

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
STATO, PERSONA
E SERVIZI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E
INTERNAZIONALE

Ciclo 29°

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E3
Settore Scientifico disciplinare: IUS/06

Diritto alla mobilità ed effettività della libertà di trasporto alla luce delle nuove normative europee e nazionali, analisi comparata.

Attualità del servizio pubblico dei trasporti

Presentata da: **Rosalba A. Catizone**

Coordinatore Dottorato

Prof.A.Morrone

Relatore

Prof.S.Zunarelli

Esame finale anno 2017

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE NEL DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

1. Cenni storici
2. La libertà di circolazione nell'ordinamento italiano italiano: profili costituzionali
3. Problematiche nell'applicazione della libertà di circolazione
4. Libertà di circolazione delle persone nel contesto europeo: il contenuto
5. L'evoluzione di un diritto
6. Limitazione della libertà di circolazione

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALLA MOBILITÀ E LE POLITICHE E LE POLITICHE PER LA MOBILITÀ

1. La cittadinanza europea: gli effetti sulla libertà di circolazione e diritto alla mobilità. Due casi significativi sulla libertà di circolazione e soggiorno
2. I limiti all'ingresso e al soggiorno
3. I limiti dell'ordine pubblico e della sicurezza
4. Il limite della sanità pubblica

5. La competenza giudiziaria

CAPITOLO III

LO STATO E GLI ENTI PUBBLICI

1. Un solo diritto tante fonti
2. Il riparto delle competenze nel Titolo V della Costituzione
3. Il ruolo delle procedure parlamentari
4. Le criticità
5. Brevi cenni sulla individuazione dei principi risolutivi delle controversie
6. L'art. 119 Costituzione alla luce della situazione economico sociale a livello nazionale ed europeo
7. Il governo del territorio. Le questioni principali nell'assetto delle competenze

CAPITOLO IV

IL SISTEMA DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

1. Le infrastrutture strategiche
2. Le grandi reti dei trasporti e della navigazione
3. Il trasporti marittimi
4. Il trasporto pubblico locale

CAPITOLO V

LE ISTITUZIONI E I PRINCIPI ISPIRATORI

1. Il principio della continuità territoriale
2. Metamorfosi di un ruolo: da garanti della libertà a ...
3. Gli obblighi di servizio pubblico
4. I servizi di interesse generale

5. Il concetto di

CAPITOLO VI

IL QUADRO EUROPEO DELLA MOBILITÀ

1. Un diritto riconosciuto: diritto soggettivo o semplice interesse
2. Il diritto al trasporto, normativa e prospettive
3. L'affermarsi del diritto alla mobilità come espressione del diritto ai trasporti
4. La mobilità sanitaria
5. La mobilità sanitaria europea
6. La mobilità degli studenti

CAPITOLO VII

1. Il ruolo della Commissione Europea e la recente Direttiva del 2011
2. Il Programma dell'Unione europea per il 2017
3. Individuazione degli aeroporti di interesse nazionale
4. Lo spazio ferroviario europeo unico in attuazione della Direttiva 2012/34/UE

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

Libertà e diritto sono due concetti giuridici che hanno un rapporto di alterità e di complicità in relazione alle concezioni teoretiche sull'agire statale che ne stabiliscono e delineano i contenuti. La tutela giuridica della libertà privata si è storicamente data la forma del diritto soggettivo, anche se poi, la ricerca di un fondamento al riconoscimento giuridico della personalità umana e delle corrispondenti "sfere di libertà" rimane un tema tuttora irrisolto e dibattuto dagli studiosi¹. Comprendere, tuttavia, il rapporto tra libertà e diritto permette di arrivare fino in fondo al significato da attribuire ad entrambi e consente di calibrare le aspettative, in capo ai titolari degli stessi, rispetto all'ampiezza e alle possibilità che deve avere l'azione politica e statale. Ed invero se la libertà di circolazione si traduce in un diritto alla mobilità *tout court*, è chiaro ed evidente che si profila una pretesa pura e semplice di chi ne ha la titolarità nei confronti delle istituzioni pubbliche, ai vari livelli, centrale e periferico. Viceversa, laddove non vi sia una simmetria tra le due figure, la libertà di circolare non può tradursi in un comando imperativo azionabile verso chi non ne consenta la piena applicazione. L'importanza della questione sollevata non è priva di effetti sul piano della tutela dei diritti fondamentali - tra i quali certamente rientra la libertà di circolazione - prevista e disciplinata sia dalle fonti di diritto nazionale, europeo sia da quelle internazionali² - in quanto trattasi di una libertà per lo più funzionale

¹ si leggano, in tal senso Jelinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, tr. it. della seconda ed. del 1905, Milano, 1912. Significativi in tal senso i contributi di Fleiner, Ranelletti, Ruffini, Calamandrei e Virga.

² La libertà di circolazione, prevista all'art. 16 costituzione era già inserita nella *Magna Charta Libertatum*, come un aspetto della libertà individuale. E' attualmente anche prevista, come meglio si dirà, all'art. 18 T.U.E che riconosce a tutti i cittadini degli Stati membri dell'Ue di circolare e soggiornare liberamente in tutto il territorio dello Stato; i limiti previsti sono solo quelli legati a motivi di sanità e sicurezza. La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, all'art. 13 prevede una libertà di circolazione delle persone.

al dispiegamento di altri diritti fondamentali. Ed è proprio per la natura di questa relazione di interdipendenza tra circolazione, mobilità ed altri diritti fondamentali - diritto al lavoro, alla salute, alla sicurezza e alle relazioni familiari- che questo lavoro di ricerca vuole indagare il grado di reciproca interferenza della sfera dell'effettività. Non v'è dubbio che l'ampio riconoscimento dei diritti fondamentali, così come si è determinato nel corso del tempo, concorre a delineare un sistema giuridico nel quale le libertà individuali costituiscono il fondamento della società civile e il fine supremo dello Stato³. Ciò è tanto più vero, in quanto il bene pubblico, consistendo essenzialmente nella protezione dei diritti privati degli individui trova negli stessi il fine ultimo della propria legittimazione, ma anche il limite entro il quale esercitare la propria forza e supremazia. Diventa dunque essenziale indagare la natura non solo della libertà di circolazione, non più solo e soltanto costola della libertà individuale, ma figura autonoma e distinta da questa e funzionale alla realizzazione di una serie ampia di altrettanti importanti diritti fondamentali che compongono lo statuto giuridico del cittadino nazionale ed europeo. Quanto poi questa libertà si tramuti nel suo contraltare, al dovere dello stato di realizzare l'altra faccia della libertà, quale diritto alla mobilità, diventa di primaria importanza e una cartina di tornasole attraverso la quale orientarsi nella foresta impervia e cospicua della normativa che compone l'intero diritto dei trasporti e le politiche attuabili in questo ambito.

³ Sulla natura del limite del potere restrittivo dello stato indubbiamente Blackstone è stato il giurista più influente nell'Inghilterra settecentesca, nel dibattito giuridico sulla ricerca di una giustificazione alla limitazione dei diritti politici. Le leggi, scrive, sono sempre dei comandi provenienti da un superiore. Perciò l'ordinamento giuridico non consiste che in una scala gerarchica di norme e di soggetti nella quale l'elemento inferiore è tenuto al rispetto del superiore, individuando così nel criterio gerarchico il fondamento del rapporto di supremazia dell'organo superiore.

Senza entrare in profondità negli studi svolti sul concetto di libertà⁴, che richiederebbero un'analisi a parte, è tuttavia, importante comprendere se la libertà individuale sia solo un aspetto del principio di legalità⁵ - il quale prevede il divieto, da parte delle istituzioni, di intervenire nella sfera privata se non nei modi e nei casi previsti dalla legge⁶ - o se invece abbia un proprio autonomo contenuto. Si vedrà, nel corso della trattazione che non un diritto derivato trattasi, ma di una vera e propria fondamentale libertà riconosciuta formalmente ai soli cittadini, ma estesa in via giurisprudenziale a tutti i soggetti di diritto. La libertà di circolazione, così come è stata concepita e si è sviluppata nel corso dei secoli è si inserita nel principio di legalità in quanto è fatto obbligo da parte dello Stato di rispettarla, ma anche di attivarsi affinché non resti una mera indicazione di principi. D'altro lato comporta che essa possa essere limitata solo laddove ricorrano i casi previsti dalla legge e nei modi dalla stessa indicati, principio della riserva di legge.

⁴ basta, in proposito richiamare i pregevoli scritti di Baldassare, già citati.

⁵ secondo un orientamento diffuso in Italia da Santi Romano e da Zangara, più che di diritto di libertà occorrerebbe parlare di un generico diritto alla libertà .

⁶ come peraltro previsto dall'art. 16 Costituzione “ *Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.*

Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica, e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge”. Il contenuto di questa norma corrisponde poi a quello inserito nella normativa europea e internazionale.

Considerare, dunque la libertà di circolazione come un diritto fondamentale, inserito nella Costituzione e come elemento caratterizzante della società civile, politica e dello Stato, ci permette di riconoscerle requisiti aggiuntivi rispetto ai comuni diritti soggettivi, siano essi pubblici o privati. Si tratta, infatti di principi privilegiati rispetto agli altri che hanno il potere di imporsi a tutti i poteri pubblici costituiti e, allo stesso tempo, si fanno valere come pretese efficaci anche verso i terzi.

Cercheremo, nel corso del presente lavoro, di verificare di volta in volta se questo diritto fondamentale di potersi muovere liberamente sul territorio dello Stato nazione, stabilendosi, attraversandolo e anche eventualmente abbandonandolo, così come concepito e previsto dalla normativa di primo grado possa essere la base giuridica sulla quale fondare il diritto alla mobilità, diritto che invece non appartiene al linguaggio delle carte fondamentali, tantomeno in quello della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷.

⁷ In questi testi, si norma solo la libertà di circolazione, di soggiorno (di stabilimento) emanazione diretta del costituzionalismo di matrice europea fortemente influenzato da quello americano. G.F. Ferrari, *Le libertà, Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011 secondo il quale l'era della globalizzazione ha come puntelli i diritti di libertà ed il mercato. La ricostruzione positivista della loro formazione storica, permette di trovarne la cifra pubblicistica, in un'epoca dei costituzionalismi in cui la complessità delle vicende che si intrecciano rendono non sempre decifrabile il quadro.

Interessante notare che, pur nella molteplicità di legislazioni che ne regolamentano l'attuazione, il contenuto della libertà di circolazione, nel duplice aspetto di spostarsi senza restrizioni e di stabilire autonomamente il luogo in cui risiedere, viene previsto in modo quasi omogeneo nelle varie costituzioni e normativa internazionale. Nella maggior parte dei casi si attribuisce la titolarità esclusivamente ai cittadini⁸, stabilendo a carico dello stato il limite della tutela di altri diritti fondamentali quali la salute, l'ambiente e la sicurezza. Il limite che lo Stato può apporre a tale deve essere previsto dalla legge stessa e devono ricorrere le condizioni e i modi legislativamente indicati.

⁸ ad esempio art. 19 Costi. spagnola, art. 11 Legge Fondamentale tedesca, art. 16 Cost. italiana.

Come accennato, dunque mentre la libertà di circolazione è direttamente prevista dalle fonti il diritto alla mobilità è prevalentemente indicata come politica da perseguire a livello comunitario e statale. Eppure tra l'una e l'altro c'è un legame profondo in grado addirittura di condizionarne il senso e la portata. Quando si fa riferimento alla mobilità in sé e per sé considerata, l'interesse che emerge è quello di consentire ai cittadini di muoversi in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia con la conseguenziale abolizione delle frontiere e degli ostacoli che ne impediscano la realizzazione. La mobilità si esprime con una serie di norme che da un lato pongono degli obblighi a carico del legislatore -come ad esempio il principio per cui l'Unione Europea deve promuovere la mobilità degli studenti⁹ - dall'altro affermano una vera e propria posizione soggettiva riconosciuta ai titolari azionabile nei confronti di chi ne impedisce la piena realizzazione - come per la normativa che consente la risarcibilità del cattivo funzionamento dei servizi di trasporto¹⁰. Il combinato delle due previsioni permette di individuare un vero e proprio diritto soggettivo alla mobilità che è insieme una libertà (di circolazione?) e una pretesa. Talvolta poi la mobilità non assurge che al rango di interesse legittimo a seconda della natura della norma presa in esame e dalle finalità che la stessa intende raggiungere¹¹.

⁹ art. 168, co. 2 TFUE

¹⁰ a guisa d'esempio per il trasporto aereo si veda art. 7 Reg. CE, n. 261/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, in G.U.U.E I 046, 17.02.2004,1

¹¹ L. Rosa Bian, *Le cure e gli interventi sanitari eseguiti all'estero tra diritto soggetto ed interesse legittimo*, in Giur. Merito, 2012, pagg 722 e ss. che fa riferimento alla formazione giurisprudenziale della mobilità sanitaria.

Nelle pagine che seguono avremo modo di inquadrare le varie situazioni giuridiche legate al rapporto tra libertà di circolazione e diritto alla mobilità, partendo dalle Costituzioni ed i Trattati che affermano la libera circolazione tra i diritti fondamentali, per verificare se esista una comune base giuridica per configurare uno o più diritti di mobilità. Il quesito non è privo di conseguenze sul piano normativo e di contenuto, soprattutto considerando che la libertà di circolazione è spesso un presupposto, o un diritto funzionale per il godimento di altri diritti. Si può addirittura arrivare ad affermare che, pur riconoscendo il carattere fondato della libertà di circolazione, l'aspetto funzionale della libertà di movimento rispetto ad alcuni diritti si mostra con tutta la sua forza. In questi casi, appunto diventa prioritario definirne il contenuto e analizzarne nel capacità di espansione del contenuto. La libertà di circolazione dei lavoratori, ad esempio è stato il primo passo che nel quadro della normativa europea si è sviluppato e si è affermato come necessario. In quel caso, tuttavia ad essere predominante non era tanto l'aspetto assoluto della libertà, come assenza di vincoli ed impedimenti alla volontà del soggetto di poter assumere qualunque decisione non contraria alla legge, sul dove muoversi, ma addirittura si configurava una libertà in rapporto al diritto di lavorare e di poter scegliere il luogo in cui questo diritto si dovesse esplicare.

In casi come questi, la sovrapposizione tra libertà e mobilità sembrano addirittura coincidere appieno, essendo l'uno la faccia dell'altra. L'affermata necessità di riconoscere la libertà in funzione della possibilità di applicare altri diritti fondamentali, permette di cogliere una, forse inconsapevole, piena e totale coincidenza tra la libertà di movimento e il diritto alla mobilità.

Non meno secondario è ancorare il contenuto di questa libertà alla presenza o meno di una esigenza di sopravvivenza, come nel caso del diritto alla salute, oppure a necessità contingenti, come potrebbe essere per il diritto allo studio poiché in questo rapporto tra la libertà ed il diritto, che di volta in volta la prima consente di realizzare, si stabilisce una relazione più o meno stretta tra la libertà di circolazione ed il diritto di movimento. Occorre poi considerare il piano normativo in maniera distinta a seconda che lo spostamento avvenga dentro il territorio di uno Stato ovvero tra uno Stato e l'altro. In quest'ultimo caso l'intreccio tra le varie normative, come avremo modo di dimostrare, incide fortemente sulla pretesa azionabile dal cittadino nei confronti delle autorità coinvolte¹². Di rilevante interesse è ancora lo studio dell'evoluzione che, soprattutto a livello europeo, riguarda il rapporto tra la libertà di circolazione ed il ruolo che lo Stato nazionale può assumere anche rispetto alle richieste provenienti dalla normativa europea sulla liberalizzazione del mercato e della concorrenza.

¹²Le persone chiedono più spazio, come correttamente affermato da Zygmunt Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, (Laterza 1999), senza tuttavia ricordare che ciò porta ad elaborare e rispettare quella che Hans Jonas definiva, efficacemente, come una nuova etica della distanza.

Nel settore del del trasporto ferroviario, ad esempio come meglio si vedrà, si evidenziano i più vividi contrasti tra gli interessi nazionali e la spinta europea. La politica comunitaria, ispirata ai principi del libero mercato, impone e richiede un considerevole arretramento della presenza statale nazionale ed una riduzione dell'ambito operativo dei pubblici poteri, per assicurare una piena efficacia del principio di concorrenza nel mercato. Quest'ultima viene interpretata dalle politiche comunitarie come una forma imprescindibile per assicurare le garanzie della collettività, anche in relazione alla necessità, come si diceva, di tutelare la pienezza di diritti fondamentali espressi nella libertà di movimento.

E' dunque fondamentale comprendere le difficoltà non solo nel tentativo di armonizzazione delle diverse discipline nazionali, ma anche in quello di giungere ad una conciliazione tra finalità non sempre convergenti tra visioni e ideologie talvolta contrapposte. In questo ultimo caso, infatti, l'impostazione che caratterizza il modello italiano è più quella di mettere in secondo piano l'aspetto meramente economico nella programmazione delle attività pubbliche, ponendo invece l'accento sul tema dei servizi essenziali da rendere ai cittadini. Si tratta talvolta, tra la visione europea e quella italiana, di un vero e proprio contrasto di finalità e di intervento che si ripercuote, certamente, sulla natura del diritto interessato.

Sono molti gli aspetti che incidono sulla configurazione di una reale libertà di movimento all'interno dello spazio europeo e forte è certamente l'interazione tra essa e altri diritti fondamentali di cui la prima costituisce il necessario presupposto.

Un cambio di rotta è stato indubbiamente segnato dall'introduzione della *cittadinanza europea*¹³ che traccia una linea di demarcazione netta all'evoluzione del diritto alla libera circolazione. Esso perde il carattere meramente strumentale che gli era stato attribuito inizialmente per divenire un diritto autonomo spettante a ciascun cittadino di ogni Stato membro. Tutto questo comporta che la sua attribuzione viene svincolata dagli scopi prettamente economici dei Trattati, anche se poi, come si tratterà più diffusamente, questo richiederà l'adozione di misure di legislazione secondaria da parte degli stati membri non sempre in grado di assicurarne una piena attuazione.

Ed è proprio in questi casi che lo iato tra libertà di circolazione e diritto alla mobilità si fa più evidente. A fronte di mezzi di comunicazione che travalicano i confini degli stati, vi sono anche dei confini di carattere politico e talvolta anche culturali, che costituiscono dei veri e propri ostacoli alla libertà di circolazione.

A ciò si deve aggiungere, a livello nazionale, le difficoltà riscontrate in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione che ha attuato una vera e propria rivoluzione, per lo più incompiuta nei suoi aspetti fondamentali, nella suddivisione delle competenze tra Stato centrale e Regioni, attuata con legge costituzionale n. 2 del 2001.

Nel contesto europeo in cui tale riforma si è insinuata fa breccia la convinzione teorica del momento per cui si dovesse sviluppare un diritto costituzionale a più livelli¹⁴.

¹³ Trattato di Maastricht, come meglio si tratterà nel capitolo secondo, segna il passaggio dalla CEE alla UE

¹⁴ Beniamino Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V, Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, 2002 pag. 1 e ss

“La discussione europea sulla tematica del multilevel governance e il dibattito teorico su di un diritto costituzionale a più livelli, ove ha ormai diritto di cittadinanza, affianco ad un diritto Costituzionale comunitario, anche un diritto costituzionale subnazionale, hanno rilanciato in Europa, il tema del federalismo: nell’ambito delle esperienze europee, anche l’Italia non si sottrae alla discussione su tale tema ed alla sperimentazione di modelli molto avanzati di coinvolgimento delle entità sub-statali” ¹⁵.

¹⁵ ult. cit.,; si veda pure V.M. Morlok, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, in *Seminari dell’Osservatorio Costituzionale*; o ancora il Libro bianco sulla governance europea, Bruxelles, 5 agosto 2001 COM (2001), 428 def/2

Come meglio si affronterà nei capitoli a ciò dedicati nell'ultima parte, la riforma di cui si è detto ha creato non pochi sconvolgimenti nell'ambito del sistema dei trasporti e delle infrastrutture, per una ripartizione delle competenze non immediatamente risolvibile e per la difficoltà di individuare i criteri corretti. I conflitti tra Stato e Regioni, risolti dalla Corte Costituzionale, in questa materia hanno generato degli effetti non sempre virtuosi anche per l'incompiutezza della riforma stessa sotto il profilo della individuazione delle risorse necessarie da impiegare in questo ambito. Il tema verrà ampiamente trattato nella parte finale del presente lavoro con una analisi approfondita della costruzione giurisprudenziale effettuata dalla Corte successivamente all'entrata in vigore della riforma costituzionale. Vi è infine una figura interessante, di formazione giurisprudenziale, il "cittadino statico" ovvero colui che, pur essendo titolare del diritto, non lo ha mai esercitato¹⁶. In questa interessante sentenza la Corte di Giustizia ha preso come esclusivo riferimento l'art. 20 del TFUE relativo alla cittadinanza europea, considerato che, come contestato dai governi intervenuti, i minori non avevano mai lasciato il loro paese e dunque non potevano avvalersi dei diritti previsti dalla direttiva 2004/38 relativamente all'accompagnamento o al ricongiungimento dei propri familiari¹⁷. Sulla base della portata da attribuire allo status di cittadino europeo, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto "che l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti al loro status di cittadini dell'Unione" (8 P.to 42). Nel caso in esame laddove alle richieste dei geni-

¹⁶ Corte di Giustizia, Zambrano, 8/03/2011 e McCarthy

¹⁷ dir. 29-4-2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

tori fossero stato apposto un diniego l'effetto sarebbe ricaduto sui diritti dei figli che sarebbero stati costretti a lasciare il territorio dell'Unione, negando loro la possibilità di godere dei diritti loro derivanti dalla cittadinanza europea. In questo modo si è individuato, come meglio approfondiremo, il contenuto della cittadinanza europea come limite alle previsioni normative che impongano, senza giustificato motivo, di abbandonare il territorio dell'Unione. Il richiamo alla definizione tipica della cittadinanza nazionale deve essere inteso come diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulsi, se non in casi e nei modi espressamente previsti dalla legge.

Dopo aver affrontato attentamente il rapporto che intercorre tra la libertà di circolazione e il diritto alla mobilità con l'attuazione dei diritti fondamentali di cui i primi costituiscono la premessa, l'ultima parte sarà dedicata allo studio delle nuove frontiere della mobilità alternativa e la conciliazione della stessa con altri diritti fondamentali.

CAPITOLO I

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE NEL DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

1. Cenni storici

Il diritto alla circolazione è una delle prime libertà riconosciute espressamente nelle carte costituzionali dei paesi moderni. Le sue origini affondano in tempi non proprio recenti, ed infatti tale libertà era già prevista nella *Magna Charta Libertatum*, la principale delle “carte di libertà” concesse in Europa nei secoli XII e XIII in un periodo di debolezza delle monarchie europee¹⁸. Questo documento “costituzionale” di concessione di libertà, datato 1215, era destinato al clero e all’aristocrazia il cui fondamento non trova riconoscimento nei principi dottrinari, quanto piuttosto nell’elaborazione di diritti già riconosciuti ed esercitati da una minoranza dei cittadini. Essa consentiva di regolamentare i rapporti tra il Re e la nobiltà e soprattutto permetteva anche ai mercanti stranieri di circolare liberamente in tutta l’Inghilterra. In particolare si affermavano i diritti dei mercanti ai quali veniva riconosciuta la facoltà di *«per salvo e sicuro uscire dall’Inghilterra, e venire in Inghilterra, e soffermarsi e muoversi per l’Inghilterra, tanto per terra che per acqua, per comprare e vendere, senza alcun male, secondo le antiche e giuste consuetudini, tranne che in tempo di guerra e se siano di un paese in guerra contro di noi: e se ne troveranno di tali nella nostra terra quando inizia la guerra, siano detenuti senza danno per le loro persone e cose, finché non si sappia da parte nostra o di un nostro giudice capo, in che modo siano trattati i mercanti del nostro paese che in quel momento fossero trovati nel paese in guerra con noi; e se i nostri sono salvi colà, questi altri siano salvi nella nostra terra»*.

¹⁸ J.C. Holt, in *Magna Charta* ne enumera alcune come le libertà concesse da Federico Barbarossa ai comuni della Lega lombarda, le ordinanze del re Alfonso VII di León del 1188, la Bolla d’oro del re Andrea II d’Ungheria del 1222, il Privilegio General concesso Pietro III d’argina in occasione della guerra del Vespro siciliano nel 1282-83.

La *Magna Charta*, inoltre, riconosce a “chiunque” di uscire dal regno e di rientrarvi «*salvo e sicuro, per terra e per acqua, salva la fedeltà a noi dovuta, tranne che in tempo di guerra per un breve periodo, in vista di una comune utilità del regno, eccetto le persone imprigionate o bandite secondo le leggi del regno, e le genti di un paese in guerra contro di noi, e i mercanti, dei quali avvenga come sopra si è detto*¹⁹». Il diritto di circolazione è stato sempre al centro del dibattito giuridico nelle varie epoche storiche, in particolare modo per l'importanza che lo stesso ha esercitato nello sviluppo del commercio e dunque dell'economia delle varie comunità. Un momento di cruciale importanza è segnato dallo sviluppo del pensiero giuridico nel XV e nel XVI secolo. Francisco de Vitoria, considerato padre spirituale delle Nazioni Unite, per primo ha enucleato il “*jus perigrandi et degendi*” che si sostanzia nel concetto odierno di diritto alla libera circolazione delle persone e delle merci per lo scambio di quei beni che alcuni popoli hanno in eccesso e dei quali altri sono carenti²⁰.

¹⁹ I punti del documento concesso da Re Giovanni Senzaterra sono il 41: “*Omnes mercatores habeant saluum et securum exire de Anglia, et venire in Angliam, et morari, et ire per Angliam, tam per terram quam per aquam, ad emendum et vendendum, sine omnibus malis toltis, per antiquas et rectas consuetudines, preterquam in tempore gwerre, et si sint de terra contra nos gwerrina; et si tales inueniantur in terra nostra in principio gwerre, attachientur sine dampno corporum et rerum, donec sciatur a nobis vel capitali justiciario nostro quomodo mercatores terre nostre tractentur, qui tunc inuenientur in terra contra nos gwerrina; et si nostri salui sint ibi, alii salui sint in terra nostra*” e il 42: “*Liceat unicuique decetero exire de regno nostro, et redire, salvo et secure, per terram et per aquam, salva fide nostra, nisi tempore gwerre per aliquod breve tempus, propter communem utilitatem regni, exceptis imprisonatis et utlagatis secundum legem regni, et gente de terra contra nos guerri-na, et mercatoribus, de quibus fiat sicut predictum est.*” Per un ulteriore approfondimento si veda W. S. McKechnie, *Magna Carta. A Commentary on the Great Charter of King John*, Glasgow 1914.

²⁰ Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis o libertad de los indios*. Edición crítica bilingüe por L. Perena y J. Pérez Prendes, CSIC, Madrid 1967.

Quanto allo Statuto Albertino, in esso non si rintraccia un riferimento espresso alla “libertà di circolazione” benché tutta la dottrina, nonostante l’assenza di una disposizione testuale, fosse univoca nel ritrovare il fondamento all’interno dell’articolo 26 che prevede: «*La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge e nelle forme che essa prescrive*». In questa convinzione, difatti, risiede la radice dell’orientamento iniziale secondo il quale vi dovesse essere una totale identificazione tra le libertà personali e un ventaglio di diritti che di questa fossero espressione, come appunto la libertà di circolazione. Vittorio Emanuele Orlando a tal proposito affermava, difatti, che il diritto di cui all’articolo 26 «è certamente il maggiore fra tutti e di una portata così larga che può agli altri comprendere» includendovi la “libertà di locomozione” dell’individuo senza alcuna coazione fisica esterna²¹.

Ampio è stato il dibattito che ha preceduto l’attuale articolo 16 della Costituzione. I lavori preparatori che si sono svolti attorno a tale articolo sono iniziati il 20 settembre 1946 nella Prima Sottocommissione²² e in tale circostanza da subito è stato chiaro che la libertà di circolazione è strettamente legata alle questioni inerenti alla cittadinanza e alla “libertà di emigrazione”. Tale profilo venne rinviato, su sollecitazione del Presidente Umberto Tupini e con l’assenso di Palmiro Togliatti, alla discussione della parte della Costituzione che avrebbe trattato dei diritti degli stranieri anche perché forti erano ancora i condizionamenti provenienti dal trascorso periodo fascista.

²¹ V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Barbèra, Firenze, 1912.

²² Seduta del 20 settembre 1946, in A.C., VI, 385 ss.

L'articolo viene approvato nel suo complesso con la formulazione: «il cittadino può circolare e fissare la propria residenza o domicilio in qualsiasi parte del territorio della Repubblica, salvo i limiti imposti con carattere generale dalla legge per soli motivi di sanità o di ordine pubblico. In nessun caso la legge può limitare questa libertà per motivi di carattere politico. Il diritto di emigrare, salvo gli obblighi di legge, è garantito a tutti».

Nella seduta della Terza Sottocommissione del 24 settembre 1946²³ si è approfondita, sotto la presidenza del socialista Gustavo Ghidini, la parte relativa alla libertà di emigrazione e allo *status* che avrebbero dovuto avere i migranti.

L'articolo approvato dalla Sottocommissione dispone: «Il cittadino può circolare e fissare il domicilio, la residenza e la dimora in ogni parte del territorio dello Stato, salvo i limiti imposti dalla legge. Il diritto di emigrare è garantito dallo Stato nei limiti stabiliti dagli accordi internazionali e dalle leggi sul lavoro. Il cittadino emigrato ha diritto alla protezione dello Stato».

In Assemblea Costituente non vi furono grandi contrasti²⁴ sul contenuto da attribuire alla libertà in esame per la comunanza di visione che accomunava i costituenti, pur nella diversa appartenenza ideologica e partitica. Occorre tenere presente anche il contesto storico in cui la norma veniva concettualizzata, in cui non vi era né l'emergenza immigrazione che si vive ai giorni nostri, né tantomeno la Comunità europea che darà un impulso gigantesco all'ampliamento della libertà medesima, sebbene, nella fase iniziale, legata a ragioni di carattere economico.

²³ Seduta del 24 settembre 1946, in A.C., VIII, 2136.

²⁴ Seduta del 11 aprile 1947, in A.C., I, 788 ss.

Nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica il nostro paese è stato per lo più interessato da un fenomeno di emigrazione verso altri stati o addirittura continenti di intere famiglie che andavano a costruire la loro fortuna economica fuori dal contesto nostrano. La mobilità della popolazione italiana è stata, per alcuni decenni, in uscita piuttosto che in entrata, secondo la previsione costituzionale stabilita nell'art. 16, soddisfacendo appieno le esigenze di mobilità dei cittadini di poter lasciare il proprio paese e di stabilirsi altrove senza alcuna restrizione, in tal senso, da parte dello Stato o delle istituzioni pubbliche.

Nel progetto di Costituzione la libertà di circolazione, di soggiorno e di espatrio, viene disciplinata dall'art. 10 : *«Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio italiano, nei limiti e nei modi stabiliti in generale dalla legge per motivi di sanità o di sicurezza. In nessun caso la legge può limitare questa libertà per ragioni politiche. Ogni cittadino ha il diritto di emigrare, salvo gli obblighi di legge. La Repubblica tutela il lavoro italiano all'estero»*.

In tale seduta viene definito il coordinamento degli articoli approvati.

A differenza che nello Statuto Albertino, l'assemblea Costituente ha ritenuto di disciplinare espressamente in maniera separata la libertà personale e la libertà di circolazione al fine di differenziarle.

2.1 Dalla libertà personale alla libertà di circolazione

Con la libertà personale, da cui scaturisce la libertà di circolazione, si fa riferimento al nucleo più antico delle libertà costituzionali del mondo occidentale. Questa libertà è anche conosciuta come *“habeas corpus”* ovvero la libertà di avere il proprio corpo libero. Una delle più antiche formulazioni di questa libertà è rappresentata da una disposizione che, come si è detto, compariva all'interno della *Magna Charta*

Libertatum inglese. La Magna Charta è senza dubbio quella più nota rispetto alle Carte o Contratti di dominazione che hanno caratterizzato l'esperienza giuridica medievale.

La concezione medievale del potere si incentrava sull'idea che tra il sovrano e i sudditi vigessero degli obblighi che li vincolavano reciprocamente e che costituivano la base di una legittimazione giuridica al potere solo laddove questo si esercitasse entro i limiti e nel rispetto di quegli obblighi. L'accettazione di questi patti era la premessa sulla quale i gruppi giuravano fedeltà al proprio sovrano. Tutte queste forme di accordo intercorse tra chi deteneva il potere e chi lo subiva e dunque tra imperatori e sovrani, e tra sovrani e feudatari venivano concepite non già per garantire la libertà dell'individuo, del singolo o del soggetto quanto, piuttosto, per assicurare le libertà e i privilegi di un gruppo sociale. Solo indirettamente il singolo aveva una soggettività in quanto appartenente a quel gruppo sociale ed, eventualmente, poteva addirittura godere di maggiori riconoscimenti nei confronti di un altro gruppo all'interno della collettività. In altri termini, i diritti dell'epoca medievale, non erano formulati né concepiti nell'ottica universalista propria dell'età contemporanea, spettanti a *tutti* gli uomini, a *tutti* i cittadini, da cui discende l'affermazione del principio di uguaglianza, principale rivendicazione della Rivoluzione Francese. Nell'epoca precedente, dunque, il principio del privilegio sostituiva quello che poi divenne il cardine delle società post medievali, il principio di universalità.

La garanzia dell' *habeas corpus* era contenuta nell'art. 39 della Magna Charta: "*Gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati, privati dei loro averi, messi fuori legge, esiliati o danneggiati se non da un tribunale dei loro pari e secondo le leggi del paese*". Formulazione che già traccia un discrimen a favore di chi godeva del-

lo status di soggetto libero - dunque i proprietari fondiari, i feudatari, non i servi- e che essa presuppone una società suddivisa in caste, ceti, ciascuno dei quali titolari di uno statuto giuridico particolare.

Nonostante queste differenze, vi sono indubbe affinità che, attraverso i secoli, continuano a legare l'art. 13 della nostra Costituzione e gli articoli delle altre costituzioni contemporanee che riconoscono la libertà personale, con l'antica formulazione della Magna Charta la quale segna la strada all'affermazione di altri diritti di libertà che da quella personale traggono origine e che hanno acquisito, nel corso del tempo, una propria autonomia.

Il nostro articolo 13 della Costituzione è formulato in termini universalisti - *la libertà personale spetta a ognuno* - come effetto del principio di uguaglianza baluardo della Rivoluzione Francese. Recitava l'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, oggi incorporata nel testo della vigente costituzione francese: "*Nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte*".

La garanzia del cittadino introdotta in questa norma si fonda su due principi che evidenziano un parallelismo tra la *Magna Charta* e la Costituzione. Il primo principio è la riserva di giurisdizione, presente in entrambe le carte. La differenza si riscontra sia nell'organo legittimato alla sua limitazione, anche se per entrambe le carte fondamentali è richiesto un procedimento giurisdizionale: infatti nel caso della Costituzione italiana, l'art. 13 prevede che sia necessario un atto motivato dell'autorità giudiziaria mentre nelle previsioni della Magna Charta è necessario un giudizio di un tribunale di pari grado del soggetto al quale viene negata.

Il secondo principio è la riserva di legge: la libertà personale, secondo la Magna Charta, poteva essere limitata per effetto di un giudizio

emesso “sulla base delle leggi del paese”, mentre nel nostro art. 13, “nei soli casi e modi previsti dalla legge”. La “legge” cui fa riferimento l’art. 13 è quella particolare fonte del diritto, frutto del procedimento legislativo, o atti ad essa equiparati; con l’espressione “le leggi del paese” la Magna Charta designava l’insieme delle consuetudini allora riconosciute come diritto. Entrambe le previsioni normative mettono in luce il medesimo principio, che ha attraversato i secoli dal Medioevo ad oggi, per cui le sole limitazioni ammissibili alla libertà personale sono quelle previste dall’autorità giudiziaria e alle condizioni previste dalla legge.²⁵

Le lunghe radici storiche della garanzia della libertà personale si comprendono se si pensa che la libertà personale, intesa come signoria sulla libertà del proprio corpo, si erge a tutela di una esigenza di autonomia e indipendenza della persona umana rispetto alle potenziali invadenze del potere; in altri termini, nella libertà personale e nella sua tutela davanti al potere pubblico prende forma quella continua dialettica tra prerogative di libertà della persona e pretese della autorità pubblica, che ha sempre accompagnato l’esistenza della convivenza politica, e, in particolare, dell’esperienza politica statale.

L’esame della libertà della persona ci offre lo spunto per affrontare correttamente il tema della libertà di circolazione delle persone e del diritto alla mobilità nella loro capacità di raffigurarsi come diritti autonomi e nel complicato rapporto tra le pretese del cittadino titolare delle stesse e il ruolo dello Stato e delle istituzioni rispetto alla loro attuazione.

²⁵ Per questa forma della sua garanzia la libertà personale porta con sé altri capisaldi del diritto costituzionale contemporaneo, come il principio per cui “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso” (art. 25 comma 2 Cost.) che è il principio di irretroattività della legge penale (non si può prevedere oggi come reato un fatto che ieri, quando fu commesso, non era previsto come reato dalla legge).

2. La libertà di circolazione nell'ordinamento italiano: profili costituzionali.

Lo studio del significato che si è via via formato sul concetto di libertà di circolazione rispecchia l'evoluzione normativa e storica del contesto in cui la stessa si è sviluppata. L'intreccio tra le fonti nazionali ed europee che ne tracciano la linea di demarcazione rende ancora più interessante l'indagine sull'influenza che hanno avuto, nella sua esplicazione, i diritti ad essa funzionali. L'art. 16 Costituzione che prevede e disciplina la libertà di circolazione e di soggiorno, è una delle più antiche libertà riconosciute nei documenti costituzionali. Essa era già presente nella *Magna Charta Libertatum* e, nello Statuto Albertino, era considerata un aspetto della libertà individuale insieme alla libertà personale²⁶. La Costituzione repubblicana ha effettuato una scissione tra le due libertà fondamentali. E' facilmente riscontrabile, tuttavia, un nesso inscindibile nell'interpretazione dell'art. 16 Costituzione dei principi cardine della libertà personale, anche se da una comparazione tra l'art. 13 che li prevede e quello che contempla la libertà di circolazione, vi è un differenza nell'assenza di previsione, in quest'ultimo, della garanzia della riserva di giurisdizione²⁷.

²⁶ Statuto Albertino, Art. 26. - "*La libertà individuale è guarentita*"

²⁷ il tema della separazione tra libertà di circolazione e soggiorno e libertà personale si è posta soprattutto in relazione al cd. foglio di via obbligatorio, cioè all'ordine formulato dall'autorità di pubblica sicurezza di ritornare nel Comune di residenza, accompagnato dal divieto di fare ritorno nel Comune da crisi viene allontanati: legislazione e giurisprudenza costituzionale sono state infatti concordi nel ritenere tal ordine una mera limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno e dunque non soggetta alle garanzie previste dall'art. 13, Enciclopedia Treccani, voce art. 16

La dottrina, in particolare, è divisa sull'espansione della libertà di circolazione ivi contenuta, e se, in particolare, si possa attribuire una nozione generale di libertà di circolazione e soggiorno - come diritto di circolare, soggiornare, rientrare nel territorio della Repubblica e uscire dallo stesso - oppure se questo diritto sia solo quello espresso nel primo comma, dovendosi individuare nel secondo comma solo una libertà di espatrio.

Entrambi i commi dell'art. 16, peraltro, si riferiscono espressamente ai soli cittadini anche se è legittimo riconoscere un potere in capo allo Stato di poter disciplinare e anche limitare, laddove se ne ravvisino i presupposti indicati dalla legge, anche la libertà degli stranieri o prevedere delle modalità di attuazione della stessa, anche diverse da quelle dei cittadini. La dottrina e la giurisprudenza, oltretutto, ammettono che anche i non cittadini possano godere della libertà di circolazione e soggiorno salva la possibilità per il legislatore, come si accennava, di limitarla²⁸

²⁸ peraltro un limite alla possibilità di circoscrivere la libertà di circolazione e soggiorno degli stranieri è rappresentata dall'art. 18 T.U.E che riconosce a tutti i cittadini degli stati membri dell'UE il diritto di circolare e soggiornare liberamente in tutto il territorio UE.

La libertà prevista dall'art. 16 Cost, presenta al contempo una duplicità di espressione: statica e dinamica. Le due caratteristiche consentono ai titolari il diritto di muoversi liberamente nell'ambito del territorio della Repubblica, come pure quello di soggiornare in qualunque luogo, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o sicurezza . Non è ammessa alcuna limitazione fondata su ragioni di carattere politico²⁹.

²⁹ Il domicilio coatto (precedentemente denominato confino) era una misura di prevenzione combinabile dalle autorità di polizia ed imposto anche senza la necessità di un processo regolare ; o di una condanna per un reato effettivamente previsto nel codice penale ed effettivamente commesso. Nell'Italia repubblicana è stato sostituito da altri istituti come il soggiorno obbligato, che è un provvedimento giudiziario consistente nell'*obbligo di abitare* in una località ristretta, stabilita dalle autorità, per un certo periodo di tempo (anche alcuni anni). Introdotto per la prima volta dalla legge Pica ed abolito poi nel 1895, venne nuovamente previsto nel 1931, con la promulgazione del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931 n. 773. Esso era la fonte normativa principale che regolava le modalità con le quali si inviava qualcuno al confino. Tale testo prevedeva che potessero essere proposti per il confino coloro i quali risultavano pericolosi per la "sicurezza pubblica o per l'ordine nazionale"

Le maggiori discontinuità interpretative si riscontrano tuttavia sul significato da attribuire alla riserva di legge, la quale se è da un lato classificabile come rinforzata, dall'altro si è ritenuta a seconda delle diverse visioni, ora assoluta, ora relativa. L'art.16 prevede una riserva di legge detta "rinforzata" in quanto stabilisce due casi - sanità e sicurezza- in cui la legge può disporre delle restrizioni a tale libertà. Tuttavia la stessa norma non prevede la competenza dell'autorità giudiziaria per l'emanazione dei provvedimenti limitativi di detta libertà. Ciò comporta che detti provvedimenti possono essere emanati anche da autorità amministrative e, come accade in realtà, dall'autorità di polizia. Il termine "in via generale" dell'art.16 Costituzione è stato interpretato nel senso che esso ammette la possibilità di emanare provvedimenti concernenti categorie individuate per caratteristiche generali della legge. La stessa interpretazione ammette anche l'individuazione di aree territoriali in cui vietare la circolazione a chiunque non sia autorizzato. Non sono, d'altro canto, ammessi provvedimenti riferiti a singole persone nominate individualmente (es. i cosiddetti cordoni sanitari costituiti per evitare il propagarsi delle epidemie o altri pericoli per la salute pubblica). Fra le norme limitative della libertà di circolazione e soggiorno, la più importante è quella relativa al "rimpatrio con foglio di via obbligatorio", accompagnato dal divieto di rientrare nel comune dal quale si viene allontanati senza autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a 3 anni: questo provvedimento può essere adottato nei confronti di persone socialmente pericolose per la "sicurezza pubblica" con atto dell'autorità di polizia non soggetto a convalida dell'autorità giudiziaria. Più specificamente si può affermare che il profilo dinamico fa riferimento prevalentemente alla garanzia che il diritto in sé vuole affermare - quella di circolare liberamente - descritto nella sua accezione origina-

ria e nei suoi aspetti cardine. Cambia la prospettiva dal punto di vista attuativo di siffatta libertà, laddove si assiste ad un bilanciamento di interessi tra le garanzie e le limitazioni ammissibili e realizzate dalla pubblica amministrazione, ovvero dall'organo giudiziario. La garanzia dell'inviolabilità della libertà personale è contenuta nell'articolo 13, comma secondo della Costituzione, attraverso la previsione di una riserva assoluta di legge ed una riserva di giurisdizione: "Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione e perquisizione personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria - *riserva di giurisdizione*- e nei soli casi e modi previsti dalla legge - riserva assoluta di legge- ". La predisposizione di due diverse garanzie a tutela della libertà personale comporta non solo che è necessario agire esclusivamente nei casi e nei modi in cui è consentito limitare la libertà personale³⁰, ma anche che solo l'autorità giudiziaria, con le garanzie che caratterizzano il procedimento che davanti ad essa si svolge, può concretamente limitare la libertà in oggetto attraverso l'adozione di provvedimenti che su di essa incidano.

³⁰ e dunque la perquisizione o l'identificazione di una persona può avvenire solo nei casi e nei modi indicati dalle norme processuali, e dagli organi preventivamente indicati da una legge del Parlamento ovvero da un atto ad essa equiparato,

Alla riserva di giurisdizione contenuta nell'articolo 13 comma 2, il comma 3 dispone una deroga nel caso in cui, per ragioni eccezionali di necessità ed urgenza, non sia consentito l'intervento tempestivo dell'autorità giudiziaria; in questo caso l'autorità di Pubblica Sicurezza può intervenire col cosiddetto fermo di polizia giudiziaria, purché, entro 48 ore dall'applicazione della misura limitativa della libertà personale, l'autorità di Pubblica Sicurezza ne dia comunicazione all'Autorità giudiziaria cui spetta il compito di convalidare o meno il provvedimento. La deroga alla riserva di giurisdizione contenuta nel comma 3 dell'articolo 13 è in realtà parziale, in quanto la decisione finale circa la misura limitativa della libertà spetta al giudice, e ha carattere provvisorio in virtù dei termini previsti dallo stesso articolo 13.

Il sistema di tutela dell'articolo 13 della Costituzione si completa con l'affermazione di due ulteriori principi. Il primo principio prescritto dal comma 4 dell'articolo 13 impone al legislatore di punire "ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà". A riguardo l'articolo 608 del codice penale prevede una condanna a pena detentiva del pubblico ufficiale che sottoponga un soggetto a misure di restrizione di libertà. La garanzia dell'inviolabilità della libertà personale è contenuta nell'articolo 13 comma 2 attraverso la previsione di una riserva assoluta di legge ed una riserva di giurisdizione. "Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione e perquisizione personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione) e nei soli casi e modi previsti dalla legge (riserva assoluta di legge)". La predisposizione di due diverse garanzie a tutela della libertà personale sta a significare non solo che i casi e i modi in cui è consentito limitare la libertà personale, perquisire o identificare una persona possono essere solo quelli previsti da una

legge del Parlamento ovvero da un atto ad essa equiparato, ma anche che solo l'autorità giudiziaria, con le garanzie che caratterizzano il procedimento che davanti ad essa si svolge, può concretamente limitare la libertà in oggetto attraverso l'adozione di provvedimenti che su di essa incidano. Il secondo principio prescritto dal comma 4 dell'articolo 13 è quello che impone al legislatore "l'obbligo di stabilire i limiti massimi della carcerazione preventiva" al fine di evitare, in linea con la presunzione di non colpevolezza sancita dall'articolo 27.2 della Costituzione, che il periodo di detenzione cui può essere sottoposto un soggetto in attesa dell'accertamento definitivo della sua responsabilità penale, si trasformi in una sorta di pena anticipata.

3. Problematiche di applicazione della libertà di circolazione.

Le problematiche giuridiche, che nel corso degli anni si sono sviluppate intorno a questo tema, sono tali da rendere quasi irriconoscibile il problema originario. Se inizialmente la questione poteva essere affrontata e risolta tutta sul versante della legislazione interna, con l'evolvere dei rapporti tra le attività e gli interessi tra i vari paesi, l'attenzione si è più che altro focalizzata più su profili giuslavoristici e del ricongiungimento familiare, anche se, come vedremo nel corso della trattazione vengono coinvolti altri diritti ed interessi.

Un primo problema che la dottrina si è posta riguarda, appunto, il rapporto della libertà di circolazione con la libertà individuale, cercando di tracciare l'esatto confine³¹ tra l'una e l'altra.

³¹ Il dibattito intorno a tali rapporti era ancora vivacissimo negli anni '70. Si veda per tutti G. Amato, sub art. 16, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna, 1977, pag. 114 e ss. Infatti, nello Statuto Albertino libertà di circolazione e libertà individuale erano disciplinate congiuntamente, scelta che non viene riproposta nella Costituzione. Tuttavia, si tenga presente che le origini del diritto alla circolazione affondano le loro radici nella Magna Charta, non si tratta di un'innovazione né dell'epoca liberale né dell'avvento della Repubblica. Certamente in quest'ultima fase si sono riaccese delle questioni accantonate nel periodo fascista caratterizzato da stringenti limiti circa la libertà di circolazione.

Il tema si è posto in relazione, ad esempio, alla disciplina delle patenti di guida. In tal caso la Corte si è espressa risolvendo l'identificazione delle sanzioni combinabili ai titolari delle patenti, ritenendo che esse non incidano sulla libertà di circolazione - intesa come possibilità, opportunità di potersi spostare da un luogo ad un altro- , ma quello di condurre un veicolo a motore che “non è assicurato indistintamente a tutti i cittadini da una norma costituzionale, ma solo a coloro che abbiano certi requisiti fissati dalla legge ordinaria»³². Qui è evidente che non solo non vi è una compressione del diritto previsto dall'art. 16 se l'autorità pubblica preveda delle modalità di attuazione dello stesso qualora vengano utilizzati dei mezzi di trasporto mediante la previsione di un attestato di idoneità come la patente di guida. Ciò rientra nel normale esercizio del potere discrezionale dello stato e dell'amministrazione pubblica di prevedere delle modalità attraverso le quali tale libertà possa essere esercitata, senza che ciò possa incidere sull'effettività del diritto. Ciò anche in virtù del fatto che l'esercizio della libertà di circolazione mediante l'utilizzo di un mezzo ha la capacità di incidere su altri diritti , come quello della sicurezza nella circolazione e l'integrità degli altri soggetti, che richiedono un bilanciamento di interessi possibile solo dallo Stato.

32

Sent. 14 febbraio 1962, n. 6 (Giur. Cost., 1962, 59)

Relativamente poi alla possibilità di comminare le sanzioni amministrative della sospensione o del ritiro della patente di guida, non viene compromessa la libertà di circolazione, potendosi la stessa esplicitare mediante l'utilizzo di altri mezzi³³ diversi da quelli per i quali la licenza di guida era concessa. In tal senso esemplare è la sentenza n. 6 del 1962 citata, che, relativamente al provvedimento del prefetto di sospensione della patente, dichiara infondata la questione sollevata innanzi alla stessa per le seguenti motivazioni: *“Le due norme, secondo cui nel caso di investimento il Prefetto sospende l'esercizio del diritto di guida o ritira la patente, violerebbero, a giudizio delle ordinanze di rinvio, l'art. 13 o l'art. 27, secondo comma, della Costituzione. Senonché anche a un rapido esame è subito manifesto come l'art. 13 sia stato male addotto. Il provvedimento di sospensione o quello di ritiro della patente non violano né menomano in alcun modo la libertà personale qual è tutelata in quell'articolo: essi si limitano a togliere o a sospendere l'esercizio del diritto di guidare autoveicoli e perciò non colpiscono, almeno in via diretta, la persona fisica del conducente, come invece accadrebbe, per esempio, con l'arresto. E se si volesse esaminare il problema in riferimento allo stesso art. 16 della Costituzione, inteso quale proiezione del citato art. 13, il discorso non assumerebbe una piega diversa. Infatti, non la libertà di circolare, cioè di portarsi da un luogo ad un altro con un qualunque mezzo di trasporto, apparisce colpita dalle norme denunciate, ma più semplicemente il diritto di guidare un autoveicolo; e poiché nessuna norma costituzionale assicura indistintamente a tutti i cittadini il diritto di guidare veicoli a motore, non viola la Costituzione la legge ordinaria che consente l'esercizio del diritto solo a chi*

³³ anche se in qualche maniera viene ridotta l'ampia possibilità di scelta del modo in cui la stessa si realizza, non ci permette di dire che vi sia una negazione del diritto medesimo

abbia certi requisiti: di modo che la patente, come è concessa caso per caso in applicazione d'una norma di legge ordinaria, così può essere tolta, in virtù di un'altra norma di legge ordinaria, senza che ne soffra la libertà di circolazione costituzionalmente garantita". Un cenno in questa sede deve farsi relativamente alla previsione contenuta nel primo comma della disposizione in esame, che prevede: «*Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*». In questa norma emerge il chiaro rifiuto dell'Assemblea costituente di contrapporsi alla previgente dittatura³⁴, ma anche la necessità attuale allora di coordinare tale norma con le direttive e i trattati CEE prima, ed UE. Prosegue la disposizione con il divieto di porre restrizioni alla circolazione e al soggiorno per ragioni politiche, orientamento dettato da una visione antifascista che invece incideva pesantemente su questo tipo di libertà.

³⁴ Durante il ventennio fascista gli obiettivi raggiunti in epoca liberale sono stati eliminati dall'introduzione di un'accezione negativa alla circolazione. Infatti, le limitazioni si sono tradotte in buona sostanza nel divieto di espatrio, consistendo tanto in norme quanto nell'autonomia – che in effetti si concretizzava in arbitrarietà – lasciata alla pubblica amministrazione. Lasciare la patria per dirigersi in un'altra nazione per svolgere l'attività lavorativa era considerata negativamente, giacché il popolo – come in ogni dittatura – aveva degli obblighi nei confronti del regime. L'individuo non era libero di abbandonare il luogo di origine per seguire le proprie inclinazioni e ancor meno perché contrario alla situazione politica. Ma non solo, lasciare il territorio – o anche il tentativo di trasferirsi – perché si era contrari al regime era considerato un reato, come anche il trasferimento effettuato o tentato in mancanza della prestazione militare.

L'ultimo comma affronta un ulteriore argomento delineando la libertà di entrare ed uscire dal territorio della Repubblica. Anche il diritto di espatrio ha una chiara connotazione antifascista, ricollocandosi nell'ottica di una libertà³⁵. Stabilito il contenuto della libertà di circolazione è necessario effettuare il coordinamento con la libertà di soggiorno³⁶, prevista nella sessa norma, benché tale libertà non rientri espressamente nell'oggetto del presente lavoro. Per entrambe le libertà tuttavia si prevedono le medesime previsioni normative in ordine al loro esercizio e alla possibilità da parte dello stato e dell'amministrazione di introdurre delle modalità di esplicazione.

Si veda, ad esempio il permesso di soggiorno per gli stranieri che richiede una procedura *ad hoc* ai non cittadini per l'esercizio della libertà di soggiorno, non essendone automaticamente titolari.

³⁵ Con l'ordinamento fascista l'espatrio e il tentativo di questo senza passaporto erano considerati reati, quindi recuperare il concetto di libertà in tale ambito fu decisamente un passo importante. Non solo. Durante il ventennio le condizioni per il rilascio e i Paesi di riferimento erano soggetti ad una pressoché totale arbitrarietà della pubblica amministrazione. Anche la durata temporale era estremamente limitata dapprima prevista per tre anni poi ridotta a tre.

³⁶ In Assemblea Costituente l'on. Tupini definì la libertà di soggiorno: «diritto del cittadino a stabilirsi nei luoghi che preferisce». Ass. cost. seduta antim 11 aprile 1947, in Atti (ristampa), pag. 791.

Tuttavia, anche per i titolari dello stesso diritto, la previsione di requisiti e per il loro esercizio non contrasta con il godimento della libertà medesima. Quanto alle limitazioni, su cui si avrà modo di tornare ampiamente, conformemente al dettato normativo, le stesse possono essere introdotte con legge ordinaria (o atti ad essa equiparati) per ragioni di sanità e sicurezza³⁷. Queste ultime sono le uniche cause giustificatrici espressamente previste nel testo costituzionale che legittimano una deroga *alle* libertà di circolare e di soggiornare. Questi brevissimi cenni che non esauriscono l'analisi costituzionale – essendo coinvolti nella libertà di circolazione anche gli articoli 35 e 120 della Carta fondamentale –, aiutano a comprenderne il ruolo di garanzia imprescindibile intorno a queste libertà fondamentali.

³⁷ Per quanto riguarda la riserva di legge, cui sono subordinati i possibili limiti introducibili alla libertà di circolazione, il tema è stato a lungo dibattuto. Invero, si ha riserva di legge assoluta quando la norma costituzionale impone che sia la legge a disciplinare in modo diretto tutta la materia riservata, con l'esclusione dell'intervento di fonti secondarie, ancorché di carattere meramente esecutivo; si ha, invece, riserva di legge relativa quando è consentito il ricorso anche a fonti di normazione secondaria, purché sia la legge a fissare i criteri e le direttive nel cui ambito può svolgersi l'attività esecutiva o integrativa.

4. La libertà di circolazione delle persone nel contesto europeo : il c o n t e n u t o .

La libertà di circolazione delle persone è, insieme alla libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, una delle quattro libertà fondamentali garantite dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Inizialmente venne concepita in quanto funzionale alla necessità di consentire alle persone di poter svolgere l'attività lavorativa all'interno degli Stati membri. Secondo quanto stabilito dall'art. 3 lett. c) del TCEE il mercato comune doveva provvedere alla eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone. Solo dal 1985 con il Trattato di Schengen, e successivamente con quello di Maastricht, come meglio vedremo, si parla di *cittadinanza europea*, concetto che permette di dare una completa autonomia alla libertà stessa. L'evoluzione europea della libertà di circolazione non è priva di conseguenze sul piano della normativa nazionale dalla quale trae spunto e forma.

E' necessario fare una premessa rispetto all'approccio che la specifica normativa ha dato alla libertà dei lavoratori, a seconda che fossero lavoratori dipendenti ovvero autonomi. In genere si può affermare che l'attitudine è stata quella di agevolare il più possibile la circolazione dei lavoratori dipendenti. La ragione fondamentale va ricercata nella disomogeneità delle normative nazionali che costituivano una barriera naturale per i lavoratori autonomi; si pensi al problema del riconoscimento dei titoli per esempio, e alla possibilità, da parte dello Stato accogliente, di effettuare un maggior controllo del flusso migratorio nel caso di lavoratore dipendente. Si può già da subito affermare che la disciplina della libertà di circolazione si caratterizza per la sua ispirazione unitaria sia rispetto alle finalità perseguite, sia per l'omogeneità dello schema normativo adottato e soprattutto dei principi fondamentali a cui si ispira. Primo fra tutti l'abolizione di ogni forma di discriminazione tra i citta-

dini di diversi stati membri. Oggi la disciplina è regolata dagli artt. 45-48 TFUE il cui contenuto non si discosta molto dagli originari artt. 48.51 del TCEE e dai successivi artt. 39-42 del TCE. A queste norme fanno da *pendant* altre disposizioni di diritto derivato di portata generale e specificamente adottati nella materia in esame. Il principio ispiratore, si ribadisce, è quello dell'abolizione di ogni discriminazione del lavoratore che si sposta basata sulla nazionalità. Discriminazione per quanto attiene all'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro - art. 45 par. 2 TFUE. Il principio in esame, attuando una delle libertà fondamentali nello spazio europeo, deve essere inteso in senso estensivo, mentre, di contro, le restrizioni che a tale diritto sono permesse agli Stati membri debbono essere intese in senso più restrittivo possibile. Inoltre, come ha già indicato la Corte, tale articolo è direttamente efficace e dunque azionabile innanzi ai giudici nazionali, ma anche nei rapporti tra privati. Questa ultima specifica deriva dal fatto che la normativa sul lavoro viene disciplinata non solo da norme emanate dallo Stato, ma anche da contratti di natura privatistica³⁸. I beneficiari sono i cittadini degli Stati membri, ma anche i cittadini che sono legati all'Unione da accordi internazionali che abbiano la qualifica di lavoratori. Numerose sono state le pronunce della Corte nella definizione dei titolari della libertà suddetta. In particolare *“la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione”*³⁹. A parte l'attenzione per i giovani, l'applicazione dell'art. 45 TFUE è stata estesa anche a varie categorie di persone come quelle in cerca di occupazione, o gli ex-

³⁸ Corte di Giustizia, 12 dicembre 1974, 36/74 Walrave, 1405, punti 16-19: la libertà in parola può essere invocata sia nei confronti di enti pubblici che di soggetti privati. In tal senso anche 15 dicembre 1995, C-415/93, Bosman, I-4921; 16 marzo 201, C-325/08, Olympique Lyonnaise, I-2177

³⁹ Corte Giustizia, 3 luglio 1989, 66/85, Lawrie-Blumm 2121, punto 17

lavoratori. Uno specifico regime è previsto per i familiari dei lavoratori migranti, regime anch'esso definito in termini generosi dalla Corte, dato che mira da un lato a mantenere l'unità e l'integrità del nucleo familiare del lavoratore, dall'altro a facilitarne l'inserimento nella vita sociale del paese ospitante⁴⁰. Occorre ritornare ancora per un breve cenno, prima di analizzare nei paragrafi successivi il diritto di cittadinanza, al problema suscitato dall'iniziale attribuzione della libertà stessa solamente ai soggetti attivi economicamente. In questo senso si sono esclusi a priori tutti quei soggetti che non presentano quei requisiti vengono, *de iure*, esclusi dalla titolarità del diritto di circolazione, come, ad esempio, i familiari della persona⁴¹. L'introduzione della cittadinanza europea, incide profondamente su questo aspetto, sbiadendone la capacità escludente, poiché riconosce al titolare, indipendentemente da quelle che sono le sue caratteristiche, di "circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri"⁴². Appare evidente l'aspetto innovatore di questi articoli introdotti all'interno del Trattato CE che generalizza la libertà di circolazione e di soggiorno all'interno dell'Unione che viene completato dalla direttiva 2004/38/CE. Direttiva che viene recepita

⁴⁰ si vedano i regolamenti n. 492/11 e dir. 2004/38. Sono membri della famiglia del lavoratore migrante: il coniuge o il partner che abbia contratto un'unione registrata - anche se si chiede agli stati membri di agevolare anche altri casi di convivenza - i figli, minori o comunque a carico del lavoratore o del suo partner, e gli ascendenti diretti che siano a carico di questi ultimi. Essi, per il solo fatto di godere di tale status e finché ne godono hanno il diritto di circolare e soggiornare nell'Unione e di accedere ed esercitare in essa un'attività lavorativa, di non subire discriminazioni e di godere dei vantaggi sociali al pari del familiare/lavoratore.

⁴¹ si veda la normativa sul ricongiungimento familiare

⁴² L'art. 17 del Trattato CE prevede che: «è istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima. Ai sensi dell'art. 18.1: «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente Trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso».

dal legislatore delegato soltanto nel 2007 e che introduce un mutamento irreversibile in termini di ampliamento e generalizzazione del diritto alla circolazione e al soggiorno⁴³. È da questo momento che il cittadino europeo non rileva più soltanto come lavoratore, ma anche nella sua dimensione individuale⁴⁴. Come correttamente osservato dalla dottrina, il provvedimento europeo che riconosce anche ai familiari la libertà di circolare e soggiornare nel territorio dei paesi membri non ha voluto estendere il diritto stesso anche ad altri soggetti beneficiari. L'intenzione del legislatore europeo risponde ad una visione della libertà di circolazione e di soggiorno che ha una "natura derivata", ovverosia di una posizione giuridica soggettiva collegata con lo status di cittadino europeo. È soltanto quest'ultimo ad essere direttamente considerato quale titolare del diritto, riconoscendo ai familiari dello stesso solo la possibilità di esercizio medesimo solo in funzione del primo e solo ove vi sia un collegamento familiare con il titolare dello stesso, dunque in via riflessa⁴⁵. Occorre infine precisare che l'art. 45 TFUE deve essere applicato solo laddove si tratti di situazioni che presentino elementi transfrontalieri, per cui per il resto si applica ancora la normativa interna agli stati.

⁴³ La direttiva è stata attuata in Italia con il decreto legislativo n. 30 del 6 febbraio 2007. Per un approfondimento si veda Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, ed. II, Padova, 2006, pag. 307 e ss.

⁴⁴ Il rilievo personale introduce la questione del ricongiungimento familiare che si analizzerà approfonditamente riportando alcuni casi giurisprudenziali che hanno interessato la CGUE.

⁴⁵ P. Mengozzi, *Ricongiungimento familiare*, in *Famiglia e diritto*, vol. 6, 2008, pag. 560.

5. L'evoluzione di un diritto

Percorrendo i tratti principali del processo storico, il primo importante segno di cambiamento è stato introdotto dal Trattato di Roma il quale ha immesso consistenti e significative modifiche all'ordinamento italiano.

Come noto il Trattato di Roma ⁴⁶, al Titolo III, si occupa della libertà di circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali. L'idea primigenia di Comunità Europea, considerava prevalente l'aspetto economico sul diritto soggettivo generando una completa identità tra il ruolo del cittadino e quello del lavoratore. In questa prospettiva la libera circolazione delle persone veniva intesa esclusivamente come abolizione di ogni discriminazione e ostacolo tra i lavoratori degli stati membri. L'art. 45 TFUE, prevede l'abolizione di ogni discriminazione sull'impiego, la retribuzione e ogni altra condizione di lavoro compresi i diritti di rispondere ad offerte di lavoro, spostarsi liberamente per svolgere un'attività lavorativa, prendere dimora in uno Stato membro e rimanervi dopo aver occupato un impiego. Nella visione primigenia del legislatore europeo, il solo soggetto preso in considerazione era quello che fosse in grado di produrre e di apportare un beneficio in termini di utilità economica alla Comunità. La ragione storica sottostante a questa visione era dettata dalle contingenze del momento in cui era ipotizzabile una comunità fondata solo sulla necessità di ricostruzione economica, e di favorire la disponibilità di manodopera in grado di fronteggiare i nascenti e molteplici bisogni, diversificati nei vari stati nazionali, che al loro interno si manifestavano. Con l'evolversi del contesto europeo e internazionale si sente sempre di più l'esigenza di rafforzare non solo l'appartenenza economica ad una comunità di Stati, ma anche quella

⁴⁶ sottoscritto il 25 marzo del 1957 istitutivo della Comunità Europea

soggettiva, emotiva e sentimentale e soprattutto dei diritti civili⁴⁷. Al centro della dottrina dominante si concepisce un soggetto svincolato dalla sua dimensione esclusivamente produttiva, giacché il cittadino europeo⁴⁸ o meglio l'individuo avente cittadinanza di uno dei paesi membri, acquisisce una soggettività giuridica nella sua dimensione individuale e sociale. Il passaggio dall'una all'altra concezione diviene di primaria importanza per gli obiettivi che ci siamo posti nel presente lavoro, giacché laddove vi sia uno sdoppiamento nella titolarità del diritto fondamentale alla libertà di circolazione che acquisisce una sua autonomia, è precipuo comprendere come l'altrettanto diritto fondamentale al lavoro possa trovare applicazione rispetto anche al diritto di mobilità. Nella visione precedente il diritto di lavoro trovava una implicita tutela, nel riconoscimento della libertà di circolazione che insieme ne costituiva la premessa e la conseguenza. L'uno veniva assicurato dal riconoscimento pieno dell'altra. Quando vi è una divisione di contenuto diventa centrale comprendere quanto il rapporto di funzionalità tra la libertà di circolazione ed altri diritti sia ancora attuale e quanto l'una incida sull'effettività degli altri.

⁴⁷ la libera circolazione delle persone implica anche, art. 49 del Trattato, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento nel territorio di un altro stato al fine di aprire agenzie, succursali, filiali, costruire imprese e società, nonché esercitare attività non salariate. In tal senso sono state concepite tutte le norme relative al mutuo riconoscimento dei diplomi e titoli di studio. Uniche eccezioni a tale libertà sono quelle giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

⁴⁸ Il concetto di cittadinanza europea viene introdotta all'interno del trattato CE con il Trattato di Maastricht, adottato il 7 febbraio 1992.

6. Le limitazioni alla libertà di circolazione

Chiarita la questione relativa alla individuazione della titolarità della libertà di circolazione, è importante anche sottolineare l'ampiezza delle limitazioni ammissibili, i soggetti legittimati a farlo e le condizioni alle quali sono ammesse le stesse limitazioni. Nella logica del diritto comunitario la libertà è la regola e la restrizione è l'eccezione. Il Trattato prevede delle limitazioni che devono essere interpretate in senso restrittivo ed indicate nello stesso art. 45 TFUE per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Tali motivi sono comuni anche ad altre libertà e richiamano i principi ad essa facenti riferimento. Una limitazione specifica è stata individuata per i lavoratori migranti relativamente alla possibilità di accedere al lavoro da svolgersi nell'ambito della pubblica amministrazione, art. 45, par. 4, TFUE. Qui si prevedono delle eccezioni alle regole del normale accesso al lavoro in quanto questa tipologia di impiego richiede una forma particolare di solidarietà verso lo stato e "la reciprocità di diritti e dei doveri che sono il fondamento del vincolo di cittadinanza".⁴⁹ Tuttavia l'intervento della Corte nella delimitazione dell'ambito in questione è servita a restringere notevolmente il campo con numerose pronunce in merito. Il giudice dell'unione ha stabilito che questa tipologia di impiego deve essere ricostruita e definita in maniera il più possibile uniforme nell'intera Unione e con i criteri imposti dalle specificità e dalle esigenze del relativo ordinamento⁵⁰. La libertà dello Stato di qualificare tali impieghi non è assoluta, in quanto non solo è necessario una valutazione caso per caso e non in relazione ad intere categorie se le pertinenti attività che escludono i cittadini estranei allo stato, rispondano alle caratteristiche appena menzionate. Inoltre, ricollegandosi alla

⁴⁹ Corte di giustizia, 17 novembre 1991, C-4/91, Bleis, I-5627

⁵⁰ Sotgiu, e sentenza 17 dicembre 1980, 149/79, Commissione c. Belgio, 3881

previsione degli artt. 51, par. 1 e 62 TFUE, che escludono il diritto di stabilimento e dalla libertà di prestazione dei servizi le attività che “partecipano, sia pure occasionalmente, all’esercizio di pubblici poteri, la Corte ha precisato che anche per i lavoratori la limitazione trova spazio solo in rapporto alle attività lavorative che in qualche maniera coinvolgano l’esercizio di pubblici poteri , nonché alle funzioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi dello Stato o di altre collettività pubbliche⁵¹

⁵¹ in tal senso sono stati escluse molte attività lavorative che si svolgevano all’interno di un comune per esempio, COrt. giust. 26 maggio 1982, 149/79, come pure l’attività di ricercatore presso il CNR, Corte Giust., 16 giugno 1987m 225/85

7. ALCUNI CASI INTERESSANTI

Studiando la storia dell'integrazione europea e il processo di ampliamento a favore di nuovi Stati, si può certamente affermare che l'ingresso di uno Stato non ha comportato un'automatica apertura delle frontiere interne. Al contrario si è proceduto per una graduale apertura dei confini, premessa per giungere fino all'abolizione dei confini tra gli Stati⁵², rilevando come unico confine quello esterno allo spazio europeo. Tuttavia l'*excursus storico* della libertà di circolazione traccia una linea ondivaga che segna la prevalenza ora di una tendenza di apertura e di accoglienza, ora di chiusura, per il verificarsi di fenomeni considerati incontrollabili, come meglio si affronterà nelle pagine seguenti⁵³. Per esempio, uno degli più evidenti effetti dell'area Schengen segna una netta divisione, all'interno degli aeroporti e dei porti, tra viaggiatori di Stati aderenti e non aderenti agli accordi del 1985 e la fine dell'obbligo di mostrare il passaporto per poter accedere ad un altro Stato membro. Infatti da allora, per i cittadini degli Stati contraenti, è sufficiente mostrare solamente il documento di identità per poter circolare nel territorio degli Stati dello Spazio Schengen⁵⁴.

⁵² Nascimene B. e Rossi Dal Pozzo, Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione dell'Unione Europea, CEDAM, Milano,

⁵³ Lo spazio e la cooperazione Schengen, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133020_it.htm .

⁵⁴ tale area è stata progressivamente estesa ad altri Paesi della Comunità Economica Europea sia ad alcuni Paesi terzi come l'Islanda e la Norvegia nel 1996. Sull'evoluzione dello spazio europeo Nugent : Governo e politiche dell'Unione europea: storia e teorie dell'integrazione, il Mulino, Bologna 2008.

Tornando indietro di qualche anno rispetto alla direttiva del 2004/38/CE del 29 aprile 2004 (che ha unificato i vari aspetti regolamentati separatamente ed ha reso più accessibile la comprensione della legislazione europea relativa al diritto analizzato, dando effettiva attuazione al concetto) possiamo dire che alla fine del 2000 si assiste ad un atteggiamento di temporanea restrizione della circolazione in ambito europeo. Come detto nel dicembre 2000, il discorso del cancelliere tedesco Schroeder ha suscitato interesse e approvazione in una parte degli Stati membri. Il cancelliere in tale circostanza ha proposto di limitare temporaneamente l'ingresso dei lavoratori provenienti dall'Europa centro-orientale dopo l'adesione. Ancorché criticata, tale proposta è stata presa in considerazione, giungendosi ad una formalizzazione da parte della Commissione posta alla base del negoziato. I paesi cui questa previsione è stata indirizzata hanno accettato, a cominciare dall'Ungheria e a seguire tutti gli altri candidati, chiedendo in cambio di essere supportati dall'Europa nell'ingresso dei cittadini al mercato del lavoro. Tra i paesi richiedenti il regime transitorio si riscontra anche Malta, alla quale tale concessione non è stata ritenuta giustificata. In particolare, la Repubblica della piccola isola, che mostrava il timore di essere minacciata dal massiccio ingresso dei lavoratori europei, ha avanzato la stessa richiesta che, considerata non meritevole di tutela, è stata respinta⁵⁵.

⁵⁵ Per un approfondimento sulla questione maltese si veda l'articolo pubblicato su: *"Il sole 24 Ore*, 12 aprile 2001, 2.

Tutti i paesi – compresa l'Italia – si sono avvalsi del regime transitorio, ad eccezione dell'Irlanda e del Regno Unito⁵⁶. Ad ogni modo le cose in Italia hanno assunto una dimensione peculiare. Infatti, dopo essersi verificato un dibattito tra i contrari e i favorevoli al regime transitorio, questi ultimi hanno prevalso. Il periodo di riferimento si è sviluppato tra il 2004 e il 2006 con una forma più elastica rispetto agli altri membri dell'Unione. Si ribadisce che le disposizioni adottate con provvedimenti del governo hanno avuto quale unico soggetto di riferimento i cittadini dei nuovi Stati membri, senza però consolidarsi in una disciplina organica. L'ingresso dei lavoratori autonomi e subordinati è sottoposto a dei limiti annuali previsti dal Presidente del Consiglio dei Ministri. A questi debbono essere aggiunti i lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'art. 27 TU sull'immigrazione.

Nella determinazione numerica dei soggetti non si è tenuto conto né dei dati statistici relativi ai flussi migratori presenti in Italia né delle esigenze lavorative interne al paese, l'unico dato preso in considerazione è stato il programma provvisorio per il 2004.

Evidenziare il profilo transitorio dell'integrazione europea è stato necessario per rilevare che anche negli anni 2000 in ambito europeo il diritto alla circolazione ha subito delle deroghe consistenti.

Seppure l'ingresso nell'Unione non produce automaticamente al nuovo membro l'effetto di un'emigrazione di massa, negli anni passati è stata prediletta la strada di “un'apertura graduale dei confini”.

⁵⁶ Per un approfondimento sulle posizioni degli altri Stati membri si veda A. Lang, *Libera circolazione delle persone in un'Unione ampliata: il nuovo regime dopo il 1° maggio 2004*, in *Corriere giuridico*, vol. 6, 2004, pag. 826.

Infatti, se è vero che il Trattato di Maastricht ha avuto grande importanza, è altrettanto vero che la dimensione sociale in cui è considerato l'individuo, è il frutto di un'apertura progressiva ad opera della Corte di giustizia. In altri termini, se nel 1992 è stato introdotto il germe dell'espansione, gli obiettivi successivamente raggiunti in termini di effettività sono intrinsecamente legati all'evoluzione della giurisprudenza.

La libertà di circolazione è attribuita a chiunque possieda la cittadinanza di uno Stato membro.

Come noto l'art. 20 TFUE dispone che la cittadinanza dell'Unione «si aggiunge» alla cittadinanza nazionale, non avviene alcuna sostituzione, essendo ai sensi dell'art. 17 TCE, complementare di quella nazionale. Inoltre, la cittadinanza europea ha un rapporto di dipendenza diretta con quella nazionale sia per l'acquisto, sia per la perdita.

CAPITOLO II

IL DIRITTO ALLA MOBILITÀ E LE POLITICHE PER LA MOBILITÀ

1. La cittadinanza europea: gli effetti sulla libertà di circolazione e diritto alla mobilità. Due casi significativi sulla libertà di circolazione e soggiorno.

La libertà di circolazione è attribuita a chiunque possieda la cittadinanza di uno Stato membro. Come noto l'art. 20 TFUE dispone che la cittadinanza dell'Unione «si aggiunge» alla cittadinanza nazionale, non avviene alcuna sostituzione, essendo ai sensi dell'art. 17 TCE, complementare di quella nazionale. Inoltre, la cittadinanza europea ha un rapporto di dipendenza diretta con quella nazionale sia per l'acquisto, sia per la perdita.

Lo status di cittadino europeo prescinde dall'età. Pertanto anche il minore può giovare dei diritti di libera circolazione e di soggiorno. Ragionando diversamente verrebbe introdotta una discriminazione al rovescio, non consentendo l'effettiva fruizione del diritto. Ogni cittadino di uno Stato membro è titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone senza che la sua libertà possa essere condizionata alla sussistenza dei requisiti in capo all'interessato del compimento dell'età richiesta per avere la piena capacità giuridica di esercitare, egli stesso, tali diritti.

Lo *status* nuovo e complementare di «cittadino dell'Unione» impone l'abbandono della considerazione degli individui come semplici fattori economici di produzione di beni e servizi. I cittadini europei appartengono ad una comunità politica e non solamente commerciale. A tal proposito si richiama quanto correttamente affermato, dall'avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate nel caso Ruiz Zambrano, «quando dei cittadini circolano, lo fanno come esseri umani e non come robot. Essi si innamorano, si sposano e creano famiglie. Il nucleo familiare, a seconda delle circostanze, può comporsi soltanto di cittadini dell'Unione o di cittadini dell'Unione e di paesi terzi, strettamente legati gli uni agli altri»⁵⁷.

Invero, il primo contesto sociale in cui ogni cittadino si colloca è quello familiare e pertanto, se ai componenti del nucleo familiare non vengono riconosciute le medesime tutele e opportunità del cittadino dell'Unione che si avvale del diritto di circolare liberamente, il diritto di libera circolazione perde di effettività.

⁵⁷ A tal riguardo si veda il punto 99 delle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 30-9-2010 nella causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*.

L'art. 21 par. 1, TFUE⁵⁸ gode di un'applicazione diretta. È bene ricordare che l'applicazione diretta è una caratteristica della norma, nelle forme stabilite dal Trattato ed in quanto stabilito dal Trattato stesso, si estrinseca nel 'collegamento diretto' tra lo strumento legislativo comunitario e le parti nei cui confronti la stessa si applica, siano esse pubbliche o private, senza che intervenga alcun tipo di norma di implementazione ad opera del singolo Stato Membro. Per l'appunto, gli Stati Membri non possono mettere in atto una qualsiasi forma di recepimento, neanche mediante la semplice pubblicazione nelle Gazzette Ufficiali, al fine di evitare ogni sorta di confusione sulla diretta applicabilità o meno del singolo atto diritto di circolare e soggiornare liberamente è conferito a tutti i cittadini senza che sia strettamente necessario disciplinarne l'esercizio mediante atti di diritto derivato⁵⁹.

⁵⁸ art. 21 TFUE, ex art. 18 TCE, 1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. 2. Quanto un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1.

3. Agli stessi fini enunciati al paragrafo 1 e salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tale scopo, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

⁵⁹ Un concetto chiarito dalla Corte di Giustizia nella Causa 39/72, Commissione c. Italia, al punto 17: '(...) Sono quindi in contrasto col trattato le modalità di attuazione che possano avere la conseguenza di ostacolare l'efficacia diretta dei regolamenti comunitari e di comprometterne quindi la simultanea ed uniforme applicazione nell'intera Comunità'.

Alle norme di rango secondario, è attribuita la funzione di precisare e meglio delineare i confini del diritto di circolare liberamente (e soggiornare) attribuito al cittadino europeo con dall'art. 21 TFUE, che disciplina anche la fase patologica, stabilendo condizionamenti, limitazioni e restrizioni, incidendo sulle sue modalità di esercizio. Questo perché tale diritto seppure è previsto in capo a tutti i soggetti non è un diritto incondizionato, ma è soggetto a dei limiti.

Tuttavia, tali condizionamenti, limitazioni e restrizioni, emanati all'interno dei singoli Stati sono suscettibili di un'interpretazione restrittiva e non possono, in ogni caso, provocare disparità di trattamento ravvisabili sulla nazionalità, tanto dirette, quanto indirette, data la loro natura sotto ordinata rispetto al principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea. Per rendere effettivo il diritto alla circolazione deve essere riconosciuto a chi lo esercita il medesimo trattamento giuridico nel paese in cui decide di esercitarlo, diversamente ove tale soggetto subisse un trattamento di sfavore si realizzerebbe una discriminazione.

Per chiarire la necessità dell'effettiva fruizione la Corte di Giustizia si è pronunciata in più occasioni di cui analizziamo alcune più significative ai fini del presente lavoro.

Una prima interessante pronuncia della Corte è il caso **Trojani**⁶⁰ che ha riguardato da un lato la possibilità per gli Stati membri di derogare, con norme interne, il diritto di libera circolazione e dall'altro il diritto del cittadino, che si è avvalso del diritto alla circolazione, di godere delle medesime condizioni giuridiche offerte ai cittadini dello Stato in cui si è recato.

⁶⁰ Sentenza del 7-9-2004, C-456/02, Trojani, Racc., I-7573.

Il caso riguarda un cittadino straniero che risiedeva nel territorio belga e che, privo di risorse economiche indicate dalla normativa belga, ma comunque in grado di poter fare fronte al proprio fabbisogno, potesse godere del diritto di soggiorno che gli derivasse dall'essere cittadino europeo. Si legge nella sentenza che la direttiva 90/364 prevede all'art. 1, n. 1, quanto segue: *«Gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario nonché ai loro familiari quali sono definiti nel paragrafo 2, a condizione che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante»*. Di contro l'art. 1 della legge 7 agosto 1974, che istituisce il diritto al minimo dei mezzi di sussistenza (Moniteur belge, 18 settembre 1974, pag. 11363), così dispone: *«1. Tutti i cittadini belgi di maggiore età, effettivamente residenti in Belgio, privi di risorse sufficienti e non in grado di procurarsele con i propri mezzi o altrimenti hanno diritto al minimo dei mezzi di sussistenza»*.

Relativamente alla posizione di lavoratore, e dei diritti che derivano da questa condizione, la nozione di «lavoratore», ai sensi dell'art. 39 CE, riveste portata comunitaria e non deve essere interpretata in modo restrittivo. Deve essere considerata «lavoratore» ogni persona che presti attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo tale giurisprudenza, dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione (v., in particolare, sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, Racc. pag. 2121, punti 16 e 17, e 23 marzo 2004, causa C-138/02, Collins, Racc. pag. I-2703, punto 26). La prima questione si deve risolvere come segue: una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, da un lato, non rientra nell'ambito di applicazione degli artt. 43 CE e 49 CE e, dall'altro, può far valere un diritto di soggiorno in qualità di lavoratore, ai sensi dell'art. 39 CE, soltanto se l'attività subordinata che essa esercita presenta un carattere reale ed effettivo. Tocca al giudice a quo procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se ciò si verifichi nella causa di cui è investito. Con la seconda questione il giudice chiese che se risolta negativa la prima questione una persona che si trovi nella situazione del ricorrente nella causa principale possa, in virtù esclusivamente della sua qualità di cittadino dell'Unione europea, fruire nello Stato membro ospitante di un diritto di soggiorno per applicazione diretta dell'art. 18 CE. In questo caso lo Stato ospitante può richiedere la dimostrazione al soggetto non attivo economicamente della sua capacità economica anche senza una posizione lavorativa attiva come abbiamo visto ed, infatti, proprio in tale occasione la Corte dichiara: «Un cittadino dell'Unione europea che non fruisce nello Stato

membro ospitante di un diritto di soggiorno in forza degli artt. 39 CE, 43 CE o 49 CE può, in virtù esclusivamente della sua qualità di cittadino dell'Unione, fruirvi di un diritto di soggiorno per applicazione diretta dell'art. 18, n. 1, CE. L'esercizio di tale diritto è soggetto ai limiti e alle condizioni di cui alla detta disposizione, ma le autorità competenti devono provvedere a che l'applicazione di detti limiti e condizioni avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità». Continua la Corte affermando che il diritto di soggiornare nel territorio degli Stati membri è riconosciuto direttamente a ciascun cittadino dell'Unione dall'art. 18, n. 1, CE (v. sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast e R, Racc. pag. I-7091, punto 84). Il sig. Trojani ha quindi il diritto di far valere tale disposizione del Trattato per la sua sola qualità di cittadino dell'Unione. In tale vicenda emerge a chiare lettere come il diritto fondamentale del lavoratore sia assicurato attraverso il riconoscimento del presupposto che la libertà di circolazione sia concessa sulla base del riconoscimento della cittadinanza. SI dà un'espansione massima ai diritti fondamentali.

Un altro caso molto interessante che ha interessato la Corte interpretata in senso estensivo la libertà di soggiorno e gli effetti che la stessa determina a favore dei cittadini, restringendo il campo di intervento degli Stati membri. Altra circostanza in cui l'art. 21 TFUE diviene la cartina di tornasole per l'affermazione di diritti fondamentali come quelli qui interessati. Si tratta del caso **Tas-Hagen**⁶¹, il cittadino in questione sulla base della stringente normativa interna non avrebbe avuto diritto alla pensione di guerra dello Stato di appartenenza, poiché nel momento in cui doveva essere presentata la domanda per ottenere la prestazione previdenziale doveva essere residente nello Stato di appartenenza. Il giudice interno, quindi negava la prestazione previdenziale mancando il requisito della residenza. La Corte, compiendo un ragionamento ermeneutico, giunge ad affermare il diritto alla prestazione previdenziale del cittadino sulla base della lettura dell'articolo 21 TFUE. Ragionando diversamente, si sarebbe realizzata un'ingiustificata disparità di trattamento con un'immotivata compressione del diritto alla circolazione⁶². L'art. 18, n. 1, CE dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina di uno Stato membro ai sensi della quale quest'ultimo nega ad un suo cittadino l'assegnazione di un'indennità a favore di vittime di guerra civili esclusivamente in ragione del fatto che l'interessato, alla data di presentazione della domanda, non risiedeva nel territorio del detto Stato membro, bensì nel territorio di un altro Stato membro.

⁶¹ Causa C 192/05 K. Tas-Hagen e R.A. Tas contro Raadskamer WUBO van de Pensioen en Uitkeringsraad, Prestazione concessa alle vittime di guerra civili da parte di uno Stato membro, requisito di residenza sul territorio di tale Stato alla data di presentazione della domanda di prestazione, Art. 18 n. 1 CE

⁶² Sentenza del 26-10-2006, C-192/05, Tas-Hagen, *Racc.*, I-10451.

È vero che l'obiettivo di circoscrivere l'obbligo di solidarietà nei confronti delle vittime di guerra civili alle sole persone che hanno avuto un collegamento con il popolo dello Stato in questione durante e dopo la guerra, mediante un requisito di residenza considerata come una manifestazione del grado di collegamento di queste persone con tale società, può costituire una considerazione obiettiva di interesse generale atta a giustificare una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE a tutti i cittadini dell'Unione.

Tuttavia, la fissazione di un requisito di residenza riferito esclusivamente alla data di presentazione della domanda di prestazione non è un criterio sufficientemente indicativo del grado di collegamento del richiedente con la società che gli testimonia così la sua solidarietà, e non rispetta quindi il principio di proporzionalità.

2. I limiti all'ingresso e al soggiorno

Come ogni forma di libertà, anche il diritto alla circolazione non è un esercitabile incondizionatamente. Nel corso della trattazione si sono già svolti alcuni rilievi al riguardo ed ora è bene approfondire quest'aspetto. I limiti si rintracciano sia nel più volte richiamato art. 21 TFUE e in alcune disposizioni di attuazione. A partire dal Trattato di Roma si può affermare che, oltre al vincolo di dover essere una persona economicamente attiva per poter circolare liberamente, anche di un altro limite previsto dall'art. 48 CEE che prevede la possibilità di accettare offerte di lavoro da altri Stati membri e di poter risiedere in un altro stato membro dopo aver trovato un'occupazione. La stessa norma ammetteva ulteriori restrizioni da parte dello Stato membro "giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica"⁶³. La dimensione economica ha assunto sempre meno importanza e con la direttiva del Consiglio 90/364/CEE il diritto di ingresso e di soggiorno a tutti i cittadini comunitari a condizione che fossero titolari di un'assicurazione sanitaria contro il rischio di malattia e che godessero di una condizione economica tale da assicurare loro la possibilità di far fronte alle esigenze sanitarie che non dovevano alcun modo gravare sull'assistenza sociale dello Stato ospitante. Su questa visione si è spesso divisa la dottrina tra chi, da una parte ritiene che l'ingresso ed il soggiorno dovessero essere garantiti senza la prevalenza del criterio economico, come indicato, secondo questa impostazione dall'art. 18 del Trattato CE⁶⁴. Su questo punto si è espressa la Corte di Giustizia di

⁶³ Recchi E., *Senza frontiere: la libertà di circolazione delle persone in Europa*, il Mulino, Bologna, 2013

⁶⁴ art. 18 Trattato CE "ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso".

Lussemburgo la quale ha dichiarato che il soggiorno di un cittadino economicamente inattivo in un altro Stato membro possa essere limitato quando questi non abbia risorse economiche sufficienti⁶⁵. E' importante rivolgere particolare attenzione ai recenti mutamenti normativi la cui comprensione, tuttavia, può essere ottenuta proprio a partire dall'analisi del citato art. 18 che fa riferimento alle condizioni previste nel trattato e alle disposizioni che vengono adottate in fase applicativa. Proprio la direttiva 2004/38/CE dispone, al Capo VI, che la regolamentazione del soggiorno e dei cittadini europei sia sottoposta alle stesse restrizioni. Inoltre, le restrizioni all'esercizio incondizionato del diritto alla circolazione sono contemporaneamente previsti per la libertà di circolare e di soggiornare. Il soggiorno in un certo qual modo può essere considerato come la doppia anima della circolazione, il suo aspetto statico, come si è visto anche nei casi sui quali si è pronunciata la Corte di Giustizia, anche perché non può considerarsi l'atto del circolare come un mero transito da un luogo ad un altro per cui l'ambito di applicazione normativa passa attraverso altre regole. Passando ad un esame più ravvicinato dei limiti, questi si rintracciano in motivi di: a) **ordine pubblico**, b) **pubblica sicurezza** e c) **sanità pubblica**⁶⁶. Solo la presenza di uno di questi requisiti, può fondare o costituire la base motivazionale per l'emissione di un provvedimento

⁶⁵ si confrontino in questo senso le sentenze Bambaust del 2002 e la sentenza Trojani del 2004.

⁶⁶ Sui motivi idonei a giustificare restrizioni alle libertà fondamentali garantite dai Trattati, cfr., in particolare, con riferimento alla giurisprudenza più recente, le sentenze del 12-6-2003, C-112/00, *Schmidberger*, *Racc.*, I-5659; del 14-10-2004, C-36/02, *Omega*, *Racc.*, I-9609; del 13-12-2007, C-465/05, *Commissione c. Italia*, *Racc.*, I-11091; dell'8-9-2009, C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, *Racc.*, I-7633 e del 3-6-2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd*, C-258/08, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Cfr., per un'introduzione al tema, Barav, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir souverain des Etats membres*, *Rev. trim. droit eur.*, 1977, 721 ss.

di allontanamento, ovvero la limitazione dell'esercizio dell'attività economica.

Le ragioni che hanno permesso l'individuazione di queste restrizioni sono connesse ad interessi imperativi ravvisabili nel TCE prima, e nel TFUE poi. I Trattati, in particolare, si sono riferiti espressamente ai già richiamati ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, agli articoli 45, par. 3 e 52, par. 1, e all'art. 62 TFUE. L'ottica di tali disposizioni proietta la sua attenzione ai lavoratori subordinati e autonomi facendone un espresso richiamo. Inoltre, il Capo VI («*limitazioni del diritto di ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica*») della Direttiva n. 2004/38/CE, la quale, sotto questo profilo, è intervenuta per sostituire la direttiva n. 64/221/CEE⁶⁷, contiene i limiti alla circolazione e al soggiorno in capo al cittadino europeo. La funzione precipua di tale direttiva è di creare un coordinamento tra le disposizioni nazionali, già emanate per il trattamento degli stranieri, su vari livelli: legislativo, regolamentare e amministrativo.

L'ambito operativo di suddetta direttiva è stato successivamente esteso:

- ai lavoratori che si avvalgono del diritto di rimanere sul territorio dello Stato membro in seguito allo svolgimento di un impiego;
- ai cittadini che si trattengono sul territorio dopo aver eseguito un'attività non retribuita.

Il legislatore europeo, per completare il suo intento di armonizzazione delle varie disposizioni che si sono susseguite nel corso degli anni, successivamente ha abrogato le disposizioni richiamate inserendole nella Direttiva n. 2004/38/CE.

Armonizzazione che il legislatore è stato indotto a fare anche per la ragione che nella disciplina precedente fosse del tutto assente la coerenza delle garanzie procedurali.

⁶⁷ Direttiva n. 64/221/CEE del Consiglio del 25-2-1964.

In tale settore la garanzia procedurale è un aspetto di estremo rilievo, poiché si tratta di garantire il soggetto dall'arbitraria restrizione di avvalersi di un diritto fondamentale. Infatti, è di immediata percezione l'effetto restrittivo di un provvedimento che imponga l'allontanamento dal territorio sulla libertà personale di un soggetto, in questo ambito emerge l'ambivalenza del diritto alla circolazione come diritto di libertà personale.

Un ulteriore profilo su cui soffermarsi è il modo di interpretare le norme, giacché il principio della libera circolazione delle persone è suscettibile di avere una portata applicativa estensiva⁶⁸, mentre in merito alle deroghe a tale principio occorre guardare con occhio critico applicando una lettura limitativa⁶⁹.

La direttiva n. 2004/38/CE viene inserita proprio in tale contesto, ed è volta ad eliminare il possibile abuso del diritto alla restrizione alla libertà di circolazione da parte dei singoli Stati membri. Invero, la restrizione che ciascun paese membro può esercitare non è una libera estrinsecazione della sua volontà, ma deve essere esercitata con stringenti limiti, primo fra tutti il rispetto del principio di proporzionalità.

Moltissime pronunce della Corte di Giustizia fanno proprio riferimento al principio di proporzionalità, la cui valutazione costituisce il vaglio per poter ritenere che un provvedimento possa considerarsi legittimo oppure no.

⁶⁸ Si vedano a tal proposito le sentenze del 26-2-1991, C-292/89, *Antonissen*, *Racc.*, I-745, punto 11 e del 20-2-1997, C-344/95, *Commissione c. Belgio*, *Racc.*, I-1035, punto 14.

⁶⁹ Si vedano a tal proposito le sentenze del 4-12-1974, *Van Duyn*, *Racc.*, cit., punto 18; del 26-2-1975, 67/74, *Bonsignore*, *Racc.*, 297, punto 6 e del 3-6-1986, 139/85, *Kempf*, *Racc.*, 1741, punto 13.

Ad esempio nella sentenza *Jipa*, la Corte ricorda che «dall'art. 27, n. 2, della direttiva 2004/38, nonché dalla costante giurisprudenza della Corte, emerge infatti che un provvedimento restrittivo del diritto alla libera circolazione può essere giustificato solo se rispetta il principio di proporzionalità»⁷⁰

Ma non solo. Tale aspetto è stato espresso anche nel considerando n. 23 in cui si afferma che l'allontanamento dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi d'ordine pubblico o di pubblica sicurezza, è una forte limitazione dei diritti del soggetto che la subisce e deve essere valutata con particolare avvedutezza in riferimento al principio di proporzionalità, tenuto conto «del grado d'integrazione della persona interessata, della durata del soggiorno nello Stato membro ospitante, dell'età, delle condizioni di salute, della situazione familiare ed economica e dei legami col paese di origine».

Il principio di proporzionalità, lo si ricorda è uno dei principi generali del diritto all'interno dell'Unione ed assolve alla funzione di colmare le lacune normative costituendo la base interpretativa per gli operatori giuridici.

Il principio di proporzionalità, più volte richiamato in questa sede viene testualmente previsto dall'art. 27, par. 2, direttiva n. 2004/38/CE.

⁷⁰ Sentenza del 10-7-2008, *Jipa*, cit., punto 29.

Tutte le misure nazionali volte a restringere i diritti dei cittadini pertanto devono da un lato essere suffragate da motivi di pubblico interesse, e dall'altro devono tenere in debito conto i principi fondamentali dell'Unione. Questi ultimi come detto si rintracciano nella giurisprudenza e nei Trattati e, dopo il Trattato di Lisbona, anche nella Carta dei diritti fondamentali⁷¹.

3. I limiti dell'ordine pubblico e la pubblica sicurezza.

⁷¹ Invero, è il Trattato di Lisbona ad aver sancito il carattere vincolante della Carta che a tutti gli effetti oggi deve essere rispettata. Si vedano le sentenze del 18-6-1991, 260/89, *ERT*, *Racc.*, I-2925, punto 43; del 26-6-1997, C-368/95, *Familiapress*, *Racc.*, I-3689, punto 24; dell'11-7-2002, C-60/00, *Carpenter*, *Racc.*, I-6279 ss., punto 40; del 29-4-2004, C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, *Racc.*, I-5257, punto 97 e del 27-4-2006, C-441/02, *Commissione c. Germania*, *Racc.*, I-3449, punti 108 ss.

Si sono richiamati più volte il limiti dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza senza però darne un'esplicita definizione. La difficoltà di attribuire un significato a queste due espressioni, che ne comprenda i vari fattori in cui si concretizzano, è legata a diversi ordini di ragioni. Una prima ravvisabile nella connessione tra questa e altre molteplici libertà protette dai Trattati⁷². Il vero nodo della questione è legato alla mancanza di una disposizione tanto di tipo interno quanto direttamente prevista dall'Unione che renda in qualche modo pacifici i concetti da un lato di sicurezza e dall'altro di ordine pubblico. A tutt'oggi non è ravvisabile un contributo chiarificatore né da

⁷² Al riguardo si vedano, in particolare, le sentenze del 12-6-2003, Schmidberge; del 13-12-2007, Commissione c. Italia, cit.; dell'8-9-2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, e del 3-6-2010, Ladbrokes Betting & Gaming Ltd.

parte della dottrina che si è a lungo interrogata sulla portata di queste clausole generali presenti all'interno dell'ordinamento⁷³.

⁷³ «Chi volesse tradurre il ruolo svolto dall'ordine pubblico come limite dell'autonomia negoziale in una definizione universale e costante e utilizzare poi questa come medio logico per la soluzione dei casi concreti si troverebbe in grave imbarazzo di fronte alla polifonia della dottrina (definizioni tautologiche, definizioni contenutistiche con contenuti a loro volta differenti); definizioni "appiattenti" per cui l'ordine pubblico è identificato con le norme inderogabili o col buon costume, e definizioni che esaltano l'autonomia dell'ordine pubblico e dalle norme inderogabili e dal buon costume; definizioni con o senza esempi ad esse concordi, definizioni con esempi ad essi discordi, definizioni de jure condito e definizioni-proposte de jure condendo; e alla scarsa e incoerente giurisprudenza» (A. Guarneri, voce Ordine pubblico, in Dig. disc. priv., sez. civ., 155).

«Occorre, invece, abbandonare definitivamente l'"illusione concettuale" che ci fa pensare all'ordine pubblico come a un quid esistente in rerum natura e ci fa credere che compito dell'interprete sia quello di dare l'esatta definizione del concetto capace di "scoprire la vera natura di quanto definito". E così, superati i condizionamenti che ancora oggi ci vengono dal criptogiusnaturalismo e dal neorazionalismo derivante ancora dalla Pandettistica, consapevoli della assoluta necessità di una prospettiva storica e quindi convinti che l'ordine pubblico altro non è se non ciò che è stato, non possiamo non recepire l'aureo insegnamento metodologico di Giorgi. Questi, dopo aver manifestato i suoi dubbi circa l'utilità pratica di una definizione dell'ordine pubblico con cui non si uscirebbe dal vago e dall'indefinito e non si farebbe che esporre con altri vocaboli qualcosa di per sé apertissimo all'intelligenza di tutti, afferma che "apparirà facilmente come il metodo più sicuro per fissare l'idea delle prestazioni contrarie ai buoni costumi e all'ordine pubblico sia quello di scendere nella materialità; ed astenendosi da precetti teorici, che qui non troverebbero luogo opportuno, esaminare le fattispecie più notevoli, dove la dottrina e la giurisprudenza hanno ravvisato la prestazione illecita» (A. Guarneri, op. cit., 155). Un'altra parte della dottrina ritiene che, «per quanto riguarda la nozione di ordine pubblico, occorre in primo luogo ricordare la fondamentale distinzione tra ordine pubblico c.d. "amministrativo", relativo allo Stato-persona a cui spettano i compiti di polizia e di garanzia di sicurezza interna e l'ordine pubblico c.d. "normativo", relativo allo Stato-ordinamento inteso come sistema armonico ed organico di valori e di principi. La prima nozione è rintracciabile nell'ambito del diritto pubblico, mentre la seconda è rintracciabile nell'ambito del diritto privato [...]. L'ordine pubblico c.d. "amministrativo" può essere considerato strumentale e non certo indipendente o antitetico rispetto al-

In ambito europeo, parte di questa definizione può essere rintracciata nella direttiva n. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12-12-2006, relativa ai servizi nel mercato interno⁷⁴. In particolare, il considerando 41 della predetta direttiva si sofferma sul concetto di «ordine pubblico», che secondo quanto correttamente affermato dalla giurisprudenza consiste in un pericolo attuale o potenziale – a condizione che presenti determinate caratteristiche – nei confronti dell’interesse della popolazione di riferimento. Inoltre, i concetti di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica sono delineati, alla luce dell’art. 4 (definizioni) della direttiva n. 2006/123/CE, in un elenco che ha valore esemplificativo: *«il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale»*.

⁷⁴ Direttiva n. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12-12-2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GUCE L 376 del 27-12-2006, 36. Per un commento alla direttiva n. 2006/123/CE, cfr., in particolare, Bestagno & Radicati di Brozolo (ed.), *Il mercato unico dei Servizi*, Milano, 2007; Derruine, De la proposition Bolkestein à directive service, in *Courrier hebdomadaire du CRISP* 1962-1963, 2007,17; Pelkmans, *The Internal Service Market: Between Economics and Political Economy*, EIPAscope 2, 2007, 9 e Nascimbene, *The Legal Profession in the European Union (with the collaboration of Bergamini)*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, spec. 26.

Quanto alla definizione che si rintraccia nelle disposizioni della Corte di Giustizia, questa omette di pronunciarsi con un'affermazione netta. In altri termini, la Corte tenendo conto delle variegate possibilità che possono svilupparsi nei vari Stati non dice mai cosa sia tanto l'ordine pubblico quanto la pubblica sicurezza. Non si ravvisa un'affermazione positiva in tal senso, tuttavia stante la numerosissima giurisprudenza esistono dei criteri su cui basare e sviluppare il ragionamento giuridico.

La Corte è consapevole dell'impossibilità di trovare una definizione univoca su questi punti, poiché «varia da un Paese all'altro, da un'epoca all'altra»⁷⁵.

Il fatto che manchi una definizione comune non deve indurre a ritenere che ravvisare l'una o l'altra ipotesi possa avvenire senza controllo, pertanto è necessario il coinvolgimento delle istituzioni deputate a ciò.

La Corte ha, in proposito, affermato che, «se è vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali (...) le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, resta il fatto che, nel contesto comunitario, specie in quanto autorizzino una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, tali esigenze devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'[Unione]»⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. le sentenze del 4-12-1974, *Van Duyn*, cit., spec. punto 18 e del 28-10-1975, 36/75, *Rutili*, in *Racc.* 1219, spec. punto 26.

⁷⁶ Cfr. la sentenza del 10-7-2008, *Jipa*, cit., punto 23

Nella sentenza **Jipa**, (10.7.2008, C-30/07) la Corte ha concluso che, «la nozione di ordine pubblico presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società».

Quanto al significato di «motivi imperativi di pubblica sicurezza», si è affermato che essa «comprende, altresì, i gravi pregiudizi arrecati a un interesse fondamentale della società quali i valori essenziali di protezione dei suoi cittadini, che tale Stato individua tramite le fattispecie di violazione che esso prevede a tutela dei propri cittadini»⁷⁷.

Pertanto, atteso che risulta impossibile ravvisare una definizione univoca di tali concetti tra i vari Stati, spetta al giudice interno il compito di individuare il contemperamento di interessi che rende legittima la deroga alla libertà di circolazione.

In primo luogo, il giudice deve verificare il rispetto del principio di proporzionalità – tenendo conto del significato che esso assume in questa particolare materia –, procedendo alla valutazione della condotta tenuta dalla parte destinataria del provvedimento, l'effettività della minaccia ravvisabile nella condotta che deve consistere in minaccia reale, attuale e sufficientemente grave.

I parametri richiamati, non sono altro che quelli contemplati dall'art. 27, par. 2, direttiva n. 2004/38/CE e non derogabili.

La disposizione *de quo* pone particolare attenzione al destinatario del provvedimento nella valutazione della condotta, giacché prevede una compressione della libertà personale.

⁷⁷ Si vedano sul punto le conclusioni dell'avvocato generale Bot, nella causa C-145/09, Tsakouridis,

Sin dalla sentenza *Bonsignore* (26.2.1975), la Corte ha posto particolare attenzione alla valutazione del comportamento del singolo caso concreto, ricordando che un provvedimento che incide sulla libertà personale del singolo non ha la funzione di “pena esemplare”⁷⁸. La valutazione deve essere fatta caso per caso prendendo come riferimento le singole circostanze, senza che nella valutazione possano inficiare di per sé le condanne penali.

La minaccia dell’ordine pubblico e della sicurezza come detto devono possedere il requisito dell’attualità, ed infatti, tale principio è codificato nell’art. 33, par. 2, direttiva n. 2004/38/CE. Tale disposizione prevede che nell’ipotesi in cui il provvedimento di allontanamento venga eseguito oltre due anni dopo la sua adozione lo Stato membro deve accertare l’attualità della minaccia, prendendo in considerazione l’«eventuale mutamento obiettivo delle circostanze intervenuto successivamente».

Quanto alla sussistenza delle condanne penali, di per sé sole queste non legittimano un’automatica ed immediata espulsione, ma possono avere rilevanza al riguardo.

Non è una valutazione sulla personalità del reo ad essere richiamata, né sull’inclinazione alla recidiva, ma riguarda il coinvolgimento nel fatto criminoso, le modalità di esecuzione del fatto di reato, la particolare gravità del fatto, le circostanze aggravanti⁷⁹.

In merito alla condotta individuale ai fini della disposizione dell’allontanamento essa deve consistere nella potenziale lesione di «un interesse fondamentale della società» (art. 27, par. 2, direttiva n. 2004/38/CE).

⁷⁸ Cfr. le sentenze del 26-2-1975, *Bonsignore*, cit., punto 7; del 10-2-2000, *Nazli e a.*, C-340/97, *Racc.*, I-957, punto 59 e del 27-4-2006, *Commissione c. Germania*, cit., punto 93.

⁷⁹ Cfr. la sentenza del 27-10-1977, *Bouchereau*, cit., punto 29.

Peraltro, il comportamento è rilevante nel momento in cui all'interno dello Stato in cui si è verificato sussista un divieto concernente o in una misura repressiva oppure in altri provvedimenti concreti, «benché il diritto comunitario non vincoli gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti che possono considerarsi contrari all'ordine pubblico»⁸⁰.

In tale valutazione assume particolare rilievo il principio di proporzionalità che, in pratica segue la struttura applicativa che si riferisce; occorre verificare che non ci sia un altro provvedimento idoneo a realizzare l'obiettivo che l'ordinamento interno coerentemente a quanto prefisso dall'Unione ambisce, avendo riguardo alla concretezza della minaccia e alla necessità del provvedimento restrittivo e all'assenza di un provvedimento meno invasivo.

4. Il limite della sanità pubblica.

Passando all'esame dei limiti connessi alla sanità pubblica si rammenta che la loro previsione era già stata sancita dall'art. 16 della Costituzione per poi approdare alle derive comunitarie. Nell'art. 16 Cost. vi è un'equiparazione tra il limite alla circolazione derivante dalla sicurezza e quello previsto per motivi di sanità pubblica.

L'espresso riferimento in tale sede alla sanità può essere letto come la volontà di dare effettività al diritto alla salute costituzionalmente previsto dall'art. 32.

⁸⁰ Sentenza del 20-11-2001, C-268/99, *Jany, Racc.*, I-8615, punto 60.

L'approdo del diritto alla salute all'interno dell'art 32 della Costituzione può essere considerato una importante conquista giuridica frutto di un percorso del pensiero giuridico che si è evoluto nel corso degli anni. Il concetto di salute è mutato nel corso degli anni sviluppandosi ancor prima della sua introduzione nella Carta fondamentale con una caratterizzazione che può dirsi sempre più specifica e che si è articolata secondo gli studiosi in tre fasi: *«nella fase pioneristica, la salute era considerata quale mera questione di ordine pubblico; nella fase intermedia il diritto alla salute veniva qualificato quale tipico diritto sociale; oggi giorno, invece, la salute è individuata come vero e proprio diritto soggettivo del cittadino»*⁸¹.

Con l'introduzione dell'art. 32 la dottrina ha considerato per molto tempo il diritto alla salute un diritto sociale, scostandosi dalla definizione dello stesso testo che lo qualifica espressamente quale diritto fondamentale. Invero, la concezione arcaica del diritto alla salute non ha riscontrato successo e tale qualificazione non è stata accolta con favore negli sviluppi successivi della letteratura giuridica.

Dopo un lungo percorso si è giunti all'affermazione di un'idea comune di diritto alla salute che può dirsi che ormai costituisca una costante, invero, si ritiene che tale diritto, «oltre ad assumere la qualifica di diritto soggettivo, di diritto fondamentale e di diritto assoluto, assume anche i caratteri dell'intangibilità. È presente, in pratica, un "nocciolo duro" del diritto in argomento che è imposto dal principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. e che non può in alcun modo essere soppresso quali che siano le confliggenti esigenze della società.

⁸¹ A. Greco, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *La responsabilità civile*, 2007, 305.

L'art. 32 non reca una definizione né in positivo né in negativo del termine salute, ma volendo rintracciare una descrizione del diritto in discorso si può affermare che: «la salute nel suo complesso, infatti, a differenza del contenuto di altri diritti costituzionali non è riconducibile esattamente ad un *facere* o *non facere*, ad una attività giuridica o materiale; essa, in realtà, è uno “*stato*”, cioè una certa condizione di benessere da conservare nel tempo o meglio un *valore* percepito dal soggetto e generato da una serie complessa e interdipendente di fattori esterni ed interni al soggetto stesso»⁸².

Il diritto alla salute è un diritto in continua evoluzione e la definizione che si può ricavare oggi sarà sicuramente soggetta a futuri mutamenti come anche la tutela dei destinatari.

Quanto all'analisi della sua estrinsecazione, si può riscontrare che se da un lato è pacifica la struttura di diritto soggettivo non comprimibile, dall'altro il diritto alla salute presenta una seconda anima che lo qualifica come interesse legittimo. Nonostante questa seconda natura, il diritto alla salute non può essere in alcun modo degradato e tale degradazione è stata esclusa in più occasioni dalla giurisprudenza che si è pronunciata al riguardo.

Leggendo il dettato dell'art. 32 si nota che all'unitarietà del diritto in oggetto si contrappone la disomogeneità della struttura dei due commi dell'articolo in discorso.

⁸² A.Simoncini, *sub art. 32 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco R-Celotto A., Olivetti M., Milano, 2006, 657.

Infatti, il primo comma prevede che: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti». Chiaro il riferimento ai soggetti coinvolti all'attuazione di tale diritto, vale a dire la Repubblica intesa come struttura complessa articolata in un apparato di organi e quindi non solo il legislatore, ma anche il Governo, la p. a. e il potere giudiziario⁸³.

Come detto molteplici sono le istituzioni coinvolte e ciò che deve essere approfondito è il rapporto tra queste.

Soffermandosi sulla p.a., si nota che essa in nessun caso è legittimata a degradare il diritto alla salute alla stregua di un interesse legittimo e tale principio è stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità già in epoca risalente con la sent. Cass. n. 1463/1979 con riguardo alla materia di localizzazione di centrali nucleari. Inoltre, sempre nell'ottica della Corte di Cassazione la giurisdizione ordinaria non è in alcun modo subordinabile ai provvedimenti amministrativi, occupando in tale settore essenzialmente un ruolo tecnico e discrezionale.

⁸³ Se si tiene a mente la struttura del diritto alla salute appare evidente che il riferimento alla *Repubblica* quale apparato di organi è necessario, giacché il potere giurisdizionale da solo non sarebbe idoneo a soddisfare l'interesse in discorso. Infatti, se è vero che la tutela giurisdizionale è riconosciuta il favore di tutti i soggetti cittadini e non in virtù dell'art. 24 Cost. alla luce del quale «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» è anche vero che il diritto alla salute per la sua struttura non è idoneo ad essere soddisfatto a valle di una lesione, dovendosi procedere in tutt'altra direzione. La Repubblica, deve predisporre tutti gli strumenti idonei a soddisfare il diritto-interesse in discorso e soltanto la predisposizione di strutture e regolamentazioni *ad hoc* sono idonee a concretizzare un bene che potrebbe risultare solo potenziale e non attuale laddove l'unica prospettiva fosse quella giurisdizionale.

Un'ulteriore conferma della supremazia del potere giurisdizionale su quello amministrativo nell'ambito della tutela del diritto alla salute è dato dalla possibilità di agire preventivamente al fine di ottenere pronunce inibitorie di atti potenzialmente lesivi della salute. Soffermandosi su quest'ultima, da un lato è intesa quale diritto inviolabile del singolo, pertanto si assiste ad un recupero della dimensione individuale del soggetto e, dall'altro, il riferimento è ad un interesse sussistente all'interno della stessa collettività; la salute è infatti riconosciuta come un interesse diffuso meritevole della protezione accordata a tale categoria.

Un altro punto su cui soffermarsi – sempre in riferimento all'art. 32, che rievoca il principio di solidarietà quale aspetto essenziale della Costituzione italiana –, è la gratuità delle cure in favore degli indigenti, specificazione che si giustifica tanto nella considerazione del diritto alla salute quale diritto presente in capo al singolo, quanto di interesse riconosciuto in favore della collettività.

Passando all'esame del comma 2 dell'art. 32, si legge che: «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

In primo luogo la disposizione in oggetto non facendo riferimento al cittadino, ma utilizzando la più ampia locuzione “nessuno” prende in considerazione l'essere umano in sé e per sé considerato senza introdurre alcuna distinzione tra il cittadino e il non-cittadino che comunque si sarebbe potuta ricavare dall'art. 3. In realtà, tale specificazione non è superflua, giacché avendo a mente le vicende che hanno caratterizzato il periodo *pre-repubblicano* si comprende che i padri costituenti abbiano voluto escludere in radice ogni possibile dubbio interpretativo.

La parte in cui l'articolo prevede «se non per disposizione di legge» introduce un temperamento a quanto precedentemente affermato. Infatti, la somministrazione di trattamenti sanitari può ragionevolmente ricondursi ad esigenze di carattere sociale come ad esempio ragioni di ordine pubblico volte ad evitare il diffondersi di epidemie.

Chiarito il contesto in cui si colloca il diritto alla salute nella Costituzione occorre passare all'esame dell'ottica europea. In tale ambito i problemi sono inferiori giacché il concetto di sanità può essere descritto facendo riferimento a dati obiettivi.

Limitazioni alla libertà di circolazione possono essere introdotte stando a quanto previsto dall'art. 29 della direttiva 2004/38/CE nel caso in cui il soggetto che voglia avvalersi del diritto alla circolazione sia affetto da una malattia potenzialmente epidemica definita tale dall'OMS, oppure «altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applichino ai cittadini degli Stati membri».

Si osserva che nella precedente direttiva era indicato un elenco di malattie ed infermità che giustificavano la libertà di circolare. Tale sistema non è stato riprodotto nella struttura normativa attuale, questo permette di aggiornare costantemente l'elenco delle malattie ritenute pericolose per la collettività.

Spetta invece ai singoli Stati membri di individuare le singole malattie considerate contagiose, tale compito deve essere svolto tenendo conto del principio di non discriminazione.

Rispetto ai rilievi applicativi sussiste un'altra differenza rispetto all'allontanamento dell'individuo malato. Infatti, se è già affetto dalla malattia oppure questa insorge nei primi tre mesi egli verrà allontanato, diversamente nel caso in cui la patologia insorga dopo i tre mesi dall'ingresso del soggetto questo non può essere allontanato. Per rendere effettiva tale disposizione l'art. 29 prevede che «ove sussistano seri indizi che ciò è necessario, lo Stato membro può sottoporre i titolari del diritto di soggiorno, entro tre mesi dalla data di arrivo, a visita medica gratuita al fine di accertare che non soffrano di patologie indicate al paragrafo 1». In buona sostanza decorsi i tre mesi dall'ingresso del soggetto all'interno dello Stato membro, quest'ultimo decade dal diritto di allontanare l'individuo affetto dalla patologia.

5. La competenza giudiziaria.

L'esigenza della tutela giurisdizionale che possa considerarsi sotto ogni profilo effettiva è direttamente legata dalla numerosità dei diritti introdotti dalla normativa del 2007, sia con riferimento alla concessione e alla durata del diritto di soggiorno, sia in virtù della relativa estensione ai componenti il nucleo familiare. A tal proposito, nell'ordinamento italiano si è prediletta l'immediata competenza giurisdizionale in merito ai provvedimenti che incidano negativamente sul diritto di ingresso e soggiorno, così superando procedura previgente considerata dai più incompleta ancorché più rapida⁸⁴. È interessante notare che la ripartizione prevista in capo all'organo giurisdizionale vede coinvolti un diversi soggetti. In linea generale protagonisti di questo settore sono: il giudice di pace, il Tribunale civile e il Tar. Volendo addentrarsi nelle molteplici funzioni di questi organi si precisa quanto segue: al tribunale ordinario in composizione monocratica è stata attribuita la funzione di giudice competente relativamente alle questioni relative al rifiuto e alla revoca del provvedimento di soggiorno, nonché all'eventuale allontanamento disposto dall'autorità prefettizia per mancanza delle qualità collegate alla prosecuzione del soggiorno e, a seguito delle modifiche introdotte in via d'urgenza, per motivi di pubblica sicurezza, i quali solo nell'ipotesi in cui siano imperativi consentono anche l'allontanamento immediato con convalida da parte del giudice di pace. Viene,

84

A. Lang, B. Nascimbene, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Diritto, cittadinanza e immigrazione 2007*, 43 ss.; in generale sul problema v. G. Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino 2006, *passim*.

invece, prevista la giurisdizione del Tar del Lazio ove i provvedimenti di allontanamento siano stati disposti dal Ministero dell'interno⁸⁵.

La tutela predisposta dal Tar introduce alcune complicazioni poiché fa venir meno un obiettivo fondamentale della direttiva n. 30 del 2007, non consentendo un'adeguata trattazione. I limiti della cognizione giudiziale costituiscano il punto dolente della normativa e dovrebbero venire estesi alla possibilità del riesame compiuto nel merito della correttezza, o comunque della proporzionalità della decisione amministrativa. Permettere un simile controllo con un approfondimento istruttorio garantirebbe la possibilità di esperire una valutazione sul provvedimento di allontanamento altrimenti negata⁸⁶.

In buona sostanza il legislatore italiano recependo la direttiva non ha effettuato degli adattamenti collegati alle peculiari necessità della dimensione europea, ma si è limitato ad utilizzare il sostrato normativo già previsto dal TU sull'immigrazione.

⁸⁵ Come correttamente affermato «la scelta del giudice amministrativo rinvenga in generale una giustificazione tecnica nella concentrazione del potere di allontanamento in capo al Ministero dell'interno con effetti non limitati dal punto di vista territoriale». M. Gozzi, *circolazione e soggiorno nell'Unione Europea (d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e successive modificazioni): la tutela giurisdizionale*, in Riv. Dir. Proc. Civ. 2008, 1, 175 ss. Per un'analisi critica si veda: A. Lang, B. Nascimbene, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. immigr. citt.* 2007, 61 ss.

⁸⁶ A. Sandulli, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova 1998 *passim*, spec. 95 ss., 407 ss.; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998; *passim*, spec. 223 ss.; Id. *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di spill over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie* 2005, 541 ss.; M.C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999, 77 ss

Un altro aspetto su cui è interessante soffermarsi riguarda le modalità di comunicazione e al contenuto del provvedimento. Come noto, qualunque atto giudiziario deve essere portato a conoscenza del destinatario, ora seppure tale affermazione può apparire di estrema ovvietà, in verità il problema è più complesso. Nell'ottica in cui si sta affrontando la questione è di tutta evidenza l'estrema laconicità del dettato dell'art. 21, comma 7°, il quale prevede da un lato che l'atto debba essere motivato, dall'altro che questo debba essere notificato. Inoltre, notificazione e atto devono pervenire all'interessato in una lingua a lui comprensibile e ove ciò non sia possibile in lingua inglese. L'atto deve indicare: a) le modalità di impugnazione, b) la durata del divieto di reingresso sul territorio italiano, c) il termine stabilito per lasciare il territorio italiano (termini che, in linea generale, non potranno essere superiori a 3 anni per il divieto di reingresso e inferiori a un mese per quanto concerne la partenza dal territorio italiano). L'aspetto della scelta della lingua è di estremo interesse perché questo deve essere ponderato sulla base del fatto che il destinatario la comprenda. Invero, seppure la lingua inglese è considerata lo strumento di comunicazione per eccellenza, non di rado ci si trova di fronte a soggetti che non la conoscono affatto⁸⁷. Pertanto, da un punto di vista essenzialmente pratico

87

Sul punto si veda pronuncia della Cass. 22 gennaio 2007, n. 1269, in *Dir. immigr. citt.* 2007, 144 ss., e per un esame degli orientamenti giurisprudenziali, F. A. Genovese, *Note sull'obbligo dell'uso della lingua conosciuta dallo straniero con particolare riguardo ai provvedimenti di espulsione*, in *Giud. pace* 2006, p. 41 ss.

l'organo giudicante si vedrà impugnato un atto che seppur corretto nel merito è irrimediabilmente viziato nella forma⁸⁸.

⁸⁸ Tale tipologia di vizio, peraltro è insanabile e comporta ingenti costi. Più nel dettaglio, i provvedimenti di espulsione vengono generalmente notificati a mani dagli agenti di polizia (in senso lato), senza che possa essere effettuato un effettivo controllo sulle capacità linguistiche del destinatario. Il provvedimento con molta probabilità viene impugnato; all'esito dell'impugnazione il giudice accerterà le competenze linguistiche del soggetto, riscontrandone la mancanza. L'effetto ultimo di questo modus operandi è un ingente costo in termini di tempo e denaro pubblico. È chiaro che questa sia la strada più garantista, tuttavia bisognerebbe rivederne qualche aspetto che lo renda efficiente. Efficienza che non deve tradursi in arbitrarietà, ma in un sistema meno macchinoso che permetta di ottimizzare costi e risultati.

Capitolo III.

LO STATO E GLI ENTI PUBBLICI

1. Un solo diritto, tante fonti.

Come si è dimostrato nel corso della trattazione, la legislazione sul trasporto, declinata in maniera diversa a seconda dei settori interessati -marittimo, ferroviario, trasporto pubblico locale, *etc* - è un intreccio di normativa nazionale e sovranazionale, ciascuna delle quali è espressione di una diversa concezione delle finalità da raggiungere, dei diritti da proteggere e delle modalità attraverso le quali tutto ciò si deve realizzare. All'interno poi della normativa italiana vi è una suddivisione delle competenze tra il livello nazionale e quello locale che rendono ancora più controversa l'effettività di un diritto alla mobilità e pongono seri vincoli alla libertà di circolazione. Posto dunque che la libertà di circolazione in sé è un diritto fondamentale dalla indiscussa effettività - si leggano i passaggi dalla libertà di circolazione ammessa solo per ragioni di carattere economico, passando per il riconoscimento del diritto solo al lavoratore e in via indiretta ai familiari, fino all'affermazione della cittadinanza europea che ha sciolto e risolto, finalmente le ambiguità e permesso di affermare la titolarità in capo ai cittadini in quanto tali e senza ulteriori vincoli se non nei modi e alle condizioni previste dalla legge - la stessa effettività non può completamente affermarsi per il caso del diritto alla mobilità. Qui, infatti, si riscontrano le maggiori difficoltà, in quanto, come si accennava non solo vi è un quadro normativo articolato, ma si innesta la problematica sul ruolo che lo Stato e il Mercato debbono giocare rispetto ai cittadini e ai titolari di questo fondamentale diritto. Si aggiunga infine, il problema dell'armonizzazione delle diverse politiche nel settore dei trasporti che nei singoli Stati sono profondamente differenti e ispirate a principi non omogenei che hanno reso particolarmente difficile superare lo steccato culturale e spesso anche ideologi-

co per ricondurli nel contesto della politica comune così come è stata indicata dal Trattato.

Andando dunque ad analizzare le singole problematiche qui sollevate affronteremo nelle pagine che seguono il difficile rapporto tra legislazione esclusiva dello Stato e legislazione concorrente cercando di verificare le specificità anche territoriali rispetto all'effettività del diritto alla mobilità.

2. Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V Costituzione .

La legge di revisione del Titolo V della seconda parte della Costituzione repubblicana⁸⁹ del 1948 ha modificato in maniera profonda il complesso sistema dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali. Il modello originario, difatti, prevedeva un competenza legislativa dello Stato in tutte le materie, fatta eccezione per quelle espressamente elencate, per le quali la potestà legislativa veniva riconosciuta alle Regioni sulla base di principi fondamentali indicati dalla legislazione statutale. Il modello introdotto con la riforma indicata, invece, ribalta questa indicazione introducendo un principio⁹⁰ innovativo per cui Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sono considerati paritariamente quali enti costitutivi dell'ordinamento repubblicano. L'innovazione più profonda introdotta dalla Costituzione è nell'ordinamento strutturale dello Stato, su basi di autonomia che ha avuto una portata decisiva per la storia e la struttura del Paese.

⁸⁹ introdotta con la legge costituzionale n. 3 18 ottobre 2001

⁹⁰ art. 114 Costituzione: *La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principî fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.* Con la riforma si indicano i Comuni come enti più prossimi ai cittadini mentre nella precedente formulazione si prevedeva che questo posto fosse occupato, nell'ordine alle Regioni, Province e Comuni. Con la riforma sono state introdotte anche le Città metropolitane, entri predisposti al fine di curare gli interessi di centri urbani di grandi dimensioni. A livello ordinario, la più importante normativa che regola le autonomie locali è il d.lgs del 18 agosto 2000 n. 267 (T.U.E.L)

Il vigente art. 117 Cost. delinea una nuova ripartizione della funzione legislativa tra lo Stato e le Regioni sulla base di una elencazione delle materie individuate nei commi secondo, terzo e quarto dello stesso articolo in base al quale si possono distinguere tre tipologie di competenze. Vi è un primo elenco di materie la cui disciplina è demandata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Si tratta delle materie indicate al comma secondo per cui solo lo Stato può adottare delle leggi. Tali materie sono:

- a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
- b) immigrazione
- c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose
- d) difesa delle Forze armate, sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
- e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie;
- f) organi dello stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezioni del Parlamento europeo;
- g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
- i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;
- j) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa;
- k) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

- l) norme generali sull'istruzione
- m) previdenza sociale
- n) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;
- o) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;
- p) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

q) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

In un secondo elenco di materie indicate all'art. 117 terzo comma, la potestà legislativa è ripartita tra Stato e Regioni, per cui si parla di legislazione concorrente e in particolare *“spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”*. Si tratta delle materie così indicate : “rapporti internazionali e con l'Unione europea delle regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione delle istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare ed integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali; casse di risparmio, case rura-

li, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale⁹¹.

⁹¹ Nella XVI legislatura è stata approvata la legge costituzionale n.1/2012 che novella gli articoli 81,97,117 e 119 Cost ed in particolare, introduce il principio dell'equilibrio tra entrate e spese di bilancio, c.d pareggio di bilancio, correlandolo ad un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole in materia economico-finanziaria derivanti dall'ordinamento europeo.

Per quanto concerne la disciplina di bilancio degli enti territoriali, la legge costituzionale apporta talune modifiche all'art. 119 Costituzione, al fine di specificare che l'autonomia finanziaria degli enti territoriali (Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni) è assicurata nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci; è inoltre costituzionalizzato il principio del concorso di tali enti all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'Unione Europea.

Con una modifica al sesto comma dell'art. 119 viene altresì precisato che il ricorso all'indebitamento che l'attuale disciplina ammette solo per finanziare le spese di investimento, è subordinato alla contestuale definizione di piani di ammortamento e alla condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio.

La legge costituzionale novella, inoltre, l'articolo 117 Cost. inserendo la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici nel novero delle materie sulle quali lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva.

Le nuove disposizioni costituzionali hanno trovato applicazione a decorrere dall'esercizio finanziario relativo all'anno 2014.

Infine, l'art. 117, quarto comma, prevede che la potestà legislativa su ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato spetta alle Regioni. Al riguardo, si parla di competenza generale residuale. Il sistema di riparto delle competenze normative è completato dal principio di attribuzione della potestà regolamentare, che vede una riduzione della competenza statale, ampliandosi quella delle Regioni e degli enti locali: allo Stato spetta la potestà di emanare i regolamenti nelle materie riservate alla sua competenza esclusiva, salva la possibilità di delega alle Regioni, mentre a quest'ultimo è attribuita la potestà regolamentare in ogni altra materia e dunque anche in quelle di competenza concorrente. I comuni, le province, le città metropolitane hanno potestà regolamentare per la disciplina riguardante l'organizzazione e il funzionamento delle competenze loro attribuite, come stabilito dall'art. 117 sesto comma.

Ferme restando le particolari di forme di autonomia delle Regioni a statuto speciale, la riforma del 2001, all'art. 116, terzo comma, Costituzionale ha previsto la possibilità di attribuire alle Regioni a statuto ordinario, con legge dello Stato, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia relative a tutte le materie che il nuovo art. 117 attribuisce alla competenza concorrente di Stato e regioni e ad alcune tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato (organizzazione della giustizia di pace; norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali).

Si tratta di quello che è stato definito "regionalismo differenziato" o regionalismo asimmetrico, in quanto consente ad alcune Regione di dotarsi di poteri diversi dalle altre.

Per procedere all'attribuzione di queste forme rafforzate di autonomia è necessaria una legge statale, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali. La legge deve essere approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti e deve avere un contenuto definito d'intesa con la Regione medesima. La previsione costituzionale, tuttavia, non ha avuto attuazione.

3. Il ruolo delle procedure parlamentari

Successivamente alla riforma costituzionale del 2001 i due rami del Parlamento hanno dato attuazione al nuovo disposto costituzionale, verificando, in itinere la conformità di tutti i progetti di legge al proprio esame al nuovo riparto delle competenze. Per consentire alla Commissione affari costituzionali di svolgere questo compito, la stessa Giunta per il Regolamento della Camera e parallelamente quella del Senato, hanno esteso il potere di controllo esercitato nell'ambito della funzione consultiva, anche ai emendamenti presentati in Assemblea⁹².

⁹² parere della giunta del 16 ottobre 2001

Non ha trovato attuazione l'art. 11 della legge costituzionale di riforma che avrebbe consentito l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali che avrebbe dovuto comprendere rappresentanti delle autonomie regionali e locali. La stessa Commissione, nel progetto originario, avrebbe dovuto avere il potere di incidere significativamente mediante pareri, sull'iter di approvazione delle leggi statali riguardanti le materie di competenza legislativa concorrente e l'autonomia finanziaria delle Regioni ed enti locali⁹³.

⁹³ L'art. 11 della legge cost. n.3/2001 prevede che sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, sul Parlamento, i regolamenti di Camera e Senato, possono prevedere la partecipazione alla Commissione parlamentare per le questioni regionali di rappresentanti delle regioni, delle province autonome e degli enti locali.

In base all'art. 11 della legge di revisione, nel caso in cui i regolamenti parlamentari disciplinino la composizione integrata della Commissione, la stessa esprimerà pareri, aventi particolari effetti procedurali, sui progetti di legge nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 (quelle di legislazione concorrente) e all'art. 119 (in materia di autonomia finanziaria di regioni, province e comuni). Per discostarsi dal parere della Commissione bicamerale integrata su tali progetti di legge l'Assemblea dovrà deliberare a maggioranza assoluta dei componenti.

4. Le criticità

In seguito alla riforma del titolo V, parte seconda, della Costituzione si sono generate una serie di conflitti sulla individuazione delle materie indicate dall'art. 117 tra lo Stato e le Regioni sulle chiara individuazione del contenuto tra competenza statale e regionale. Un primo elemento di difficoltà consistente nel fatto che tra nella competenza esclusiva statale si individuano alcune materie definibili trasversali che fanno cioè riferimento non tanto ad un oggetto preciso, quanto piuttosto a finalità che debbono essere perseguite e che, pertanto, possono intrecciarsi con altri interessi. Tutto ciò genera un dubbio interpretativo dell'ambito di competenza se concorrente o residuale delle Regioni⁹⁴. Con riferimento a tali materie sono stati conati in dottrina, poi mutuati dalla giurisprudenza, i termini di "materie-funzioni"⁹⁵ ovvero di "materie-compito"⁹⁶ e addirittura "materie non materie"⁹⁷.

Le principali materie cosiddette trasversali sono:

⁹⁴ *ex multis*: sentenze n. 171 del 2012, n. 235 del 2011, n. 225 del 2009, n. 345 del 2004, n. 272 del 2004.

⁹⁵ cfr. sent. 272/2004

⁹⁶ cfr. sent. 336/2005

⁹⁷ cfr. il ritenuto in fatto della sentenza n. 228/2004

- tutela della concorrenza che per l'aspetto ontologicamente finalistico la giurisprudenza costituzionale ne ha evidenziato il carattere della trasversalità, "corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento", con conseguente possibilità di influire su altre materie attribuite alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni"⁹⁸. L'ambito della concorrenza per la sua portata generale, non preventivamente delimitabile, deve essere valutata concretamente nel momento in cui si esercita la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni nelle materie di loro rispettiva competenza⁹⁹. Una ragione di carattere strategico nell'individuazione ed attuazione delle politiche economiche sullo sviluppo dell'intero Paese individuano nello Stato l'organo più adeguato e legittimato al raggiungimento di questo fine¹⁰⁰. L'esercizio della competenza esclusiva e trasversale della tutela della concorrenza "può intersecare qualsivoglia titolo di potestà regionale, seppur nei limiti necessari ad assicurare gli interessi cui essa è preposta, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità¹⁰¹.

⁹⁸ sentenze n. 38/201, n. 229/2012; n. 18/2012, n. 150/2011; n. 288/del 2010; n. 431-430-401-67 del 2007 ; n. 80/2006, n. 345/2004

⁹⁹ sent. 291/2012

¹⁰⁰ sentenza 14/2004

¹⁰¹ sentenza n. 41/2013 e dello stesso indirizzo, sent. 325/2010, n. 542/2007; n. 80 e 29/2006, n. 222/2005

- tutela dell'ambiente dell'ecosistema: in questo ambito sono numerose le sentenze della Corte che dichiarano non trattarsi di una vera e propria materia in quanto essa è un valore costituzionalmente protetto e pertanto di materia trasversale. Ciò permette di riconoscere una competenza delle Regioni, salvo il riconoscimento in capo allo Stato di stabilire le determinazioni rispondenti alle esigenze meritevoli di disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale¹⁰². L'orientamento affermato dalla Corte nell'ambito della tutela dell'ambiente è che trattandosi di un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto si deve garantire un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline settoriali. La competenza delle Regioni è nettamente recessiva rispetto a quella statale non potendo la stessa derogare ai livelli di tutela ambientale stabiliti dallo Stato¹⁰³.

- determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale: anche in questo settore la giurisprudenza costituzionale non ha ravvisato una materia propriamente detta, ma una "competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle"¹⁰⁴

¹⁰² ex multis, sentenze n. 278/2012; n. 171/2012, n. 20/2012, n. 235/2011, n. 191/2011, n. 225/2009, n. 12/2009, n.378/2007

¹⁰³ sentenze n. 9/2013; n. 278/2012; n. 378/2007

¹⁰⁴ ex multis, sentenze n. 164/2012, n. 282/2004

I settori che sono stati indicati hanno una rilevanza fondamentale nell'ambito della materia che qui si tratta, proprio per il fatto che la determinazione della competenza incide fortemente sull'effettività del diritto di mobilità potendosi individuare, nell'eterogeneità delle fonti disparità di trattamenti a parità di condizioni soggettive¹⁰⁵.

¹⁰⁵ non è questa la sede per affrontare il carattere espansivo riconosciuto nei pronunciamenti della Corte Costituzionale nelle materie di competenza esclusiva statale, quali l'ordinamento penale - sent. n. 185/2004; l'ordinamento civile -sent. 233/2006, n. 380/2004, 274/2003; nel settore della politica estera e dei rapporti internazionali dello Stato e rapporti dello Stato con l'Unione europea -sent. 239/2004

In alcune materie di competenza cosiddetta concorrente si ravvisano degli ambiti di trasversalità che permettono alla legislazione statale di insinuarsi, anche se solo con norme di principi, su materie in cui le regioni hanno una competenza residuale. Dalle risultanze della legislazione costituzionale, difatti, una disposizione statale di principio, adottata in materia di legislazione concorrente “può incidere su una o più materie di competenza regionale, anche di tipo residuale e determinare una, seppur parziale, compressione degli spazi entro cui possono esercitarsi le competenze legislative e amministrative delle Regioni, come affermato nella sentenza n. 44 del 2014¹⁰⁶. Problematiche rilevanti si riscontrano nelle materie di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, allagasse di ripetuti interventi statali miranti a contenere le spese degli enti territoriali in particolare modo negli ultimi anni in cui il contenimento della spesa pubblica è diventato una preoccupazione primaria. Qui la Corte ha ritenuto legittimo l’intervento dell’autorità centrale nello stabilire principi che “si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente e non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi”¹⁰⁷.

In alcune sentenze la Corte ha ricondotto nell’ambito dei principi di coordinamento della finanza pubblica le norme “puntuali adottate dal legislatore per realizzare in concreto la finalità del coordinamento finanziario che, per sua natura, eccede le possibilità d’intervento dei livelli territoriali sub-statali” come indicato nella già citata sentenza n. 44 del 2014.

¹⁰⁶ si vedano in tal senso anche le sentenze n. 237/2009, n. 159/2008, 181/2006 e n. 417/2005

¹⁰⁷ sentenze n. 193/2012; n.44/2014, n. 148/2012, n. 232/2011 e n. 326/2010, n. 159/2008, n. 95/2007, n. 449/2005 e n. 390/2004

5. Brevi cenni sulla individuazione dei principi risolutivi delle controversie.

I fenomeni spesso si manifestano con un grado di complessità che non sempre permettono di individuare sic et simpliciter una normativa unica in materia in un intrigo di legislazioni che la Corte stessa non ha esitato a definire “inestricabile”. Nella nota sentenza n. 50 del 2005 in caso di interferenza tra norme di competenza statale e norme di competenza concorrente o regionale, siamo di fronte ad una concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. In casi come queste in cui manca un principio definito, la Corte ne ha enucleati alcuni.

- principio di **prevalenza** : si applica laddove sia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre. Sentenze *ex plurimis* n. 44/2014, n. 118/2013, n. 334/2010, n. 237/2009;

- principio della **leale collaborazione**: data la sua estensibilità consente di avere riguardo alle caratteristiche di ogni specifica situazione ed impone alla legge statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni a salvaguardia delle loro competenze. *Ex plurimis* sent. 187/2012, n. 88/2009n n. 50/2008, n. 213/2006 e n. 133/2006, n. 231/2005 e n. 219/2005;

Il principio della leale collaborazione deve caratterizzare tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e leRegioni: la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti. E' tuttavia necessario effettuare delle continue precisazioni e concretizzazioni che possono avere sia una matrice amministrativa che giurisprudenziale, come indicato nella sentenza n, 31/2006.

Una cospicua giurisprudenza costituzionale ha richiesto l'adozione di una disciplina, per lo più regolamentare, in ambiti normativi di pertinenza regionale, la previa intesa in sede di conferenza unificata, più comunemente indicata con il termine Conferenza Stato-Regioni, al fine di garantire un contemperamento tra potestà statali e prerogative regionali. L'intesa è definita talvolta con l'aggettivo *forte* laddove vi sia un livello di codecisione paritaria tra Stato e Regioni¹⁰⁸.

Un altro principio elaborato dalla giurisprudenza che determina un'attribuzione di competenza diversa da quella desumibile dal tenore letterale dell'art. 117 Cost è quello dell'attrazione in sussidiarietà nell'art. 118, co.1 il quale si riferisce alle funzioni amministrative. Esso introduce un principio dinamico che rende meno rigida la distribuzione delle competenze legislative, là dove si prevede che le funzioni amministrative, dei comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Se la legge dunque è in grado di assegnare l'esercizio di funzioni amministrative allo Stato, in virtù dei principi fondanti lo Stato di diritto, può anche organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente affrontabile a un parametro legale. Ne consegue che l'attrazione allo Stato delle funzioni amministrative permette una parallela attrazione della funzione legislativa.

Inoltre, la sentenza n. 6 del 2004 ha stabilito le condizioni per l'applicazione del principio di sussidiarietà ascendente per cui affinché la legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio è necessario:

- che si rispettino i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nell'allocazione delle funzioni amministrative, rispondendo ad esigenze unitarie di esercizio delle funzioni;
- detti una disciplina logicamente pertinente
- risulta limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine

¹⁰⁸ sentenza n. 383 del 2005

- sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione
- preveda adeguati meccanismi di cooperazione

E' infine opportuno fare riferimento ai principi e norme di dettaglio che segnano il confine tra competenza statale e competenza regionale nelle materie di legislazione concorrente che se astrattamente ben delineata, in fase applicativa porta con sé una serie di problematiche interpretative non univoche.

Così come affermato in molte decisioni della Corte Costituzionale il vaglio di costituzionalità che verifica il rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio, “va inteso nel senso che l’una è volta a prescrivere criteri e obiettivi, mentre all’altra spetta l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi¹⁰⁹.

E' dunque sul piano concreto che insorgono le maggiori difficoltà interpretative poiché secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, “la nozione di principio fondamentale non ha e non può avere caratteri di rigidità ed universalità in quanto le materie hanno un ordine di maturazione temporale cangiante e mutevole nel corso del tempo. Sarà dunque compito del legislatore operare le scelte più opportune sulla base di criteri normativi essenziali che l’interprete dovrà valutare nella loro più profonda obiettività”, come affermata nella sentenza n. 50 del 2005

6. L’art.119 della Costituzione alla luce della situazione economico sociale a livello nazionale ed europeo

¹⁰⁹ cfr. sentenze n. 272/2014, n. 2378/2009, n. 181/2007

Prima di affrontare il tema del rapporto tra la competenza Statale e regionale in relazione al diritto di mobilità e nell'ambito dei trasporti, con anche una conseguente valutazione degli effetti che ciò importa è necessario fare un cenno al contenuto dell'art. 119 Costituzione.

La disposizione normativa riconosce agli enti territoriali autonomia finanziaria di entrata e di spesa che genera degli effetti e delle conseguenze nell'ambito della divisione delle competenze indicate nell'art. 117 proprio per la connessione imprescindibile tra le competenze legislative e la responsabilità finanziaria che permettono l'una di pensare, l'altra di attuare le politiche pubbliche. Una delle ragioni delle difficoltà che la riforma ha incontrato nella fase attuativa risiede proprio nella formulazione dell'art. 119, per cui si prevede che nelle materie di competenza legislativa regionale, residuale e concorrente che sia, è fatto obbligo alle regioni di reperire le risorse necessarie a finanziare le politiche di propria competenza. In ambito di infrastrutture e nel settore dei trasporti è impensabile, oggi, immaginare che una Regione possa possedere questa capacità di autonoma ricerca e gestione delle risorse. Diverse sentenze hanno affermato che l'art. 119 Cost. vieta al legislatore statale di prevedere, in materie di competenza legislativa regionale residuale e concorrente, nuovi finanziamenti a destinazione vincolata, anche a favore di soggetti privati. Tali misure, possono divenire strumenti indiretti, ma pervasivi di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza¹¹⁰. L'incompletezza della riforma che non ha concesso piena autonomia finanziaria alle Regioni è stato uno dei più grandi ostacoli all'attuazione dell'art. 119 Cost con gravi ripercussioni sull'effettività del diritto alla mobilità. Infatti la cosiddetta delega sul federalismo fiscale¹¹¹, ha dato avvio al processo di attuazione dell'art. 119 Cost senza consentire un completamento dello stesso. Da un lato non è stato portato a compimento il percorso attuativo avviato dalla legge delega e dai decreti legislativi, ad esempio con riguardo alla de-

¹¹⁰ ex plurimis sentenza n. 168/2008, n. 168/2009, nn 63,50 e 45 del 2008; n. 137 del 2007, n. 160, 77 e 5q del 2005

¹¹¹ Legge n. 42 del 2009

terminazione dei fabbisogni standard e dei connessi livelli essenziali delle prestazioni. D'altro canto all'attuazione della delega si sono sovrapposti plurimi interventi legislativi con lo scopo di privilegiare l'equilibrio dei conti pubblici e il coordinamento statale e a ridurre i trasferimenti statali che la legge n. 42 aveva previsto di trasformare in risorse autonome degli enti territoriali, la fiscalizzazione dei trasferimenti erariali.

La Corte si è espressa nel seguente modo “ *nella perdurante in attuazione della legge n. 42 del 2009, che non può tradursi in incompiuta attuazione dell'art. 119 Cost l'intervento dello Stato si ammissibile nei casi in cui (...)esso stessa risponda all'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione stessa*”, sentenze n. 273 del 2013 e n. 232 del 2011. Tali interventi si possono intendere infatti come il “portato temporaneo della perdurante inattuazione dell'art. 119 cost e di imperiose necessità sociali, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale ed internazionale¹¹², che ben possono essere ritenute giustificazioni sufficienti per legittimare l'intervento del legislatore statale limitativo della competenza legislativa residuale delle regioni. Ciò è espressamente indicato nelle sentenze n. 232 del 2013 in materia di trasporto pubblico locale.

¹¹² sentenza n. 121 del 2010

Sempre la Corte nella sentenza n. 273 del 2013, ha rilevato che il mancato completamento della transizione ai costi e ai fabbisogni standard, funzionale ad assicurare gli obiettivi di servizio e il sistema di perequazione, non consente a tutt'oggi l'integrale applicazione degli strumenti di finanziamento delle funzioni regionali previsti dall'art. 119 Cost. Riconoscendo i limiti del contenuto dell'art. 119 Cost. secondo cui le funzioni attribuite alle Regioni sono finanziate integralmente dalle fonti di cui allo stesso articolo e cioè tributi propri, partecipazioni a tributi erariali e altre entrate proprie, è la stessa Corte ad ammettere, nella sentenza n. 10 del 2010, che in assenza di norme che attuino detto articolo l'intervento dello Stato sia ammissibile nei casi in cui esso oltre a rispondere ai richiamati principi di eguaglianza e solidarietà, riveste quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria. A ciò si aggiunga che la legge costituzionale n. 1 del 2012 che ha introdotto il principio di pareggio di bilancio, ha delimitato in vario modo l'autonomia finanziaria degli enti territoriali, a partire dalla modifica dello stesso art. 119 e dallo spostamento dell'armonizzazione dei bilanci pubblici dall'ambito delle materie concorrenti a quello delle materie di competenza legislativa esclusiva statale. del resto il richiamo al generale contesto di recessione economica è ripetuto in numerose sentenze al fine di giustificare un'interpretazione estensiva delle competenze del legislatore nazionale. Secondo la Corte infatti la situazione eccezionale di crisi economico-sociale non è priva di incidenza sul riparto costituzionale delle competenze, perché ha ampliato i confini entro i quali lo Stato deve esercitare la propria competenza legislativa esclusiva nella materia determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (sentenza n. 62 del 2013). Come con-

seguenza della crisi economica poi, la Corte ha progressivamente ampliato gli ambiti di intervento del legislatore statale in un'altra materia trasversale come il coordinamento della finanza pubblica, avallando, nei fatti le scelte del legislatore statale di introdurre vincoli anche molto puntuali per il contenimento della spesa delle regioni e degli enti locali. Un ampio potere del legislatore statale è stato riconosciuto anche nei confronti delle regioni a statuto speciale ritenendo la Corte che in un contesto di grave crisi economica il legislatore possa discostarsi dal modello consuetudinario nella determinazione delle modalità del concorso delle autonomie speciali alle manovre di finanza pubblica, sentenze n. 23 /2014 e n. 193/2012

Secondo un orientamento più prettamente nostrano l'intervento pubblico deve assumere le vesti di una regolamentazione funzionalizzata al perseguimento degli obiettivi economici speciali ed ambientali connessi al settore dei trasporti, operando al fine di internalizzare gli effetti esterni e le imperfezioni del mercato.

7. Il Governo del territorio. Le questioni principali nell'assetto delle competenze

L'art. 117, al terzo comma, assegna il governo del territorio alla competenza concorrente tra Stato e Regioni. Il governo del territorio è una delle più importanti materie su cui la Corte Costituzionale si è ripetutamente pronunciata. Il tema, in verità è di pertinenza degli ambiti appartenenti all'urbanistica e all'edilizia¹¹³ il cui ambito di applicazione, troppo vasto, è stato oggetto di interventi da parte dell'autorità giurisdizionale per delimitarne all'interno e all'esterno l'ambito di azione. Tutto ciò serve anche a stabilire un giusto rapporto con materie limitrofe, come porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia che hanno titoli autonomi di legittimazione legislativa. Relativamente al contenuto cosiddetto interno del governo del territorio, la Corte ha desunto dalla normativa primaria alcuni principi fondamentali interni alla materia¹¹⁴, riscontrando anche numerosi limiti provenienti dall'esterno, ovvero da altre materie con cui la stessa finisce per intrecciarsi. Ciò in quanto l'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una rilevanza in termini di impatto territoriale va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, com'è indicato nella sentenza n. 383 del 2005. Di qui una certa difficoltà a tracciare una delimitazione precisa della materia che si intreccia con altri ambiti riconducibili a competenze legislative diverse come la tutela dell'ambiente, l'ordinamento civile, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, la tutela della salute, l'energia e la protezione civile. Analizzando più da vicino gli interventi della Corte costituzio-

¹¹³ cfr. ex plurimis sentenze n. 102 e n. 6 del 2013, n. 309 e n. 192 del 2011, n. 340 del 2009, e le sentenze n. 303 e n. 362 del 2003.

¹¹⁴ cfr. sentenze n. 309/2011, n. 341/2010, 340/2009, n. 196/2004

nale in merito ai problemi interpretativi che si sono posti in ordine alla delimitazione del governo del territorio, si può subito dire che in due importanti pronunce la Corte ha dichiarato che il nucleo di riferimento appartiene agli ambiti dell'urbanistica e dell'edilizia¹¹⁵. Successivamente alla riforma la Corte ha messo in evidenza come la materia vada ben oltre questi aspetti affermando che il governo del territorio “comprende tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti e di attività¹¹⁶. L'ampiezza della materia del governo del territorio è stata poi riconosciuta anche in una importante sentenza del 2004 (la numero 196) per cui viene “ricondata all'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolatori gli usi ammissibili del territorio. Più in dettaglio nel merito della giurisprudenza costituzionale, la Corte ha cercato di desumer dalla normativa primaria, alla luce del dettato costituzionale i principi fondamentali interni al governo del territorio, risolvendo caso per caso il problema della qualificazione normativa delle singole disposizioni come norme di principio. Secondo la giurisprudenza costituzionale i principi fondamentali sono le disposizioni che definiscono le categorie di interventi edilizi perché è in conformità a queste ultime che è disciplinato il regime dei titoli abilitativi, con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi e alle relative sanzioni anche di carattere penale¹¹⁷. Oltre a selezionare criteri interni per verificare il

¹¹⁵ sentenze n. 303 e n. 362 del 2003

¹¹⁶ sentenza n. 307 del 2003

¹¹⁷ sent. n. 309 del 2011. Sono qualificabili anche come principi: l'onerosità del titolo abitativo, sent. 303 del 2003, la tempestività delle procedure e la riduzione dei termini per l'autorizzazione all'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica, sent. 129 e 265 del 2006; la qualificazione delle infrastrutture di reti di comunicazioni elettroniche come opere di urbanizzazione primaria, sentenza n. 336 del 2005; il principio della distanza minima tra fabbricati fissata con legge statale, fatta salva la derogabili in presenza di determinate condizioni riferibili all'assetto del territorio, sent. n. 232 del 2005.

corretto riparto di potestà legislativa tra Stato e Regione, la Corte ha evidenziato come la materia del governo del territorio venga in considerazione in numerosi casi, anche incidentalmente, in quanto finisce con il connettersi con altre discipline di potestà legislativa esclusiva dello Stato o con altre materie di potestà concorrente. La Corte ha respinto la pretesa avanzata per lo più dalle Regioni, di utilizzare come parametro autonomo quello della competenza negli ambiti cui le attività presentano una diretta o indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale. In questi casi il parametro possibile si individua non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della 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 il carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati¹¹⁸. Tali intrecci di competenze sono stati affrontati dalla Corte sui casi specifici cercando una soluzione adeguata sulla materia all'esame.

In alcuni casi la Corte ha valutato l'intreccio tra competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile e competenza concorrente in materia di governo del territorio, riferendosi alla normativa che consente di derogare alle distanze e alle altezze tra gli edifici, ed alle distanze previste nel piano urbanistico comunale o nel piano di attuazione nel rispetto delle distanze prescritte dal codice civile, come nella sentenza n. 114 del 2012.

¹¹⁸ sentenza n. 383 del 2005

In più pronunce la Corte ha affermato che nella disciplina del condono edilizio convegnono la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento penale e la competenza concorrente in tema di governo del territorio¹¹⁹. Le conseguenze di ciò sono che in alcuni limitati contenuti possono ritenersi sottratti al legislatore regionale, cui spetta il potere concorrente di cui al nuovo art. 117 Cost.

Un concorso di competenze tra governo del territorio nella determinazione dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali viene ravvisato nella disciplina in tema di segnalazione certificata di inizio attività in materia edilizia che la Corte fa rientrare nel governo del territorio.

Un ulteriore limite esterno al governo del territorio deriva dalla materia della sicurezza, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, co. 2 lett. h. Ciò in quanto, se nel governo del territorio rientrano gli usi ammissibili del territorio e la localizzazione di impianti o di attività, ne restano esclusi i profili legati alla sicurezza degli edifici. Per la Corte, la disciplina dei impianti relativi agli edifici riguarda l'individuazione dei requisiti essenziali di sicurezza sia in fase di installazione, sia nelle successive fasi di manutenzione e gestione, in modo che sia assicurato l'obiettivo primario di tutelare gli utilizzatori degli impianti medesimi garantendo la loro incolumità e l'integrità delle cose. In questo ambito interessa non solo la determinazione dei principi fondamentali, ma anche la regolamentazione tecnica del dettaglio, come indicato nella sentenza n. 21 del 2010.

Numerosi risultano anche gli esempi di intreccio con la materia relativa alla tutela dell'ambiente, che attraversa la competenza regionale sul governo del territorio, la cui competenza spetta sia livello locale che centrale.

¹¹⁹ sentenze n. 49 del 2006 e sentenza n. 70 del 2005

In alcune sentenze la Corte ha messo in evidenza come alcune materie siano realmente a cavallo tra il governo del territorio e i diverse altre competenze che rientrano nelle materie concorrenti.

Le competenze più evocate in binomio sono la tutela della salute ed il governo del territorio¹²⁰. E' stata messa in rilievo in diverse pronunce anche la sussistenza di una connessione tra le materie della produzione, del trasporto e distribuzione nazionale dell'energia soprattutto sotto il profilo della localizzazione degli impianti energetici. Qui i criteri individuati dalla giurisprudenza costituzionale sono stati di volta in volta ricercati nell'affermazione dell'interesse pubblico sotteso alla disciplina di specie. La Corte ha dunque ricondotto alla materia dell'energia le norme che disciplinano la costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica nucleare e quelle che individuano le tipologie degli impianti di produzione o anche in reazione alla disciplina dei procedimenti autorizzati in materia di energia eolica¹²¹

¹²⁰ si ricomprendono in questo senso gli investimenti fatti in campo di edilizia sanitaria nelle sentenze n. 99 del 2009, n. 45 del 2008, n. 105 del 2007.

¹²¹ sentenze n. 278 e n. 119 del 2010

CAPITOLO IV

Il sistema delle infrastrutture e i trasporti

La potestà concorrente, che certo non costituisce una novità assoluta nel sistema di attribuzione della ripartizione del potere legislativo, introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 si caratterizza per il fatto di indicare delle materie nuove e delicate che aprono per la prima volta la competenza alle regioni. *“La riforma del Titolo V ha dato invero alle Regioni competenze nel senso di jurisdiction; occorrono però competenze nel senso skills, di conoscenze, di capacità tecniche: in questi anni le regioni hanno spesso rivendicato le prime, non sempre dimostrando di avere le seconde”*¹²².

L'art. 117 Cost. al terzo comma, attribuisce alla competenza concorrente Stato e Regioni le materie dei porti e aeroporti civili e grandi reti di trasporto e di navigazione e contiene una variegata e ampia elencazione di materie che si inserisce in un contesto socio politico che immaginava un coinvolgimento stretto delle istituzioni regionali nelle scelte strategiche che attengono al sistema Paese.

In questo ambito notevoli sono state le pronunce della Corte Costituzionale in merito all'individuazione dell'ambito di intervento alternativo o coordinato tra Stato e Regioni, premettendo il fatto che la mancata attuazione, come si è detto dell'art. 119 ha reso zoppa parte della riforma costituzionale in senso federale.

Per le grandi reti di trasporto e navigazione e i porti e aeroporti civili, la giurisprudenza costituzionale ha applicato il principio della chiamata in sussidiarietà, ammettendo l'intervento statale in materie

¹²² Beniamino Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Giappichelli, 2009, pag. 145

pure attribuite alla competenza legislativa concorrente delle regioni, a condizione che siano individuate adeguate procedure conservative e di coordinamento orizzontale tra lo Stato e le Regioni. Lo stesso principio è stato richiamato dalla Corte per il caso delle infrastrutture strategiche legittimando pertanto l'intervento statale al fine di soddisfare esigenze unitarie¹²³ e sottolineando la necessità di ricorrere ad adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni nel rispetto del principio di leale collaborazione¹²⁴.

Per quanto attiene alla materia relativa al trasporto pubblico locale qui la Corte riconosce la competenza residuale delle regioni nella sentenza n. 222 del 2005, benché è in un successivo pronunciamento è la stessa Corte a stabilire la legittimità dell'intervento statale per il finanziamento del settore, in considerazione della perdurante inattuazione dell'art.119 Cost. a causa della mancata individuazione dei costi standard; in questo quadro l'intervento statale è giustificato dall'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione stessa.

1. Le infrastrutture strategiche.

Per quanto riguarda le infrastrutture strategiche la sentenza n. 303 del 2003¹²⁵, oltre a richiamare i principi della chiamata in sussidiarietà e quello della collaborazione, rileva che la disciplina statale di dettagli a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole,

¹²³ sentenza n. 303 del 2003

¹²⁴ sentenza n. 179 del 2013

¹²⁵ che respinge alcuni ricorsi presentati dalle regioni concernenti sia la legge delega sia il decreto legislativo n. 190 del 2002

finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie che non possono essere esposte al rischio della ineffettività".

Ai ricorsi sollevati dalle Regioni verso il comma 1 dell'art. 1 la corte ritiene che essa non sia che l'espressione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza e che dunque, non vi sia una lesione della sfera di competenza delle Regioni.

Interessante è ancora la posizione della Corte rispetto al tema dei lavori pubblici che non rientrano nella elencazione dell'art. 117 successivamente alla riforma costituzionale, per cui non comporta necessariamente una attribuzione della stessa alla potestà legislativa residuale delle Regioni, ma al contrario si tratta di ambiti di legislazione che non integrando una vera e propria materia, consentono l'individuazione della competenza sulla base delle materia alle quali di volta in volta afferiscono. Pertanto nell'ambito dei lavori pubblici si può fare riferimento alle potestà legislative dello Stato ovvero a quelle concorrenti. Di particolare rilievo è la sentenza n. 401 del 2007 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili o infondate, le censure richieste dalle Regioni facendo salvo il riparto di competenze legislative fra Stato, Regioni e Province autonome così come delineato dal decreto legislativo n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici di lavori forniture e servizi, nel quale è confluita la normativa in tema di infrastrutture strategiche. La Corte ha qui rilevato che l'attività contrattuale della PA, avendo come finalità il perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura biascia: al momento procedimentale di evidenza pubblica, ascrivibile alla materia tutela della concorrenza segue un momento negoziale riconducibile alla materia ordinamento civile. Segue poi l'affermazione di altri due principi di carattere generale che possono essere estesi all'intera attività contrat-

tuale della pubblica amministrazione: il primo che riguarda l'esclusione della configurabilità dei lavori pubblici come materia , così come già era stato indicato nella sentenza n. 303 del 2003; l'altro che non rileva la natura del soggetto che indice la gara per individuare la competenza poiché il principio ispiratore è quello del contenuto indicato dallo stesso articolo 117 Cost.

Anche la sentenza n. 16 del 2010 precisa che la nozione di infrastrutture non può essere inquadrata in termini di materie indicate dall'art. 117, poiché si deve piuttosto fare riferimento alle opere finalizzate all'uso pubblico, le quali rientrano certamente anche nell'alveo della legislazione concorrente (governo del territorio, porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto di navigazione , produzione trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, coordinamento della finanza pubblica ai fini del reperimento e impiego delle risorse), ma che tuttavia rientrano anche nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, come l'ambiente, la sicurezza e la perequazione delle risorse finanziarie. Pertanto nella individuazione dei criteri di ripartizione del Fondo infrastrutture D. L. 112 del 2008 art. 6- *quinquies*, impone l'intervento statale per una valutazione del contesto generale delle diverse realtà, in quanto tenuto conto delle diseguaglianze economiche, sociali e territoriali solo un intervento centrale è in grado di livellare queste differenze cercando di creare politiche di sviluppo. Lo strumento per raggiungere questo risultato sono le intese istituzionali di programma¹²⁶ le quali, insieme al parere della Conferenza unificata, attribuisce spazio e ruolo adeguati all'intervento regionale.

Un ruolo predominante allo Stato viene riconosciuto nella sentenza n. 79 del 2001 per cui si afferma che i finanziamenti per la realizzazione di infrastrutture strategiche d'interesse nazionale possono essere

¹²⁶ art. 6-quinquies comma 3 del D.L. n. 112 del 2008

revocati dall'autorità centrale senza neppure una richiesta di parere alle Regioni interessate¹²⁷. Facendo riferimento alle procedure di localizzazione di infrastrutture strategiche d'interesse nazionale "si deve rilevare come la necessità di osservare le procedure collaborative, che sfociano nell'intesa tra Stato e Regioni, riguardi soltanto la fase di decisione e di localizzazione dell'opera che, se astrattamente rientra nella competenza residuale delle regioni, in seguito al principio di attrazione in sussidiarietà per il suo inserimento tra le infrastrutture strategiche, può essere inserito nell'ambito di competenza statale.

Nella fase di progettazione e di localizzazione della infrastruttura lo spostamento della competenza legislativa ed amministrativa richiede necessariamente una intesa tra gli organi centrali e periferici. D'altro canto non è necessaria la stessa intesa se lo Stato decide di revocare il proprio finanziamento, senza tuttavia impedire alla Regione di esercitare la sua competenza, legislativa o amministrativa sul medesimo oggetto. La decisione statale di escludere unilateralmente l'opera dal novero di quelle ritenute strategiche sul piano nazionale e di revocare, di conseguenza il relativo finanziamento, non incide sulle competenze legislative e amministrative della Regione che ha piena facoltà di realizzarla con fondi propri. Con la revoca del finanziamento statale, a seguito di valutazione di politica economica non censurabile in sede di sindacato di legittimità costituzionale, vengono meno le ragioni che avevano giustificato l'attrazione in sussidiarietà.

E' infine necessario, a questo punto, segnalare la recente sentenza n. 179 del 2012 nella quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 49 co. 3 lettera b) del D.L. n. 78 del 2010, nella parte in cui prevede che, in caso di dissenso espresso in sede di conferenza

¹²⁷ in questa sentenza si decideva del finanziamento statale concesso e deliberato dal CIPE per la metropolitana di Parma

di servizi da una Regione o da una Provincia autonoma, in una delle materie di propria competenza, ove non sia stata raggiunta entro il breve termine di trenta giorni, l'intesa, "il Consiglio dei ministri delibera in esercizio del proprio potere sostitutivo con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate", senza che siano previste ulteriori procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze. La Corte ha riconosciuto la giurisprudenza per richiamare, da una parte, un'esigenza unitaria che legittima l'intervento del legislatore statale anche in ordine alla disciplina di procedimenti complessi estranei alle sfere di competenza esclusiva statale affidati alla conferenza di servizi, e per escludere, dall'altro, che l'intera disciplina della conferenza dei servizi, per cui il superamento del dissenso all'interno di essa, sia riconducibile ad una materia di competenza statale esclusiva, tenuto conto della varietà dei settori coinvolti, molti dei quali sono innegabilmente relativi anche a competenze regionali. L'esigenza di esercizio unitario deve comunque "obbedire alle condizioni stabilite dalla giurisprudenza costituzionale, fra le quali questa Corte ha sempre annoverato la presenza di adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni"¹²⁸.

Ricordiamo infine la sentenza n. 274 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di leale collaborazione indicato dalla giurisprudenza costituzionale, dell'art. 16 comma 10.bis del D.L. n. 83 del 2012 il quale al fine di garantire l'approvazio-

¹²⁸ con la sentenza n. 122 del 2013 è stato giudicato il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dalla Provincia di Trento nei confronti del Governo in relazione alla nota del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 27 giugno 2012 di inserimento dell'autostrada Valdastico Nord nella nuova rete transeuropea dei trasporti. La pronuncia, nel respingere il ricorso provinciale siccome fondato su un erroneo presupposto interpretativo ha sostenuto la spettanza allo Stato del potere di proporre l'inserimento del tratto autostradale Valdastico Nord nella rete transeuropea dei trasporti, in tanto tale inserimento non pregiudica la necessaria acquisizione dell'intesa con la Provincia autonoma.

ne in tempi certi del progetto definitivo del prolungamento a nord dell'autostrada A31, già compresa nelle Reti transeuropee dei trasporti TEN-T prevedeva che l'intesa generale quadro prevista dall'art. 161 co. 1 del D.Lgs n. 163 del 2006, dovesse essere raggiunta entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto censurato. La Corte ha ricordato che "l'autostrada in questione non può essere realizzata senza previa intesa, sia in quanto l'opera è inserita nel Programma Infrastrutture Strategiche, sia, più in generale, per il rispetto dovuto allo Statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige/Sudtirolo ed alle sue norme di attuazione. A giudizio della Corte, comunque, a prescindere da ogni considerazione "costituisce un insuperabile motivo di illegittimità costituzionale la predeterminazione di un termine irragionevolmente breve, non accompagnato da adeguate procedure per garantire il prosieguo delle trattative tra i soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera" in caso di mancato raggiungimento di un accordo nel breve periodo di tempo concesso dal legislatore. Infatti in coerenza col proprio consolidato orientamento, il suddetto termine è "così esiguo da rendere oltremodo complesso e difficoltoso lo svolgimento di una qualsivoglia trattativa, come stabilito nella sentenza n. 179 del 2012 e la rapida decorrenza contrasta con la logica collaborativa che informa la previsione stessa dell'intesa.

2. Le grandi reti di trasporti e di navigazione

Nell'ambito delle grandi reti di trasporto e di navigazione si ritengono applicabile in principi della giurisprudenza costituzionale in merito alla chiamata in sussidiarietà che abbiamo visto essersi sviluppata nell'ambito del governo del territorio. La Corte nello stabilire che il principio di sussidiarietà costituisce un principio giustificativo dell'in-

tervento dello Stato in materie che sarebbero di competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni, afferma che in virtù del principio di attrazione in sussidiarietà, comporta la necessità che lo stato coinvolga le Regioni stesse *“poiché l’esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività conservative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”* come indicato nella sentenza n. 303 del 2003.

E’ a questo punto importante scendere nel dettaglio delle pronunce della Corte Costituzionale in merito alle singole materie di legislazione portuale, nel trasporto marittimo, nel settore aeroportuale, in materia di trasporto pubblico locale.

In ambito di legislazione portuale, la sentenza n. 79/2011 ha accolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla regione Emilia Romagna relativamente alla istituzione di un fondo per le infrastrutture portuali (art. 4, co. 6 decreto legge n. 40 del 2010) in quanto per la ripartizione del fondo veniva previsto il parere del CIPE, ma non l’intesa con la Conferenza Stato- Regioni oppure l’intesa con le singole Regioni interessate. Al riguardo la Corte ha ricordato che il Fondo concerneva interventi che rientrano nella materia porti e e aeroporti civili” rimessa alla competenza legislativa concorrente dal terzo comma dell’art. 117 Cost. Tuttavia, poiché si tratta di porti a rilevanza nazionale, si deve ritenere che la competenza legislativa in materia sia attratta in sussidiarietà allo Stato. In proposito la sentenza ricorda che la Corte ha ritenuto ammissibile la previsione di un fondo a destinazione vincolata anche in materie di competenza regionale, residuale o concorrente, precisando che il “titolo di compe-

tenza statale che permette l'istituzione di un Fondo con vincolo di destinazione non deve necessariamente identificarsi con una delle materie espressamente elencate nel secondo comma dell'art 117 Cost. cioè di competenza esclusiva dello Stato, ma può consistere anche nel fatto che detto fondo incida su materie oggetto di chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato, ai sensi dell'art. 118 primo comma Costituzione¹²⁹. Tuttavia dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata discende l'illegittimità di disposizioni che non prevedano alcuna forma di leale collaborazione tra Stato e Regione, che deve invece esistere per effetto della deroga alla competenza regionale. Fermo restando perlato il potere dello Stato di istituire il Fondo per le infrastrutture portuali di rilevanza nazionale, si deve aggiungere che la ripartizione di tale fondo è subordinata al raggiungimento di un'intesa con la Conferenza Stato-Regioni per i piani regionali di riparto delle risorse allo scopo destinate e con le singole Regioni interessate, per gli interventi specifici riguardanti i singoli porti.

Sempre nell'ambito della legislazione portuale, la sentenza n. 378 del 2005 ha dichiarato incostituzionale la disposizione del comma 1-bis dell'art. 8 della legge n. 84 del 1994 introdotto dall'art 6 del decreto-legge n. 136 del 2004 la quale prevedeva che qualora entro trenta giorni non si fosse raggiunta l'intesa con la regione interessata, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti indicasse il presidente dell'autorità nell'ambito di una terna formulata dal presidente della giunta regionale, tenendo conto anche delle indicazioni degli enti locali e delle camere di commercio interessate. Ove il presidente della giunta regionale non avesse provveduto alla indicazione della terna entro trenta giorni dalla richiesta allo scopo indirizzatigli dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, questi avrebbe richiesto al Presidente del

¹²⁹ sentenza n. 16 del 2010, in conformità a sentenza n. 168 del 2008

Consiglio dei ministri di sottoporre la questione al Consiglio dei Ministri, che avrebbe provveduto con deliberazione motivata. In proposito la Corte Costituzionale ha evidenziato che il meccanismo escogitato per superare la situazione di paralisi determinata dal mancato raggiungimento dell'intesa è tale da svilire il potere di codeterminazione riconosciuto alla Regione, dal momento che la mera previsione della possibilità per il Ministro di fare prevalere il proprio punto di vista, ottenendone l'avallo dal Consiglio dei Ministri, è tale da rendere quanto mai debole, fin dall'inizio del procedimento la posizione della Regione che non condivide la posizione del Ministro e da incidere sulla effettiva del potere di codeterminazione che, solo formalmente l'art. 8 co. 1 riesce a riconoscere alla regione.

3. Trasporto marittimo

In questo ambito si deve mettere in evidenza la sentenza n. 230 del 2013 che ha dichiarato illegittimo l'art. 6 co. 19 del decreto legge n. 95 del 2012 nella parte in cui non prevedeva l'intesa, bensì la semplice consultazione, per le modifiche e integrazioni delle convenzioni per la gestione del servizio pubblico di trasporto marittimo con la Sardegna; infatti se da un lato la materia appare riconducibile alla tutela della concorrenza, di esclusiva competenza statale, art. 117, co. 2, lett e) Costituzione, dall'altro lato l'adozione di intese appare necessaria per garantire il rispetto dell'art. 53 dello statuto speciale della Regione Sardegna il quale prevede che la stessa sia "rappresentata nelle elaborazione delle tariffe ferroviarie e della regolamentazione dei servizi nazionali di comunicazione e trasporti terrestri, marittimi ed aerei che possano direttamente interessarla"

c) settore aeroportuale: qui è doveroso segnalare la sentenza n. 299 del 2013 che ha dichiarato illegittimi gli articoli 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo n. 69 del 2012 che disponeva un sostegno economico all'aeroporto di Pescara senza prevedere la precisa notifica della misura alla Commissione europea ai sensi degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di divieto degli aiuti di Stato. IN questo modo si configurava infatti una violazione dell'art. 117, primo comma della Costituzione, il quale stabilisce che le Regioni, al pari dello Stato, debbano esercitare la propria potestà legislativa anche nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Con riferimento alla disciplina delle aviosuperfici e dei campi di volo, la sentenza n. 162 del 2013 ha stabilito l'incostituzionalità della disposizione della legge della Regione Lazio n. 9 del 2012 che prevede ipotesi di responsabilità in materia di sicurezza della pubblica incolumità di uso del territorio e di tutela dell'ambiente per i piloti dei velivoli e ulteriori ipotesi a carico del gestore delle aviosuperfici, per quanto riguarda le strutture facenti parte della stessa nella fase di decollo e di atterraggio dell'aeromobile. Questi aspetti sono stati infatti ritenuti riconducibili alla materia di esclusiva competenza statale "ordinamento civile e penale", come indicato dall'art. 117 secondo comma lett l) Cost e non alla materia di legislazione concorrente porti e aeroporti civili, art. 117 Cost, terzo comma.

4. Trasporto pubblico locale

In materia di trasporto pubblico locale è invece assegnata alla competenza legislativa residuale delle Regioni come affermato dalla Corte costituzionale in particolare con la sentenza n. 222 del 2005. In proposito la Corte è successivamente intervenuta con le seguenti pro-

nunce di significativa importanza, La sentenza n. 273 del 2013 del 6 novembre 2013 si è espressa sulla costituzionalità del Fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario, alimentato da un'aliquota di compartecipazione su gasolio e benzina di automazione, fondo istituito dalla legge di stabilità 2013, legge n. 228 del 2012. Rispetto a numerosi aspetti della disposizione la regione Veneto aveva infatti sollevato una questione di legittimità costituzionale per la presunta violazione degli artt. 117 e 119 della Costituzione e, in particolare del divieto, conseguente al riparto di competenze tra Stato e regioni, di istituzione di fondi a destinazione vincolata statali in materia di competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni, come è il trasporto pubblico locale. La Corte ha però rigettato il ricorso, rilevando come non si tratti di un fondo a destinazione vincolata in quanto la finalità del fondo è quella di assicurare in via generale il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale senza vincolare il legislatore regionale a uno specifico impiego delle risorse stanziare in tale settore materiale, ascrivibile alla potestà legislativa regionale. La Corte ha inoltre rilevato la perdurante inattuazione dell'art. 119 della Costituzione a causa della mancata individuazione dei costi standard; pertanto in questa situazione l'intervento dello Stato è ammissibile nei casi in cui, come quello di specie, esso risponda all'esigenza di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti tutelati dalla Costituzione stessa. Come già affermato dalla Corte in precedenti sentenze, n. 121 del 2010, siffatti interventi si configurano come portato temporaneo della perdurante inattuazione dell'art. 119 e di imperiose necessità sociali, indotte anche dalla grave crisi economica nazionale ed internazionale.

La sentenza n. 214 del 2013 è intervenuta in materia di autotrasporto pubblico non di linea. In particolare è stata dichiarata l'incostituzionalità della disciplina della Regione Molise¹³⁰ in quanto attraverso la costituzione di un ruolo dei conducenti di autoservizi pubblici non di linea, l'iscrizione al quale era condizione necessaria per l'esercizio dell'attività sul territorio regionale, si determinava "un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale...con ciò violando anche il principio di parità di trattamento...sotteso alla previsione dell'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento".

Anche in questo caso si configurava quindi una violazione dell'art. 117 primo co. della Costituzione.

La sentenza n. 41 del 2013 si è invece soffermata sul rapporto tra la competenza regionale in materia di trasporto pubblico locale e i poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti, istituita dall'art. 37 del decreto-legge n. 201 del 2011. In proposito la Corte ha affermato che le "funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti, se intese correttamente alla luce della ratio che ne ha ispirato l'istituzione, non assorbono le competenze spettanti alle amministrazioni regionali in materia di trasporto pubblico locale, ma le presuppongono e le supportano. Valgono anche in questo caso i principi affermati dalla Corte in una fattispecie analoga, cioè con riferimento alle competenze dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici: "le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo"; esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'Organo¹³¹. Compito dell'Autorità

¹³⁰ L.R. n. 25 del 2012

¹³¹ sentenza n. 482 del 1995

dei trasporti è, infatti dettare una cornice di regolazione economica, all'interno della quale il Governo, le Regioni e gli enti locali sviluppano le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito”.

CAPITOLO V

LE ISTITUZIONI E I PRINCIPI ISPIRATORI

1. Il principio della continuità territoriale: contenuto e fonti

L'esigenza di rendere effettiva la fruizione del diritto alla mobilità è particolarmente sentita sia a livello nazionale sia in ambito europeo. Come in ogni settore giuridico anche nell'ambito del diritto pubblico dei trasporti si sono sviluppati alcuni punti cardine attorno ai quali si è instaurato il regime attuale. Il principio che per antonomasia domina il diritto del trasporto pubblico è il principio di continuità territoriale, per illuminarne l'ambito operativo occorre richiamare quanto già detto in merito al diritto alla libera circolazione svolgendo un esame ulteriore.

Il progresso giuridico che ha visto l'avvicinarsi della necessità di un riconoscimento effettivo al diritto di spostarsi ha dovuto tenere conto di una peculiarità tutta italiana caratterizzata da un territorio non troppo esteso dalla struttura peninsulare con diverse isole di cui due particolarmente estese. Proprio la conferma della Sicilia e della Sardegna ha richiesto un interesse al trasporto aereo e marittimo.

Inizialmente, il problema connesso alla fruizione del servizio pubblico veniva risolto, con una strategia di ordine economico, imponendo ai fornitori del servizio risultati vincitori del bando di fornire i collegamenti¹³². L'imposizione ha poi ceduto il passo ad un'altra solu-

¹³² Cfr. G. Silingardi, *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, 1984.

zione giacché l'ambito operativo appariva limitato all'ambito concessorio senza che riuscisse a fornire una risposta reale al problema effettivo. Pertanto, la soluzione contrattuale arginava il problema solo apparentemente poiché l'inefficienza economica per il prestatore del servizio rimaneva senza una reale soluzione per il mercato.

Con la liberalizzazione del mercato sia interno sia tra i paesi degli Stati membri si è aperta la strada ad un mutamento irreversibile che ha fatto venir meno il sistema concessorio¹³³ e che ha condotto all'applicazione del "terzo pacchetto"¹³⁴. Questa scelta ha comportato l'abban-

¹³³ In argomento, cfr, in particolare, G. Rinaldi Baccelli, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo nella Comunità economica europea*, in "Dir. prat. av. civ." 1991, 237; ID., *Concorrenza e liberalizzazione nel trasporto aereo: profili giuridici*, in "Trasporti" 1993, 59, 17; S. Busti, *Verso un mercato comune aeronautico*, in "Dir. comunitario scambi internazionali" 1992, 439; ID., *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in "Trasporti" 61/1993, 71; M. Grigoli, *Liberalizzazione e sicurezza nel trasporto aereo comunitario*, in "Trasporti" 1993, 59, 3; P. Girardi, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in "Dir. trasp." 1993, 39; ID., *La liberalizzazione dei traffici aerei in vista del completamento del mercato unico europeo*, in "Trasporti" 1993, 59, 61; P. Masi, *Trasporto aereo e concorrenza*, in "Dir. trasp." 1994, 1 ss; G. Silingardi, *Liberalizzazione del trasporto aereo charter e riflessi sullo sviluppo delle attività turistiche*, in "Riv. giur. circ." 1995, 681 ss.

¹³⁴ Si tratta, in particolare, dei regolamenti CEE n. 2407/92, n. 2408/92, n. 2409/92 del Consiglio del 23 luglio 1992, in *GUCE* L 240 del 24 agosto 1992, ormai sostituiti dal regolamento CE n. 1008/2008 del 24 settembre 2008, in *GUCE* L 293 del 31 ottobre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione).

dono delle rotte costituenti nell'ambito dei trasporti un vero e proprio fallimento di mercato¹³⁵.

Nell'ottica italiana si rileva che la necessità di rendere effettiva la fruizione del diritto alla mobilità si è accentuata con le sempre maggiori richieste di trasporto da e per la Sicilia e la Sardegna¹³⁶. Rispetto ai collegamenti con tali isole appare evidente l'inadeguatezza di valide alternative volte ad operare la prestazione del servizio e pertanto quest'ultima rappresenta un vero e proprio obiettivo.

¹³⁵ Si vedano G. Silingardi, *Il completamento delle misure di liberalizzazione del trasporto aereo*, in "Riv. giur. circ." 1997, 512 ss.; A. Scorza, *L'evoluzione recente del mercato internazionale di linea verso la globalizzazione dei servizi*, in "Trasporti" 1997, 72; A. Antonini, *Attività di trasporto aereo dopo la liberalizzazione*, in "Resp. civ." 1998, 518 ss.; G. Silingardi, A. Antonini, B. Franchi, (a cura di), *L'attività di trasporto aereo dopo la liberalizzazione del cabotaggio, atti del convegno di Modena del 4 aprile 1997, Milano, 1998*; P. Girardi, *La legge comunitaria 24 aprile 1998 n. 128 e le norme dell'Unione europea in tema di accesso al mercato del trasporto aereo: nuove opportunità ed antichi difetti*, in "Dir. trasp." 1998, 699; F. MUNARI, *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in "Riv. un. Eur." 1999, 207 ss.

¹³⁶ Infatti il diritto alla mobilità costituisce secondo gran parte della dottrina un diritto che seppur non espressamente previsto nella Carta costituzionale assume un valore costituzionalmente protetto addirittura sovraordinato non solo alle disposizioni interne, ma anche alle disposizioni internazionali e comunitarie. Così G. Rinaldi Baccelli, *Concorrenza e liberalizzazione nel trasporto aereo: profili giuridici*, cit., 23, secondo il quale il riconoscimento di tale diritto rappresenta la base per sostenere che il trasporto aereo è un pubblico servizio essenziale tenendo anche in debito conto la legge che regola l'esercizio del diritto di sciopero. Sul punto cfr. ID., *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo*, cit., 37 e ss. Inoltre, S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001, 79 e ss. ove il diritto al trasporto aereo nella sua qualità di diritto essenziale in senso oggettivo, conformemente a quanto previsto dalla legge n. 146/1990, rende effettivo il diritto alla circolazione garantendone la fruizione.

Risultato, la cui importanza è stata rilevata sia sul profilo interno sia a livello europeo ove si è data rilevanza all'interno dei Trattati. Invero, un espresso riferimento al principio di continuità territoriale si rintraccia anche nella normativa regionale, ove legge regionale 10 luglio 2000, n. 8, il cui art. 1 stabilisce che la Regione sarda *“allo scopo di assicurare le condizioni socio economiche di continuità territoriale tra la Sardegna e le sue isole minori sedi di centri comunali o di periferici agglomerati residenziali, è autorizzata a garantire, mediante congrue agevolazioni tariffarie, l'esercizio del costituzionale diritto dei cittadini alla mobilità sulle tratte marittime tra tali isole e i prospicienti porti sardi”*.

Come già detto, il diritto alla mobilità seppure non si esaurisce nel diritto alla circolazione ne rappresenta un aspetto peculiare, ed infatti, riflettendo sulla mobilità non si può non fare riferimento agli articoli 16 e 2 Cost. Rileva, a tal proposito, l'art. 16 Cost. che prevede la libertà di circolazione delle persone, che costituisce diretta manifestazione del fondamentale diritto di libertà sancito dall'art. 2 Cost. e contestualmente rende attuale il principio di uguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3, 2° co., Cost. Sui profili costituzionali si è argomentato ampiamente nell'ambito del primo capitolo e pertanto qui si richiamano le medesime considerazioni seppure con degli aggiustamenti atti a meglio individuare l'oggetto della trattazione. Passando ai profili più propriamente europei si riscontra un espresso riferimento all'art. 21 (*ex art. 18 TCE*), primo comma, del TFUE, che sancisce il diritto di ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e l'art. 26 (*ex art. 14 TCE*) inerente alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Ma le previsioni europee non si arrestano qui. Infatti, il titolo XVIII del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea contiene

un espresso riferimento alla coesione territoriale, tale aspetto è segno dell'importanza che il diritto alla continuità territoriale è considerato un bene comune di rilevanza sovranazionale tanto da trovare approdo e cittadinanza nei Trattati.

Il rafforzamento perseguito dall'Unione Europea teso ad armonizzare lo sviluppo economico e sociale ha necessariamente tenuto conto di un dato importante vale a dire la presenza di “zone svantaggiate”. Obiettivo dell'Unione è stato pertanto quello di ridurre le differenze tra le diverse zone territoriali tenendo in debito conto la conformazione geografica. È di tutta evidenza lo svantaggio – naturale – cui sono soggette le zone insulari e l'Unione proprio per il suo carattere garantista ha operato attraverso le sue istituzioni proprio in questa direzione cercando di far crescere i territori svantaggiati con ogni strumento di sua competenza.

Tale attività già riscontrata nel Trattato di Maastricht si è resa ancor più evidente con il titolo XVI del TFUE, che in un certo qual modo conferma e supera quanto detto a Maastricht, ove sono previsti progetti di reti transeuropee¹³⁷. L'importanza di creare simili collegamenti da un lato è volta a rendere effettivo il diritto alla libera circolazione e dall'altro per il raggiungimento di finalità ulteriori che tradizionalmente connotano la politica europea. Queste possono essere ravvisate tanto nella coesione economica – essendo sempre centrale quest'aspetto quando ci si riferisce all'Unione – quanto sociale e territoriale dovendo

¹³⁷ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 170 del TFUE ed inserito nel nuovo titolo XVI relativo alle reti transeuropee.

considerare i collegamenti tra le regioni europee centrali e quelle periferiche come anche quelle isolate prive di collegamenti¹³⁸.

Come noto il settore dei collegamenti presenta una peculiarità connessa al profilo economico. Infatti, il problema degli aiuti di Stato – o di ciò che possa considerarsi tale – si presenta in praticamente tutti i settori dell’Unione. Riferendosi agli aiuti di Stato si è espressamente e volutamente parlato di problema essendo vietati. Il divieto in parola nasce non per una scelta arbitraria, ma poiché l’intervento dello Stato o comunque del “governo centrale” è per sua stessa natura distorsivo della libera concorrenza e ciò comporterebbe danni non secondari all’intero mercato europeo con risvolti anche internazionali.

Tenendo conto di questo breve cenno sugli aiuti di Stato occorre rilevare come il settore della mobilità abbia una certa autonomia rispetto al divieto. L’eccezione è il frutto di un’evoluzione inerente al bilanciamento di interessi in gioco, poiché una volta appreso che il sistema dell’imposizione non era un sistema attuabile è maturata un’idea alternativa più equa ed efficiente. Seppure eccezionale e con condizioni particolari la deroga agli aiuti di Stato in tale settore è ammessa e si ravvisano diverse forme di sostegno sia attraverso l’attribuzione di liquidità sia attraverso l’intervento delle pubbliche autorità.

Un esempio che è utile a comprendere in cosa consistano gli interventi riguarda le bande aeree tese a garantire il regolare traffico degli aerei ed a evitare possibili congestioni. In tale settore la normativa dettata dal regolamento CEE n. 95 del 1993, così come modificato dal

¹³⁸ Cfr. P. Fois, *Il principio della continuità territoriale*, in “*Dir. trasp.*”, 2000, 340, che, già alla luce della disposizione prevista nell’art. 154 del Trattato di Nizza, il quale evidenzia la necessità di attribuire alla coesione economica e sociale il rango di principi ispiratori delle scelte politiche europee nell’ambito di trasporti, prevedendo la necessità di collegare le regioni insulari con quelle centrali della Comunità e introducendo l’obiettivo della continuità territoriale. Coesione, dunque, non solo economica e sociale ma anche territoriale.

regolamento CE n. 793 del 2004¹³⁹ nella nuova definizione prevista dall'art. 2, lett. a) e g) per banda oraria (slot) deve intendersi «il permesso dato da un coordinatore ai sensi del presente regolamento di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali necessarie per operare un servizio aereo in un aeroporto coordinato ad una data e in un orario specifici assegnati da un coordinatore ai sensi del presente regolamento al fine di atterrare o decollare» e per aeroporto coordinato “un aeroporto in cui, per atterrare o decollare, è necessario per un vettore aereo o altro operatore di aeromobili aver ottenuto l'assegnazione di una banda oraria da parte di un coordinatore [...]».

Anagraficamente la regolamentazione per l'attribuzione delle bande orarie è più recente rispetto alla liberalizzazione del trasporto aereo introdotto col c.d. terzo pacchetto.

A causa dell'incessante incremento del traffico aereo che ha causato una vera e propria congestione nell'ambito del traffico aereo e le sempre maggiori richieste delle compagnie prestatrici del servizio il

¹³⁹ Il secondo considerando del regolamento CE n. 793/2004 prevede che il reg.CEE n. 95/1993 andrebbe rafforzato per garantire l'uso più completo e flessibile della limitata capacità disponibile negli aeroporti caratterizzati da fenomeni di congestione. Sul nuovo regolamento cfr. tra gli altri M. Colangelo, *L'assegnazione degli slots. Regole e modelli*, Roma, 2009; Purelli, *La riforma del regolamento CEE 95/1993 per l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti della Comunità europea*, in “Dir. tur.” 2005, 379; M. Deiana, *Slot allocation*, in *La gestione del traffico aereo: profili di diritto internazionale, comunitario ed interno* (a cura di M.P. Rizzo), Milano, 2009, 239; P. Portacci, *La disciplina degli slots aeroportuali*, in *Il diritto del mercato del trasporto* (a cura di S. Zunarelli), Padova, 2008, 381; D. Condorelli, *L'allocatione degli slot negli aeroporti congestionati*, in *Mercato e politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo* (a cura di A. Macchiati, D. Piacentino), Bologna, 2006, 337. Occorre, inoltre, ricordare la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti dell'Unione europea, del 1 dicembre 2011, COM (2011), 827 def.

legislatore europeo è intervenuto direttamente in tale settore¹⁴⁰. Il legislatore si è adoperato in una doppia direzione garantendo due elementi cardine: sicurezza e concorrenza.

Tale obiettivo è stato attuato con un sistema di concessioni temporanee attraverso le quali le bande vengono attribuite al soggetto richiedente per un termine circoscritto allo spirare del quale devono essere revocate¹⁴¹. Questa collocazione viene realizzata alternativamente attraverso due soggetti il facilitatore e il coordinatore¹⁴² i quali devono agire nell'esercizio delle loro funzioni – stabilire gli orari – in via del tutto indipendente.

Il facilitatore e il coordinatore sono incaricati dallo Stato membro, che deve operare in via del tutto indipendente, imparziale, non discriminatoria e trasparente, previo parere, tra gli altri, dei vettori aerei che

¹⁴⁰ Sul punto cfr. M.M. Comenale Pinto, *Sicurezza nella navigazione aerea e gestione dell'infrastruttura aeronautica e dei servizi di assistenza a terra*, in *Trasporti e globalizzazione: materiali per una ricerca*, Cagliari, 2004, 147. In tale senso si è espressa la C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 18, in "Riv. dir. nav." 2011, 284 ss.

¹⁴¹ Così l'art. 8 relativo alla procedura di assegnazione delle bande orarie del reg. CEE n. 95/1993 come modificato dal reg. CE n. 793/2004.

¹⁴² In questo senso l'art. del regolamento. È da rilevare come prima dell'entrata in vigore della normativa comunitaria, e fino alla seconda metà degli anni '90, l'assegnazione degli slot era affidata alla compagnia di bandiera che, essendo direttamente interessata all'attività, non poteva certamente garantire indipendenza o imparzialità. Con decreto del Ministro dei trasporti del 4 luglio 1997, n. 44/T il compito di gestire le bande orarie negli aeroporti italiani è stato attribuito ad Assoclearance. A livello locale la responsabilità è, invece, affidata ai comitati di coordinamento. Cfr. G. Silingardi – G. Maffeo, *Gli slot. Il caso Italia tra esperienza statunitense e comunitaria*, Torino, 1997; M. Casanova – M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, I, Milano, 2001, 304.

utilizzano regolarmente l'aeroporto¹⁴³. Il principio ispiratore di tale settore è quello del *grandfather's rule* che ha trovato consolidazione all'interno dell'art. 8, comma 2; più precisamente il primo comma prevede una temporaneità della concessione, che viene derogata ove siano soddisfatte le condizioni del comma 2, si legge infatti: « Le serie di bande orarie sono assegnate, prelevandole dal pool delle bande orarie, ai vettori richiedenti quale permesso di utilizzare l'infrastruttura aeroportuale a fini di atterraggio o decollo per la stagione di traffico per cui sono state chieste, al termine del quale debbono essere restituite al pool delle bande orarie costituito a norma dell'articolo 10». Disposizione che non si applica quando: «una serie di bande orarie è stata utilizzata da un vettore aereo per l'esercizio di servizi aerei di linea e di servizi aerei programmati e non di linea, e detto vettore aereo può comprovare debitamente al coordinatore che la serie di bande orarie in questione è stata operata, conformemente all'autorizzazione iniziale del coordinatore, da detto vettore aereo per almeno l'80 % del tempo nel corso della stagione di traffico per cui è stata assegnata».

2. Metamorfosi di un ruolo: da garanti della libertà a soggetti attivi di promozione del diritto.

La necessità di prevedere una disciplina specifica in ordine al trasporto pubblico presenta i suoi primi cenni ancor prima dell'avvento della Costituzione

¹⁴³ In verità lo Stato membro deve provvedere alla nomina del facilitatore o del coordinatore previo parere, tra gli altri, dei vettori aerei che utilizzano regolarmente l'aeroporto. Si deve ricordare in proposito l'intervento della Corte Costituzionale che ha ritenuto illegittima la normativa con la quale la regione Lombardia si inseriva nella procedura di attribuzione degli slot. C. cost. 30 gennaio 2009, n. 18, in "Dir. trasp." 2009, 437.

e dell'ingresso nell'Unione. A tal proposito almeno un breve sguardo deve essere volto all'art. 1679 c.c., rubricato "pubblici servizi di linea", che seppure in un'ottica diversa già prestava attenzione al concetto di servizio pubblico¹⁴⁴. L'articolo in parola prevede: «Coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico. I trasporti devono eseguirsi secondo l'ordine delle richieste; in caso di più richieste simultanee, deve essere preferita quella di percorso maggiore. Se le condizioni generali ammettono speciali concessioni, il vettore è obbligato ad applicarle a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta. Salve le speciali concessioni ammesse dalle condizioni generali, qualunque deroga alle medesime è nulla, e alla clausola difforme è sostituita la norma delle condizioni generali».

Dalla lettura della norma, emerge da subito una trattazione congiunta delle diverse tipologie di trasporto venendo richiamate sia le persone sia le cose. In particolare il riferimento specifico ai trasporti di linea riguarda un'attività periodica e preventivamente concordata¹⁴⁵. Inoltre, come correttamente osservato nella disposizione sono ravvisabili delle analogie con l'art. 2597 che si riferisce all'impresa esercitata in condizioni di monopolio, occorre rilevare che però non ogni concessione di linea è esercitata in regime di monopolio¹⁴⁶. Inoltre, una parte della dottrina più risalente sosteneva che l'obbligo di prestazione del ser-

¹⁴⁴ È bene precisare che ancorché in questa fase del pensiero giuridico ancora non vi era la concessione odierna di diritto amministrativo quale particolare settore del diritto pubblico è di tutto interesse un simile tentativo di disciplinare tale materia nell'ambito del codice civile.

¹⁴⁵ Sulla nozione stessa di servizio pubblico, con riguardo all'attività di trasporto, A. D'Alessio, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003, 161.

¹⁴⁶ Gonnelli, Mirabelli, *Trasporto* (dir. priv.), in *ED*, XLIV, Milano, 1992, 1168.

vizio non fosse connesso al regime di monopolio dovendosi prescindere da questo rintracciano la sua ratio in altri presupposti¹⁴⁷.

In merito all'ambito applicativo di tale norma se ne è osservata la portata estensiva e non restrittiva essendo riscontrabile anche a quei servizi gestiti in via diretta dallo Stato o da quegli enti pubblici che per le loro peculiarità possono concedere direttamente ad altri il servizio¹⁴⁸.

Quanto agli obblighi, espressamente previsti in capo al concessionario, il legislatore è stato chiaro affermando: *sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto*. Nell'ottica dei redattori del codice l'obbligo di accettare – *rectius* l'obbligo di contrarre – era considerato il giusto onere gravante in capo al prestatore di servizio.

Quanto alla qualificazione del servizio offerto, «è stato affermato che il vettore di linea, offrendo la propria attività di trasporto con tariffe ed orari predefiniti, si pone dinanzi al pubblico come “offerente”, secondo lo schema delineato dall'art. 1336. Tale offerta soddisferà le richieste nei limiti della compatibilità con i mezzi ordinari dell'impresa, per individuare i quali dovrà farsi riferimento allo “svolgimento normale del servizio”»¹⁴⁹.

Lo svolgimento di questi brevi cenni è utile a comprendere come già in epoca fascista l'ordinamento fosse interessato alla regolamentazione dei servizi di trasporto pubblico. Come noto, negli anni la disciplina è inesorabilmente variata essendo mutate tanto le esigenze strutturali quanto il mercato di riferimenti e ancora il concetto stesso di qualificazione giuridica dei trasporti.

¹⁴⁷ Libertini, Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 482; contra, Asquini, *Trasporto* (in genere), in NN.D.I., XIX, Torino, 1973, 569; Mirabelli, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 3, 3a ed., Torino, 1991, 474.

¹⁴⁸ Silingardi, *L'impresa esercente un servizio pubblico di trasporto*, in Silingardi (a cura di), *Il contratto di trasporto*, Milano, 1997, 207.

¹⁴⁹ Così sub art. 1679, a cura della redazione, in *www.pluris.it*

Prima della modifica al Titolo V della Costituzione e prima che le disposizioni contenute all'interno dei Trattati trovassero una vivida applicazione la disciplina di riferimento era costituita dal d.lgs. n. 422/1997.

In materia di trasporti, la normativa ha introdotto un'interessante innovazione attribuendo alle Regioni un ruolo di primaria importanza sia in ambito regionale stesso sia a livello locale. In particolare, l'art. 14, comma 2° del d.lgs. n. 422/1997, prevede a tal riguardo che: «nell'esercizio dei compiti di programmazione, le regioni: a) definiscono gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali ed in particolare per i piani di bacino; b) redigono i piani regionali dei trasporti e loro aggiornamenti tenendo conto della programmazione degli enti locali [...] in connessione con le previsioni di assetto territoriale e di sviluppo economico e con il fine di assicurare una rete di trasporto che privilegi le integrazioni tra le varie modalità favorendo in particolar modo quelle a minore impatto sotto il profilo ambientale».

Quanto ai trasporti locali poi, le Regioni sono onerate di predisporre dei piani triennali per il trasporto pubblico locale all'interno dei quali, conformemente a quanto previsto dal medesimo decreto all'art. 14, comma 3° siano specificatamente individuate:

a) la rete e l'organizzazione dei servizi; b) l'integrazione modale e tariffaria; c) le risorse da destinare all'esercizio e agli investimenti; d) le modalità di determinazione delle tariffe; e) le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico; f) il sistema di monitoraggio dei servizi; g) i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale.

Nell'ambito del medesimo decreto, il legislatore ha consentito alle Regioni di delegare il servizio di trasporto pubblico locale agli enti locali. Tale delega però non può avvenire indiscriminatamente dovendosi tenere conto della previsione costituzionale secondo cui deve essere comunque rispettata – qualora sia richiesto dalla natura del servizio – l'unitarietà dell'esercizio a livello regionale.

Con questa normativa il potere dello Stato, quale organo centrale, viene residuato da un lato al finanziamento dei servizi di trasporto pubblico locale e dall'altro alla sottoscrizione di accordi internazionali relativi a servizi di trasporto transfrontalieri, sicurezza dei trasporti, linee guida e principi volti alla tutela ambientale¹⁵⁰.

È interessante notare come il decreto legislativo in discorso recepisca la struttura giuridica di affidamento del servizio prevista dai Trattati abbandonando l'obsoleto regime di concessione in forma monopolistica e contestualmente offrendo le seguenti possibilità di scelta ispirate a principi di concorrenzialità. Tre i sistemi: a) gara pubblica;¹⁰ b) gestione *in house*; c) affidamenti diretti sotto determinate soglie.

Quanto poi alla modifica del Titolo V, essa non ha introdotto una disciplina che direttamente si è occupata della materia dei trasporti pubblici. Quanto poi alla modifica del Titolo V, introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, essa non ha introdotto una competenza esclusiva, nella materia dei trasporti pubblici, limitandosi a sancire una competenza concorrente di Stato e Regioni in alcuni settori¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. l'art. 4 del d.lgs. n. 422/1997. Oltre, naturalmente, alla competenza in materia di trasporti pubblici di interesse nazionale, puntualmente identificati dall'art. 3 del d.lgs. n. 422/1997: "i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione e dei servizi elicotteristici; b) i servizi di trasporto marittimo, ad eccezione dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito di una regione; c) i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale, con esclusione di quelli transfrontalieri, e le linee interregionali che collegano più di due regioni; d) i servizi di trasporto ferroviario internazionali e quelli nazionali di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati *standards* qualitativi [...]; e) i servizi di collegamento via mare fra terminali ferroviari; f) i servizi di trasporto di merci pericolose, nocive ed inquinanti".

¹⁵¹ Per un'analisi della complessa collocazione della materia "trasporti" dopo la riforma del Titolo V della Costituzione si veda A. Claroni, *Le politiche pubbliche regionali nel settore dei trasporti*, in *Le Regioni*, 2014, pag. 661 ss.

Le materie interessate alla competenza residuale delle Regioni sono sia ai “porti e aeroporti civili”, sia alle “grandi reti di trasporto e di navigazione” ove è pacifica la possibilità di un intervento indiretto da parte dello Stato.

Si è detto che la riforma del Titolo V non si è occupata direttamente di trasporti, ad ogni modo la competenza esclusiva dello Stato in altre materie ha il potere di incidere significativamente in tale settore. Un esempio che è utile mettere sin da ora in rilievo è la competenza esclusiva dello Stato per quanto concerne la concorrenza.

È l'articolo 117, comma 2° lett. e) Cost. ad occuparsi di essa ed è chiara la sua influenza rispetto alle modalità di affidamento e gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. Un altro caso di competenza esclusiva dello Stato idonea ad influenzare è la tutela dell'ambiente¹⁵², come anche il rispetto dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Concludendo, il settore dei trasporti ha una portata espansiva che si estende a moltissimi interessi tanto attuali quanto potenziali, pertanto, oltre a delle disci-

¹⁵² Infatti, tenendo conto delle conseguenze negative che le emissioni provocano sull'ambiente è di tutta evidenza la necessità di operare un bilanciamento di interessi.

pline specifiche di riferimento sono necessarie delle disposizioni che garantiscano un congruo bilanciamento di interessi¹⁵³.

Quanto agli enti locali il d.lgs. n. 216/2010 se ne è occupato ed ha individuato il compito in capo a questi di individuare degli *standard* e alcune funzioni fondamentali nell'ambito della viabilità e dei trasporti. È interessante notare che a seguito dell'introduzione del d.l. 95/2012 si riconosce ai Comuni anche di occuparsi dell'“organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale”¹⁵⁴.

I temi richiamati sono il frutto di un approdo normativo e giurisprudenziale che ha interessato l'Italia non solo come Stato, ma anche in quanto parte integrante e membro attivo nell'ambito dell'Unione Europea. Infatti, i trattati si

¹⁵³ Sul tema è intervenuta la Corte Costituzionale in più occasioni, la fondamentale sent. n. 272/2004 ha introdotto un principio di primario interesse affermando che: «La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi “privi di rilevanza economica” previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al Giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di Giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale».

¹⁵⁴ Al riguardo si veda l'art. 19.1 lett. a) del d.l. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012. Le innovazioni legislative hanno mantenuto la competenza delle Province – ancorché sostituite dalle città metropolitane – della pianificazione dei servizi nell'ambito territoriale di competenza (cfr. l'art. 1.85 lett. b) della legge n. 56/2014).

sono interessati della materia dei trasporti sempre ispirati al principio della concorrenza. In realtà, in tale particolare settore sono gli stessi Trattati a prevedere delle deroghe. Tali eccezioni sono accorda in virtù di una particolare categoria in cui viene ricondotto il servizio dei trasporti, vale a dire i servizi di interesse economico generale.

Prima di addivenire a questa concettualizzazione La politica comune delle origini incentrata alla creazione di un mercato comune prevedeva già, all'interno del Trattato di Roma del 1957, un'attenzione alla materia di trasporti senza tuttavia trattarla in modo specifico¹⁵⁵. Ancorché non vi fosse una disciplina di dettaglio era forte la consapevolezza dell'importanza dei trasporti essenziali per dare effettività al mercato e ben potendo essi stessi costituire un oggetto di questo¹⁵⁶.

Già nella fase primordiale dell'analisi dei trasporti il legislatore europeo era conscio del fatto che la disciplina della concorrenza non potesse trovare completa attuazione all'interno di questo settore. In particolare, sono due gli aspetti che indicano con chiarezza l'impossibilità di attuare in toto il sistema concorrenziale, da un lato gli aspetti solidaristici e dall'altro la diseconomia dell'attività di mercato. Anche gli strumenti giuridici utilizzati sono un chiaro indice di queste difficoltà trovando applicazione nel corso dei decenni Memorandum, Programmi d'azione e Libri bianchi¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Si veda l'art. 70 del TCE (oggi art. 90 del TFUE), in base al quale “gli obiettivi dei trattati sono perseguiti, per quanto riguarda la materia disciplinata dal presente titolo, nel quadro di una politica comune dei trasporti”.

¹⁵⁶ Così, da ultimo, A. Fico, *Il trasporto pubblico nell'UE: diritti, mercato e politiche di sviluppo dell'Europa che verrà*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2015, pag. 3 e ivi bibliografia citata.

¹⁵⁷ Per una rapida ricostruzione dei diversi interventi in questione, si veda A. Candido, *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Amministrazione in cammino* (www.amministrazioneincammino.luiss.it), 4.5.2014, pag. 2; nonché A. Fico, *op. cit.*, pag. 5 ss. Da ultimo, si segnala il Libro bianco del 2011 intitolato “Per uno spazio unico europeo dei trasporti”.

3. I servizi di interesse generale.

Una tipologia di servizio che ha particolarmente interessato l'UE – ovviamente oltre a i SIEG dai quali si distinguono – sono i “servizi di interesse generale”. Il libro verde nel riferirsi a tale categoria pone l'accento sul fatto che oltre a non avere un connotato economico sono direttamente connessi al benessere e alla protezione sociale¹⁵⁸.

La Commissione europea è intervenuta rispetto a tali servizi affermando: «Le norme relative al mercato interno e alla concorrenza non si applicano generalmente alle attività non economiche e non si applicano, pertanto, neppure ai servizi d'interesse generale nella misura in cui essi siano attività economiche».

La distinzione introdotta dalla Commissione non rappresenta un principio normativo unitario poiché non solo si tratta di una categoria aperta cui possono essere ricondotti servizi tra loro molto differenti, ma nemmeno la Commissione ha dettato con esattezza i profili cui attenersi per evidenziarne il riscontro¹⁵⁹.

Tuttavia, volendo notare un tratto comune con i SIEG anche tali servizi sono attratti alla disciplina dell'Unione. Sempre la Commissione però, ne evidenzia l'affievolimento della distinzione con i servizi economici ove osserva:

¹⁵⁸ Libro verde del 21 maggio 2003. Inoltre, a titolo meramente esemplificativo sono: mense, asili nido, biblioteche, beneficenza pubblica, assistenza sanitaria volontaria ecc. Si confronti anche Ingratoci Cinzia, *Note sul riparto di competenze nei collegamenti marittimi in regime di servizio pubblico*, Nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 230, in *Il Diritto marittimo*, 2014, fasc. 2-4, pp. 499-508

¹⁵⁹ Secondo parte della dottrina la distinzione di cui si discorre è considerata convenzionale. G. Marcou, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, il Mulino, Bologna, 2003, p. 324.

«la distinzione tra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere evolutivo e dinamico negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto rilevanza economica. Per un crescente numero di servizi tale distinzione è divenuta superflua»¹⁶⁰.

Se questi cenni mettono in luce quale sia stato il ruolo della Commissione in tale settore occorre rilevare sin da subito che i Trattati non hanno mai previsto disposizioni stringenti in tale settore lasciando liberi gli Stati membri di autoregolarsi. Tale posizione è inequivocabilmente confermata dal Trattato di Lisbona relativamente nel Protocollo sui servizi d'interesse generale secondo il quale: «Le disposizioni dei Trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico».

In verità, si potrebbe osservare che rispetto ai servizi di interesse generale data la particolarità dell'interesse sotteso si assiste ad una combinazione di attività tanto interna quanto dell'Unione, giacché secondo l'art. 14 del TFUE (ex art. 16 TCE introdotto nel 1997 dal Trattato di Amsterdam): «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei Trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

¹⁶⁰ Libro verde del 21 maggio 2003, paragrafo 45. Si legga anche M. CAMELLI, Ordinamento giuridico dei servizi pubblici locali, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004, p. 95 ss

Questi brevi cenni aiutano a comprendere perché il settore dei trasporti nonostante il suo primario interesse non sia considerato un servizio di interesse generale quanto piuttosto un servizio di interesse *economico* generale.

4. I servizi di interesse economico generale.

Già nel Trattato CE agli articoli 16 e 86, co. 2° e all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si faceva riferimento ai servizi di interesse economico generale. Richiamo che però già allora rimaneva privo di una qualsiasi definizione, poiché il legislatore europeo era rimasto silente sul punto¹⁶¹.

La Commissione Europea¹⁶² nel Libro verde sui servizi di interesse economico generale ne proponeva una definizione affermando

¹⁶¹ Non esiste una nozione, né una disciplina UE, di SIEG. Il diritto dell'Unione si limita a prevedere le limitazioni esterne della disciplina, demandando agli Stati membri la libertà di definirne concretamente i contenuti. La Corte “interviene soltanto per reprimere gli eventuali abusi, quando gli Stati membri pregiudicano gli interessi della Comunità” (conclusioni dell'avv. gen. Léger, presentate il 10 luglio 2001 nella causa C-309/99, Wouters, sentenza 19 febbraio 2002, in Racc., 2002, p. I-1577, punto 162). Tale controllo è limitato, ma effettivo. La Corte, infatti, non ha esitato a negare la supposta natura di interesse generale di alcuni servizi, quando ha considerato che ciò oltrepassava i limiti di tale nozione (Corte UE, 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, in Racc., 1991, p. I-5889, punto 27, e 21 marzo 1974, causa 127/ 73, BRT II, in Racc., 1974, p. 313, punto 16). Per una più approfondita disamina del problema, cfr. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, 1999, p. 279. Si legga anche *Libro verde sui servizi di interesse generale*, doc. COM (2003) 270 def., del 21 maggio 2003

¹⁶² Volendo sintetizzare l'apporto della Commissione alla definizione dei sieg è utile richiamare i provvedimenti essenziali sul tema: Comunicazione Commissione su “I servizi di interesse generale in Europa”, 11.09.1996; Comunicazione Commissione su “I servizi di interesse generale in Europa”, 19.01.2001; Libro Verde su “I servizi di interesse generale”, 21.05.2003; Libro Bianco su “I servizi di interesse generale”, 12.05.2004; Comunicazione Commissione su “I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo”. 20.11.2007; Comunicazione Commissione “Un quadro di qualità per servizi di interesse generale” , 20.12.2011. In dottrina si legga Orrù Elena, *Il ruolo del gestore aeroportuale nell'evoluzione giuridica, economica e tecnologica del settore* in *Il Diritto marittimo*, 2016, fasc. 3, pp. 449-476

che con il sintagma ci si riferirebbe a: «servizi di natura economica che, in virtù di un criterio d'interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico». In particolare, sarebbe caratterizzato oltre che dall'universalità da «la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori». Questa definizione lungi dall'apportare una convergenza di idee le moltiplica introducendo nozioni diverse che non sono in grado di riportare il concetto all'auspicata unitarietà¹⁶³.

I servizi di interesse economico generale hanno per molto tempo interessato la disciplina europea specialmente sotto il profilo applicativo, ma non solo, profili problematici si sono affermati con particolari risvolti in ambito interno. La riflessione rispetto a tali particolari servizi conduce con immediatezza alla sentenza Altmark e tanto per il tema che qui ci occupa quanto per l'importanza rispetto alla disci-

¹⁶³ Come correttamente osservato G. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M. Piliade Chiti, Bologna, 2005, pag. 108-109: «In realtà la nozione cui allude la Commissione assembla elementi appartenenti a tradizioni diverse ed enuclea un concetto tutt'altro che definito. Il principio di continuità, ad esempio, risale all'esperienza del service public ed esprime la necessità che il servizio, rispondendo a bisogni fondamentali degli utenti, sia fornito regolarmente e senza interruzioni. Per altro verso, la disciplina della tutela degli utenti, più che derivare da un concetto comunitario e legittimare un regime speciale, costituisce la conseguenza della trasformazione del rapporto di utenza in una relazione di mercato, ovvero della qualificazione giuridica della relazione che lega il fruitore all'esercente a seguito dei processi di liberalizzazione. Quanto ai principi di qualità e di accessibilità delle tariffe, appare più corretto parlare di elementi della disciplina del servizio universale, piuttosto che di elementi autonomi della nozione di servizi di interesse economico generale». Sull'argomento anche Ingratoci Cinzia, *Procedimento di formazione delle tariffe di pilotaggio e diritto di accesso* Nota a Cons. Giust. Amm. SI 9 giugno 2014, n. 310 in *Il Diritto marittimo*, 2016, fasc. 2, pp. 312-319

plina dei SIEG appare necessario ripercorrere i passaggi più importanti della stessa¹⁶⁴.

La sentenza della Corte Giustizia dell'Unione Europea, 24-07-2003, n. 280/00 meglio nota come sentenza *Altmark* prende il nome dal gestore del servizio tedesco di trasporti per l'importante questione sollevata. In particolare, con il provvedimento in esame si è trattato di svolgere un'interpretazione degli artt. 92 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87 CE) e 77 del Trattato CE (divenuto art. 73 CE) nonché del regolamento (CEE) del Consiglio 26 giugno 1969, n. 1191, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile (GU L 156, pag. 1), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 20 giugno 1991, n. 1893 (GU L 169, pag. 1). La Corte si è trovata a dover esaminare l'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile.

¹⁶⁴ Sentenza della Corte 23 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GMBH*, in *Racc.*, p. I-7747. I commenti alla sentenza sono numerosi. Si vedano, senza pretesa di esaustività, A. Sinnaeve, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *ESTAL*, 2003, p. 351 ss.; U. Schnelle, *Bidding Procedures in EC State Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans*, in *Estal*, 2003, p.411 ss.; C. Rizza, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted With the Operation of a Service of General Economic Interest: The Implications of the Forthcoming Altmark Judgment for Future State Aid Control Policy*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003, p.429 ss.; M. Sánchez Rydelski, *Compensation for Discharging Public Service Obligations: State Aid or not State Aid? - That was the Question*, in *Eur. Law Reporter*, 2003, p. 318 ss. Si legga anche, Zunarelli Stefano, *Il Regolamento (UE) n. 1177/2010 sui diritti dei passeggeri che viaggiano per mare: obblighi di vettori e di operatori dei terminali e problemi applicativi*, *Relazione tenuta al Convegno "Il trasporto marittimo passeggeri e il contratto di crociera: le novità legislative"*, Genova, 11 giugno 2012 in *Il Diritto marittimo*, 2012, fasc. 3, pp. 779-785

L'impresa fornitrice del servizio aveva avuto concessioni relative a servizi di linea su autobus in una determinata zona della Germania cui erano seguite sovvenzioni pubbliche per l'esecuzione dei suddetti servizi. Pertanto, nel caso di specie si poneva il problema del contrasto con l'art. 92, n. 1, del Trattato CE secondo il quale: «Salvo deroghe contemplate dal presente Trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza¹⁶⁵».

Divieto, che però in ragione del particolare settore di riferimento non trovava un'applicazione così stringente grazie alla disciplina speciale. Tuttavia, ancorché fossero previste delle norme atte all'applicazione di una deroga con conseguente disapplicazione del divieto di aiuti di Stato, questa non poteva sfociare nell'arbitrarietà.

Le deroghe riguardavano da un lato l'art. 74 del Trattato CE (divenuto art. 70 CE) secondo il quale gli Stati debbono perseguire una politica comune dei trasporti e dall'altro l'art. 77 del Trattato CE, secondo il quale, gli aiuti richiesti tanto dalle necessità del coordinamento dei trasporti quanto corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio sono compatibili con il Trattato.

La Corte sottolinea nella parte iniziale della sentenza la difficoltà di districarsi all'interno della molteplicità di disposizioni che spesso presentano concetti aperti come il servizio pubblico richiamato dal

¹⁶⁵ Zunarelli Stefano, *Il Libro Bianco sui trasporti: elementi di novità e di continuità della politica dell'Unione europea nel settore dei trasporti in Diritto dei trasporti*, 2002, fasc. 2, pp. 463-471

regolamento n. 1191/69¹⁶⁶. È proprio in questo stesso regolamento che viene descritta la compensazione. Istituto che alle volte induce a ritenere la sussistenza dell'aiuto ed altre volte lo esclude.

Delineato il quadro europeo dei trasporti la Corte prosegue la sua indagine soffermandosi dapprima ad attestare la sussistenza di un regime di concessioni e poi opera un distinguo tra il trasporto inteso quale servizio pubblico e il trasporto gestiti in autonomia finanziaria. Rispetto all'attività della Altmark si poneva il problema del "suo stato di salute" economica poiché, senza le compensazioni non sarebbe stata in grado di fornire il servizio.

Infatti, le questioni sollevate dal giudice tedesco in via del tutto sintetica riguardavano:

¹⁶⁶ L'art. 1 di tale regolamento dispone: «1. Il presente regolamento si applica alle imprese di trasporto che forniscono servizi nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Gli Stati membri possono escludere dal campo di applicazione del presente regolamento le imprese la cui attività è limitata esclusivamente alla fornitura di servizi urbani, extraurbani o regionali. 2. Ai sensi del presente regolamento, si intende per: - servizi urbani ed extraurbani, servizi di trasporto che soddisfano le esigenze di un centro o di un agglomerato urbano e quelle del trasporto fra detto centro o agglomerato e la rispettiva periferia; - servizi regionali, servizi di trasporto destinati a soddisfare le esigenze di trasporto di una regione. 3. Le competenti autorità degli Stati membri sopprimono gli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico, definiti dal presente regolamento, imposti nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. 4. Per garantire servizi di trasporto sufficienti tenendo conto segnatamente dei fattori sociali, ambientali e di assetto del territorio o per offrire particolari condizioni tariffarie a favore di determinate categorie di passeggeri le competenti autorità degli Stati membri possono concludere contratti di servizio pubblico con un'impresa di trasporto. Le condizioni e le modalità di tali contratti sono definite nella sezione V. 5. Tuttavia, le competenti autorità degli Stati membri possono mantenere o imporre gli obblighi di servizio pubblico di cui all'articolo 2 per i servizi urbani, extraurbani e regionali di trasporto di passeggeri. Le condizioni e le modalità, compresi i metodi di compensazione, sono definiti nelle sezioni II, III e IV. (...) 6. Inoltre le autorità competenti di uno Stato membro possono non applicare i paragrafi 3 e 4, nel settore dei trasporti di passeggeri, alle tariffe ed alle condizioni di trasporto imposti a favore di una o più categorie sociali particolari».

a) se i contributi economici nel settore dei trasporti pubblici locali fossero vietati;

b) se la concreta situazione e le dimensioni del rispettivo territorio coperto dai trasporti a carattere locale possa avere una qualche rilevanza;

c) la possibilità per il legislatore nazionale di consentire le sovvenzioni pubbliche destinate a ripianare il passivo nel settore dei trasporti pubblici di persone a carattere locale.

Il giudice interno, infatti, non ravvisava alcun contrasto tra le compensazioni effettuate con il diritto interno. Il problema che l'organo giudicante si poneva era bensì la compatibilità dei finanziamenti con le disposizioni comunitarie. In altri termini, il giudice si è interrogato sulla possibilità che le sovvenzioni economiche possano alterare gli scambi tra i paesi membri e che quindi possano falsare la concorrenza.

In merito a tale questione la Altmark sosteneva che dovendosi tenere conto dell'importo delle sovvenzioni – da considerarsi esiguo rispetto all'attività prestata – e le modalità in cui il servizio venisse reso, trattandosi di trasporti gestiti a livello locale, i finanziamenti non dovevano considerarsi vietati, ma anzi del tutto leciti in ragione della particolarità della prestazione.

Parere contrario esprimeva la Commissione, osservando che in ben otto Stati membri, fin dal 1995, erano stati già avviati diversi mercati di trasporto urbano, extraurbano o regionale alla concorrenza di imprese di altri Stati membri e che esistevano diversi esempi di imprese di trasporto di uno Stato membro che esercitavano attività in un altro. Tale apertura del mercato in alcuni dei suddetti Stati secondo la Commissione rappresenterebbe l'indice della sussistenza di operazioni economiche tra i vari Stati membri.

La Corte interviene al riguardo rilevando la sussistenza di un contrasto applicativo giacché le concessioni di servizi di trasporto che per il loro esercizio necessitano di sovvenzioni pubbliche potevano essere assoggettate sia al regime dell'autonomia finanziaria sia a quello del servizio pubblico. Questo meccanismo aveva prodotto un proliferarsi di incertezze applicative nell'ambito giuridico applicativo che doveva essere sanato.

Già nel caso *Ferring*¹⁶⁷ si era affermato un principio importante secondo cui: “il finanziamento statale di servizi pubblici non costituisca un aiuto ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato se i vantaggi conferiti dalle autorità pubbliche non eccedono i costi sostenuti per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico... una sovvenzione pubblica che compensi semplicemente il costo sostenuto per l'assolvimento dei servizi pubblici che sono stati imposti non procurerebbe alcun effettivo vantaggio all'impresa beneficiaria. Inoltre, in un siffatto caso, la concorrenza non sarebbe falsata in quanto ogni impresa potrebbe beneficiare della sovvenzione pubblica a condizione di fornire i servizi pubblici imposti dallo Stato.”

Per la risoluzione del caso la Corte chiarisce che l'argomento dell'ambito operativo svolto rispetto ad un territorio circoscritto non è idoneo di per sé a far ritenere aprioristicamente esclusa la sussistenza degli aiuti di Stato. Pertanto, tale affermazione non è un argomento va-

¹⁶⁷ Con la sentenza *Ferring*- CGCE, del novembre 2001, è stato introdotto il principio alla stregua del quale le attribuzioni economica devolute dallo Stato alle imprese e volte a realizzare una compensazione delle spese supplementari di cui l'impresa è onerata relativamente agli obblighi di servizio pubblico (precedentemente considerati aiuti e, pertanto assoggettate al controllo preventivo della Commissione europea), non avrebbero dovuto più essere comunicate, poiché questo genere di finanziamenti ben potevano essere elargiti ai soggetti interessati direttamente e senza il rischio incorrere in sanzioni. In particolare, la Corte già con questa pronuncia giunge a ritenere di non accogliere il principio secondo cui i tali attribuzioni economiche connesse alla fornitura di servizi di interesse economico generale costituiscono aiuti di Stato e come tali obbligati al controllo preventivo della Commissione.

lido ben potendo anche la prestazione svolta in un determinato ambito circoscritto falsare in misura rilevante la concorrenza. Di contro viene osservato che l'aiuto di Stato sussiste se l'impresa che lo riceve realizza un vantaggio indipendentemente dalla forma che esso assuma. In sostanza, vi sono alcune compensazioni vietate e altre consentite con l'avverarsi di alcune condizioni. Gli aiuti di stato consentiti costituiscono la contropartita delle prestazioni svolte dalle imprese beneficiarie per la realizzazione di determinati obblighi di servizio pubblico, in tali circostanze le imprese "non traggano, in realtà, un vantaggio finanziario e che il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocare tali imprese in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato".

Pertanto, come chiaramente emerge dall'analisi in discorso la vera protagonista tra le Istituzioni Europee nell'ambito definitorio del concetto di SIEG è stata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

È, infatti, la corte nel caso in esame che giunge a dettare le linee guida per la definizione del concetto di servizio economico generale, riscontrato il quale determinati finanziamenti non sono vietati. La Corte nella sentenza *Altmark* applicando il metodo della compensazione – ed estendendo principi quali: trasparenza, minima distorsione del mercato, non discriminazione e proporzionalità – ha permesso che i costi dell'impresa siano coperti dalle risorse dello Stato. In altri termini la sentenza *de quo* a certe condizioni consente che una deroga al divieto di aiuti di Stato¹⁶⁸.

Le quattro condizioni sono le seguenti:

¹⁶⁸ Corte di Giustizia, sentenza 24 luglio 2003, causa c-280/00.

1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, chiaramente definiti;

2) i parametri per il calcolo della compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente;

3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per compensare (interamente o in parte) gli oneri di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole;

4) la scelta dell'impresa incaricata del servizio pubblico va effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività; in assenza di siffatta procedura, l'ammontare della compensazione va determinato con riferimento ai costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi, tenuto conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole.

Tuttavia, seppure le quattro condizioni sono state considerate una vera e propria pietra miliare, la pronuncia non ha risolto i problemi definitivi che anche di recente si sono presentati.

La difficoltà di riscontrare le condizioni in discorso, tutte e quattro congiuntamente, ha indotto il legislatore europeo ad intervenire più di recente in argomento. Infatti, l'11 gennaio 2012 venivano pubblicate in Gazzetta Ufficiale UE le nuove disposizioni europee inerenti agli aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio di interesse economico generale (SIEG), adottate dalla Commissione il 20 dicembre 2011 ed applicabili a partire dal 31 gennaio 2012. Tale intervento che viene definito "Pacchetto SIEG" dirime alcuni aspetti problematici della disciplina dei SIEG, in primo luogo cosa si intenda per aiuto di Stato,

secondariamente prevede le condizioni per le quali gli aiuti di Stato tesi a compensare gli oneri sofferti dalle imprese prestatrici di SIEG possano essere considerati compatibili con l'art. 106, par. 2, TFUE.

Occorre notare poi, che il Pacchetto introduce un'importante novità laddove prevede che gli aiuti di Stato di lieve entità elargiti alle imprese che forniscono SIEG non debbono essere considerati aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE.

Del resto però anche il Pacchetto non chiude il cerchio poiché ancora una volta non viene detto cosa debba intendersi con l'espressione "servizi di interesse economico generale", tuttavia ne chiarisce alcuni profili¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Volendo rintracciare una definizione efficace appare condivisibile quanto affermato da una parte della dottrina secondo cui: "La nozione di "servizi di interesse economico generale", utilizzata nel Trattato della Comunità Europea (TCE), poi nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), non è oggetto di definizione come non lo è nella normativa derivata; nella prassi comunitaria il concetto di "servizio di interesse economico generale" riguarda, in particolare, alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali, come detto, i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di "servizio pubblico"; questo, tuttavia, è variamente definito nelle legislazioni nazionali. In alcuni casi, il "servizio pubblico" (SP) o "pubblico servizio" viene qualificato tale quando questo è offerto alla collettività; in altri casi quando al servizio viene attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico ed in altri ancora con riferimento alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio". F. Pontani, *Unbundling (la separazione economico-giuridica nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Digesto online*, in www.pluris.it, 2012

5. Il concetto di servizio pubblico

La necessità di prevedere una disciplina specifica in ordine al trasporto pubblico presenta i suoi primi cenni ancor prima dell'avvento della Costituzione e dell'ingresso nell'Unione. A tal proposito almeno un breve sguardo deve essere volto all'art. 1679 c.c., rubricato "pubblici servizi di linea", che seppure in un'ottica diversa già prestava attenzione al concetto di servizio pubblico¹⁷⁰. L'articolo in parola prevede: «Coloro che per concessione amministrativa esercitano servizi di linea per il trasporto di persone o di cose sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico. I trasporti devono eseguirsi secondo l'ordine delle richieste; in caso di più richieste simultanee, deve essere preferita quella di percorso maggiore. Se le condizioni generali ammettono speciali concessioni, il vettore è obbligato ad applicarle a parità di condizioni a chiun-

¹⁷⁰ È bene precisare che ancorché in questa fase del pensiero giuridico ancora non vi era la concezione odierna di diritto amministrativo quale particolare settore del diritto pubblico è di tutto interesse un simile tentativo di disciplinare tale materia nell'ambito del codice civile.

que ne faccia richiesta. Salve le speciali concessioni ammesse dalle condizioni generali, qualunque deroga alle medesime è nulla, e alla clausola difforme è sostituita la norma delle condizioni generali».

Dalla lettura della norma, emerge da subito una trattazione congiunta delle diverse tipologie di trasporto venendo richiamate sia le persone sia le cose. In particolare il riferimento specifico ai trasporti di linea riguarda un'attività periodica e preventivamente concordata¹⁷¹. Inoltre, come correttamente osservato nella disposizione sono ravvisabili delle analogie con l'art. 2597 che si riferisce all'impresa esercitata in condizioni di monopolio, occorre rilevare che però non ogni concessione di linea è esercitata in regime di monopolio¹⁷². Inoltre, una parte della dottrina più risalente sosteneva che l'obbligo di prestazione del servizio non fosse connesso al regime di monopolio dovendosi prescindere da questo rintracciano la sua ratio in altri presupposti¹⁷³.

In merito all'ambito applicativo di tale norma se ne è osservata la portata estensiva e non restrittiva essendo riscontrabile anche a quei servizi gestiti in via diretta dallo Stato o da quegli enti pubblici che per le loro peculiarità possono concedere direttamente ad altri il servizio¹⁷⁴.

Quanto agli obblighi, espressamente previsti in capo al concessionario, il legislatore è stato chiaro affermando: *sono obbligati ad*

¹⁷¹ Sulla nozione stessa di servizio pubblico, con riguardo all'attività di trasporto, A. D'Alessio, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003, 161.

¹⁷² Gonnelli, Mirabelli, *Trasporto* (dir. priv.), in *ED*, XLIV, Milano, 1992, 1168.

¹⁷³ Libertini, Sanfilippo, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 482; contra, Asquini, *Trasporto* (in genere), in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, 569; Mirabelli, *Dei singoli contratti. Del trasporto*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 3, 3a ed., Torino, 1991, 474.

¹⁷⁴ Silingardi, *L'impresa esercente un servizio pubblico di trasporto*, in *Silingardi* (a cura di), *Il contratto di trasporto*, Milano, 1997, 207.

accettare le richieste di trasporto. Nell’ottica dei redattori del codice l’obbligo di accettare – rectius l’obbligo di contrarre – era considerato il giusto onere gravante in capo al prestatore di servizio.

Quanto alla qualificazione del servizio offerto, «è stato affermato che il vettore di linea, offrendo la propria attività di trasporto con tariffe ed orari predeterminati, si pone dinnanzi al pubblico come “offerente”, secondo lo schema delineato dall’art. 1336. Tale offerta soddisferà le richieste nei limiti della compatibilità con i mezzi ordinari dell’impresa, per individuare i quali dovrà farsi riferimento allo “svolgimento normale del servizio”»¹⁷⁵.

Lo svolgimento di questi brevi cenni è utile a comprendere come già in epoca fascista l’ordinamento fosse interessato alla regolamentazione dei servizi di trasporto pubblico. Come noto, negli anni la disciplina è inesorabilmente variata essendo mutate tanto le esigenze strutturali quanto il mercato di riferimenti e ancora il concetto stesso di qualificazione giuridica dei trasporti.

Prima della modifica al Titolo V della Costituzione e prima che le disposizioni contenute all’interno dei Trattati trovassero una vivida applicazione la disciplina di riferimento era costituita dal d.lgs. n. 422/1997.

In materia di trasporti, la normativa ha introdotto un’interessante innovazione attribuendo alle Regioni un ruolo di primaria importanza sia in ambito regionale stesso sia a livello locale. In particolare, l’art. 14, comma 2° del d.lgs. n. 422/1997, prevede a tal riguardo che: «nell’esercizio dei compiti di programmazione, le regioni: a) definiscono gli indirizzi per la pianificazione dei trasporti locali ed in particolare per i piani di bacino; b) redigono i piani regionali dei trasporti e loro aggiornamenti tenendo conto della programmazione degli

¹⁷⁵ Così sub art. 1679, a cura della redazione, in *www.pluris.it*

enti locali [...] in connessione con le previsioni di assetto territoriale e di sviluppo economico e con il fine di assicurare una rete di trasporto che privilegi le integrazioni tra le varie modalità favorendo in particolar modo quelle a minore impatto sotto il profilo ambientale”.

Quanto ai trasporti locali poi, le Regioni sono onerate di predisporre dei piani triennali per il trasporto pubblico locale all'interno dei quali, conformemente a quanto previsto dal medesimo decreto all'art. 14, comma 3° siano specificatamente individuate:

a) la rete e l'organizzazione dei servizi; b) l'integrazione modale e tariffaria; c) le risorse da destinare all'esercizio e agli investimenti; d) le modalità di determinazione delle tariffe; e) le modalità di attuazione e revisione dei contratti di servizio pubblico; f) il sistema di monitoraggio dei servizi; g) i criteri per la riduzione della congestione e dell'inquinamento ambientale.

Nell'ambito del medesimo decreto, il legislatore ha consentito alle Regioni di delegare il servizio di trasporto pubblico locale agli enti locali. Tale delega però non può avvenire indiscriminatamente dovendosi tenere conto della previsione costituzionale secondo cui deve essere comunque rispettata – qualora sia richiesto dalla natura del servizio – l'unitarietà dell'esercizio a livello regionale.

Con questa normativa il potere dello Stato, quale organo centrale, viene residuo da un lato al finanziamento dei servizi di trasporto pubblico locale e dall'altro alla sottoscrizione di accordi internazio-

nali relativi a servizi di trasporto transfrontalieri, sicurezza dei trasporti, linee guida e principi volti alla tutela ambientale¹⁷⁶.

È interessante notare come il decreto legislativo in discorso recepisca la struttura giuridica di affidamento del servizio prevista dai Trattati abbandonando l'obsoleto regime di concessione in forma monopolistica e contestualmente offrendo le seguenti possibilità di scelta ispirate a principi di concorrenzialità. Tra i sistemi: a) gara pubblica;¹⁰ b) gestione *in house*; c) affidamenti diretti sotto determinate soglie.

Quanto poi alla modifica del Titolo V, essa non ha introdotto una disciplina che direttamente si è occupata della materia dei trasporti pubblici. Quanto poi alla modifica del Titolo V, introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, essa non ha introdotto una competenza esclusiva, nella materia dei trasporti pubblici, limitandosi a sancire una competenza concorrente di Stato e Regioni in alcuni settori¹⁷⁷.

Le materie interessate alla competenza residuale delle Regioni sono sia ai “porti e aeroporti civili”, sia alle “grandi reti di trasporto e

¹⁷⁶ Cfr. l'art. 4 del d.lgs. n. 422/1997. Oltre, naturalmente, alla competenza in materia di trasporti pubblici di interesse nazionale, puntualmente identificati dall'art. 3 del d.lgs. n. 422/1997: “i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione e dei servizi elicotteristici; b) i servizi di trasporto marittimo, ad eccezione dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito di una regione; c) i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale, con esclusione di quelli transfrontalieri, e le linee interregionali che collegano più di due regioni; d) i servizi di trasporto ferroviario internazionali e quelli nazionali di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati *standards* qualitativi [...]; e) i servizi di collegamento via mare fra terminali ferroviari; f) i servizi di trasporto di merci pericolose, nocive ed inquinanti”.

¹⁷⁷ Per un'analisi della complessa collocazione della materia “trasporti” dopo la riforma del Titolo V della Costituzione si veda A. Claroni, *Le politiche pubbliche regionali nel settore dei trasporti*, in *Le Regioni*, 2014, pag. 661 ss.

di navigazione” ove è pacifica la possibilità di un intervento indiretto da parte dello Stato.

Si è detto che la riforma del Titolo V non si è occupata direttamente di trasporti, ad ogni modo la competenza esclusiva dello Stato in altre materie ha il potere di incidere significativamente in tale settore. Un esempio che è utile mettere sin da ora in rilievo è la competenza esclusiva dello Stato per quanto concerne la concorrenza.

È l'articolo 117, comma 2° lett. e) Cost. ad occuparsi di essa ed è chiara la sua influenza rispetto alle modalità di affidamento e gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. Un altro caso di competenza esclusiva dello Stato idonea ad influenzare è la tutela dell'ambiente¹⁷⁸, come anche il rispetto dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Concludendo, il settore dei trasporti ha una portata espansiva che si estende a moltissimi interessi tanto attuali quanto potenziali, pertanto, oltre a delle discipline specifiche di riferimento sono necessa-

¹⁷⁸ Infatti, tenendo conto delle conseguenze negative che le emissioni provocano sull'ambiente è di tutta evidenza la necessità di operare un bilanciamento di interessi.

rie delle disposizioni che garantiscano un congruo bilanciamento di interessi¹⁷⁹.

Quanto agli enti locali il d.lgs. n. 216/2010 se ne è occupato ed ha individuato il compito in capo a questi di individuare degli *standard* e alcune funzioni fondamentali nell'ambito della viabilità e dei trasporti. È interessante notare che a seguito dell'introduzione del d.l. 95/2012 si riconosce ai Comuni anche di occuparsi dell'“organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di

¹⁷⁹ Sul tema è intervenuta la Corte Costituzionale in più occasioni, la fondamentale sent. n. 272/2004 ha introdotto un principio di primario interesse affermando che: “La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi “privi di rilevanza economica” previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al Giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di Giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale”.

ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale”¹⁸⁰.

I temi richiamati sono il frutto di un approdo normativo e giurisprudenziale che ha interessato l’Italia non solo come Stato, ma anche in quanto parte integrante e membro attivo nell’ambito dell’Unione Europea. Infatti, i trattati si sono interessati della materia dei trasporti sempre più in riferimento al principio della concorrenza. In realtà, in tale particolare settore sono gli stessi Trattati a prevedere delle deroghe. Tali eccezioni sono accordate in virtù di una particolare categoria in cui viene ricondotto il servizio dei trasporti, vale a dire i servizi di interesse economico generale.

Prima di addivenire a questa concettualizzazione la politica comune delle origini, incentrata sulla creazione di un mercato comune prevedeva, già all’interno del Trattato di Roma del 1957, un’attenzione alla materia di trasporti senza tuttavia trattarla in modo specifico¹⁸¹. Ancorché non vi fosse una disciplina di dettaglio era forte la consapevolezza dell’importanza dei trasporti essenziali per dare effettività al mercato ben potendo essi stessi costituire un oggetto di questo¹⁸².

¹⁸⁰ Al riguardo si veda l’art. 19.1 lett. a) del d.l. n. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012. Le innovazioni legislative hanno mantenuto la competenza delle Province – ancorché sostituite dalle città metropolitane – della pianificazione dei servizi nell’ambito territoriale di competenza (cfr. l’art. 1.85 lett. b) della legge n. 56/2014).

¹⁸¹ Si veda l’art. 70 del TCE (oggi art. 90 del TFUE), in base al quale “gli obiettivi dei trattati sono perseguiti, per quanto riguarda la materia disciplinata dal presente titolo, nel quadro di una politica comune dei trasporti”.

¹⁸² Così, da ultimo, A. Fico, *Il trasporto pubblico nell’UE: diritti, mercato e politiche di sviluppo dell’Europa che verrà*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 7/2015, pag. 3 e ivi bibliografia citata.

Già nella fase primordiale dell'analisi dei trasporti il legislatore europeo era conscio del fatto che la disciplina della concorrenza non potesse trovare completa attuazione all'interno di questo settore. In particolare, sono due gli aspetti che indicano con chiarezza l'impossibilità di attuare in toto il sistema concorrenziale, da un lato gli aspetti solidaristici e dall'altro la diseconomia dell'attività di mercato. Anche gli strumenti giuridici utilizzati sono un chiaro indice di queste difficoltà trovando applicazione nel corso dei decenni Memorandum, Programmi d'azione e Libri bianchi¹⁸³.

5. Gli obblighi di servizio pubblico.

6. Gli obblighi di servizio pubblico.

Negli anni '90 era particolarmente sentita la problematica dei servizi pubblici, infatti, anche tra gli Stati membri si cercava di addivenire alla garanzia di *standard* qualitativi dei servizi di volta in volta introdotti nel mercato. Tale esigenza era nata da una prassi alla stregua della quale gli Stati membri utilizzavano il *nomen iuris* di servizio pubblico per sottrarre la prestazione di riferimento all'integrale applicazione dei Trattati¹⁸⁴. In altre parole, la necessità di definire i contorni del significato di servizio pubblico era direttamente collegata alla garanzia di fornire un servizio medio che rispondesse anche ai requisiti di unifor-

¹⁸³ Per una rapida ricostruzione dei diversi interventi in questione, si veda A. Candido, *Autonomie e diritto ai trasporti pubblici locali*, in *Amministrazione in cammino* (www.amministrazioneincammino.luiss.it), 4.5.2014, pag. 2; nonché A. Fico, *op. cit.*, pag. 5 ss. Da ultimo, si segnala il Libro bianco del 2011 intitolato "Per uno spazio unico europeo dei trasporti".

¹⁸⁴ *L'Union Européenne et les services d'utilité publique*, pubblicazione a cura dell'I.S.U.P.E. (Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe), 1995. Si veda anche Orrù Elena, *Obblighi e contratti di servizio pubblico nel trasporto locale di passeggeri su strada alla luce della sistematica del diritto europeo dei trasporti* in *Il Diritto marittimo*, 2015, fasc. 2, pp. 293-317

mità indipendentemente dal luogo della prestazione. Questo obiettivo volto a sganciare la qualità del servizio al fornitore è uno degli emblemi del concetto di mercato unico sempre più teso a garantire uniformità.

Questo tema particolarmente sentito sul finire del secolo scorso non è stato trascurato dalla dottrina e nemmeno dalle Istituzioni Europee.

La letteratura giuridica che si è interessata al tema ha posto l'accento sul Trattato istitutivo CEE e le singole discipline di settore.

Un primo problema che si poneva riguardava il significato stesso del sintagma "servizio pubblico", questione portata alle estreme conseguenze contando che ogni ordinamento ha un concetto diverso di servizio pubblico. La nozione in ambito europeo, che è stata prescelta, tiene in particolare considerazione il significato francese – che a differenza di altri istituti giuridici – differisce in particolare modo da quello italiano¹⁸⁵.

La definizione francese è unitaria definita in termini generali con la configurazione di tutti i suoi elementi. Tale operazione, invece, nell'ordinamento italiano non è nemmeno pensabile, poiché come correttamente osservato «non ha un contenuto tipico e non è giuridicamente utilizzabile in termini generali; manca un testo unico che contiene i connotati minimi del servizio pubblico, essendo molteplici e variegate le definizioni desumibili dalle diverse discipline di settore»¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1993, 329 e ss.

¹⁸⁶ F. Armenante, *I servizi pubblici nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. It.*, 1997, 5. Sul concetto di servizio pubblico nel diritto italiano, cfr. Cattaneo, voce «*Servizi pubblici*», in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 355 e ss.; Ciriello, voce «*Servizi pubblici*», in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, 1990, 1 e ss. Leggi anche Ingratoci Cinzia, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio pubblico nel settore dei trasporti*, Nota a TAR PI - Torino sez. II 10 giugno 2010, n. 2750 in *Diritto dei trasporti*, 2011, fasc. 3, pp. 960-967

Con l'istituzione della Comunità è emersa l'impossibilità di poter rintracciare un unico significato di servizio pubblico essendo state prospettate dai vari Paesi soluzioni assolutamente oscillanti. Alla fine la strada privilegiata fu quella di assecondare il modello francese che presuppone un collegamento tra l'attività economica e l'interesse generale. In ragione di questi obblighi, il concessionario è onerato del dovere di esercizio e di trasporto. Più nel dettaglio, la sussistenza dell'obbligo di esercizio comporta che esso venga svolto osservando sia la continuità sia la regolarità; per quanto concerne l'obbligo di trasporto esso significa che il concessionario non può rifiutarsi di prestare il servizio tanto rispetto alle persone quanto relativamente alle merci. Prestazione che comunque deve avvenire nel rispetto delle condizioni dei prezzi predefiniti dall'Autorità di riferimento. Introdurre obblighi significa limitare l'esercizio dell'impresa per cui già in questa fase era evidente la necessità di effettuare un bilanciamento di interessi tra servizio pubblico e libertà di concorrenza.

Non solo, l'effettività di realizzare un servizio pubblico ha particolarmente interessato la giurisprudenza della Corte di Giustizia che in più occasioni si è interessata della diretta applicazione e disapplicazione di concetti giuridici elaborati dai singoli Stati Membri. Infatti, senza anticipare ciò che si dirà relativamente ai servizi pubblici di interesse generale – all'interno dei quali è ricompreso il trasporto pubblico – occorre rilevare che è stata la Corte di Giustizia a partire dalla nota sentenza *Altmark* a definire un quadro tanto di riscontro degli elementi essenziali per ravvisarli quanto per definirne l'ambito applicativo.

Riprendendo più da vicino il mutamento introdotto dall'Unione nell'ambito dei servizi pubblici occorre osservare cosa ciò abbia comportato. I profili di netto mutamento sono essenzialmente due, da un lato la disciplina che inizialmente era attribuita in via esclusiva al singolo Stato diviene di competenza dell'unione, e dall'altro cambiano completamente le modalità con cui il servizio viene eseguito.

Questo cambiamento ha portato all'abbandono del sistema monopolistico fondato sull'attribuzione diretta in capo al concessionario sostituito dal regime concorrenziale. In estrema sintesi l'idea era quella secondo cui la libera concorrenza avrebbe garantito efficienza e trasparenza, giacché la competitività tra i prestatori li avrebbe indotti alla realizzazione di un servizio migliore.

CAPITOLO VI

IL QUADRO EUROPEO DELLA MOBILITA'

1. Un diritto riconosciuto: diritto soggettivo o semplice interesse.

Come accennato nei capitoli precedenti, le costituzioni nazionali non si riferiscono ad un diritto alla mobilità e neppure la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, prediligendo le stesse la previsione e la tutela della libertà di circolazione e di soggiorno¹⁸⁷. Quando si parla di mobilità si fa riferimento ad una capacità di spostamento delle persone nello spazio fisico dentro un'unica legislazione, ovvero attraverso legislazioni diverse. Ad essa fanno da *pendant* particolari situazioni giuridiche che vengono regolamentate dal diritto nazionale ed europeo.

Nel diritto europeo la libertà di circolazione viene prevista dall'art. 21 TFUE che, come detto, si applica con effetto diretto, fatti salve le specifiche situazioni nelle quali il Trattato disponga diversamente, come per esempio nell'art. 45

Il TFUE, dopo averne definito il contenuto, stabilisce in diverse disposizioni le azioni dell'Unione volte ad assicurare la mobilità dei cittadini:

- art. 162 sul fondo sociale europeo che ha lo scopo di promuovere all'interno dell'Unione le possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori e facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali e ai cambiamenti dei sistemi di

¹⁸⁷ Sulle libertà nel progresso storico e geografico compiuto dal costituzionalismo G.F. Ferrari, *Le libertà, Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011

produzione, in particolare attraverso la formazione e le riconversione professionale;

- art. 165 co. 2 in materia di istruzione, “l’azione dell’Unione è intesa a favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, promuovendo tra l’altro il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio;

- art. 166 co. 2 in materia di formazione professionale, per cui si intende l’attività dell’Unione destinata a facilitare l’accesso alla formazione professionale e a favorire la mobilità degli istruttori e delle persone in formazione e in particolare dei giovani;

- art. 180 lett. d) in materia di ricerca, per cui l’Unione deve svolgere attività che diano impulso alla formazione e alla mobilità dei ricercatori dell’Unione.

Come ben presente, le disposizioni in esame sono riferite alle categorie specifiche di studenti e lavoratori e che costituiscono le premesse e la base per la costruzione dello status di cittadino europeo. alcune norme poi fanno regolamentano espressamente la mobilità sanitaria, quella degli studenti e dei lavoratori, dei soggetti non attivi, dei pensionati e dei cittadini. Si fa in quest’ultimo caso, riferimento alle tre direttive che negli anni novanta sono state emanate dal Consiglio che hanno esteso la libertà di circolazione e soggiorno anche ai pensionati, agli studenti e alle persone inattive¹⁸⁸. In tutta questa normativa ciò che maggiormente viene tutelato è l’interesse di muoversi in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere.

La legislazione sulla mobilità tende all’affermazione del principio destinato ad influenzare il legislatore e allo stesso tempo da norme che

¹⁸⁸ rispettivamente la dei 1990/365/CEE; 28/06/1990 in GUCE I 180, 13.7.1990

disciplinano una specifica situazione soggettiva¹⁸⁹. In taluni casi la situazione soggettiva diviene un vero e proprio diritto soggettivo alla mobilità che si trasforma in una libertà ovvero in una pretesa del suo titolare. In altri casi, invece si è solamente riconosciuta l'esistenza di un interesse legittimo, come nella materia della mobilità sanitaria, come meglio si vedrà nel capitolo ad essa dedicato¹⁹⁰.

2. Il diritto al trasporto: normativa e prospettive

La libertà di circolazione regolata dall'art. 16 Costituzione è stato prevalentemente analizzato sotto il profilo della garanzia della libertà di circolazione verso le limitazioni del potere pubblico. Nello stesso solco si è insediata la legislazione europea che interpreta in senso restrittivo i limiti imposti dall'autorità pubblica e, allo stesso tempo in senso ampio, il contenuto della libertà stessa.

Una dottrina meno concedente intravede nella norma costituzionale una garanzia della persona, o più esattamente, del cittadino previsto dalla dizione della stessa, e non invece una pretesa, ovverosia la pressione dei mezzi, che ne consentano l'esercizio effettivo del diritto di spostarsi da un luogo ad un altro¹⁹¹. Una visione più aperta, partendo dall'assunto che è compito del legislatore assicurare l'eguaglianza del diritto, spetta allo stesso l'obbligo rimuovere tutti gli ostacoli al suo

¹⁸⁹ il principio per cui l'Unione tende ad affermare la mobilità degli studenti, art. 168 c.2 TFUE; il diritto alla compensazione pecuniaria per il passeggero che sia stato esposto ad un disservizio del trasporto aereo, art. 7 regolamento CE, n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 in GUUE L.046 17.02.2004 1

¹⁹⁰ L. Rosa. Bian, Le cure e gli interventi sanitari eseguiti all'estero tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, in *Giur. Merito*, 2012 3.722 e ss.

¹⁹¹ contrario a includere la tutela dei mezzi nell'art. 16 A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale II, Padova, CEDAM 1988, 262

esercizio per assicurare la realizzazione del diritto in maniera conforme alle esigenze e agli sviluppi tecnici del nostro tempo¹⁹².

Vi è ancora un'interpretazione più favorevole secondo la quale il contenuto del diritto costituzionale è il presupposto per affermare il diritto sociale alla mobilità¹⁹³ la cui affermazione è il modo per la realizzazione del principio personalistico, garantito dagli artt. 2 e 16 della Carta¹⁹⁴.

Oltre alla tutela della persona, la libertà di circolazione è connessa, come si è visto, anche alle libertà economiche che rappresentano il fondamento storico del diritto ed il mezzo per la sua realizzazione. Relativamente al ruolo dello Stato in economia è necessario che esso assicuri sia le esigenze di programmazione e di sviluppo che il soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona in maniera coerente con la loro dilatazione. In questa cornice i servizi pubblici essenziali previsti dall'art. 43 Costituzione sono lo strumento che lega i rapporti economici con i diritti fondamentali che dovranno essere calibrati non solo per assicurare l'interesse individuale, ma anche quelli di carattere collettivo.

La legislazione italiana ha recepito questo principio nella legge n. 146 del 1990 contenente norme sull'esercizio del diritto di sciopero

¹⁹² G. Amato, Art. 16 commentario Branca, fondato da G.Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, N. Zanichelli, Roma, Soc ed del Foro italiano, 1977, 101.

¹⁹³ P. Ciarlo, La mobilità delle persone tra libertà e diritti costituzionalmente garantiti, in L. Tullio, M Deiana, cur, Continuity territoriale e servizio di trasporto marittimo, atti del convegno di Cagliari, 30 giugno 1 luglio 2000 Cagliari ISDIT, 2001 31

¹⁹⁴ G. Ribaldi Baccelli, Per un inquadramento sistematico del diritto della persona ad trasporto pubblico, in Riv. Dir. Civ. 1991, 21 e ss; Id La mobilità come diritto fondamentale della persona in AA.VV., Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo, atti del convegno di Sassari -Alghero 15-16 ottobre 1999, Torino, Giappichelli, 2002

nei servizi pubblici essenziali¹⁹⁵. Il tema fondamentale è la continuità dei servizi essenziali come irrinunciabile strumento per la tutela dei diritti costituzionali.

In questo scenario è evidente che la materia del trasporto costituisce un mezzo per l'affermazione dello sviluppo della persona sempre più rilevante come anche riconosciuto dal legislatore. Tra le forme di trasporto i servizi di linea hanno natura di servizio pubblico, indipendentemente dalle condizioni di traffico, in quanto finalizzate ad assicurare con regolarità e continuità il godimento del diritto fondamentale dei cittadini alla mobilità¹⁹⁶.

Lo statuto del cittadino viaggiatore viene stabilito direttamente dal legislatore nel prevedere norme che assicurano il rimborso e il risarcimento del passeggero per la violazione di norme di trasporto e per i danni che il passeggero avesse subito a causa di questa inefficienza, come nel caso di ritardi, perdita bagagli, et similia. La dottrina ha indicato alcuni principi di riferimento: il principio di adeguatezza dell'offerta per il quale devono essere garantite condizioni di qualità e economicità dei servizi; la continuità del trasporto, specie per le zone insulari e per i servizi strumentali al raggiungimento del posto di lavoro; la sicurezza e informazione degli utenti¹⁹⁷.

La pianificazione pubblica è necessaria per una piena attuazione del diritto come indicato nell'art. 41 Cost che oltre ad affermare il

¹⁹⁵ come modificata dalla l. 11 aprile 2000 n 83 in cui l'art. 1 dichiara che "sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, acne se svolti in regione di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento di diritti della persona, costituzionalmente tutelati alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione".

¹⁹⁶ N. Rangone, I servizi pubblici essenziali di linea, in S. Cassese, cur, Trattato di diritto amministrativo, Milano, Gluffré, 2003, parte speciale, III.

¹⁹⁷ G. Rinaldi Baccelli, La terza liberalizzazione del trasporto aereo nella Comunità iconica europea, in Trasporti, 1993

principio della libertà di impresa ammette che possa essere indirizzata a fini sociali¹⁹⁸. La programmazione effettuata dagli organi statali prende in esame diversi valori che sono presenti per la mobilità individuale, nella tutela ambientale come pure nella razionalizzazione delle risorse, anche di tipo energetico e di impatto sul sistema economico. Fino alla riforma della costituzione, il compito di regolazione e programmazione veniva effettuato a livello centrale che stabiliva le regole e i mezzi per assicurare il trasporto e la circolazione delle persone in tutto il territorio, comprese le zone insulari. Il processo di integrazione europea ha spostato più che altro a livello comunitario la programmazione del settore, in particolare modo per le reti transnazionali¹⁹⁹. La tendenza risponde anche all'esigenza di superare i particolarismi nazionali e le legislazioni disomogenee in un ambito che prevede una normativa unica, ma una collaborazione dei singoli stati membri per la loro attuazione. A tal fine il legislatore ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti, che tra le sue funzioni annovera quella di definire e tutelare i livelli minimi qualitativi dei servizi di trasporto e il contenuto minimo dei diritti degli utenti dei servizi di trasporto²⁰⁰. Per il conseguimento degli obiettivi dell'Unione le istituzioni comunitarie di sosto di poteri normativi e di intervento concessi dal TFUE, art. 288, nell'ambito dei trasporti e delle reti transfrontaliere, art. 4.2 let. g e h

¹⁹⁸ M.Casanova, M, Brignardello, Infrastrutture e accesso al mercato, Milano, Giffré, 2011

¹⁹⁹ White Paper Roadmap to a Single European Transport Area - toward a competitive and resource efficient transport system, COM 2011

²⁰⁰ art. 37 co.2, d.l. n. 2012/2011, A. Frignani, l'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppi pochi poteri?, in Riv. it. antitrust,

del TFUE e soprattutto di quelli finalizzati all'attuazione delle regole sulla concorrenza del mercato trasportico²⁰¹.

3. L'affermazione del diritto alla mobilità come espressione del diritto al trasporto

Il diritto alla mobilità come accesso a dei mezzi adeguati, viene riconosciuto dal diritto costituzionale europeo in stretto rapporto con la cittadinanza europea e la libertà di circolazione, così come è stata concepita. Le basi giuridiche al diritto di mobilità si possono ritrovare in diversi Trattati e in molte norme di diritto derivato e, come affermato dalla Corte di Giustizia, la libertà di circolazione è “lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri”²⁰².

Tra le disposizioni europee che maggiormente interessano vi è da citare l'art. 21 TFUE che attribuisce ai titolari, come ben si è analizzato nelle pagine precedenti, un complesso di diritti che sono oggetto di attuazione e specificazione a opera dei giudici e del legislatore stesso. La Corte di giustizia in questo senso ha specificato che la dimensione soggettiva del diritto estendendo progressivamente la categoria dei beneficiari del diritto alla libera circolazione non solo ai cittadini, come previsto dalla dizione della norma, ma anche ad altri soggetti e ai familiari del titolare²⁰³.

La formazione di questo concetto è il portato di processi incrociati di ricezione che erano una fitta rete di interdipendenza fra gli

²⁰¹ come affermato in Corte Giust. sent. 30 aprile 1986 cause riunite C. 209-213/84 *Nouvelles Frontières*, IN *Race*, I-425 e ss. *M Casanova M. Brignardello*, *Infrastrutture e accesso al mercato*.

²⁰² Corte di giustizia, sent. 20 sett. 2001, causa C-184/99, *Grelezyk*, in *Race* I-6193

²⁰³ sent. 12 novembre 1969, C 29/69, *Stander*, in *Race*, I-419, *M Cartabia*, *Weiler*, *L'italian e l'Europa*, Bologna, Il mulino 2000

orifdnamenti costituzionali degli Stati membri e quello comunitario²⁰⁴ con un grande apporto della stessa corte di giustizia europea. La creazione delle libertà economiche ha dato un notevole impulso in tal senso, per la loro capacità di influenzare i valori e i principi costituzionali degli Stati europei.

Nel diritto europeo la libertà economica di circolazione dei lavoratori, come si è visto, è divenuta la libertà di circolazione dei cittadini a partire dal trattato di Maastricht che ha istituito la cittadinanza europea, al fine di offrire una migliore tutela ai diritti e agli interessi dei cittadini degli stati membri. L'affermazione della cittadinanza europea e dei diritti connessi, istituisce un nuovo legame tra l'Unione e i cittadini degli Stati membri mediante una serie di diritti e doveri previsti dai trattati stessi²⁰⁵.

Anche in questo ambito il ruolo svolto dalla Corte di ampliare il novero e la portata delle libertà ha costituito un modo esemplare per dare una nuova identità alla stessa Unione. Le norme del diritto europeo sono la condizione di applicabilità dei diritti di cittadinanza, che possono essere fatti valere quando un cittadino di uno Stato membro si trovi in uno Stato diverso da quello di appartenenza o vanti una situazione giuridica nei confronti delle istituzioni comunitarie²⁰⁶.

La libertà di circolazione trova il fondamento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue che rappresenta il punto di arrivo del pro-

²⁰⁴ P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010,

²⁰⁵ Koenig, Haratsch, Bonini, *Diritto europeo*, Milano, Giuffrè 2000,. Sul diverso fondamento delle libertà di circolazione prima e dopo Maastricht, G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 201, M Coordinanzi e B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone fisiche*, in ; Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, parte gen

²⁰⁶ sul nesso tra libertà di circolazione e diritto comunitario, la Corte di giustizia si è pronunciata nella sent. 12-5-19989 causa C-85/906 Maria Martinez Sala, in *Racc. I-02691 e ss* e ancora nella sentenza, 13.

cesso di integrazione europeo in tema di diritti. Benché non introduca nessun diritto nuovo, la Carta amplia il significato e la portata di diritti riconosciuti nel patrimonio costituzionale²⁰⁷. La forza della Carta dei diritti, ormai elevata dopo Lisbona al rango dei Trattati passa per le tradizioni comuni, per arrivare alle disposizioni della CEDu. Per questa loro origine le disposizioni contenute nella Carta che avranno effetto e saranno applicabili nell'attuazione del diritto dell'Unione, senza comunque estenderne l'ambito di applicazione, art. 51 non possono essere interpretate in senso limitativo dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute nelle Costituzioni degli Stati membri, nonché nel rispettivo campo di applicazione, dai vari testi in vigore nell'Unione in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, art. 53²⁰⁸.

L'art. 52 della Carta inserisce la tutela dei diritti fondamentali il quale, tuttavia prevede un complesso di regole non univoche. L'esege-
si delle norme che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta pongo problemi significativi. La Carta disciplina la libertà di circolazione e soggiorno all'art. 45 con una norma simile a quella prevista dall'art. 21 TFUC, salvo, per quanto riguarda i limiti alla libertà e i poteri conferiti al Consiglio per facilitare l'esercizio del diritto, en-

²⁰⁷ G.F. Ferrari, *Le libertà*, cit. 284 e ss, M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia, cur, *I diritti in azione*, Bologna, il Mulino, 2007, P. Puoti, *I diritti fondamentali dell'Ue e dopo "Lisbona"*, in S. Civitarese e Matteucci

²⁰⁸ E. Cannizzaro, *Diritti diretti e diritti indiretti: i diritti fondamentali tra Unione CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. Eur*, 2012, 1, K. Lenaerts, *Esplorino the limits of the EWU Charter of Fundamental Rights*, S. M Carbone, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir U. Eur*, 2013, 7. *Sul ruolo dei giudici nella tutela dei diritti ed in particolare sulla tutela accordata dal sistema CEDU*, L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, Giappichelli, 2002

trambi estranei alle finalità della Carta²⁰⁹. L'art. 45 attua la costituzionalizzazione della libertà di circolazione dei cittadini europei, svincolandola dalla base economica da cui ha avuto origine, ponendo al centro il rapporto tra i cittadini e il territorio dell'Unione.

Mentre i Trattati e le fonti di diritto derivato hanno progressivamente esteso l'originaria libertà di circolazione dei lavoratori a un numero ampio di soggetti, la Carta dei diritti sancisce l'esito di questo processo.

Alla base della politica comune dei trasporti si può individuare il principio della libertà di circolazione dei servizi le cui origini si ritrovano nella volontà di salvaguardare le legislazioni nazionali. La sua capacità espansiva è stata resa possibile da un massiccio intervento della Corte, la quale ha fugato i dubbi che riguardano l'applicabilità delle regole sulla concorrenza e il libero mercato al settore dei trasporti²¹⁰. L'esigenza di affermare le libertà economiche e le regole del mercato ha spinto la Comunità ad adottare una serie di misure di liberalizzazione che, in poco tempo, hanno inciso sulle discipline nazionali in maniera forte.

Prima dell'avvento della normativa europea, il settore dei trasporti era basato sul principio per cui i servizi erano svolti in regime di concessione di linee e quando riguardavano linee non remunerative veniva prevista una sovvenzione alla compagnia concessionaria. Con il regolamento CEE, n. 3577/1992 del Consiglio del 7 dicembre 1992, in GUCE, l. 364, 12-12-1992 e il regolamento CEE n. 2408/1992 del

²⁰⁹ G. Demuro, art 45, in R. Bifulco, M. Cartaria, A. Celotto, (cur) L'Europa dei diritti Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, il Mulino, 2001

²¹⁰ Corte di Giust. sent. 4.4.1974, causa 167/73, *Marinai francesi*, in Racc. 359, ss; sent. 30-4.1986, cause riunite, C 209-213/84 cit. P. Fais, *Cabotaggio marittimo e libera prestazione dei servizi*, in *Continuità territoriale e servizio di trasporto marittimo*, cit.

Consiglio del 23 luglio 1992, in GUCE I. 240 24.8.1992, la Comunità europea ha applicato il principio della libera prestazione dei servizi anche nel settore dei trasporti aere e marittimi, che è stato così assoggettato alle regole del mercato. Dopo un periodo transitorio, nel quale sono rimasti in vigore i contratti di concessione esistenti è entrato in vigore il nuovo regime.

La libertà di prestazione dei servizi è diventata il principio di riferimento per i servizi di trasporto, opportunamente temperato per soddisfare altri principi enunciati nei Trattati.

L'art. 106 del TFUE, prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (SIEG) , tra cui rientrano indubbiamente i trasporti²¹¹ devono rispettare le disposizioni previste per la svolgimento della concorrenza entro i limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata²¹².

In questo contemperamento tra diritti e interessi pari rango, la Corte ha affermato che l'essenzialità e la continuità dei servizi di trasporto, laddove incidano sui diritti alla mobilità della persona, sono tutelati dal diritto europeo anche nei confronti delle norme sulla concorrenza²¹³.

Sulle tratte non remunerative intervengono i reg. 3577/1992 e 22408/1992, entrambi all'art. 4 prevedendo strumenti di contratto di servizio pubblico e la possibilità di imporre oneri di servizio pubblico. Dunque un'eccezione alle regole sugli aiuti di Stato, vietati dall'art.

²¹¹ Corte di giustizia, sent. 11.4. 1989, causa 66/86 Ahmed Saed, I-803 e ss

²¹² il compito di identificare questi servizi è stato svolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza del 11.4.1989, causa 66/86 cit. e dalla Commissione la quale ha chiarito che tali servizi sono forniti dietro retribuzione assolvono missioni di interesse generale e sono assoggettati dagli Stati a specifici obblighi di servizio pubblico. F Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economi generale*, in *Federalismi*, 2012

²¹³G. Rinaldi Baccelli, Per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico, cit.

107 del TFUE, il quale prevede a sua volta che questi possano erogarsi per fini sociali e per rimuovere situazioni di svantaggio e per far fronte a situazioni specifiche valutate di volta in volta dalla Commissione (ad esempio gli aiuti alle regioni povere).

I trattati e il diritto derivato cercano di contemperare il libero mercato dei servizi di trasporto e le esigenze di carattere sociale a cui essi devono assolvere con la lente comunitaria. E' infatti la Commissione che vigila sul rispetto dei principi indicati, mentre agli Stati resta la competenza a decidere quali servizi ricondurre alla categoria di quelli a contenuto economico e di interesse generale, sempre sotto l'occhio vigile della Commissione e della Corte di Giustizia. L'Unione, attraverso quest'ultimo organo vigila sul rispetto del principio di proporzionalità, basandosi sulla giurisprudenza emersa dal caso *Altmark*, con la sentenza 24-7-2003 causa C- 280/00 in Racc I-07747 ss nella quale sono state individuate quattro condizioni per considerare legittima la compensazione economica di SIEG. Essi sono²¹⁴ :

- attribuzione chiara di obbligo di servizio pubblico;
- preventiva determinazione dei parametri e compensazioni;
- proporzionalità
- efficacia della gestione

L'ingresso del diritto europeo nelle normative settoriali dei trasporti ha armonizzato i servizi di trasporto, senza tuttavia mettere in ombra le condizioni specifiche di ciascuno Stato membro. Il diritto del cittadino al godimento del diritto di trasporto è condizionato dalla scelte del legislatore che deve muoversi entro i paletti indicati dall'U-

²¹⁴ C. Gambino, Servizi di interesse economico generale ed aiuti di Stato, il caso dei Traghetti del mediterraneo,, in *Dir. Marittimo*, 2010, 4, 495 e ss; Lo Schiavo, Dalla giurisprudenza *Altmark* all'adozione del pacchetto *Almunia*". Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale", in *Riv. it. dir pubbl. com.* 2012,

nione europea che stabiliscono le condizioni alle quali quei servizi possono essere erogati.

La Corte di giustizia ha enucleato un “diritto fondamentale alla fruizione dei servizi essenziali, cui corrispondono precisi obblighi posti in capo agli Stati”. La corte a partire dalla sentenza 30.9.2003 causa C 224-01 Kobler in Racc, I-10239, e sse, e la sentenza 13.6.2006 causa C-173-03 Traghetti per il Mediterraneo, in Racc. I-05177 e ss ha fatto dell’interpretazione giurisdizionale di ultima istanza materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario.

Questo diritto trova ulteriore specificazione nell’art. 36 della Carta dei diritti che riconosce e rispetta l’accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea. Infatti l’art. 14 TFUE già prevede per i servizi economici di interesse generale in considerazione dell’importanza che li stessi hanno nell’ambito dei valori comuni dell’Unione che fatti salvi gli artt. 93, 106 e 107 del TFUE, sulla concorrenza, stabiliscono “l’Unione e gli Stati membri secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie che consentano loro di assolvere ai propri compiti.

L’art. 36 della Carta, specifica alcuni valori e dispone che “al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione, questa riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai Trattati”. La norma non conferisce nuovi poteri alle istituzioni comunitarie e agli Stati, ma può costituire fondamento di pronunce della Corte di giustizia espansive di diritti, in quanto afferma un valore-

principio del diritto dell'Unione. Il ruolo dell'art. 36 della Carta è di mettere in relazione la dimensione sociale comunitaria, intesa come uguale soddisfacimento dei diritti economico e sociali, con le regole della concorrenza e del mercato. L'art. 36 enfatizza la missione affidata ai SIEG come strumenti decisivi per la promozione della coesione sociale e territoriale²¹⁵.

Tali servizi non possono essere intesi come delle semplici deroghe al principio della concorrenza, ma obiettivi di politiche pubbliche attive per eliminare condizioni di svantaggio sociale. In questo senso devono ritenersi ugualmente ricognitivi dei valori sociali le diverse formule dell'art. 16 e dell'art. 36 che menzionano i “valori comuni” e la “coesione sociale e territoriale” come indicato nell'art. 174 TFUE. quest'ultimo, in materia di coesione economica, sociale e territoriale al fine di realizzare gli obiettivi e i principi dell'Unione, art. 3 TFUE, promuove uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione e le azioni tese a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale. L'articolo impegna l'Unione a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite tra le quali si devono mettere in primo piano le regioni insulari.

²¹⁵ A. Lucarelli, art. 36, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

4. La mobilità sanitaria

La mobilità sanitaria può essere definita come una forma peculiare di “turismo”, grazie alla quale il turista-paziente decide “deliberatamente” di recarsi presso una Regione o uno Stato diverso dal proprio di residenza per ricevere cure mediche.

Solitamente è un fenomeno tipico delle aree geograficamente confinanti e possono essere diverse le ragioni²¹⁶ alla base di tale scelta: l’affidabilità, la familiarità e la percezione della maggiore qualità del servizio del sistema sanitario straniero, ma anche la disponibilità nel duplice senso di ricevere cure in un lasso di tempo inferiore rispetto a quello della propria Regione o del proprio Stato di residenza e di avere trattamenti diversi o non previsti dal proprio sistema²¹⁷.

Il principio di libertà di scelta sanitaria e la sua espressione nel diritto alla mobilità trova fondamento nell’articolo 32 della Costituzione.

Sul fronte del nostro diritto interno la mobilità sanitaria è il termine usato per definire il flusso di fondi che parte dal Fondo Sanitario Regionale o Nazionale Italiano che si muove seguendo il fenomeno migratorio degli utenti di una Azienda Sanitaria Locale che preferiscono, ai sensi del D.lgs n.502/1992, ai servizi offerti dalla propria ASL, quelli di un’altra, che sia questa nella stessa provincia o meno, nella stessa regione o meno, sul territorio nazionale o meno.

L’assistenza sanitaria ai cittadini italiani all’estero, invece, è stata prevista dall’articolo 6 della legge 833 del 1978 e dall’articolo 37 che prevedeva una apposita delega al governo, esercitata con il D.P.R. 618/1980

²¹⁶ Per una ricostruzione puntuale delle motivazioni alla base della mobilità sanitaria I. A. GLINOS, R. BAETEN, M. HELBLE, H. MAARSE, *A typology of cross-border patient mobility*, Health & place, 2010/11/30, p. 1145 ss.

²¹⁷ in relazione alla possibilità di ricevere trattamenti sanitari non previsti dal proprio sistema si evidenziano anche alcuni “turismi sanitari” specifici, come il “turismo eutanásico” e “turismo procreativo”. Per un approfondimento di questi temi si rinvia a Storrow, Richard F., *The Proportionality Problem in Cross-Border Reproductive Travel* e H. BIGGES, C. JONES, *Tourism: a matter of life and death in the United Kingdom*, in *The Globalization of Health Care: Legal and Ethical Issues*, I. Glenn Cohen, ed., Oxford University Press, 2013.

in cui veniva riconosciuto ai cittadini italiani lavoratori e familiari di lavoratori il diritto all'assistenza sanitaria "per tutto il periodo della loro permanenza fuori dal territorio italiano"²¹⁸.

Possiamo constatare che l'aumento di questa tendenza è spinto da diversi fattori: cambiamenti demografici e degli stili di vita della popolazione, il sempre minor costo dei trasporti e la sempre maggiore diffusione di informazioni fornite dalla rete. Tutti questi rappresentano elementi determinanti per capire come le possibilità di viaggiare per la salute sia diventato sempre più frequente.

Il tema è divenuto centrale negli anni 90 non solo con il citato D.lgs 502, ma anche con il D.lgs 517/93 con il quale si è prevista una maggiore responsabilizzazione finanziaria delle regioni; l'aziendalizzazione, intesa come strumento per realizzare obiettivi di efficienza ed autonomia gestionale; il finanziamento prospettico delle prestazioni ospedaliere, come nuovo meccanismo competitivo tra i mercati interni.

Nel 1993 la Conferenza Stato-Regioni ha fissato le prime regole in base alle quali si doveva effettuare la compensazione della mobilità sanitaria. In particolare, è stato stabilito che le procedure di rimborso non dovevano più soltanto i ricoveri, ma anche il settore farmaceutico, la medicina di base, quella specialistica e la termale

Inoltre, è stato introdotto un corrispettivo unico nazionale, con la precisazione che esso assumeva un significato, nell'ambito di un accordo tra

²¹⁸ Norme dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui non contemplavano l'estensione della previsione di cure gratuite almeno a tutti i cittadini italiani temporaneamente all'estero e versanti in condizioni economiche disagiate pur se non lavoratori né familiari di lavoratori, cfr. Corte Cost., sentenza 16 luglio 1999, n. 309.

Anche in altra occasione la Consulta ha limitato il diritto al rimborso delle cure effettuate all'estero alle sole ipotesi di prestazioni urgenti fruita da un soggetto indigente, facendo tra l'altro propria una nozione di indigenza "relativa", che deve cioè essere valutata alla luce non solo delle condizioni economiche del paziente ma anche alla onerosità del trattamento medico fruito. Cfr. Corte cost., sentenza del 31 ottobre 2008, n.354.

le regioni, solo per la compensazione della mobilità e non costituiva alcun riferimento rispetto a tariffe ed a costi reali di prestazioni.

Il modello di compensazione proposto aveva lo scopo di incentivare le Regioni ad attuare una organizzazione dei servizi che potesse soddisfare le esigenze della propria popolazione evitando i disagi della migrazione sanitaria.

Il Patto per la Salute 2010–2012²¹⁹, siglato tra il Governo, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano il 3 dicembre 2009 ha, invece, indicato gli accordi sulla mobilità sanitaria interregionale tra i settori strategici in cui operare al fine di qualificare i sistemi sanitari regionali, ovvero garantire ad un tempo maggiore soddisfacimento dei bisogni dei cittadini e maggior controllo della spesa.

Tali accordi, si legge nel Patto, “sono utili al fine di evitare fenomeni distorsivi indotti da differenze tariffarie e da differenti gradi di applicazione delle indicazioni di appropriatezza definiti; favorire collaborazioni interregionali per attività la cui scala ottimale di organizzazione possa risultare superiore all’ambito territoriale regionale e individuare meccanismi di controllo tesi a prevenire l’insorgere di eventuali comportamenti opportunistici di soggetti del sistema, attraverso la definizione di tetti di attività condivisi e funzionali al governo complessivo della domanda”.

Più di recente, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha approvato nel novembre 2016 uno schema tipo di riferimento per questi accordi bilaterali fra le Regioni per la mobilità sanitaria interregionale.

Gli accordi possono prevedere le prestazioni di ricovero ospedaliero e di specialistica ambulatoriale erogate a carico del Servizio Sanitario

²¹⁹ Provvedimento assunto dalla il 3 dicembre 2009 ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131 di intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (G.U. Serie Generale , n. 3 del 05 gennaio 2010).

Nazionale dalle strutture pubbliche e private accreditate ai cittadini residenti nelle due Regioni parti dell'accordo²²⁰.

5. La mobilità sanitaria europea

Nell'Unione europea la mobilità sanitaria dei pazienti si è diffusa tra gli Stati membri quale modalità ulteriore per avere accesso alle cure mediche, ampiamente influenzata ed incentivata dallo stesso processo di integrazione tra gli Stati. Infatti, a partire dagli anni Settanta, per attuare la libertà di circolazione dei lavoratori nella Comunità europea, si è avviato un percorso di riconoscimento necessario a livello europeo di una serie di diritti di sicurezza sociale e di avvicinamento dei sistemi di previdenza nazionali.

Per quanto concerne la mobilità sanitaria verso gli Stati membri dell'allora CE, i regolamenti n. 1408/1971²²¹ e 574/1972²²² sono stati i primi atti normativi comunitari ad occuparsi del coordinamento delle varie legislazioni statali in materia di previdenza sociale²²³.

Tali regolamenti sono volti a garantire le persone che godono della assistenza sanitaria in uno Stato non perdano tale diritto in caso di spo-

²²⁰ Gli accordi sono previsti ai sensi dell'art. 1, c. 576, della L. 28 dicembre 2015, n. 28 (legge di stabilità 2016) e dovevano essere stipulati entro il 31 dicembre 2016. Il comma successivo prevedeva: "Le strutture sanitarie che erogano prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale applicano ai pazienti, residenti in regioni diverse da quella in cui insistono le strutture, le medesime regole di accesso e di erogazione delle prestazioni previste per i pazienti residenti nella regione in cui sono ubicate le strutture. Le regioni individuano, nell'ambito del contratto stipulato con le strutture sanitarie, le misure sanzionatorie da applicare alle strutture che non rispettano la presente disposizione"

²²¹ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in *Gazzetta ufficiale* n. L 149 del 05/07/1971, p. 2-50.

²²² REGOLAMENTO (CEE) N. 574/72 DEL CONSIGLIO del 21 marzo 1972 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in GU L 74 del 27.3.1972, pag. 1 e in versione consolidata in GU n. L 28 del 30. 1. 1997, pag. 1.

²²³ Attualmente sono stati modificati dai regolamenti REGOLAMENTO (CE) N. 883/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:it:PDF> e Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A32009R0987>.

stamento in altro stato aderente e consentono a determinate categorie (cittadini che si recano all'estero per turismo, studenti, pensionati, lavoratori) di curarsi in altro stato membro con spese a carico del Paese di origine, previa autorizzazione dello stesso²²⁴.

Nonostante l'Unione europea non abbia competenza in materia sanitaria, espressamente riservata agli Stati membri, La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha definito giurisprudenzialmente il diritto alle cure transfrontaliere, riconducendo alla materia europea della libera circolazione delle persone, dei beni e dei servizi, anche la "circolazione dei pazienti" per fruire dei servizi sanitari in qualsiasi Stato membro²²⁵.

Dall'analisi della giurisprudenza della CGUE si può affermare che il diritto alla salute del singolo risulta tutelato in Europa in una logica di mercato, nella quale è protetto non in quanto titolare di un diritto fondamentale, ma solamente perché destinatario di una libertà economica²²⁶.

La giurisprudenza consolidata di Lussemburgo, in particolare, ha stabilito che osta al diritto europeo un modello caratterizzato da misure restrittive che, rendendo le prestazioni di servizi tra Stati membri più difficili di quelle interne abbia l'effetto di scoraggiare o impedire ai pazienti di rivolgersi a prestatori di servizi medici situati in Stati membri diversi da quello di iscrizione. A meno che tali misure non ricadano in una delle eccezioni tassativamente individuate.

La CGUE ha rinvenuto la fonte del dovere di rimborso delle spese sanitarie senza previa autorizzazione nei principi comunitari, ritenendo importante conservare un sistema medico-ospedaliero equilibrato e acces-

²²⁴ Cfr. articolo 22, reg. CEE n. 1408/71

²²⁵ In dottrina è stato rimarcato proprio il carattere estremamente casistico della Corte di Giustizia in questa materia, cfr. A. BONOMO, *La libera circolazione dei malati*, in *Giustizia Civile*, 1998, 10, parte 1, 2391 e E. LONGO, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 662 e ss.

²²⁶ M. Inglese, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, 1, pp. 128.

sibile a tutti in quanto ricompreso tra le ragioni di sanità pubblica finalizzate alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute. Questo perchè il rischio di grave alterazione all'equilibrio finanziario del sistema previdenziale costituirebbe motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare la misura²²⁷.

Per quanto riguarda le possibili eccezioni, la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto europeo i sistemi sanitari nazionali che subordinano a preventiva autorizzazione le cure prestate all'estero in ambito ospedaliero in ragione delle specifiche e peculiari esigenze di pianificazione proprie dei sistemi medici ospedalieri con particolare riferimento alle prestazioni dispensate in strutture ospedaliere è stata anche accertata la legittimità di una normativa nazionale che nega l'autorizzazione qualora venga dimostrato che un trattamento identico e ugualmente efficace per il paziente possa essere erogato nello Stato membro nel quale egli risiede²²⁸.

Nella definizione del diritto alle cure transfrontaliere vi sono state incisive pronunce che hanno affermato la necessaria tutela anzitutto della salute del paziente, che deve poter sottoporsi alla prestazione medica entro un ragionevole lasso temporale, anche a fronte delle esigenze nazionali di tenuta economico-finanziaria e di programmazione del sistema sanitario.

Il riferimento è ai noti casi *Watts* e *Elchinov* in cui Il giudice europeo ha sottolineato come l'articolo 22, secondo comma del Regolamento CE n. 1408/71, disponga due diverse condizioni per avere l'autorizzazione alle cure transfrontaliere: la prima prevede che i trattamenti sanitari richiesti debbano essere previsti dalla legislazione dello Stato di residen-

²²⁷ Sentenza C.G.U.E., 28 aprile 1998, causa C-120/1995.

²²⁸ Cgue 23 ottobre 2003, causa c-56/2001 ribadito poi anche nella sentenza CGUE, 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré*. Per un commento si rinvia a A.P. VAN DER MEI, *Cross border access to medical care: non hospital care and waiting lists*, in *Legal issues of economic integration*, 2004, 57-67.

za; la seconda che le prestazioni mediche, che il paziente ha intenzione di ottenere in un altro Stato, non possano essergli praticate nel proprio Paese in un lasso di tempo normalmente necessario, tenuto conto delle sue condizioni mediche e patologiche.

Nel caso Watts²²⁹, una cittadina inglese, affetta da artrite alle anche, dovendosi sottoporre ad un intervento chirurgico, aveva chiesto l'autorizzazione per essere operata all'estero. Le veniva rifiutata l'autorizzazione in quanto il suo caso era stato classificato come "abitudinario" e non urgente, con un tempo di attesa di un anno. Dopo esser ricorsa alle vie giudiziarie, il tempo da attesa era stato ridotto a quattro mesi e l'autorizzazione alla mobilità le era stata nuovamente negata. Così dopo essersi sottoposta all'operazione in Francia, senza autorizzazione, aveva richiesto il rimborso delle spese mediche sostenute.

Nel caso Elchinov²³⁰, invece, un cittadino bulgaro, soffrendo di una grave malattia, aveva chiesto l'autorizzazione a sottoporsi a un trattamento d'avanguardia praticato in Germania. In attesa della risposta dell'amministrazione bulgara, si era sottoposto al trattamento ma gli veniva successivamente notificato il diniego all'autorizzazione, in quanto il trattamento richiesto non rientrava tra le prestazioni previste dalla normativa bulgara.

Grazie a questi due casi giurisprudenziali, la Corte ha dato una compiuta definizione dei parametri (grado di efficacia e ragionevolezza dei tempi nell'ottenimento della prestazione) da utilizzare nella valutazione per il rilascio dell'autorizzazione preventiva, bilanciando, da un lato, le esigenze economico-finanziarie dei sistemi sanitari nazionali, la necessaria attività di programmazione e pianificazione del servizio, nonché l'indispensabile contenimento dei costi; dall'altro, il diritto alla salute

²²⁹ Sentenza CGUE, 16 maggio 2006, causa C-372/04.

²³⁰ Sentenza CGUE, 5 ottobre 2010, causa C-173/09.

del paziente, inteso quale possibilità di ricevere cure adeguate alla propria situazione anche in uno Stato diverso da quello di residenza e di ricevere il rimborso per le spese ivi sostenute.

Più di recente, nel 2014, con il caso Petru²³¹, la Corte di Giustizia si è pronunciata su di un caso relativo al rimborso delle spese sanitarie, ed in particolare sulla applicazione dell'articolo 22 del Regolamento n. 1408/71 e l'interpretazione del concetto di "termine ragionevole" entro cui una determinata prestazione medica deve essere ottenuta, in considerazione delle diverse circostanze, sia cliniche sia patologiche, del paziente nello Stato di residenza, per avere o meno l'autorizzazione alla mobilità sanitaria.

E' stata la prima volta che la Corte compara la necessità di ricevere assistenza medica in un altro e la carenza di mezzi dello Stato di residenza²³².

In questo caso la Corte nel riconoscere che uno stato membro è obbligato ad autorizzare la prestazione sanitaria in un altro stato dell'Unione quando non può garantirla sul proprio territorio per una "carenza di carattere contingente e transitorio" sottolinea altresì che "in caso di problemi di carattere strutturale, lo Stato membro non è obbligato ad autorizzare la prestazione di tale servizio in un altro Stato".

Il caso era quello di una cittadina rumena colpita da una grave patologia che, ricoverata in un istituto specializzato del suo Paese, aveva bisogno di un intervento chirurgico urgente ma la struttura non poteva effettuarlo.

La paziente aveva chiesto allora l'autorizzazione ad essere operata in Germania, ma, nonostante il diniego, aveva deciso comunque di partire

²³¹ CGUE, sentenza 9 ottobre 2014, causa C-268/13.

²³² Cappelletti, La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2015.

e operarsi, pagando 18 mila euro e chiedendo successivamente il rimborso alla Romania.

La decisione è particolarmente interessante sia in relazione al principio di diritto affermato in merito alla possibilità di ricorrere alle cure mediche transfrontaliere in circostanze di carenze strutturali del sistema sanitario nazionale, sia con riferimento alle possibili conseguenze che potrebbero derivare dalla pronuncia sull'intero contesto normativo da poco disciplinato dalla Direttiva europea.

Il giudice europeo sottolinea anzitutto che la tempestività delle cure può essere valutata in considerazione di due diversi insiemi di circostanze: quelle legate strettamente all'organizzazione del servizio sanitario (come le liste di attesa, analizzate nel caso *Watts*), e quelle relative alle deficienze strutturali del servizio stesso (come la carenza dei farmaci del caso di specie). Tali circostanze a livello di previsione normativa²³³ non sono né predeterminate, né, tanto meno, distinte, e, si potrebbe aggiungere, distinguibili, in base ai motivi (carenze di farmaci, piuttosto che di materiali medici di prima necessità) che hanno portato al ritardo della prestazione sanitaria.

È proprio alla luce di queste due tipologie di circostanze (motivi organizzativi e motivi strutturali) che va valutata la “tempestività” del trattamento medico, e conseguentemente la possibilità di autorizzare o negare le cure transfrontaliere.

6.La mobilità degli studenti

Anche nel settore della mobilità studentesca, così come in quello della sanità, la normativa primaria europea non attribuiva direttamente ed espressamente nessuna competenza alcuna.

L'ingresso nel diritto europeo della materia dell'istruzione è avvenuto con i regolamenti riguardanti la formazione dei lavoratori e delle loro famiglie e con le sentenze della CGUE relative alle misure nazionali restrittive della circolazione degli studenti.

²³³ articolo 22, del Reg. CE n. 1408/71

La base giuridica delle pronunce che riconoscevano i diritti di accesso e di assistenza allo studio è stata individuata nella libera circolazione dei lavoratori ai sensi dell'art. 45 TFUE²³⁴ (ex art. 39 TCE) e nel principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ai sensi dell'art. 18 TFUE²³⁵ (ex art. 12 TCE)²³⁶.

Nelle sue prime sentenze in materia, la CGUE si è espressa dichiarando la illegittimità delle norme interne che prevedevano per i soli studenti stranieri il pagamento di un contributo per l'accesso ai corsi di formazione delle scuole primarie e secondarie²³⁷, intendendo ciò un ostacolo discriminatorio all'accesso all'istruzione in base all'art 166 TFUE (ex art. 150 TCE)²³⁸.

Lo stesso ragionamento è stato fatto in merito a tali contributi applicati nelle Università²³⁹.

²³⁴ Attualmente reca: “1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata.
2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.
3. Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto:
a) di rispondere a offerte di lavoro effettive;
b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri;
c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali;
d) di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.
4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione.”

²³⁵ Che reca: “Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.
Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni.”

²³⁶ **Carboni Giuliana** Giuseppina **La mobilità nel diritto dell'Unione europea**, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2016, n. 1, IL MULINO, p. 13

²³⁷ Sentenza della Corte GUE del 13 febbraio 1985, Gravier, causa 293/83, RACC 1985 00593.

²³⁸ Recante: “1. L'Unione attua una politica di formazione professionale che rafforza ed integra le azioni degli Stati membri, nel pieno rispetto della responsabilità di questi ultimi per quanto riguarda il contenuto e l'organizzazione della formazione professionale.
2. L'azione dell'Unione è intesa:
- a facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale,
- a migliorare la formazione professionale iniziale e la formazione permanente, per agevolare l'inserimento e il reinserimento professionale sul mercato del lavoro,
- a facilitare l'accesso alla formazione professionale ed a favorire la mobilità degli istruttori e delle persone in formazione, in particolare dei giovani,
- a stimolare la cooperazione in materia di formazione tra istituti di insegnamento o di formazione professionale e imprese,
- a sviluppare lo scambio di informazioni e di esperienze sui problemi comuni dei sistemi di formazione degli Stati membri.
3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di formazione professionale.
4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adottano le misure atte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al presente articolo, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri e il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni.”

²³⁹ Sentenza della Corte del 2 febbraio 1988, Blaizot, causa 24/86, RACC 1988 00379.

Per affermare la propria competenza in materia di formazione ed istruzione la Corte di Giustizia ha considerato le stesse un presupposto essenziale per ottenere una qualifica adeguata ad esercitare una attività professionale e legando l'accesso ai corsi alla libertà di circolazione dei lavoratori²⁴⁰.

Il passaggio successivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia è stato quello di porre a fondamento alla libertà di circolazione degli studenti la cittadinanza e non più la condizione di lavoratore²⁴¹, arrivando a sostenere come la formazione sia una modalità di affermazione della cittadinanza europea che rappresenta un pilastro del processo di integrazione²⁴².

Nella nota sentenza *Grzelczyk*²⁴³ la Corte ha statuito che la cittadinanza dell'Unione è destinata ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Per tale motivo, la Corte ha affermato che un cittadino francese che studiava in Belgio non poteva vedersi rifiutato, esclusivamente sulla base della sua nazionalità, un assegno minimo di sussistenza cui tutti i cittadini belgi avevano diritto.

Per la Corte, uno degli obiettivi prioritari del 165 TFUE è favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, nonché di promuovere il riconoscimento accademico di diplomi e periodi di studio.

Si osserva, difatti, che il trattato di Maastricht ha dato vita a una giurisprudenza che, superando l'ambito della formazione come presupposto di fruizione dei sussidi e degli aiuti allo studio, considera l'istituto della cittadinanza e la libertà di circolazione e di soggiorno come condizione perché lo studente rivendichi l'accesso ai corsi di studio e ai sussidi connessi.

Questo perché tale trattato ha recato due importanti cambiamenti che hanno ampliato notevolmente i diritti garantiti in virtù della normativa UE: l'introduzione di poteri specifici per l'Unione europea nel campo dell'istruzione e la creazione di una cittadinanza europea.

C'è da precisare come anche in questo caso, come per la sanità, gli interventi dell'Unione incontrano il limite della responsabilità degli Stati per l'organizzazione del sistema educativo.

Tale responsabilità deve essere però esercitata in conformità con la normativa dell'Unione europea. Ciò significa che i cittadini dell'UE non devono essere discriminati nell'accesso a un qual-

²⁴⁰ L. Raimondi, Circolazione degli studenti universitari e principio di non discriminazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in F. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, Cacucci, 2011, 310 ss.

²⁴¹ CGUE, sentenza del 17. 9.2002, causa C-413/99, *Baumbast*.

²⁴² S. Montaldo, *Le politiche di istruzione degli Stati membri e la mobilità degli studenti: il caso dei figli dei lavoratori frontalieri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1/2014, pp. 1303-1309

²⁴³ Sentenza della Corte del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, causa C-184/99 RACC 2002 I-00663, importante il passaggio ai sensi del quale «Lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri e consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico» (paragrafo 31).

siasi corso d'istruzione, anche se non è direttamente correlato all'esercizio successivo di una professione.

Oltre la CGUE, anche le altre istituzioni europee sono intervenute in maniera pregnante sul tema della mobilità studentesca.

In particolare la Raccomandazione 2001/613/CE²⁴⁴, emanata a seguito del Consiglio europeo di Lisbona del 2000²⁴⁵, invita tutti i paesi UE ad adottare misure necessarie per incoraggiare la mobilità degli studenti.

In questa raccomandazione si legge al considerando (1) che: “La mobilità transnazionale delle persone contribuisce al pieno sviluppo delle diverse culture nazionali e permette agli interessati di arricchire il proprio bagaglio culturale e professionale e all'insieme della società europea di beneficiare degli effetti che ne derivano [...]”, in particolare, continua il considerando (2): “La mobilità degli studenti, delle persone in fase di formazione, di coloro che svolgono attività di volontariato, degli insegnanti e dei formatori, esercitata nell'ambito dei programmi comunitari o al di fuori di questi, rientra nell'ambito della libera circolazione delle persone che è una delle libertà fondamentali tutelate dal trattato. Il diritto di circolare liberamente e il diritto di soggiornare liberamente sono del resto garantiti a tutti i cittadini degli Stati dell'Unione dall'articolo 18 del trattato”.

Inoltre, ai sensi del considerando (4): “La mobilità degli studenti, delle persone in fase di formazione, di coloro che svolgono attività di volontariato, degli insegnanti e dei formatori, è anch'essa parte integrante del principio di non discriminazione in base alla nazionalità previsto all'articolo 12 del trattato. Il suddetto principio si applica nei settori disciplinati dal trattato, come emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Esso si applica quindi nei settori dell'istruzione, della formazione e della gioventù”.

Dopo la raccomandazione del 2001 sono stati compiuti molti passi avanti in materia di mobilità dei giovani. Tuttavia, non sono utilizzati nella misura più piena possibile tutti gli strumenti e i dispositivi esistenti e permangono numerosi ostacoli.

Inoltre, il contesto complessivo della mobilità per l'apprendimento ha subito notevoli cambiamenti nell'ultimo decennio, a causa, tra l'altro, della globalizzazione, del progresso tecnologico, in particolare delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e alla dimensione sociale.

²⁴⁴ [Raccomandazione 2001/613/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 luglio 2001, relativa alla mobilità nella Comunità degli studenti, delle persone in fase di formazione, dei giovani che svolgono attività di volontariato, degli insegnanti e dei formatori (GU L 215 del 9.8.2001, pagg. 30-37)

²⁴⁵ Il Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000 si è pronunciato a favore della mobilità come elemento essenziale per la nuova società del sapere e per la promozione della formazione permanente. In tale contesto ha invitato gli Stati membri, il Consiglio e la Commissione ad adottare, nell'ambito delle loro competenze, le misure necessarie a incoraggiare la mobilità degli studenti, degli insegnanti e dei formatori, in particolare mediante l'eliminazione degli ostacoli alla mobilità stessa. Per le conclusioni si veda http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm [ultimo accesso 29.3.2017].

Alla luce di ciò è stata emanata una seconda Raccomandazione del Consiglio, datata 28 giugno 2011 e chiamata “Youth on the Move”²⁴⁶ che tra i suoi obiettivi ha anche quello di “Favorire una «cultura della mobilità», ad esempio, integrando le opportunità di mobilità in tutti i contesti d'apprendimento e promuovendo un maggiore riconoscimento sul piano sociale del valore della mobilità per l'apprendimento”.

Ancor più di recente, la strategia della Commissione «Europa 2020»²⁴⁷ delinea per l'UE la via da seguire nel prossimo decennio e fissa anche priorità in tema di mobilità dell'apprendimento quale strumento per accrescere le competenze dei singoli individui e dell'Unione nel suo complesso.

Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sul programma Erasmus²⁴⁸ evidenzia che: “la mobilità ai fini dell'apprendimento e della formazione è importante per lo sviluppo personale, l'inclusione sociale dei giovani, il dialogo multiculturale, la tolleranza, la capacità di lavorare in un ambiente interculturale e la cittadinanza attiva, ed ha chiaramente dimostrato il suo potenziale atto a contribuire ad un'istruzione ed un'occupabilità di qualità elevata” e che la mobilità: “dovrebbe essere ulteriormente rafforzata nel contesto degli attuali e futuri programmi dell'Unione europea nel campo dell'istruzione e della formazione, dell'occupazione e della politica di coesione”.

²⁴⁶ [Raccomandazione](#) del Consiglio, del 28 giugno 2011 — «Youth on the move» — promuovere la mobilità dei giovani per l'apprendimento (GU C 199 del 7.7.2011, pagg. 1-5)

²⁴⁷ EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC2020> [ultimo accesso 29.3.2017].

²⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 aprile 2016 sul programma Erasmus + e altri strumenti per promuovere la mobilità in materia di IFP - Un approccio di apprendimento permanente (2015/2257(INI)) reperibile su <http://www.flcgil.it/files/pdf/20160530/risoluzione-parlamento-europeo-12-aprile-2016-erasmus-e-ifp.pdf> [ultimo accesso 29.3.2017]

CAPITOLO VII

1. Il ruolo della Commissione europea e la recente direttiva 2011/24

Accanto alla produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, un ruolo centrale in materia di assistenza e mobilità sanitaria è stato svolto dalla Commissione europea, già a partire dagli anni 90 attraverso l'utilizzo sia dei tradizionali strumenti del diritto comunitario, sia dei nuovi strumenti di governance a sua disposizione²⁴⁹.

Il processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti e sugli sviluppi dell'assistenza sanitaria nell'Unione europea è stato avviato dalla Commissione in seguito alle conclusioni del Consiglio Sanità del 26 giugno 2002²⁵⁰.

Dopo un lungo percorso di redazione e di discussione²⁵¹, la Commissione europea ha approvato la Direttiva 2011/24²⁵² sui diritti dei pazienti all'assistenza sanitaria transfrontaliera²⁵³.

Questo provvedimento, che doveva essere recepito dagli Stati entro il 25 ottobre 2013, mira a codificare i principi stabiliti dalla Corte di Giu-

²⁴⁹ Claudia Tubertini, La mobilità sanitaria: potenzialità e limiti nella prospettiva della piena tutela del diritto alla salute in L.P. Tronconi, Unione Europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate, 2016, Maggioli ed.

²⁵⁰ Commissione europea, Processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti e sugli sviluppi dell'assistenza sanitaria nell'Ue del 9 dicembre 2003, reperibile su http://ec.europa.eu/health/ph_overview/Documents/key01_mobility_it.pdf [ultimo accesso 22.3.2017]

²⁵¹ Sul tema del regime regolamentare e del suo rapporto con i principi espressi in tema di prestazioni transfrontaliere della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, si veda R. CISOTTA, *Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia di patient mobility nell'Unione europea: un piccolo (o grande?) terremoto è in atto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2007, pp. 168 e ss.

²⁵² Per un commento alla Direttiva si veda M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, op. cit.; G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2012, 3, 683

²⁵³ DIRETTIVA 2011/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:it:PDF> [ultimo accesso 22.3.2017]

stizia in questi anni e al contempo a dare una disciplina univoca al diritto alle cure transfrontaliere.

E' un provvedimento di «armonizzazione minima», a fronte delle ricordate competenze dell'Unione europea.

L'elemento di maggiore novità rispetto ai regolamenti vigenti in materia di cure programmate all'estero è la configurazione dell'autorizzazione preventiva come eccezione e non più come regola, secondo il modello disegnato, come si è detto, dalla Corte di giustizia. L'assenza di un regime autorizzatorio per il rimborso di spese sanitarie transfrontaliere assurge, grazie alla direttiva in esame, a regola generale: la sua previsione, fuori dalle eccezioni consentite, costituisce restrizione alla libera prestazione dei servizi²⁵⁴.

Secondo il disposto letterale della direttiva, infatti, l'assistenza sanitaria in un Paese UE diverso da quello di appartenenza può essere soggetta ad autorizzazione preventiva solo in ipotesi espressamente previste.

La base giuridica della direttiva 2011/24/UE viene individuata nell'art. 114 TFUE, essendo le disposizioni ivi racchiuse volte a “migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi”, e nell'art. 168 TFUE, che annovera tra le finalità di tutte le politiche dell'Unione la garanzia di un “livello elevato di protezione della salute umana.

In materia di mobilità sanitaria, anche le eccezioni alla libertà di circolazione contemplate dalla direttiva 2011/24/UE producono effetti favorevoli sulla realizzazione di un diritto alla salute effettivo, stavolta sul piano nazionale: la possibilità di invocare limiti ai flussi di pazienti in entrata e uscita al fine di preservare gli equilibri di bilancio ed evitare lo spreco di risorse, infatti, è funzionale al mantenimento di un sistema

²⁵⁴ L.U. Barretta, Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE, in *Federalismi.it* n. 19/2014.

sanitario efficiente ed equilibrato, che sia in grado di garantire il diritto di ciascuno a fruire delle prestazioni mediche necessarie in relazione al proprio stato di salute.

Se da un lato, quindi, l'applicazione dei principi del libero mercato, produce l'effetto di permettere al paziente la scelta del luogo di cura sul tutto il territorio europeo, dall'altro, anche i limiti invocabili dagli Stati membri alla piena realizzazione di tali principi hanno la conseguenza di garantire il diritto alla salute, seppur limitatamente alla sanità domestica.

La disposizione dell'art. 4 par.3 c.2 consente agli Stati limitazioni alla mobilità proveniente dall'estero per garantire i bisogni sanitari locali; l'art. 5 lett. c) prescrive agli Stati membri di garantire sul proprio territorio l'assistenza sanitaria che dovesse rivelarsi necessaria dopo aver fruito di una prestazione transfrontaliera

Inoltre, è previsto che i costi relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera debbano essere rimborsati nei limiti del costo che la prestazione fruita all'estero ha nel Paese di affiliazione mentre la corresponsione di costi eccedenti o afferenti resta nella discrezionalità di quest'ultimo.

Le categorie di prestazioni per le quali è prevista autorizzazione preventiva in ciascuno Stato, inoltre, devono essere comunicate alla Commissione europea, affinché possa valutarne la compatibilità con il diritto dell'Unione.

Da segnalare, infine, le prospettive che avrà nell'applicazione della direttiva la citata sentenza *Petru*.

2. Il programma dell'Unione Europea per il 2017

Il 25 ottobre 2016 la Commissione europea ha presentato il programma di lavoro del 2017 mediante una comunicazione (CM (2016) 710 accompagnata da cinque allegati relativi:

- I) iniziative da presentare
- II) iniziative connesse al programma REFIT che fanno dunque seguito a un riesame dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione
- III) proposte prioritarie in sospenso
- IV) proposte legislative pendente che la Commissione intende ritirare nell'arco di sei mesi e cioè entro aprile
- V) disposizioni legislative in vigore da abrogare in quanto superate o obsolete

Le premesse mettono in luce un quadro in difficile evoluzione, caratterizzato da una lenta ripresa economica ancora allo stato embrionale, che deve ancora produrre i suoi effetti nella società “soprattutto per quanto riguarda la creazione di posti di lavoro per i giovani e la riduzione delle disparità”. In agenda gli effetti che i flussi migratori hanno provocato e che hanno messo a dura prova anche le frontiere esterne dell'Unione, le problematiche connesse alla minaccia terroristica, all'instabilità del vicinato orientale e meridionale, all'incertezza che ha fatto seguito al referendum del Regno Unito.

Pur rivendicando notevoli passi avanti raggiunti nel corso dell'anno precedente, cioè il 2016, tra i quali l'attivazione del Fondo europeo per gli investimenti strategici, la creazione della Guardia di frontiera e costiere europea, vi è in questo documento una consapevolezza da parte della Commissione di dover incentrare le proprie attività nelle dieci priorità indicate negli orientamenti politici presentati all'inizio del proprio mandato "per realizzare un'agenda positiva e mirata che porti a risultati concreti al fine di proteggere, difendere i cittadini e dare loro forza". L'impegno è anche volto al rinnovamento che in vista delle celebrazioni a Roma del sessantesimo anniversario della prima dei trattati che porteranno alla pubblicazione di un Libro bianco sul futuro dell'Europa. Come ribadito dal governo nella Relazione programmatica sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, il rilancio del processo di integrazione politica rappresenta una priorità indifferibile tanto più nel quadro di incertezza apertosi dopo il referendum britannico.

Le intenzioni delle istituzioni europee vanno verso un nuovo impulso all'occupazione, alla crescita e agli investimenti e del resto nella relazione programmatica il Governo su questa linea intende promuovere specifiche azioni di sistema che permettano di colmare gli squilibri nei vari settori. Per quel che qui ci interessa, con specifico riferimento alla formazioni superiore, si intende favorire il *job-placement* con il finanziamento di tirocini in imprese, ma agevolando il più possibile la mobilità ad ogni livello che coinvolga gli studenti, ma anche i docenti e la piena riforma del sistema di alta formazione.

Tra le altre iniziative annunciate dalla Commissione vi è quella dell'attuazione della Strategia europea per una mobilità a basse emissioni presentata nel luglio 2016 che mira ad aumentare l'efficienza dei trasporti e a ridurre le emissioni fino a raggiungere gradualmente ai veicoli ad

emissioni zero. In particolare si tratta delle seguenti misure che saranno presentate nel corso del secondo trimestre del 2017:

- revisione REFIT dei regolamenti relativi alle autovetture e ai veicoli commerciali leggeri;
- proposta di Direttiva “veicoli puliti”
- proposta di direttive sull’euro bollo e sul sistema europeo di telepedaggio (EETS): Questa iniziativa comprende l’attuazione dell’Accordo internazionale sulle emissioni degli aeromobili che è prevista invece

Inoltre nell’ambito delle iniziative REFIT previste nell’allegato II al Programma di lavoro, la Commissione annuncia la revisione delle norme in materia di trasporto combinato di merci, che sarà realizzata nel quarto trimestre 2017.

Tra le nuove proposte avanzate dalla Commissione vi è la creazione di uno spazio di giustizia e diritti fondamentali basati sulla fiducia reciproca. In tale ottica il Programma di lavoro oltre al pacchetto relativo ai trasferimenti di denaro che interessano il riciclaggio, la cooperazione giudiziaria e di polizia transfrontaliera, va ricordata, per i fini che qui interessano, la proposta di regolamento (COM 2016 0194 che istituisce un sistema di ingressi ed uscite, sistema EES per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica il regolamento CE n. 767/20087 e il regolamento UE n. 1077/2011. Il sistema di registrazione automatizzato, proposto dalla Commissione nell’aprile del 2016, riguarda: nome, tipo di documento di viaggio, dati biometrici, data e luogo di ingresso e di uscita e i respingimenti; tale meccanismo sostituirebbe l’attuale sistema di timbratura manuale dei passaporti dei

cittadini dei paesi terzi facilitando le operazioni di controllo di frontiera, con particolare riguardo all'individuazione di documenti contraffatti e false identità. La proposta è tuttora all'esame delle Istituzioni legislative europee ed è tra le priorità delle iniziative della Presidenza maltese del semestre europeo²⁵⁵.

Degna di nota è anche la proposta di regolamento COM (2016)0196 che modifica il regolamento (UE) 2016/399 per quanto riguarda l'uso del sistema di ingressi ed uscite. Lo stesso permetterebbe di adeguare l'attuale Codice frontiere Schengen al futuro sistema EES descritto.

Ai fini della realizzazione dell'Unione della sicurezza il Programma di lavoro prevede la creazione del sistema europeo di informazione ed autorizzazione ai viaggi (ETA) per il controllo automatico dei cittadini di paesi terzi esenti dall'obbligo di visto che intendono recarsi nello spazio Schengen. L'ETIAS presentato dalla Commissione del novembre 2016 con proposta di regolamento COM (2016)731 consiste in un sistema automatizzato per verificare le informazioni fornite ai cittadini di paesi terzi esenti dall'obbligo di visto (relative all'identità, al documento di viaggio, alla residenza, al recapito, ecc...) e per l'autorizzazione di viaggio, sulla falsariga di quanto già avviene mediante il sistema ESTA per i cittadini europei che intendono entrare negli USA. Il sistema ETIA è altresì inserito tra le priorità del Programma della presidenza maltese del Consiglio dell'UE.

La relazione programmatica 2017 dà conto delle attività e degli impegni del Governo italiano che esulano dalle priorità indicate dalla Commissione e che pertanto non sempre possono trovare in quei dieci punti una corrispondenza.

²⁵⁵ La proposta è stata oggetto di esame della Prima Commissione affari costituzionali del Senato che si è pronunciata in senso favorevole con la Risoluzione DOC. XVIII n. 131 che ha ricevuto risposta dalla Commissione europea il 26 settembre 2016 (C(2016)5781)

In materia di trasporti il Governo annuncia che seguirà tutti i settori della politica dei trasporti che beneficiano di contributi europei. Concorrerà inoltre, alla programmazione delle politiche di coesione 2014-2020 nell'ambito del *Connectin Europe Facility* (CEF) e nell'ambito del Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEI), in coerenza con il nuovo assetto delle Reti TEN-T e dei Corridoi multimodali. Nel corso del 2017 il Governo sarà impegnato nell'attuazione dei PON "infrastrutture e reti 2014-2020. L'obiettivo del programma è quello di *"Promuovere sistemi di trasporto sostenibili ed eliminare le strozzature delle principali infrastrutture di rete"* e si concentrerà su due priorità: *sostenere la creazione di uno spazio unico europeo dei trasporti multimodali con investimento nella TEN-T e sviluppare e migliorare sistemi di trasporto sostenibili dal punto di vista ambientale"*.

L'attività del governo sarà poi indirizzata verso la promozione di iniziative legislative sul pacchetto stradale e la tariffazione delle infrastrutture stradali per gli autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada. La problematica più urgente per il nostro paese è quella che riguarda il trasporto di cabotaggio verso il quale si manifestano le più forti resistenze di liberalizzazione.

Nel campo del trasporto marittimo la politica europea in materia di *safety* sarà concentrata sulla sicurezza produttiva connessa alle esigenze di tutela, disciplina e controllo della navigazione e delle attività correlate. Nel settore del trasporto ferroviario, invece nel corso del 2017 l'Italia sarà impegnata a recepire le direttive e dare attuazione ai regolamenti dell'Unione europea inerenti al VI pacchetto ferroviario.

Nel corso del 2017 si prosegue verso le attività negoziali per la stipula di accordi aerei tra l'Unione europea e altri paesi extra comunitari. Le priorità sono quelle di proseguire i negoziati avviati con il Qatar e il contro si di definizione con gli Emirati Arabi Uniti e continuare le atti-

vità negoziali con i paesi dell'ASEAN (*association for South.eat asian nation*). E ancora avviare il negoziato verticale con la Turchia prevedendo l'apertura dei negoziati verticali con Cina, Messico, India e Paesi euromediterranei e definire l'accordo verticale con il Brasile e cercare possibili modalità di dialogo con la Federazione Russa.

3. Individuazione degli aeroporti di interesse nazionale

Le fonti normative da cui partire per la presentazione dello schema di decreto del Presidente della Repubblica che individua gli aeroporti di interesse nazionale, sono l'art. 698 del codice della navigazione, dal Regolamento n. 1315/2013 (disposizione comunitarie relative alle Rete Transeuropea dei trasporti) dal Regolamento n. 1316/2013 (meccanismo per collegare l'Europa).

La cornice deve essere individuata nell'art. 117 della Costituzione che indica gli aeroporti tra le materie di competenza concorrente tra Stato e Regioni, per cui spetta allo Stato la disciplina dei principi fondamentali in materia e da alle Regioni l'emanazione delle norme di attuazione e regolamentari. L'intesa con la Conferenza Stato-Regioni-Province autonome raggiunta il 19 febbraio 2015 diventa un elemento procedurale rilevante.

Per quanto riguarda l'orientamento europeo, si può già dire che a partire dal Libro Bianco dei trasporti del 28 febbraio 2011 e dalla Comunicazione COM (2011) 823 del primo dicembre 2011 sulla politica aeroportuale europea con l'allegato "Pacchetto aeroporti", l'Unione europea ha indicato i punti essenziali sui quali sviluppare il trasporto aereo comunitario rappresentando anche le priorità. Queste passano attraverso la necessità di promuovere una integrazione tra aeroporti e altre modalità di trasporto; l'aumento della capacità degli aeroporti per fare fronte

alla domanda crescente di passeggeri soprattutto verso l'esterno o verso i paesi che hanno pochi collegamenti. Uno dei problemi da fronteggiare è appunto quello di rispondere ad una domanda crescente di bisogni per l'aumento delle richieste da parte dei passeggeri negli aeroporti e che è destinata ad aumentare negli anni a venire. Tutto ciò porta alla necessità di migliorare la gestione degli aeromobili e del traffico aereo mediante la realizzazione di un Cielo Unico europeo, Single European Sky mediante l'operatività entro il 2020 del nuovo sistema di gestione del traffico aereo SESAR, single european sky asm research, modificato poi dal pacchetto denominato SES 2+. In particolare mirando ad una maggiore efficienza dei servizi di navigazione aerea, anche allineando le capacità di volo con quelle a terra, ottimizzando tutte le fasi di volo da aeroporto ad aeroporto, *gate to gate*, sia negli aeroporti che nelle aree limitrofe, modificando il sistema di assegnazione delle bande orarie in senso più efficiente, nonché eliminando la frammentazione nella gestione del traffico aereo oggi basata su ventotto autorità nazionali che vigilano su più di cento prestatori di servizi di navigazione aerea.

Tra le priorità indicate vi è anche quella di favorire gli investimenti pubblici e privati per l'infrastruttura aeroportuale europea, nel rispetto della normativa sugli aiuti di Stato in cui il mercato dell'aviazione agisce sulla base della concorrenza²⁵⁶. In tal senso è necessario definire una rete transeuropea Ten-T dei trasporti su due livelli: una rete centrale prioritaria (core network) entro il 2030 e su cui concentrare gli investimenti ed una rete globale (comprehensive network) da realizzare entro il 2050. Ogni obiettivo deve essere ispirato dal criterio della sicurezza delle attività aeroportuali e rivedere il quadro dei controlli di sicurezza (security) negli aeroporti europei.

²⁵⁶ Si veda la Comunicazione COM (2014)963, Nuovi orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree

Il Regolamento n. 1315 del dicembre 2013 ha permesso l'individuazione di una Rete Transeuropea dei trasporti Ten-T, Core Network, che ha disegnato nove corridoi²⁵⁷:

- 38 aeroporti principali europei nelle città di cui 11 italiani (Roma Fiumicino, Milano Malpensa, Venezia, Bergamo Orio al serio, Bologna, Milano Linate, Torino, Genova, Napoli, Cagliari, Palermo); 94 porti principali; 15 mila chilometri di ferrovia ad alta velocità e 35 progetti transfrontalieri per ridurre le strozzature.

Nella rete Comprensive rientrano invece 22 aeroporti italiani (Trieste, Treviso, Verona, Bolzano, Brescia, Forlì, Firenze, Pisa, Ancona, Roma Ciampino, Pescara, Foggia, Bari, Brindisi, Lamezia Terme, Reggio Calabria, Trapani, Catania-COMiso, Lampedusa, Pantelleria, Alghero e Olbia).

Per quanto attiene alla normativa italiana, l'art. 698 del codice della navigazione, così come modificato dal decreto legislativo n. 151 del 2006, prevede l'individuazione di aeroporti di interesse nazionale in quanto nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato²⁵⁸. I criteri per individuare questi aeroporti sono i seguenti:

²⁵⁷ bisogna ricordar e che sono quattro i corridoi che interessano l'Italia: il corridoio Baltico-Adriatico, il Corridoio Mediterraneo che è essenzialmente stradale ferroviario che collega la penisola iberica con il confine ungaro-ucraino e che comprende i collegamenti Torino-Lione e Venezia-Lubiana; il corridoio Scandivano-Mediterraneo che arriva fino a Malta transitando per la Galleria base del Brennero e passa per l'Italia meridionale e la Sicilia; il corridoio Reno-Alpi che è essenzialmente multimodale per le rotte delle merci dai porti del Mare del Nord e della Germania verso il Mediterraneo, che interessa Milano e la Liguria.

²⁵⁸La norma prevede altresì l'emanazione di un decreto del Presidente della Repubblica previ deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni e province autonome, sentita l'agenzia del demanio e preciso parere delle Commissioni parlamentari competenti da esprimere entro trenta giorni dalla data di assegnazione. Lo stesso procedimento è richiesto per eventuali successive modifiche del decreto. L'art. 17 della legge n. 400/1988 non espressamente richiamata nell'art. 698 cod nav, fa anche ricevimento al parere del Consiglio di Stato, reso il 23 aprile del 2015.

- le dimensioni e la tipologia di traffico
- l'ubicazione territoriale
- il ruolo strategico
- le previsioni dei progetti europei TEN-T

In materia di federalismo demaniale l'art. 5 del D. Lgs. n. 85 del 2010 ha previsto il trasferimento degli aeroporti di interesse regionale locale appartenenti al demanio aeronautico che non siano di interesse nazionale, ai rispettivi enti locali che sono le Regioni, le Province, i Comuni e le Città metropolitane.

Lo schema del decreto è quello di un articolo unico composto da dieci commi. La Relazione illustrativa fa riferimento ad un testo costituito da un artotflo unico composto da tredici commi a cui si riferisce anche il parere del Consiglio di Stato reso il 23 aprile 2015 sul testo trasmesso il 13 marzo 2015. Il testo composto da tredici c commi è stato anche esso trasmesso al Parlamento quale, come indicato nella lettera di accompagnamento “ ulteriore testo predisposto a fini collaborativi” anche se il testo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri e sottoposto a parere risulta essere quello composto da dieci commi.

Nella Seduca della Commissione Lavroi pubblici e comunicazioni del Senato del 10 giugno 2015 dedicata all'esame del provvedimento, il Viceministro per le infrastrutture e i trasporti ha precisato che il Governo intende assumere, ai fini della deliberazione definitiva dell'atto, il testo composto da tredici commi, che è stato integrato con le indicazioni fornite dalla Conferenza Stato-Regioni, dall'Agenzia del demanio e dal Consiglio di Stato.

IL 29 gennaio 2013 il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ha prenesato un Piano Nazionale per lo sviluppo aeroportuale che proponeva il riordino organico del settore sia sotto il profilo infrastrutturale che quello dei servizi e della gestione alla luce della classificazione de-

gli aeroporti di interesse nazionale. Su questo documento è stato avviato un confronto con le Regioni, seguito da un'informativa al Consiglio dei Ministri da parte del Ministro competente nella riunione del 17 gennaio 2014. Lo schema di piano nazionale degli aeroporti è stato approvato in Consiglio dei Ministri in via preliminare il 30 settembre, mentre l'intesa in conferenza Stato-Regioni è stata raggiunta lo scorso 19 febbraio .

Il contenuto del Piano, oltre alla normativa comunitaria e nazionale in materia come indicata, prende in esame anche una serie di atti preparatori tra cui si evidenziano gli indirizzi contenuti nell'undicesimo allegato infrastrutturale al DEF e l'Atto di pianificazione allegato allo schema stesso, che individua, come previsto dall'art. 698 del cod. nav. gli aeroporti di interesse nazionale in relazione ai bacini di traffico. Vengono così delineati 12 aeroporti di rilevanza strategica²⁵⁹ secondo i criteri indicati dalla norma del codice della navigazione citata, all'interno di dieci bacini territoriali scelti in base di due criteri: divisione dell'Italia in 5 aree sovraregionali previste dallo schema comunitario NUTS1 (nord-ovest, nord-est; centro; Sud e Isole); all'interno di tali aree per bacini di traffico omogeneo considerando una distanza massima di due ore di percorrenza in auto da un aeroporto di particolare rilevanza strategica.

I commi 3, 5, 6, 7 e 8 individuano i parametri e le condizioni da rispettare a cui è subordinata la qualificazione di aeroporto o sistema aeroportuale di interesse nazionale. Per gli aeroporti di interesse nazionale sono richiesti dal comma 3:

²⁵⁹ sono di importanza strategica pur non appartenendo alla rete core il sistema aeroportuale Pisa/Firenze nel bacino centro-nord; Lamezia Terme in Calabria, Bari per il bacino Mediterraneo-Adriatico e di Catania per il bacino Sicilia Orientale.

- ruolo ben definito dell'aeroporto all'interno del bacino con una specializzazione dello scalo e una riconoscibile vocazione dello stesso funzionale al sistema da incentivare;
- raggiungimento dell'equilibrio economico- finanziario anche tendenziale in breve periodo;
- adeguati indici di solvibilità patrimoniale

Il comma 5 prevede come unica eccezione per gli aeroporti che svolgono una funzione con la continuità territoriale come quelli di Comiso, Trapani, Pantelleria, Lampedusa, Olbia e Alghero.

Il comma 6 richiede che i gestori degli aeroporti di interesse nazionale presentino entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto, la documentazione che dimostri il possesso delle condizioni del comma 3. La documentazione va presentata al Ministero delle infrastrutture e trasporti all'ENAC. Qualora le condizioni non sussistano viene concesso ai gestori un termine di ulteriori tre mesi per la presentazione di un piano industriale corredato da un piano economico-finanziario finalizzato alla realizzazione delle condizioni nel successivo triennio.

Il comma 7 prevede il definitivo riconoscimento dell'aeroporto nell'ambito di quelli di interesse nazionale solo in seguito alla verifica positiva effettuata dal ministero e dall'ENAC della sussistenza delle condizioni e della fondatezza dei piani previsti dal comma precedente. IN mancanza delle condizioni previste, ma in presenza di piani adeguati per il successivo triennio viene comunque concessa la qualifica di aeroporto di interesse nazionale, salvo quanto previsto dal comma otto che prevede la revoca. In questa ultima disposizione, difatti il MIT, avvalendosi dell'ENACD, può verificare la realizzazione delle condizioni per i gestori che abbiano presentato i piani e che nel caso di mancata realizzazione ci sia la possibilità di revoca della qualifica di aeroporto di interesse nazionale con il conseguente declassamento ad aeroporto di

interesse regionale. La norma non prevede però la revoca nel caso in cui la mancata realizzazione delle condizioni sia dipesa da cause imprevedibili e non imputabili alla responsabilità dei gestori.

I commi 9 e 10 fanno riferimento all'atto di pianificazione e alla vigilanza del MIT. Nell'atto di pianificazione si prevede che a fianco dell'individuazione degli aeroporti di interesse nazionale vengano poste in essere misure per il potenziamento delle infrastrutture aeroportuali e dell'accessibilità ed intermodalità attraverso una *action plan* articolato per bacini di traffico; la razionalizzazione dei servizi aeroportuali e dei relativi costi con applicazione dei costi standard, affidamento di più aeroporti ad un unico gestore, revisione degli orari di apertura degli aeroporti, in particolare nelle ore notturne, il potenziamento del traffico cargo.

Il comma 10 di prevede, come accennato, la vigilanza del MIT sull'attuazione del decreto, promuovendo le intese con le altre Amministrazioni ed Enti competenti.

4. Lo spazio ferroviario europeo unico in attuazione della direttiva 2012/34/UE

A partire dagli anni novanta il settore del trasporto ferroviario è stato investito da un processo di liberalizzazione di matrice comunitaria che ha portato alla emanazione di tre pacchetti ferroviari , composti da tre direttive e regolamenti. Il primo pacchetto ferroviario emanato nel 2001 con le direttive n. 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE ha avviato facendo seguito alle precedenti direttive 1991/440/CE e 1995/18/CE l'apertura el mercato alla concorrenza, garantendo un grado di separazione tra gestione della rete e attività di trasporto, l'accesso equo e non

discriminatorio alla rete ferroviaria e l'utilizzo ottimale della stessa. Nell'ordinamento italiano il pacchetto è stato recepito con il D.Leg n. 188/2003 XIV legislatura.

La direttiva 2012/34/UE del 21 novembre 2012 ha provveduto alla rifu-
sione delle seguenti direttive CE in materia ferroviaria;

- la direttiva 91/440/CEE²⁶⁰ modificata anche dalla direttiva 2001/21/CE
relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie;
- la direttiva 95/18/CE modificata dalla direttiva 2001/13/CE relativa
alle licenze delle imprese ferroviarie;

²⁶⁰ Questa direttiva riconosce la necessità di una maggiore integrazione del sistema ferroviario europeo in un mercato sempre più concorrenziale. La direttiva stabilisce inoltre l'importante distinzione fra l'esercizio dei servizi di trasporto e la gestione dell'infrastruttura identificando la necessità di gestire separatamente queste due aree, al fine di favorire il futuro sviluppo e l'efficienza delle ferrovie comunitarie. In base alla direttiva i Paesi membri devono garantire l'indipendenza gestionale delle imprese ferroviarie, adottando le misure necessarie affinché queste dispongano, in materia di direzione, gestione e amministrazione e controllo amministrativo, e contabile interno, di uno stato di indipendenza in particolare modo di un patrimonio, di un bilancio ed una contabilità separata da quella degli Stati. Inoltre deve essere garantita la separazione contabile della gestione dell'infrastruttura dall'attività di trasporto, tenendo separati i conti profitti e perdite ed i bilanci, pubblicandoli distintamente per le attività relative all'esercizio dei servizi di trasporto e per quelle relative alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria. I finanziamenti pubblici devono inoltre riflettere tale separazione e quelli corrisposti per un'attività non devono essere trasferiti all'altra. E' poi garantito il diritto di accesso all'infrastruttura in tutti gli altri paesi dell'UE per l'esercizio di tutti i servizi di trasporto merci ferroviario e i servizi di trasporto internazionale dei passeggeri. La direttiva 95/18/CE sancisce il principio che la licenza rilasciata da uno Stato membro sia riconosciuta valida in tutta la Comunità, l'impresa ferroviaria rimane, peraltro tenuta a rispettare le disposizioni nazionali e comunitarie relative all'esercizio di servizi ferroviari, imposte in modo non discriminatorio e volte a garantire che essa sia in grado di esercitare in piena sicurezza la propria attività su percorsi specifici.

- la direttiva 2001/14/2001²⁶¹ relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'impostazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.

La rifusione operata dalla direttiva 2012/34/UE non muta sostanzialmente l'impianto normativo esistente anche se prevede alcune novità:

- 1) il rafforzamento dei poteri regolatori nazionali (artt. 55 e 56 in Italia organismo di regolazione è l'Autorità dei trasporti istituita dall'art. 37 del decreto legge n. 201/2011) e la costituzione di una rete europea dei regolatori (art. 57); in particolare l'art. 55 rafforza le caratteristiche di indipendenza dell'organismo di regolamentazione prevedendo che "ciascuno Stato membro istituisca un organismo di regolamentazione unico per il settore ferroviario" e che questo "sia un'autorità indipendente che sotto il profilo organizzativo, funzionale, gerarchico e decisionale è giuridicamente distinta e indipendente da qualsiasi altro ente pubblico
- 2) la pubblicazione del prospetto informativo di rete da parte del gestore dell'infrastruttura in almeno due lingue ufficiali dell'Unione europea e la sua disponibilità gratuita in formato elettronico sul portale internet del gestore dell'infrastruttura, nonché la sua accessibilità mediante un portale internet comune a tutti i gestori dell'infrastruttura ferroviaria degli Stati membri (art. 27 che in quieto modo integra la norma corrispondente, art. 3 della direttiva 2001/14/CE);

²⁶¹ questa direttiva incoraggia la fissazione di un sistema efficiente ed equo di diritti per uso dell'infrastruttura ferroviaria che incoraggiano anche una competizione virtuosa tra le diverse modalità di trasporto. I canoni di utilizzo devono essere fissati da un organismo indipendente generalmente l'amministrazione delle infrastrutture se questo non dipende dalle imprese ferroviarie. Se invece il gestore dell'infrastruttura non è indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, le funzioni diverse dalla riscossione dei diritti sono svolte da un organismo incaricato della determinazione dei diritti indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale. I diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura sono pagati al gestore dell'infrastruttura che li usa per finanziare le sue attività.

3) al pubblicazione da parte degli Stati membri di una strategia indicativa di sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria almeno quinquennale. L'art. 8 della direttiva prevede a tale proposito sostituendo il corrispondente art. 6 della direttiva 1991/440/CE che gli Stati membri sviluppino l'infrastruttura ferroviaria nazionale tenendo conto eventualmente delle esigenze generali dell'Unione, inclusa l'esigenza di cooperare con i paesi terzi limitrofi. A tale scopi essi pubblicano, entro il 16 dicembre 2014, previa consultazione delle parti interessate una strategia indicativa di sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria al fine di soddisfare le esigenze future in materia di mobilità in termini di manutenzione, rinnovamento e sviluppo dell'infrastruttura sulla base di un finanziamento sostenibile del sistema ferroviario. Tale strategia comprende un periodo di almeno cinque anni ed è rinnovabile.

La legge di delegazione Europa 2013, con legge n. 96 del 2013 allegato B, ne ha previsto il recepimento nell'ordinamento italiano. Il termine per il recepimento per il recepimento della direttiva 2012/34 è fissato al 16 giugno 2015.

Lo schema di decreto provvede a sostituire integralmente le vigenti disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 188 del 2003 che aveva dato attuazione alle direttive del c.d. primo pacchetto ferroviario n. 12 n. 13 e n. 14 del 2001. In seguito al recepimento della direttiva l'assetto del sistema ferroviario è caratterizzato da una situazione di separazione tra gestione dell'infrastruttura ferroviaria e gestione del servizio, alla quale si è accompagnata la separazione societaria, all'interno della holding ferrovie dello Stato SPA tra RFI, società titolare della concessione sessantenne ai sensi del decreto ministeriale n. 138/T del 2000, della rete e Trenitalia, società affidataria dei

contratti di servizio pubblico nazionale ferroviario passeggeri e merci.

Il comma 6 dell'art. 11 disciplina le funzioni di gestore dell'infrastruttura di reti ferroviarie regionali prevedendo che qualora le attività di servizio di trasporto e di gestione dell'infrastruttura non siano svolte da imprese distinte sul piano della separazione giuridica decisionale, l'impresa sia comunque organizzata in strutture aziendali separate ed autonome sotto il profilo gestionale, contabile e amministrativo. L'art 13 specifica anche rispetto alla normativa vigente che l'accesso delle imprese ferroviarie agli impianti di servizio quali stazioni passeggeri, scali merci, centri manutenzione è effettuato da operatori privati.

IN base al decreto legislativo 188/2000 i rapporto tra concessionario e concedente della rete, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sono regolati da contratti di programma triennali. In questo ambito l'art. 15 dello schema di decreto prevede che il contratto di programma divenga quinquennale.

Per lo svolgimento del servizio di trasporto ferroviario passeggeri, l'art. 7 del dec. leg. n. 188/2003 prevede il rilascio da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di una licenza valida in tutto il territorio UE per le imprese che siano in possesso del materiale rotabile, del personale idoneo e della copertura assicurativa in caso di incidenti, oltre che di specifici requisiti di onorabilità e finanziari. Inoltre l'art. 58 della legge n. 99/2009 ha introdotto una specifica licenza valida per il trasporto nazionale passeggeri che può essere rilasciata unicamente ad imprese aventi sede legale in Italia e, se controllate da imprese straniere a condizione di reciprocità.

In base all'arty. 12 del decreto leg. n. 188/2003 come modificato dall'art. 60 della legge n. 99/2009 per il trasporto nazionale passeggeri, il gestore dell'infrastruttura ferroviaria deve mettere a disposizione delle imprese in possesso della licenza, l'infrastruttura ferroviaria, dietro pagamento di un canone e nel rispetto dei principi di non discriminazione e di equità-

Inoltre per lo svolgimento del servizio di trasporto internazionale ferroviario passeggeri l'art. 59 della legge n. 99/2009 come modificato da ultimo dall'art. 25 del decreto-legge n. 69/2013 riconosce alle imprese che svolgono tale servizio il diritto di fare salire e scendere passeggeri tra stazione nazioni situate lungo l percorso del servizio internazionale anche senza possedere la licenza nazionale a condizione che la finalità principale del servizio sia il trasporto di passeggeri tra stazioni situate in Stati membri diversi.

Tale diritto può essere però sottoposto a limitazioni nei casi in cui illuso esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico. In alternativa alle limitazioni può essere richiesto il pagamento da parte delle imprese, di diritti di compensazione. Le condizioni si applicano anche per il trasporto nazionale passeggeri.

Lo schema di decreto interviene anche inserendo la licenza nazionale per il trasporto passeggeri di cui all'art. 58 della legge n. 99/2009 nel quadro della normativa organica della materia delineata dallo schema di decreto medesimo (art. 3 co. 1 lett. p) per la definizione; arte. 7 e 8 e 9 per la disciplina della licenza. Tuttavia tra la direttiva e lo schema di decreto al comma 7 dell'art. 8 non risulta chiaro quale sia l'amministrazione pubblica competente idonea ad attestare la veridicità della relazione sul possesso dei requisiti finanziari da parte delle imprese ferroviarie.

IN materia di accesso alla rete la pressione dell'art. 59 della legge n. 99/2009 viene abrogata e in suo luogo, l'art. 12 ne riproduce il contenuto per quel che concerne la possibilità di imporre limitazioni, per il trasporto nazionale passeggeri, ivi compreso il tratto nazionale di percorsi internazionali, nel diritto di far salire o scendere passeggeri quando si rischi di compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico. E' inoltre confermata la possibilità di imporre alle imprese misure di compensazione economica indulto delle limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri. E' invece soppressa la presunzione che non vi sia compromissione dell'equilibrio economico quando le fermate intermedie siano poste a più di 100km di distanza e le tariffe siano superiori di almeno il 20 per cento a quelle erogate dall'impresa titolare del contratto di servizio pubblico.

L'art. 12 riproduce anche, ai commi 12 e 13 quanto previsto dai commi 11. tre e 11. quater, introdotti dal decreto legge n. 98/2011, dell'art. 17 del decreto leg. n. 188/2003 in merito all'introduzione di un sovrapprezzo al canone dovuto per l'esercizio dei trasporti passeggeri su linea di alta velocità per servizi non effettuati nell'ambito del contratto di servizio pubblico. La norma non ha finora trovato applicazione in assenza del richiesto provvedimento attuativo, ma il comma 13 ribadisce l'esigenza di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti per l'attuazione della disposizione.

Per le imprese ferroviarie infine: a) al comma 6 dell'art. 5 viene inserito un richiamo ai poteri dell'Autorità dei trasporti in ordine alla determinazione di criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e all'imposizione, se necessario per garantire la concorrenza, della separazione contabile e societaria delle imprese integrate. b) al comma 5 dell'art. 11 viene inserita la nuova previsione

che le imprese ferroviarie possano contribuire allo sviluppo dell'infrastruttura mediante propri investimenti senza che ciò comporti corrispondenti riduzioni del canone di accesso all'infrastruttura.

In data 24 gennaio 2013 la Commissione europea ha inviato all'Italia una lettera di mora, procedura di infrazione 2012/2213 per non corretta applicazione della normativa UE sulla separazione contabile delle imprese ferroviarie e dei gestori dell'infrastruttura ferroviaria. In particolare, risulterebbero violati l'art. 6 par. 1 e l'art. 9 par 4, della direttiva 91/440/CEE relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitari nonché il punto 5 dell'allegato del regolamento CE n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia.

La Commissione rileva che, ad onta, delle citate norme, volte ad evitare lo storno di finanziamenti statali dall'attività di gestione verso le imprese fornitrici del servizio di trasporto nonché a garantire la separazione dei bilanci e la trasparenza dei conti:

- 1) la società di gestione della rete ferroviaria ha trasferito a Trenitalia servizi ferroviari e FS logistica svuotati immobili che le erano stati attribuiti a titolo di finanziamento pubblico;
- 2) FSD logistica responsabile della fornitura di servizi di trasporto merci a livello nazionale non ha mai pubblicato la sua contabilità
- 3) dai conti di Trenitalia non risultano gli importi specifici dei diversi contratti stipulati con lo stato italiano e con le diverse regioni e province autonome per il servizio di trasporto pubblico di persone.

IL 30 gennaio 2013 la Commissione ha presentato una proposta di modifica della direttiva 2012/34/UE che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico COM (2013)29. Tale proposta rientra nell'ambito del quarto pacchetto ferroviario composto in totale da sei atti e

finalizzato all'eliminazione degli ostacoli di carattere tecnico, amministrativo e giuridico che ancora si frappongono al completamento dello spazio ferroviario unico europeo.

La proposta di modifica della direttiva 2012/34/UEER persegue i seguenti obiettivi:

- a. apertura a nuovi operatori e servizi del trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia a decorrere dal dicembre 2019
- b. il rafforzamento del ruolo dei gestori dell'infrastruttura rendendoli operativamente e finanziariamente indipendenti in modo che essi abbiano il controllo di tutte le funzioni centrali della rete ferroviaria.

La proposta in questione è all'esame delle istituzioni europee insieme all'intero pacchetto che il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura con emendamenti nella seduta del 26 febbraio 2014. Per quanto riguarda le proposte del pacchetto che fanno parte del cd. pilastro tecnico²⁶² sono in corso negoziati tra Parlamento europeo e Consiglio per raggiungere un accordo. Più lunghi i tempi invece per quanto riguarda le proposte relative al pilastro politico, di cui fa parte anche la proposta di direttiva sullo spazio ferroviario europeo²⁶³

²⁶² ne fanno parte le proposte di direttiva sulla sicurezza COME (2013)31) e sull'interoperabilità (COM (2013)30)

²⁶³ ne fanno parte una proposta di regolamento che modifica il regolamento CE, n. 1370/2007 per quanto riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia, COM (2013)28 e una proposta di direttiva relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo (COM (2013)30).

CONCLUSIONI

I grandi cambiamenti intervenuti nella società contemporanea e moderna, anche alla luce dell'ingresso delle nuove tecnologie, richiedono un'attenzione particolare allo sviluppo dei mezzi di comunicazione e di trasporto che permettono di ampliare notevolmente i confini delle libertà di movimento.

Le risposte che il diritto ha saputo fornire alla richiesta di nuovi strumenti necessari per fare fronte alle necessità emergenti sono passate attraverso una maggiore tutela e riconoscimento delle situazioni soggettive legate al diritto di mobilità. E' proprio la relazione funzionale che questi diritti hanno nell'applicazione di altri diritti fondamentali che ha spinto il legislatore nazionale ed europeo a porre maggiore attenzione.

Le legislazioni nazionali hanno, fin da subito, ancorato la libertà di circolazione al riconoscimento della cittadinanza e le cui origini vanno rintracciate nell'esigenza di movimento da una regione all'altra del paese da parte di popolazione in cerca di attività lavorativa. Esempio è stato il grande flusso migratorio che ha modificato la struttura sociale del nostro paese avvenuto con il boom economico degli anni settanta e ottanta del secolo scorso.

Lo sviluppo del diritto di mobilità a livello nazionale ed europeo conosce la stessa parabola evolutiva nelle legislazioni nazionali ed europea, per la necessità di attribuire una grande importanza agli spostamenti e al trasporto come strumenti per la realizzazione di altri diritti fondamentali. Da qui l'importanza di riconoscere un valore costituzionale ai servizi che fossero in qualche maniera legati ad essi e che

se interpretati alla luce dell'art. 43 Costituzione, rientrano tra quelli ritenuti essenziali.

I passaggi precedenti hanno consentito poi di dare impulso alla normativa di tutela del singolo e della collettività dentro la quale gli stessi si muovevano e che hanno portato, fino ai giorni nostri, al riconoscimento del diritto di trasporto e dei diritti del passeggero.

Il diritto alla mobilità si è sviluppato sull'articolazione della libertà di circolazione, la quale ultima, tuttavia non è in grado di assorbirla completamente. Laddove per mobilità si debba intendere non solo la facoltà dei soggetti di usufruire dei tradizionali servizi di trasporto pubblico, ma l'aggiunta possibilità di godere appieno dello status di cittadino, nazionale prima ed europeo dopo, e la catena delle situazioni soggettive che da esso derivano.

La libertà di circolazione avendo acquisito una propria autonomia rispetto alle esigenze che il mercato dettava, come avveniva nella fase iniziale, è stata in grado di farsi breccia nel mare magnum delle diverse resistenze dettate dalle legislazioni nazionali e dalle visioni particolaristiche di cui queste erano la semplice espressione, per diventare un grande fattore di omogenizzazione. Un'uniformità che ha avuto la forza di imporsi al massimo grado delle fonti dell'Unione ed una locomotiva, a sua volta, capace di trascinare, oggi anche ad alta velocità, prima le merci e le cose, oggi le persone e i servizi.

La convergenza degli obiettivi europei²⁶⁴ ha portato, nel campo dei trasporti in particolar modo, alla realizzazione della libertà di mercato mediante la difesa di uno dei principi che più tutelano i diritti fondamentali dell'essere umano che è il quello della non discriminazione. L'antinomia apparente tra queste due figure giuridiche ha portato alcuni studiosi ad evidenziare l'aspetto individualistico di questa

²⁶⁴ cui sui ha ben detto G. Caggiano, *La filigrana del mercato nello status di cittadino europeo*, in E. Triggiani, cur, *Le nuove frontiere della cittadinanza*

concezione²⁶⁵che però è intervenuta la Corte di Giustizia a mitigare con aspetti di solidarietà, ricondotti nell'alveo unitario del TFUE all'art. 3 tra gli obiettivi dell'Unione, infatti viene indicata l'economia sociale di mercato e dunque le istituzioni europee sono tenute a mettere in pratica tutte le azioni necessarie alla costruzione di un modello sociale europeo.

La mobilità rientra certamente tra questi obiettivi primari, per la sua natura funzionale rispetto ad altri diritti fondamentali e per la sua caratteristica di avere acquisito una totale autonomia. Interessante notare che il diritto alla mobilità riceve una tutela su vari piani in un contesto in cui l'azione del giudice nazionale è rafforzata dall'attività della giurisdizione e della legislazione europea; per contro la tutela dei cosiddetti diritti sociali legati al diritto alla mobilità è affidata agli ordinamenti nazionali sotto il profilo delle pretese. L'atteggiamento dell'Europa negli ultimi anni sembra più verso un loro restringimento mediante la messa in atto di misure e provvedimenti di austerità e di anche rispetto al tema della sicurezza e del fenomeno ormai ultradecennale dei flussi migratori da parte degli stati del sud del mondo²⁶⁶.

Il coordinamento tra le legislazioni e le attività nazionali ed europee richiede uno sforzo di natura economica che in qualche maniera condiziona anche la programmazione delle altre politiche comunitarie, ben che si possa affermare che laddove vi siano delle politiche sociali europee i diritti ad esse collegati trovano un maggior sostegno e applicazione.

²⁶⁵ D. da Costa, L. Borges, Making sense of human rights in the context of European Union health care policy: individualist and communitarian views, in *Int. Journal of Law in Context*.

²⁶⁶ S. Gambino, I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo, in *Federalismi*, n. 14 del 2012. Si veda anche G. Fontana, Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa, *Centre for Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*, W. P. n. 104/2014 AA. VV. *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2013

Il legame tra cittadini europei e mobilità è assicurato dai principi relativi ai servizi di interesse pubblico²⁶⁷, mentre è sotto gli occhi di tutti che l'impulso più forte l'hanno subito quei settori che rientrando nell'ambito dei servizi economici sono stati sottoposti alla normativa sulla concorrenza ed il libero mercato. Questo iato, tuttavia è destinato a ridursi considerevolmente nel corso del tempo, in quanto la mobilità può investire ogni ambito dei servizi pubblici ed è prevedibile che ciò contribuisce alla loro evoluzione.

L'Unione può avocare a sé competenze in materia di affermazione di principi inderogabili in materia di servizi, salva la possibilità di eccezioni ragionevoli dettate da esigenze di solidarietà e così facendo, innalza il livello di tutela dei cittadini mitigando la discrezionalità dei decisori nazionali mediante l'affermazione del diritto alla mobilità nei settori dei trasporti sicuramente, ma anche delle politiche sociali in genere.

La prospettiva analizzata si impernia sulla centralità che la libertà di circolazione, successivamente all'introduzione della cittadinanza europea, ha assunto e l'insieme dei diritti da essa derivati che hanno superato in qualche maniera la visione iniziale individualistica e mercantile dell'Unione.

Sulla configurabilità di un vero e proprio diritto soggettivo alla mobilità vi è un disaccordo in dottrina che, soprattutto in ambito sanitario ha avuto modo di esprimersi maggiormente. Se dunque il cittadino europeo può fare valere un diritto soggettivo pieno per quanto riguarda la libertà di circolazione, con i limiti ammessi dalla legge, nel caso di rivendicazione del diritto si debbono effettuare delle scrutinanti a seconda che, come si è visto si agisca nell'ambito della, la mobilità sanitaria o, per esempio in quella degli studenti.

²⁶⁷ Giuliana G. Carboni, *La mobilità nel diritto dell'Unione europea*, pa. 38

Nel quadro europeo i dritti alla mobilità assumono la veste di pretese - come per il rimborso del trattamento sanitario - e libertà - divieto per gli stati di discriminare e dunque di ostacolare la circolazione degli studenti che intendano studiare all'estero.

I diritti alla mobilità danno nuova forma alla libertà di circolazione e sono accumulati dal medesimo fine: la realizzazione dei valori fondamentali dell'Unione, come recita l'art. 2 TFUE.

La tutela della posizione giuridica soggettiva è direttamente proporzionale all'interazione tra la libertà di circolazione e gli altri principi del diritto europeo chiamati, volta per volta a fondamento del diritto che si intende garantire.

In definitiva, laddove vi sia un legame con il diritto europeo il soggetto titolare può legittimamente pretendere una sua esigibilità che trova spazio sia nel diritto interno che in quello europeo.

Dalla prospettiva delle politiche europee di integrazione i diritti alla mobilità possono porsi come condizione per il raggiungimento degli obiettivi generali enunciati nei Trattati e che hanno tra gli scopi principali:

- la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone;
- lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente;
- la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri, la mobilità dei cittadini è funzionale non solo alla

realizzazione del mercato interno, bensì a tutte le politiche inerenti gli scopi anzidetti, art. 2 TUE

In definitiva la politica dei trasporti e le azioni volte alla realizzazione di uno spazio comune di libertà, sono politiche di mobilità e integrazione, finalizzate alla realizzazione del progetto europeo.

E' interesse e obiettivo dell'Unione promuovere la mobilità in tutti i settori di sua competenza, nel campo della formazione e dell'educazione, e, nell'ambito di queste politiche la mobilità rappresenta un obiettivo connesso ai principi generali costituendone un modo di attuazione. Lo ha anche affermato la Corte di giustizia quando ha stabilito che *“ la mobilità in tema di istruzione e formazione è parte integrante della libera circolazione delle persone e uno dei principali obiettivi dell'azione dell'Unione” stabilendo altresì che in tema di sanità pubblica si possa configurare un potere del legislatore europeo di adottare misure destinate a garantire la mobilità dei pazienti e la libera circolazione delle prestazioni sanitarie*²⁶⁸.

²⁶⁸ Corte di Giustizia, sent. 14.6.2012 causa C-542-09 *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi* e Sentenza del 27.10. 2011 causa C-255/09 *Commissione europea c. Repubblica portoghese* in Racc. I-10547 e ss.