenga traccia e alla persona in questione possa essere riconosciuto il lavoro svolto.

3) Doveri degli autori

Gli autori devono garantire che le loro **opere siano del tutto originali** e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto.

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I relativi dati devono essere rappresentati con precisione nel contributo. I lavori devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permettere, eventualmente, ad altri la **replica** dell'indagine. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico e sono inaccettabili.

I contributi proposti **non devono essere stati pubblicati** come materiale protetto da *copyright* in altre riviste o banche dati senza il consenso della Direzione scientifica. I lavori in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini di pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, qualora sia accettato per la pubblicazione, tutti i **diritti di sfruttamento economico**, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite alla Rivista.

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un apporto significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un apporto significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora vi siano altri soggetti che hanno partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori.

L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi co-autori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro. Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente alla Direzione scientifica della Rivista o al Comitato editoriale e cooperare con gli stessi al fine di ritrattare o correggere il lavoro.

EDITORIAL TEAM

Direttori: 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), Karim Benyekhlef, Daniel Borrillo, Pierre Brunet, Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Spiritis Flogaitis, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferro, 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

Coordinatori dell'Osservatorio *Europa e Sovranità*: Luca Di Majo e Barbara Guastaferro

Coordinatori dell'Osservatorio *Giustizia*: Luca Longhi e Sara Lieto

Redazione: Antonia Maria Acierno, Armando de Crescenzo, Luca Di Majo, Teresa Esposito Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Guido Saltelli, Federico Savastano, Ignazio Spadaro, Luigi Sica, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Carlo Amirante, Francesca Angelini, Adriana Apostoli, Amedeo Arena, Ferruccio Auletta, Marco Bassini, Michele Belletti, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Francesco Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Marina Calamo Specchia, 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, Giuseppe Cataldi, Marcello Cecchetti, Antonio Chimenti, Adriana Ciancio, Pietro Ciarlo, Carlo Colapietro, Antonio Colavecchio, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Angela G. Cossiri, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D'Alessandro, Antonio D'Andrea, Luigi D'Andrea, Bruno De Maria, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Roberto Di Maria, Enzo Di Salvatore, Fabio Elefante, Gianluca Famiglietti, Chiara Favilli, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Damiano Florenzano, Sergio Foà, Tommaso Edoardo Frosini, Carlo Fusaro, Marco Galdi, Silvio Gambino, Maria Elena Gennusa, Maria Antonella Gliatta, Giorgio Grasso, Nicola 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, Alessandro Mangia, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Ilenia Massa Pinto, Luigi Melica, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia, Alessandro Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Celeste Pesce, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Edoardo Carlo Raffiotta, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Umberto Ronga, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Fiammetta Salmoni, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Alessandro Torre, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Giuliano Vosa, Alfonso Vuolo, Francesco Zammartino, Paolo Zicchittu

* 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