



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2024
ISSN 2421-0528

Direttori: Lorenzo Chieffi – Alberto Lucarelli – Andrea Patroni Griffi
Direttore responsabile: Alberto Lucarelli

SOMMARIO

Saggi

Alessia Follari – [La Corte costituzionale decide sul diritto all'affettività dei detenuti. Tecniche decisorie e soluzioni di merito nella sent. n. 10/2024](#)

Livia Saporito – [Global meat complex, nuove tecnologie alimentari, sostenibilità: la prospettiva delle religioni sulla carne coltivata](#)

Anna Liguori – [La Cour européenne se prononce sur les trois premières affaires relatives au climat: quelques observations sur la question de la causalité](#)

Alfonso Vuolo – [Lo sport e la modifica dell'art. 33 della Costituzione](#)

Veronica Caporrino – [La regolamentazione delle Borse merci negli interspazi del diritto](#)

Alessandro Benincampi – [Alla ricerca dell'effettiva sostenibilità nella corporate governance. Modelli normativi e approcci regolatori in chiave comparatistica](#)

Francesco Zammartino – [Alcune note sulla crisi della rappresentanza politica in Italia](#)

Marianna Russo – [Are cross-border worker protections under challenge? Insights from a comparative perspective between Italy and the Netherlands](#)

Gisella Pignataro – [La produzione intellettuale dell'IA generativa tra etica e diritto](#)

Andrea Eugenio Chiappetta – [Il paradigma dei beni comuni tra democrazia del conflitto e ruolo del giudice. Il mare libero e il caso Napoli](#)

Maria Teresa Cutolo – [Identità di genere e tutela dei minori](#)

Francesco Gabriele – [Sulla autonomia «ulteriore» nelle regioni a statuto ordinario \(o del regionalismo «differenziato» volutamente «frinteso»\)](#)

Diana Amoroso, Margherita Ghezzi – [L'obbligo vaccinale da Covid-19. Dalla Corte EDU un altro «sì»](#)

Diana Amoroso, Margherita Ghezzi – [L'articolo 43 della Costituzione: l'attualità dei suoi principi e prisma della forma di Stato](#)

Materiali

Orlando Roselli – [La ricorrente prospettiva di riforma della Costituzione](#)

Alberto Lucarelli – [Recensione a F. Zammartino, Legge provvedimento e tutela dei diritti. Aspetti e problematiche nell'ordinamento costituzionale italiano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023](#)

Armando Lamberti – [Recensione a M. Luciani, Ogni cosa al suo posto, Milano, 2023, XV – 269](#)

Armando Lamberti – [Recensione a G. Scaccia, Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione. Scritti scelti, Napoli, 2024, pp. 264](#)

GLOBAL MEAT COMPLEX, NUOVE TECNOLOGIE ALIMENTARI, SOSTENIBILITÀ: LA PROSPETTIVA DELLE RELIGIONI SULLA CARNE COLTIVATA*

di Livia Saporito**

Sommario. 1. *De gustibus disputandum est*. Nuovi alimenti e proteine alternative. – 2. Il discorso sulla carne coltivata tra dilemmi etici ed evidenza scientifica. – 3. Teologia alimentare e carne in vitro: il punto di vista delle religioni. – 4. Carne coltivata, religioni, culture nella percezione del consumatore.

1

1. De gustibus disputandum est. Nuovi alimenti e proteine alternative. Il tema dell'impiego della carne coltivata (o *in vitro*) è oggi al centro delle agende politiche mondiali. E non è mera questione di gusti. Il dibattito, oltre a coinvolgere plurimi attori – allevatori di bestiame, consumatori, imprese, mondo accademico e scientifico, comunità religiose – si innesta su più ampie riflessioni che hanno riguardo al cambiamento climatico, all'impiego delle nuove tecnologie in campo alimentare e al mutato rapporto tra uomo e cibo. Il settore dell'allevamento di animali si colloca, invero, in un ideale crocevia, in cui si intersecano la crescente domanda proteica nel mondo, l'*iper*sfruttamento delle risorse terrestri, il fenomeno del *global warming* e una richiesta di cibo viepiù sofisticata.

Le previsioni circa l'aumento demografico nel nostro pianeta ed il conseguente incremento del fabbisogno alimentare pongono i *decision makers* di tutti i paesi del mondo al cospetto di inedite sfide. Sfamare più di nove miliardi di persone - questa la stima della *Food and Agriculture Organization* (FAO) per il 2050¹ - implica un aumento esponenziale della domanda di cibo, che si traduce, per un verso, nell'intensificazione della produzione alimentare dal punto di vista quantitativo; e, per altro verso, nella differenziazione della offerta, onde soddisfare una richiesta sempre più esigente nelle aree più ricche del pianeta. Il problema è, all'evidenza, duplice, dovendosi non soltanto fare i conti con la ridotta capacità delle risorse terrestri attualmente disponibili, spinte al limite con circa il 50% dei terreni abitabili già impiegati in agricoltura e con il superamento di ben quattro dei massimi livelli di interferenza dell'attività umana sui processi di regolazione dell'ecosistema (cc.dd. *planetary boundaries*)², ma anche con la necessità di conciliare una proposta ricca con una domanda via via più ricercata³: cibo

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ *Food Agriculture Organization* (2011). *World Livestock 2011- Livestock in Food Security* - Rome. Negli stessi termini anche *United Nations, Growing at a Slower Pace, World Population Is Expected to Reach 9,7 Billion in 2050 and Could Peak at Nearly 11 Billion around 2100, Washington, United Nations, Department of Economic Affairs*, 2019.

² Come osservano M. Iannantuoni e L. De Nardo, *I Novel Food. Una possibile transizione del sistema alimentare*, in *Equilibri*, 2020, 1, 145: «il superamento di tali limiti potrebbe scatenare un cambiamento non lineare e improvviso su scala globale e, già oggi, tre dei quattro *planetary boundaries* influenzati dall'agricoltura (cambiamento dell'uso dei terreni, flussi biochimici, integrità della biosfera, uso di acqua dolce) sono stati oltrepassati».

³ C. Gouel, H. Guimbard, *Nutrition Transition and the Structure of Global Food Demand*, in *American Journal of Agricultural Economics*, 101, 2, 2019, 383-403.

salutare, cibo ricco in proteine e nutrienti, cibo etnico e cibo culturalmente orientato. Una di queste sfide è rappresentata dai *novel food*⁴ – secondo una opinione diffusa la vera novità di questo secolo –, i quali si propongono di coniugare progresso e tradizione alimentare, di raggiungere un apprezzabile punto di equilibrio tra ambiente, consumo e risorse, in conformità agli *Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs)* definiti dall'ONU. Indirizzare i consumi nel senso dell'abbandono dei cibi critici a favore di una dieta diversa⁵, ancorché rispettosa delle culture dei popoli, è invero la scommessa dei nuovi alimenti.

Come è noto, i *novel food* possono essere alimenti di nuova concezione; alimenti prodotti utilizzando nuove tecnologie e nuovi processi di produzione ed alimenti che sono o sono stati tradizionalmente consumati al di fuori dell'UE. L'innovazione può, dunque, riguardare il prodotto in sé – cibi nuovi *by design* o importati dalle culture alimentari di altri mercati – o il processo di produzione. L'individuazione dei nuovi cibi è affidata ad un criterio temporale – alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nell'Unione prima del 15 maggio 1997, a prescindere dalla data di adesione all'Unione degli Stati membri – cui si cumula un criterio di natura sostanziale, fissato dal nuovo Regolamento 2015/2283⁶, che ha riguardo ai requisiti indispensabili affinché un nuovo alimento possa essere immesso in commercio.

Tra i *novel food*, un posto di spicco è occupato dalle proteine alternative, categoria eterogenea che ricomprende le proteine vegetali (*plant-based*), le proteine da fermentazione (*single cell*), le proteine da tessuti cellulari (*cultured*) e gli insetti, il cui minimo comun denominatore è dato dalla loro funzione sostitutiva delle proteine animali nella dieta umana⁷. In particolare, i prodotti *plant based* sono composti da ingredienti completamente vegetali, in genere legumi, cereali e semi, e sono presentati sotto le mentite spoglie di *hamburger*, *nugget*, *crocchette*, carne trita o sfilacciata. Essi simulano, in fase di produzione, la *texture* della carne o del pesce attraverso l'estrazione e l'idrolizzazione di concentrati proteici di precisi vegetali, opportunamente addizionati e modellati onde ottenere un determinato profilo organolettico e nutrizionale. I *single cell* sono organismi monocellulari come alghe, funghi, lieviti e batteri⁸ per la produzione di composti da integrare in prodotti assimilabili ai cibi *plant-based*, ma, a differenza di questi ultimi, non necessitano di suolo fertile, potendo essere ricavati da materie prime a basso costo come i rifiuti organici. I *cultured* sono, infine, prodotti a base animale

⁴ La locuzione *novel food* è in astratto riferibile anche ai prodotti alimentari che siano frutto di un processo scientifico volto a introdurre nei cibi aspetti desiderabili o, all'opposto, ad eliminare quelli indesiderati. Per un inquadramento del tema degli alimenti geneticamente modificati si rinvia all'interessante contributo di S.J. MacLaughlin, *Food for the Twenty-First Century: an Analysis of Regulations for Genetically Engineered Food in the United States, Canada, and the European Union*, in *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2003, 14, 375 ss.

⁵ Un invito ai paesi ricchi, i soli in grado di sostenere i costi delle nuove tecnologie, a rivoluzionare la propria alimentazione proviene da Bill Gates, *How to avoid a climate disaster*, a cui avviso il consumo di manzo sintetico e di prodotti alternativi a base vegetale potrebbe contribuire ad evitare un disastro ambientale potrebbero tradursi in un incremento del rischio di catastrofi naturali, carestie e migrazioni di massa.

⁶ Il regolamento del 2015 sui *novel food* modifica il regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori ed abroga il regolamento (CE) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1852/2001 della Commissione.

⁷ Come dimostrano studi di settore, mentre la carne di manzo da allevamento industriale ha un'efficienza calorica di circa il 15% – rapporto tra le calorie apportate al consumatore rispetto a quelle contenute nel mangime utilizzato per allevare l'animale –, tale valore raggiunge il 70-75% nel caso delle proteine alternative (in argomento cfr. S. Billing, H. Spurrell, *New Protein Sources*, in *Sight and Life*, 32, 1, 2018, 35 ss.).

⁸ Emblematici i casi della soleina di *Solar Foods*, *start up* finlandese che nel 2017 ha presentato il suo composto proteico derivato da anidride carbonica, acqua, nutrienti ed elettricità solare, e della *Air Protein*, americana del 2019, ispirata a un vecchio progetto NASA.

ottenuti in laboratorio mediante processi e tecnologie propri della medicina rigenerativa⁹. Tra questi, come testimonia la recente vicenda che ha visto protagonista il Governo italiano¹⁰, il quale ne ha vietato la produzione e l'immissione nel mercato ancor prima che l'EFSA si pronunciasse sulla sicurezza del prodotto, la carne cresciuta in laboratorio occupa un ruolo di primo piano.

L'intempestivo intervento del legislatore italiano è sintomatico di una preconcepita fobia del consumatore avverso alimenti non aventi una antica storia di consumo, come dimostra, inter alia, la comune, ed impropria, definizione di questo nuovo cibo quale carne «sintetica», laddove in laboratorio non viene effettuata alcun tipo di sintesi, bensì una vera e propria coltivazione. La carne è, infatti, ricavata mercè l'impiego di tecniche innovative come la coltura cellulare, la modellazione dei tessuti e la fermentazione di precisione. Più precisamente, l'ingegneria cellulare e tissutale, alla stregua di quanto avviene in medicina per rigenerare cellule danneggiate o malate, consente di coltivare cellule e tessuti in assenza dell'organismo intero, attraverso il prelievo di poche cellule da un muscolo o da altro organo dell'animale, che verranno fatte crescere su un terreno ricco di nutrienti all'interno di bioreattori. Al termine della coltivazione, le cellule andranno a comporre i tessuti della carne, dando vita al prodotto desiderato. In altri termini, le cellule staminali estratte crescono e si sviluppano così come farebbero all'interno di un organismo ed il prodotto finale del processo è carne a tutti gli effetti, simile a quella proveniente dagli allevamenti tradizionali, con la differenza che l'utilizzo di queste tecnologie consente di ricavare, come è stato entusiasticamente osservato, «175 milioni di hamburger da una mucca viva»!¹¹. Rifuggendo dalla tentazione di cedere a slogan o a facili proclami, il *legal discourse* intorno alla carne coltivata merita una più approfondita analisi dei numerosi profili connessi ad un alimento che, sulla carta, si presenta come una ottimale alternativa per il consumatore che, senza cambiare drasticamente la propria dieta, voglia assumere comportamenti alimentari maggiormente responsabili, ma che non è, allo stato, estraneo a profili di incertezza relativi ad inattesi meccanismi biologici che potrebbero verificarsi nel processo produttivo e a dubbi circa la salubrità per l'uomo. Se è vero che la *clean meat* è una tecnologia che promette, di qui a qualche anno, di rivoluzionare il mercato alimentare, proponendosi come possibile soluzione al *global meat complex*, è altresì necessario indagare sull'impatto sociale di questa innovazione, giacché l'accettazione da parte del consumatore¹² dipende da una serie fattori, di ordine etico, economico, giuridico e, non ultimo, religioso.

2. Il discorso sulla carne coltivata tra dilemmi etici ed evidenza scientifica. Nel 2013,

⁹ Per *novel food* si intendono gli alimenti non utilizzati in misura significativa per il consumo umano nell'Unione europea prima del 15 maggio 1997 e rientranti in almeno una delle dieci categorie dettagliatamente elencate all'art. 3, par 2, lett. a), Regolamento (UE) 2015/2283.

¹⁰ Con DDL 651 S/2023, l'Italia aveva vietato la produzione e l'immissione sul mercato di «alimenti e mangimi costituiti, isolati o prodotti a partire da colture cellulari o di tessuti derivanti da animali vertebrati», nonché l'utilizzo del termine «carne» per indicare «prodotti trasformati contenenti proteine vegetali» per ragioni di tutela della salute umana e del patrimonio agroalimentare. A tal riguardo, la Commissione europea aveva aperto la procedura *Tris* tesa a verificare la violazione del diritto europeo da parte dell'Italia in relazione all'art. 6 della direttiva UE 2015/1535 che impone di sottoporre agli stati membri un disegno di legge considerato non in linea con il mercato unico europeo. Posto che il Governo italiano ha ritirato il provvedimento prima che il Parlamento lo approvasse, la Commissione ha chiuso in anticipo la procedura *tris*, chiedendo una rendicontazione sugli sviluppi del disegno di legge.

¹¹ Testualmente, in una intervista a *Libération*, Nathalie Rolland, figlia e nipote di allevatori, fondatrice dell'associazione *Agriculture cellulaire*.

¹² In argomento cfr. C. Bryant, J. Barnett, *Consumer acceptance of cultured meat: A systematic review*, in *Meat Science*, 2018, 143, 8 ss.

a Londra, il professore Mark Post presenta ai media il primo hamburger nato in laboratorio¹³, scatenando una vera e propria tempesta nell'opinione pubblica. A distanza di due lustri, e a dispetto della copiosa letteratura formata sull'argomento, la questione della produzione e del consumo della carne cresciuta in laboratorio è lungi dall'essere approdata ad una soluzione condivisa¹⁴.

Le argomentazioni a favore della carne coltivata fanno leva, in primo luogo, sulla pretesa, maggiore sostenibilità ambientale di questo alimento: l'ingegneria e la coltivazione cellulare consentirebbero di ridurre sensibilmente gli allevamenti intensivi, responsabili dello sfruttamento del suolo, dell'acqua e delle emissioni di gas serra, dovuti alla ingente richiesta di carne, pesce e latticini nel mondo occidentale e nei paesi in via di sviluppo che vedono innalzarsi il reddito pro-capite¹⁵. Nonostante la crescente efficienza ambientale del settore zootecnico, l'allevamento intensivo è considerato attualmente la causa di circa il 14,5% delle emissioni totali di gas metano; percentuale destinata ad aumentare nel tempo, con ulteriore aggravio per le risorse naturali. Di questo avviso è la Commissione europea, secondo la quale la tecnologia delle colture cellulari può contribuire a far raggiungere gli obiettivi della strategia «Dal produttore al consumatore» dell'UE per sistemi alimentari equi, sicuri, sani e sostenibili, attivando logiche di economia circolare che accompagnino la transizione verso un sistema e un consumo agro-alimentare maggiormente rispettosi dell'ambiente. Ottimismo condiviso anche oltre oceano, dove proliferano iniziative di studio e progetti di ricerca volti ad incentivare l'impiego delle *climate-friendly proteins* e a migliorare la resilienza del sistema alimentare¹⁶.

Tuttavia, come si è detto, la carne coltivata non è ancora stata autorizzata quale nuovo alimento nel mercato europeo e non è dato, ad oggi, presagire le determinazioni dell'EFSA circa la sicurezza del prodotto, né la tempistica relativa alla sua immissione in commercio. Sono, invero, ancora in corso verifiche tese a quantificare gli effettivi benefici ecologici derivanti dalla produzione di carne in vitro rispetto all'allevamento convenzionale. Mentre i primi risultati sembravano indicare una significativa riduzione di uso del suolo (99%), dell'impiego di acqua (90%) e del consumo di energia (40%), alcuni studi hanno, di recente, ridimensionato tali dati¹⁷.

Alle preoccupazioni di ordine ecologico si aggiungono quelle di tipo economico/sociale, relative al potenziale impatto della carne coltivata sull'occupazione nel settore dell'allevamento tradizionale; al rischio della creazione di oligopoli in capo alle grandi imprese

¹³ M.J. Post, *An alternative animal protein source: cultured beef*, *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2014, 1328, 29 ss.; C. Mattick, B. Allenby, *The future of meat*, in *Issues Sci. Technol.*, 2013, 64 ss.; C. Mattick, A.E. Landis, B.R. Allenby, N.J. Genovese, *Anticipatory Life Cycle Analysis of In Vitro Biomass Cultivation for Cultured Meat Production in the United States*, in *Environmental Science & Technology*, 2015, 49, 11941 ss.

¹⁴ La carne coltivata è prodotta in laboratorio: a seguito di un prelievo da un animale vivo, le cellule dell'animale vengono nutrite in un brodo di coltura e quindi sottoposte a stimolazione fino all'ottenimento di fibre muscolari.

¹⁵ Sono dell'opinione che la carne coltivata sia una valida alternativa all'allevamento intensivo e costituisca una possibile soluzione per far fronte alla domanda globale di carne H.L. Tuomisto, M.J. Teixeira de Mattos, *Environmental impacts of cultured meat production*, in *Environ. Sci. Technol.*, 2011, 45, 6117 ss.

¹⁶ Cfr. *USDA Hands out Funding for National Institute for Cellular Agriculture* 2021.

¹⁷ C. Mattick, B. Allenby, *The future of meat*, in *Issues Sci. Technol.*, 2013, 30, 64 ss., hanno confrontato l'impatto ambientale della produzione della carne coltivata rispetto alla carne ottenuta secondo le tecniche intensive convenzionali, per diverse tipologie di carne, concludendo che la produzione di carne coltivata produce un *footprint* inferiore per la carne bovina ed emissioni di gas serra minori per la carne di pollo, di maiale e di manzo ma un consumo di energia maggiore per la carne di maiale e di pollo. Critiche le conclusioni cui pervengono J. Lynch, R. Pierrehumbert, *Climate Impacts of Cultured Meat and Beef Cattle*, in *Front. Sustain. Food Syst.*, 19 February 2019.

alimentari ed all'aumento del gap tra paesi ricchi e paesi poveri¹⁸. È di tutta evidenza che la produzione di carne coltivata richiede competenze ed abilità che, di norma, i lavoratori agricoli tradizionali non posseggono, restando esposti alla concreta eventualità dell'inoccupazione¹⁹. È altresì innegabile che mezzi, capitali e forza lavoro qualificata da impiegare nel mercato della carne coltivata si concentrano nelle aree più opulente del pianeta, esacerbando le già esistenti disuguaglianze rispetto ai paesi in via di sviluppo. Per converso, non si può sottacere che nei paesi più ricchi la percentuale di impiego nel settore agricolo è alquanto modesta – in Europa è il 4,4%²⁰ – e che, verisimilmente, il mercato dei *novel food* genererà nuovi posti di lavoro, che andranno a rimpiazzare quelli perduti, rendendo, di riflesso, possibile il consumo di proteine nelle aree del globo afflitte dal problema della denutrizione²¹.

In diversa prospettiva, v'è chi attribuisce alla produzione di carne coltivata benefici di carattere sanitario e nutrizionale²². Secondo questo fronte di ricerca, la carne in vitro determinerebbe una sensibile riduzione delle interazioni uomo-animale e, di conseguenza, del rischio di zoonosi o di altre malattie²³, grazie ad un processo di produzione sottoposto a rigidi controlli; avrebbe, inoltre, effetti positivi sulla dieta dei carnivori in virtù dell'apporto di elementi nutritivi come, ad esempio, gli acidi grassi Omega-3. In senso contrario, si obietta che l'impossibilità di riprodurre in laboratorio tutte le caratteristiche organolettiche della carne tradizionale potrebbe favorire l'impiego di aromi e di sostanze additive per esaltarne il sapore e che, sul piano nutrizionale, la carne coltivata sarebbe carente in proteine, vitamine e sali minerali, salvo l'utilizzo di integratori specifici.

Una ulteriore linea di indagine collega il consumo della carne *in vitro* alla questione del benessere animale, particolarmente avvertita in alcune religioni come quella ebraica²⁴, attribuendo ad essa il vantaggio di eliminare la cruenta pratica della macellazione. Di là dalle suggestioni di ordine etico che evoca il tema delle «bistecche morali», anche questo dato necessita, tuttavia, di una attenta valutazione poiché, allo stato, non è possibile considerare il metodo della coltivazione cellulare completamente *cruelty free*, né è chiaro se la produzione e il consumo di carne coltivata siano coerenti con il divieto europeo di macellare animali clonati e di vendere carni trattate con ormoni.

Le incertezze che, a vario titolo, circondano la *clean meat* minano le certezze dell'opinione pubblica e dello stesso decisore europeo. Nell'UE, l'immissione sul mercato di un *novel food* soggiace, come noto, ad una procedura fortemente centralizzata, che fa capo alla

¹⁸ Si interrogano sui rischi conseguenti alla sostituzione delle nuove tecnologie al tradizionale allevamento del bestiame M. Wilks, C.J.C. Phillips, K. Fielding, M.J. Hornsey, *Testing potential psychological predictors of attitudes towards cultured meat*, in *Appetite*, 2019, 136 ss.

¹⁹ Drastica la soluzione indicata da Bonny et al. (2015), ad avviso dei quali gli allevatori di animali dovrebbero rivolgere la propria attenzione ad una nicchia di mercato, facendo ricorso all'agroecologia per migliorare la sostenibilità ed alle biotecnologie come clonazione e modificazione genetica.

²⁰ Eurostat. 2017. *Archive: farmers in the EU – Statistics Explained*; M. Roser, 2019. *Employment in agriculture. Our World in Data*; C. Kurrer, C. Lawrie, *What if all our meat were grown in a lab?*, European Parliamentary Research Service, 2018.

²¹ S.P. Bonny, G.E. Gardner, D.W. Pethick, J.F. Hocquette, *What is artificial meat and what does it mean for the future of the meat industry?*, in *Jour. Integr. Agric.*, 2015, 14, 255 ss.

²² Parafrasando T. Dilworth, A. McGregor, *Moral Steaks? Ethical Discourses of In Vitro Meat in Academia and Australia*, in *Jour. of Agricultural and Environmental Ethics*, 2015, 28, 85 ss.

²³ In argomento v. A.G. Mathew, R. Cissell, S. Liamthong, *Antibiotic resistance in bacteria associated with food animals: a United States perspective of livestock production*, in *Foodborne Pathog. Dis.*, 2007, 4, 115 ss.; S.P. Oliver, S.E. Murinda, B.M. Jayarao, *Impact of antibiotic use in adult dairy cows on antimicrobial resistance of veterinary and human pathogens: a comprehensive review*, in *Foodborne Pathog. Dis.*, 2011, 8, 337 ss.

²⁴ Cfr., ad esempio, M. Lercier, *Legal protection of animals in Israel*, in *Journal of Animal & Natural Resource Law*, 2019, XV, 121 ss.

Commissione europea e che non prevede, diversamente da quanto avviene ad esempio negli USA²⁵, meccanismi di pre-consultazione con gli stati membri. Su richiesta della Commissione, l'EFSA effettua una valutazione scientifica dei rischi connessi alla sicurezza del prodotto, esaminando i dati sulla composizione e sulle caratteristiche nutrizionali, tossicologiche e allergiche del nuovo alimento, nonché le informazioni relative ai processi produttivi, agli usi ed ai livelli di utilizzo proposti. Nel caso della carne coltivata, la Commissione non ha ricevuto, ad oggi, alcuna richiesta di autorizzazione a commercializzare e produrre il nuovo alimento nel mercato europeo, ancorché essa sia stata destinataria di una nota con la quale Italia, Francia e Austria, con il sostegno di altri nove stati membri, hanno chiesto che siano valutate «le questioni etiche, economiche, sociali e ambientali, oltre che nutrizionali, di sovranità alimentare e di benessere animale» connesse all'eventuale liberalizzazione di questo prodotto. Per parte sua l'EFSA, pur non formalmente investita della questione, ha commissionato studi volti a raccogliere opinioni da parte di personalità scientifiche, rappresentanti di agenzie europee ed internazionali, aziende tecnologiche, operatori del settore alimentare e gruppi di consumatori, al fine di realizzare un compiuto *risk assessment*.

Trattasi dunque di una partita ancora tutta da giocare, come dimostra, peraltro, il dato che in Europa – così come negli USA²⁶ – è dubbio se la carne coltivata in laboratorio possa essere considerata carne a tutti gli effetti alla luce della legislazione esistente.

3. Teologia alimentare e carne in vitro: il punto di vista delle religioni. Le religioni seguono regole e consuetudini precise in fatto di consumo di carne, orientando, di fatto, le scelte dei fedeli/consumatori. Partiamo da qualche dato: ebrei e cristiani sono essenzialmente carnivori; induisti e buddhisti per la stragrande maggioranza vegetariani; ebrei ortodossi e mussulmani non consumano carne di maiale. Se pensiamo che nel mondo vi sono quasi due miliardi di mussulmani, oltre due miliardi di cristiani, più di un miliardo di induisti, mezzo miliardo di buddhisti e più di dieci milioni di ebrei, è lecito affermare che il dibattito sulla carne coltivata all'interno delle comunità religiose interessa, in astratto, oltre la metà della popolazione del globo²⁷. Nel dicembre 2018, la carne *in vitro* è stata annoverata tra le dieci tecnologie emergenti a livello planetario, attirando cospicui investimenti nella ricerca da parte di privati ed aziende e sollecitando l'intervento delle massime autorità religiose, da sempre attente alle connessioni esistenti tra fede, mondo animale e progresso tecnologico²⁸. Il nesso è particolarmente indagato nelle grandi religioni monoteiste – cristianesimo, ebraismo e islamismo –, le quali si interrogano se siano leciti, ciascuna secondo le proprie prescrizioni

²⁵ Negli Stati Uniti, il quadro normativo si differenzia rispetto all'UE per la presenza di un meccanismo di *pre-market consultation* e per il riparto di competenze esistente tra la *Food and Drug Administration* (FDA) ed il Dipartimento dell'Agricoltura (USDA). In linea di massima, la FDA controlla la fase della pre-raccolta dei prodotti e il processo di produzione, mentre l'USDA coordina la fase post-raccolta, compresi monitoraggio ed etichettatura. L'accordo tra questi organismi è tuttavia suscettibile di assumere differenti assetti, anche alla luce della disciplina adottata dai singoli stati federati. Manca, allo stato, una disciplina normativa dei *novel food*.

²⁶ Nel caso degli Usa, tenuto conto del fatto che non è stata emanata una legge federale omologa alla disciplina europea sui *novel food*, la dottrina avanza dubbi circa la possibilità di considerare la carne coltivata carne ai sensi del *Federal Meat Inspection Act* (FMIA), posto che tale legge qualifica carne il prodotto che derivi, in tutto o in parte, dalla carcassa di bovini, ovini, suini o caprini (21 U.S.C. § 601). In argomento, cfr. D. Boler, D. Woerner, *What is meat? A perspective from the American Meat Science Association*, in *Animal Frontiers*, 2017, 7, 8 ss.

²⁷ P.D. Hopkins, *Cultured meat in western media: The disproportionate coverage of vegetarian reactions, demographic realities, and implications for cultured meat marketing*, in *Journal of Integrative Agriculture*, 2015, vol. 14, 264 ss.

²⁸ Ad avviso di J. Stolow, *Deus In Machina: Religion, Technology, and the Things in Between*, New York, 2013, religione e tecnologia non possono essere considerate «ontologically distinct areas of experience, knowledge, and action»; similmente A. Kron, *Religion, Animals, and Technology*, in *Religions*, 2002, 13, 457, osserva: «*all meat is animals plus technology, though the technologies and even the meaning of "animal" may differ*».

ed i propri dogmi, produzione e consumo della carne coltivata; mentre a est nel mondo, nelle religioni dharmiche, il dibattito (scientifico) appare meno vivace, a dispetto della cruciale importanza che rivestono gli animali – si pensi alle pratiche rituali nell'induismo o al principio della tutela di tutti gli esseri senzienti nel buddhismo – e delle drammatiche proporzioni che ha assunto il fenomeno della denutrizione in queste aree della terra, cui la novella tecnologia cellulare potrebbe fornire rimedio.

Nel cristianesimo, caratterizzato da una tendenziale libertà alimentare, non si rinvencono specifiche restrizioni²⁹ relative al consumo di carne o latticini, stante l'insegnamento della Bibbia secondo cui Dio ha il governo degli uomini, mentre gli uomini hanno il governo degli animali. In questa religione non si ravvisano regole o specifici divieti, salvo generici richiami alla moderazione, che hanno la valenza di suggerimenti, e non di imposizioni. Prescrizioni di ordine dietetico compaiono solo nel diritto canonico a proposito di digiuno e di astinenza – per la Chiesa ortodossa il digiuno è propedeutico alla comunione con Dio; in occasione di speciali periodi liturgici, come la Quaresima, si sconsiglia il consumo di carne – e, tra i testi sacri, nel Levitico, nel quale v'è un elenco di cibi vietati poiché considerati empi. Nell'ebraismo e – con dei distinguo – nell'islamismo, l'alimentazione assume un ruolo più pregnante; in entrambi i mondi gastro-religiosi, il singolo e la comunità dei fedeli sono chiamati all'osservanza di un dettagliato codice di condotta avente ad oggetto il cibo, le sue virtù, le sue proibizioni, il regime nutrizionale lecito, sino agli usi ed alle norme di educazione da osservare durante i pasti³⁰. Prescrizioni di carattere positivo, atte ad orientare le scelte alimentari dei credenti, si accompagnano dunque a vere e proprie misure interdittive.

Nel giudaismo, l'interrogativo che aleggia intorno alle speculazioni sul possibile impiego della carne in vitro può essere così sintetizzato: la carne coltivata è *kosher*³¹? Al riguardo la dottrina ha espresso una vasta gamma di opinioni, nessuna delle quali, come si dirà, capace di imporsi come ufficiale. Ciò per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, la produzione di carne coltivata su larga scala appare ancora un obiettivo futuristico, tenuto conto degli ingenti costi del processo e delle numerose incognite legate alle tecnologie impiegate, vuoi perché ancora in fase di sviluppo, vuoi perché coperte da segreto industriale. In seconda istanza, non si rinvencono nella legge ebraica indicazioni utili, fatta eccezione per il riferimento alla carne «non convenzionale» contenuto nel *Midrashic*, un antico testo non giuridico, per un racconto del *Talmud* – «il miracolo della carne» –, che narra di carne caduta dal Paradiso, senza essere stata ritualmente macellata e per alcuni commenti della *Torah*, che descrivono la creazione di animali destinati al consumo, ugualmente non sottoposti a macellazione³².

Malgrado taluni abbiano suggerito di utilizzare tali fonti come precedenti, onde annoverare

²⁹ M. Stefon, Y.A. Cohen, *Dietary Law. Christianity*, in *Encyclopædia Britannica*, 2018; G.J. Gatward, *Livestock ethics*, Lincoln, 2001, 310. Alla regola si sottrae la Scuola avventista del settimo giorno, ai cui seguaci è fatto divieto di consumare caffeina, alcolici carne e latticini (sul punto cfr. E. Szűcs, R. Geers, T. Jezierski, E.N. Sossidou, D.M. Broom, *Animal welfare in different human cultures, traditions and religious faiths*, in *Asian-Australas J. Anim. Sci.*, 2012, 25, 307).

³⁰ Le regole alimentari religiose non si sostanziano unicamente nel divieto di consumare determinati alimenti, bensì anche in indicazioni sulla preparazione dei cibi e sull'uso rituale degli alimenti (in argomento cfr. A. G. Chizzoniti, *La tutela della diversità: cibo, diritto e religione*, in A. Chizzoniti, M. Tallachini (a cura di), *Cibo e religioni. Diritto e diritti*, Università Cattolica del Sacro Cuore sede di Piacenza, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Tricase (LE), 2010, 19.

³¹ Nel diritto ebraico, l'accettazione da parte dell'uomo dell'ordine posto da Dio nella creazione del mondo implica la distinzione tra cibo *koshèr* (ammesso, adatto, valido), preparato e consumato conformemente agli insegnamenti della *Torah* (il Pentateuco, cioè i primi cinque libri di quello che i cristiani chiamano Antico Testamento), e cibo *taréf* (proibito). In argomento cfr. S.H. Dresner, S. Siegel, *The Jewish dietary laws. Their Meaning For Our Time & A Guide To Observance*, New York, 1966.

³² M. Leibush, *The Torah and the Mitzvah: A Commentary on Bereishit*, 1971, Jerusalem.

anche la carne coltivata tra gli alimenti permessi³³, è opportuno sfrondare il tema dell'agricoltura cellulare da profili, per così dire, mistici e ricondurlo sul terreno dei precetti (*mitzvot*) della religione ebraica. In questa prospettiva, sebbene la carne *in vitro* appaia, *prima facie*, conforme a taluni dei principi ispiratori del giudaismo, come il rispetto dell'ambiente circostante o il benessere animale³⁴, la sua qualificazione in termini di cibo *kosher* non può essere data per scontata. Posto che tale status compete, a rigore, alla sola carne derivata da animali permessi secondo la *Torah* e macellati ritualmente (*Shechita*), la possibilità di considerare permessa la carne coltivata dipende in ampia misura dalla natura che si voglia attribuire a questo alimento – derivato delle cellule staminali o nuova e diversa entità – e, a monte, alle stesse cellule staminali, le quali, pur essendo biologicamente identiche al tessuto dal quale sono estrapolate, appaiono, a rigore, distinguibili dal muscolo dell'animale.

Invero, sia che si conferisca alla carne cresciuta in laboratorio la medesima essenza della carne tradizionale, sia che il *novel food* venga rappresentato come qualcosa di ontologicamente distinto da essa, non sembra che il riconoscimento della sua conformità alla *kasherut* possa essere frutto di automatismi. Ove le cellule staminali utilizzate per la coltivazione vengano considerate alla stregua della carne, o di derivati della carne, il fatto che l'estrazione avvenga da animali permessi e macellati nel rispetto dei precetti religiosi non è di per sé garanzia di conformità: le attuali metodologie in uso nell'agricoltura cellulare optano sovente per l'estrazione (non cruenta) di cellule staminali da animali vivi³⁵; ciò che rappresenta un ostacolo insormontabile ai fini della qualificazione della carne *in vitro* come *kosher*, per mancanza dell'indefettibile presupposto della macellazione rituale (e a tacer del fatto che nella religione ebraica vige il divieto di mangiare animali vivi).

Qualificando le cellule staminali in termini di entità a sé stanti, distinte cioè dal tessuto muscolare da cui sono ricavate, parimenti non sembra lecito concludere, *sic et simpliciter*, che la carne *in vitro* è *kosher* anche laddove la carne tradizionale non lo sarebbe³⁶, al punto da rendere lecita persino l'assunzione del maiale coltivato. In questa evenienza si va, comunque, incontro a precisi divieti. Il Talmud recita: «ciò che deriva da una specie impura è da considerarsi impuro». In applicazione di questo principio, la letteratura rabbinica considera proibiti cibi come uova e latte – che sono derivati dall'animale, ma non dalla sua carne – e gli animali *kosher* nati da genitori non appartenenti a specie *kosher*. In questa prospettiva, una cellula derivata da un animale non *kosher* sarebbe comunque proibita, a meno di considerarla priva di una sua autonomia, irrilevante, insignificante, al pari dei batteri³⁷.

Sebbene prevalga in dottrina, con il conforto del Rabbinate, l'opinione favorevole a considerare *kosher* la carne *in vitro* derivata da cellule staminali estratte da specie animali lecite

³³ È di questo avviso Z. Ryzman, *Meat from stem cells*, 2014, *Tebumin*, 34, 99.

³⁴ M. Lercier, *Legal protection of animals in Israel*, in *Journ. Animal & Nat. Resource*, 2019, 15, 121 ss.

³⁵ Nella legge ebraica vige l'assoluto divieto di mangiare carne proveniente da animali vivi (*Maimonide, Laws of forbidden foods* 5:2).

³⁶ Una parte della dottrina che la carne coltivata, derivate da animali permessi e macellata ritualmente, resta pur sempre carne, non una diversa entità: in questi termini S. Chriki, J.F. Hocquette, *The Myth of Cultured Meat: A Review*, in *Frontiers in Nutrition*, 2020, 7; R. Krautwirth, *Will Lab-Grown Meat Find It's Way to Your Table?*, *The Yeshiva University Observer*, 20 maggio 2018.

³⁷ È di questo avviso Z. Ryzman, *Meat from stem cells*, in *Tebumin*, 2014, 34, 99 ss., il quale si appella al principio del diritto ebraico secondo cui non si può credere a ciò che non si possa discernere ad occhio nudo. Le cellule, in quanto *insignificant food* o *non substance food*, possono essere parificate ai microrganismi e, dunque, essere consumati anche se non presentano i segni della loro appartenenza *kosher*. Pertanto, qualunque entità che derivi da loro sarà permessa indipendentemente dalla sua fonte. In senso contrario è stato, tuttavia, obiettato che mentre i batteri sono invisibili all'occhio umano durante la loro intera esistenza, le cellule staminali sono microscopiche solo all'inizio, per poi aumentare vistosamente le proprie proporzioni (J. Bleich, *Survey of recent halakbic periodical literature*, in *Tradition*, 2013, 46, 48 ss.).

e ritualmente macellate³⁸, residuano delle perplessità imputabili alle sostanziali differenze che si registrano tra le diverse aziende impegnate nell'agricoltura cellulare e nei metodi di produzione. I maggiori dubbi attengono al tipo di animali dai quali estrarre le cellule staminali e alla tipologia di cellule estratte. Le aziende utilizzano promiscuamente mucche, pollame, anatre, pesci, da cui prelevano tanto cellule staminali embrionali – le quali proliferano più celermente, ma sono resistenti alla differenziazione – quanto cellule staminali adulte, che, al contrario, possono essere agevolmente differenziate, ma presentano una ridotta capacità di proliferazione. Entrambi i profili hanno un peso specifico nell'ebraismo. Nel citato caso dell'hamburger presentato dal Professor Post, le cellule utilizzate erano di tipo miosatellite, la cui origine è da rinvenirsi nella biomassa commestibile del tessuto muscolare. Nella legge ebraica, vigendo il divieto di cuocere insieme carne e latte, si distingue tra parti commestibili e non commestibili dell'animale. Di qui l'interrogativo se questa regola valga anche per le cellule staminali. A causa di queste incertezze, stenta ad affermarsi nel giudaismo una posizione ufficiale sulla carne in vitro, il cui consumo è tuttora da taluni riguardato come un espediente a disposizione del fedele per sottrarsi alle regole dietetiche. In particolare, v'è chi teme che la carne coltivata, ancorché munita del vaglio della certificazione, possa servire ad aggirare il divieto di mangiare animali proibiti – come nel su menzionato caso del maiale³⁹ – o quello di consumare carne unitamente ai latticini. È, infatti, ancora controverso se la coltivazione e l'ingegneria tissutale modifichino soltanto o eliminino radicalmente lo status delle cellule originarie.

Se la carne in vitro possa essere considerata, dal punto di vista squisitamente religioso, carne a tutti gli effetti o sia qualcosa di differente non è peraltro domanda meramente teorica ove si consideri che numerose aziende impegnate nello sviluppo dell'agricoltura cellulare hanno sede in Israele e che il mercato *kosher*, pur rivolgendosi ad uno specifico segmento della popolazione, gli ebrei ortodossi, contribuisce in maniera significativa al consumo globale di carne. Nel Regno Unito, ad esempio, dove vive una delle cinque comunità ebraiche più numerose al mondo, si stima⁴⁰ che annualmente siano macellati secondo le rigide regole della *kashrut* 90,000 bovini, 90,000 ovini e un milione e mezzo di polli. In Israele, il consumo pro capite di carne è più elevato di quello che si registra nei paesi occidentali, complice, anche, il generoso consumo di questo alimento in occasione delle festività ebraiche come lo *Sabbat*. La macellazione rituale è, tuttavia, particolarmente onerosa e postula l'impiego di personale esperto: non tutte le specie animali sono macellabili e non tutte le parti dell'animale macellato sono idonee al consumo secondo le prescrizioni halachiche. Di riflesso, il prezzo della carne *kosher* è circa il doppio di quella non-*kosher*. Motivazioni di carattere economico si aggiungono, dunque, a quelle di carattere etico ed ecologico, alimentando il *favor* per il consumo di carne in vitro da parte degli ebrei ortodossi. La questione si sposta dal profilo dogmatico diremmo a quello della percezione che il consumatore/fedele rispetto ad un cibo nuovo.

In termini non dissimili, in un'altra grande religione monoteista, l'Islam, la questione

³⁸ J. Kenigsberg, A. Zivotofsky, *A Jewish religious perspective on cellular agriculture*, in *Front. Sustain. Food System*, 22 gennaio 2020.

³⁹ Secondo un recente sondaggio condotto da C. Bryant, K. Szejda, V. Deshpande, N. Parekh, B. Tse, *A survey of consumer perceptions of plant-based and clean meat in the USA, India and China*, in *Front. Sustain. Food Syst.*, 3, 27 Febbraio 2019, gli ebrei ortodossi sarebbero contrari al consumo di maiale coltivato in quanto la carne di questo animale, se pur cresciuta in laboratorio, resterebbe pur sempre carne di maiale. Ma v'è pure chi è propenso al suo consumo, facendo leva sul dato che la tecnica della coltivazione fa perdere al prodotto originario la propria identità originaria di carne.

⁴⁰ In mancanza di dati ufficiali sulla macellazione kosher, la stima è fornita dalla *Humane Slaughter Association* (2019).

principale che aleggia intorno al consumo della carne coltivata è se questo nuovo alimento possa essere annoverato tra i cibi leciti⁴¹. Secondo le fonti, talune delle rivelazioni al profeta Maometto attengono all'origine ed al significato del cibo, il quale non è soltanto indispensabile a garantire il benessere fisico, ma è anche uno strumento necessario per adorare Allah; di qui la previsione di cibi permessi e cibi vietati e la minuziosa regolamentazione della carne in conformità alle prescrizioni del Corano.

Secondo un orientamento minoritario, il processo di produzione della carne coltivata si pone in insanabile contrasto con le leggi naturali e, in particolare, con il divieto rivolto al buon mussulmano di «giocare a fare Dio» (in arabo, *taghyir khalqillah*), manomettendo la creazione umana e animale voluta da Allah⁴². In questa prospettiva, la carne in vitro si traduce in un esperimento con la natura da cui non deriva alcun vantaggio, alla stregua di attività come la clonazione umana o la chirurgia estetica non fondata su prescrizioni mediche. Prevale, tuttavia, in dottrina la tesi secondo cui è lecita la carne ricavata dalle cellule di animali permessi e macellati secondo i dettami di questa religione, nonché munita di certificazione. Più precisamente, la carne coltivata è *halal* se le cellule staminali sono derivate da un animale permesso, macellato senza previo stordimento e fino a totale dissanguamento⁴³, e se nel processo di produzione non sono stati utilizzati sangue o siero animale. Ciò significa che il mezzo di coltura normalmente impiegato nel processo di coltivazione, il siero – estratto dal sangue animale attraverso la centrifugazione, che consente di separare cellule del sangue, piastrine e fattori della coagulazione – non soddisfa i dettami del Corano per essere impuro, generando, di conseguenza, un prodotto, la carne coltivata, anch'essa impura. Se, però, il terreno di coltura è a base vegetale, ad esempio un estratto di funghi, o è costituito da una miscela di terreno chimico artificiale, la carne in vitro sarà considerata *halal* poiché il terreno a base vegetale o il mezzo chimico, sempre che non siano tossici o dannosi per la salute umana, non sono considerati ingredienti impuri⁴⁴.

In conseguenza della centralità che riveste l'origine delle cellule staminali ai fini della qualificazione come *halal* del prodotto finale, essa non compete alla carne derivata dal maiale o da altri animali vietati. Del resto i sondaggi rivelano che i mussulmani sono in linea di principio favorevoli al consumo di carne in vitro bovina, ovina o di pollo, ma non anche suina⁴⁵. Ancora, il bestiame non macellato ritualmente verrà catalogato come «carcassa» e sarà vietato al consumo⁴⁶; pertanto, cellule staminali derivate da carcasse o da animali ancora

⁴¹ M.N. Hamdan, M.J. Post, M.A. Ramli, A.R. Mustafa, *Cultured meat in Islamic perspective*, in *Journ. Relig. Health*, 2018, 57, 2193 ss.; M.S. Hossain, *Consumption of stem cell meat: an Islamic perspective*, in *IIUM Law Journ.*, 2019, 27, 1, 233 ss.

⁴² Nel Corano capitolo IV, versetto 119 si legge «e li sedurrà e li assorbirà in vani desideri, e io comanderò loro e loro taglieranno le orecchie del bestiame, e io li comanderò e sfigureranno la creazione di Allah. Colui che ha preso Satana piuttosto che Allah come suo tutore ha subito una perdita palese». Questo passo è generalmente inteso come un esempio di alterazione della creazione voluta da Dio ed è alla base della tesi incline a considerare la carne coltivata un esperimento con la natura che non porta ad alcun beneficio (in tal senso M.S. Hossain, *Consumption of Stem Cell Meat: An Islamic Perspective*, in *IIUM L. Journ.*, 2019, 27, 233 ss.).

⁴³ M.N. Hamdan, M.J. Post, M.A. Ramli, M. K. Kamarudina, M.F. Md Ariffin, N. Mohd Farid Zaman Huri, *Cultured Meat: Islamic and Other Religious Perspectives*, in *International Journal of Islamic and Civilizational Studies*, 2021, 14.

⁴⁴ M.N. Hamdan, M.J. Post, M.A. Ramli, A.R. Mustafa, *Cultured meat in Islamic perspective*, in *Journ. Relig. Health*, 2021, 8, 2, 11 ss.

⁴⁵ C. Bryant, K. Szejda, V. Deshpande, N. Parekh, B. Tse, *A survey of consumer perceptions of plant-based and clean meat in the USA, India and China*, cit.

⁴⁶ «In verità, {Allah} v'ha proibito le bestie morte {senza essere state macellate}, il sangue, la carne di maiale e ciò {la bestia} su cui sia stato invocato altro nome che quello di Allah {al momento d'essere macellata}. E chi sarà costretto {a cibarsi di tali cose}, se non lo farà per disubbidienza e non supererà i limiti, non farà peccato: in verità, Allah è clemente e benevolo» (Corano, capitolo II, versetto 173).

vivi non potranno generare una carne coltivata pulita.

La certificazione come *halal* della carne coltivata ad opera di organismi ufficiali costituisce, inoltre, un fattore di forte incentivo, anche dal punto di vista psicologico, all'acquisto di questo nuovo alimento poiché rafforza la fiducia della comunità dei fedeli/consumatori nel mercato delle proteine alternative, cui si riconnettono indubbi benefici in termini di tutela dell'ambiente, di rispetto del mondo animale e di strumento perequativo capace di contribuire in maniera significativa ad arginare il fenomeno dell'accesso alle proteine animali carne nelle aree più povere del mondo⁴⁷.

Il cibo ricopre un ruolo fortemente simbolico anche nelle religioni dharmiche (induismo, sikhismo, buddhismo jainismo), accomunate dai concetti di *dharmā*, *karma* e reincarnazione. In particolare, nell'induismo (*Sanātana dharma*), le scritture reputano il cibo responsabile non soltanto della nascita e dello sviluppo corporeo dell'individuo, ma anche del suo temperamento. Le «tre qualità» (*triguna*) da cui dipendono i tratti fisionomici ed il carattere dell'uomo sono infatti strettamente legati al cibo che viene consumato. Pertanto, gli alimenti di tipo *sattvico* – il latte e i cibi derivati dalle piante – producono calma e serenità mentale; quelli di tipo *rajasico* – cibi piccanti, acidi e amari – generano energia; mentre quelli di tipo *tamsico* – come carne ed alcool – opacizzano la mente e sono a fondamento della degenerazione della natura umana⁴⁸. Mangiare carne, ad esempio, significa assorbire vibrazioni negative che alterano il sistema nervoso ed amplificano sentimenti come paura, rabbia, gelosia, nocivi per la salute. L'uccisione di animali innocenti al fine di «riempire lo stomaco» è inoltre contraria al *karma* (*mida neged mida*) ed è fonte di conseguenze dannose per l'uomo per il male che questi ha inflitto all'animale⁴⁹.

Sulla scorta di tali rilievi, il principio della non violenza (*ahimsā*), uno dei pilastri delle religioni orientali, viene generalmente interpretato – non è superfluo precisare che le scritture indu tacciono sul punto⁵⁰ – come sinonimo di vegetarianismo. In senso contrario, deve, tuttavia, osservarsi che tale pratica non può considerarsi esclusiva dell'induismo, convivendo con (almeno) altre due diete: la latto-vegetariana e la non-vegetariana. I regimi vegetariano e latto-vegetariano meglio esemplificano la regola della «compassione» verso gli animali e del rispetto verso ogni forma di vita; conseguentemente la maggior parte degli induisti⁵¹ si astiene dal consumo di carne bovina – la mucca, come noto, è un animale sacro –, di derivati della carne e, nel caso dei latto-vegetariani, anche di uova. La dottrina si dichiara tendenzialmente contraria al consumo di carne coltivata giacché ravvisa nell'impiego delle cellule staminali animali un esempio dell'arroganza umana⁵² o, comunque, un prodotto non adatto alla dieta vegetariana⁵³. La realtà tuttavia sembra sconfessare tali declamazioni, atteso che, in base a

⁴⁷ Per questi rilievi cfr. Y.A. Aziz, N.V. Chok, *The Role of Halal Awareness, Halal Certification, and Marketing Components in Determining Halal Purchase Intention Among Non-Muslims in Malaysia: A Structural Equation Modeling Approach*, in *Jour. of International Food & Agribusiness Marketing*, 2013, 25, 1 ss.; S. Jameel, *Climate change, food systems and the Islamic perspective on alternative proteins*, in *Trends in Food Science & Technology*, (2023) 480 ss.

⁴⁸ S.A. Jacobs, *Life in Balance: Sattvic Food and the Art of Living Foundation*, in *Religions*, 2018, 10, 1, 2 ss.

⁴⁹ E. Szűcs, R. Geers, T. Jezierski, E.N. Sossidou, D.M. Broom, *Animal welfare in different human cultures, traditions and religious faiths*, in *Asian-Australas J. Anim. Sci.*, 2012, 25, 11, 1499 ss.

⁵⁰ S.G. Dudek, *Nutrition essentials for nursing practice*, Philadelphia, 2013.

⁵¹ J. McCaffree, *Dietary Restrictions of Other Religions*, in *Journ. of the American Dietetic Association*, 2002, 102, 7, 912 ss.; M.S.Y.A. Cohen, *Dietary Law. Hinduism*, in *Britannica. Encyclopædia Britannica*, 2018.

⁵² R. Gross, *How will religious authorities deal with lab-grown meat?*, in *Genetic Literacy Project*, Settembre 2014. In termini analoghi, facendo leva sul principio della non violenza, anche C.S. Mattick, A.E. Landis, B.R. Allenby, N.J. Genovese, *Anticipatory Life Cycle Analysis of In Vitro Biomass Cultivation for Cultured Meat Production in the United States*, in *Environmental Science & Technology*, 2015, 49(19).

⁵³ In tal senso v., per tutti, C.J. Bryant, *Culture, meat, and cultured meat*, in *Journal of Animal Science*, 2020, vol. 98, 8, p. 1 ss. *Contra*, P. Jagadeesan, S. Salem, *Religious and Regulatory concerns of animal free meat and milk*, in *Science Open Preprints*, 16 dicembre 2020.

sondaggi effettuati in India, paese a maggioranza induista, il settanta per cento della popolazione non osserva una rigorosa dieta vegetariana, salvo sporadiche occasioni⁵⁴. Analoghe considerazioni valgono per le altre religioni dharmiche, come il sikhismo, il buddhismo ed il jainismo, maggiormente rispettose, all'apparenza - specie nella versione jainista⁵⁵ - dei dettami della dieta vegetariana. Nei fatti, non si registra in queste religioni un totale ostracismo avverso un *novel food* quale la carne coltivata. Invero, i sikh non disdegnano il consumo di carne ricavata da animali uccisi istantaneamente (*Jhatka meat*); conseguentemente sembrerebbe ammissibile la carne in vitro ricavata dalle cellule staminali estratte da questo tipo di carne. Nel buddhismo, dove pure il cibo riveste una importanza centrale in quanto canale privilegiato di comunione con dio, si registra un certo disinteresse della letteratura per il tema della carne coltivata. Anche in questa religione si coglie uno scarto tra declamazione e realtà fattuale: sebbene i monaci dichiarino di astenersi dal consumo di proteine animali, solo l'1.4% dei buddhisti (per lo più residenti in Cina) è effettivamente vegetariano o vegano. In dottrina, per di più, va rafforzandosi la convinzione che questo nuovo alimento sia conforme ai principi della dieta *Shojin Ryori*⁵⁶, la quale prevede la totale assenza di carne, pesce e derivati del mondo animale per poter conseguire l'illuminazione e vivere in armonia con il mondo. Tanto a dimostrazione del fatto che, almeno in astratto, l'ingresso della carne in vitro nelle diete dei fedeli del sud est del mondo non incontra ostacoli di ordine dogmatico o pratico.

4. Carne coltivata, religioni, culture nella percezione del consumatore. Il cibarsi non è un atto neutro, banale o privo di implicazioni pratiche. Il cibo riveste valori etico-sociali, religiosi, simbolici, esistenziali che vanno oltre il mero nutrimento: se è vero che in assenza di cibo il corpo deperisce e muore – il che dovrebbe indurci a pensare all'attività dell'alimentarsi in termini pragmatici ed utilitaristici –, è altresì innegabile che gli esseri umani non mangiano tutti le stesse cose o mangiano allo stesso modo; al contrario essi operano precise scelte di ordine dietetico.

Tali preferenze sono, invero, frutto di un processo culturale⁵⁷ giacché il sistema alimentare nel suo complesso non si limita ad utilizzare quanto esistente *in rerum natura*, ma trasforma ed elabora il cibo attraverso tecniche e strumenti (agricoltura, allevamento, processi industriali, tecnologie) che hanno nel tempo scandito «il passaggio da un'economia di predazione a quella di produzione»⁵⁸. Il rapporto con il cibo peraltro è oggi più complesso rispetto al passato: non più un semplice bisogno alimentare, e neppure un mero piacere; il cibo si carica di nuove aspettative e di novelli significati. Esso diviene funzionale alla salute e alla soddisfazione di specifici bisogni. La richiesta di autenticità da parte dell'uomo nella definizione della sua dieta chiama l'industria alimentare ad assumersi specifiche responsabilità in termini di sostenibilità, rispetto dell'ambiente, tutela del consumatore. Il dilemma dell'onnivoro⁵⁹, nella sua versione contemporanea, sta ad indicare la difficoltà dell'uomo –

⁵⁴ M.N. Hamdan, M.J. Post, M.A. Ramli, A.R. Mustafa, *Cultured meat in Islamic perspective*, cit., 16.

⁵⁵ J. Resse, *The Expanding Moral Circle. In The End of Animal Farming*, 2018, 1, 14. Massachusetts.

⁵⁶ B. Ambros, *Partaking of Life: Buddhism, Meat-Eating, and Sacrificial Discourses of Gratitude in Contemporary Japan*. *Religions*, 2019, 10, 4, 279.

⁵⁷ M. Montanari, *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, 2004, XI.

⁵⁸ Testualmente L. Scopel, *Le prescrizioni alimentari di carattere religioso*, Trieste, 2016, 7, la quale osserva che la scoperta del fuoco, l'agricoltura, la pastorizia hanno consentito alle società umane di rendersi indipendenti rispetto alle risorse naturali, producendo artificialmente il proprio cibo.

⁵⁹ Il concetto di dilemma dell'onnivoro, già presente negli scritti di Rousseau, è stato ripreso da P. Rozin, *The Selection of Food by Rats, Humans and Other Animals*, 1976, psicologo dell'università della Pennsylvania, secondo il quale gli onnivori, diversamente dagli animali che hanno una alimentazione specializzata e che non impiegano alcuna attività sensoriale per capire cosa mangiare, hanno una alimentazione generalista, che li costringe a

L'onnivoro per eccellenza – nel selezionare cosa mangiare tra i tanti alimenti astrattamente disponibili. La cultura codifica, in maniera quasi manichea, cibi buoni e cibi cattivi attraverso tabù, rituali, ricette, regole. Ogni cultura sceglie, all'interno di una vasta gamma di prodotti nutrienti, quelli destinati alla consumazione⁶⁰. La valenza culturale del cibo è ancor più amplificata se esso è calato nella dimensione religiosa, all'interno della quale non è dato rinvenire un modello unitario di rapporto fedele/cibo, ma molteplici sue declinazioni, secondo le singole attitudini alimentari. Il panorama gastro-religioso si presenta dunque frastagliato e plurale: diverso è il grado di cogenza delle regole dietetiche in ciascuna religione e diverso è anche il grado di adesione ad esse da parte dei singoli fedeli. Di là dalla forma che assumono le regole alimentari confessionali – veri e propri precetti⁶¹ nel giudaismo, prescrizioni sguarnite di sanzione nell'islamismo, meri suggerimenti o consigli nelle religioni dharmiche e nel cristianesimo –, discriminante è l'accettazione del credente/consumatore, le cui scelte restano pur sempre influenzate dalla legge della domanda e dell'offerta⁶².

Come evidenziato, v'è uno scarto tra regole dietetiche religiose e scelte operate dagli *stakeholders* del mercato alimentare, come dimostrano il proliferare di start up (la prima, denominata *Mosa Meat* è stata fondata dal professor Post) dedicate alla carne coltivata ed il crescente interesse degli investitori, allettati dalla prospettiva di un mercato in espansione⁶³. Tanto con l'avallo delle religioni più votate all'ortodossia alimentare, le quali appaiono disposte a sacrificare talune, almeno, delle proprie prescrizioni in materia di cibo, sull'altare del progresso tecnologico, della ricerca di nuove sostanze nutrienti, della sicurezza alimentare e della tutela ambiente o, più prosaicamente, in nome del business. Studi di settore dimostrano che aumenta nel consumatore – in genere giovane, altamente istruito e sensibile ai temi del benessere animale e della salvaguardia dell'ambiente – la propensione all'acquisto di proteine alternative, a condizione, tuttavia, di poter contare su precise rassicurazioni circa la sicurezza ed il «gusto» dei nuovi alimenti⁶⁴. Accanto alla denominazione del prodotto⁶⁵,

selezionare i cibi tra quelli esistenti in natura. Sulla sua scia M. Pollan, *Il dilemma dell'onnivoro*, Milano, 2006, afferma che l'uomo, in quanto dotato di una propensione onnivora fuori dal comune, deve attivare tutti i suoi strumenti cognitivi e sensoriali per distinguere gli alimenti sicuri da mangiare.

⁶⁰ C. Fischler, *Foods Habits, Social Change and the Nature/Culture Dilemma*, in *Social Science Information*, XIX, 6, 1980, 973 ss.

⁶¹ L'ebraismo è una ortoprassi che si caratterizza per lo sforzo di regolamentare, attraverso precetti positivi e negativi, permessi e divieti, ogni aspetto pratico della vita del fedele. L'etica ebraica è una forma di vita in cui, prima ancora della intima adesione al precetto divino, riveste carattere preminente l'attuazione delle *mitzvot* ed il rispetto incondizionato di una legge eteronoma, dunque l'agire, il fare (sia consentito il rinvio a L. Saporito, *I consumatori del ghetto: cibo religiosamente orientato e mercati alimentari*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, 17). Per tale ragione, anche le regole della *kashèrut* costituiscono «una forma concreta e attuale di adesione e sottomissione alla volontà salvifica di Dio, un modo attraverso cui realizzare un ideale di sacralità e santità non solo personale, ma comunitario» (testualmente S. Dazzetti, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica*, in A. Chizzoniti e M. Tallachini (a cura di), *Cibo e religioni. Diritto e diritti*, Università Cattolica del Sacro Cuore sede di Piacenza, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Tricase (LE), 2010, 89).

⁶² «Consumer acceptance remains the wild card in making any technology successful and costing appears to be the prime most factor for food purchases which is influenced by demand and supply» (in questi termini P. Jagadeesan, S. Salem, *Religious and Regulatory concerns of animal free meat and milk*, cit., 13).

⁶³ N. Stephens, L. Di Silvio, I. Dunsford, M. Ellis, A. Glencross, A. Sexton, *Bringing cultured meat to market: technical, socio-political, and regulatory challenges in cellular agriculture*, in *Trends Food Sci Technol.*, 2018, 78, 155 ss.

⁶⁴ W. Verbeke, A. Marcu, P. Rutsaert, R. Gaspar, B. Seibt, D. Fletcher, *'Would you eat cultured meat?': consumers' reactions and attitude formation in Belgium, Portugal and the United Kingdom*, in *Meat Sci.*, 2015, 102, 58.

⁶⁵ Ad avviso di C.J. Bryant, J.C. Barnett, *What's in a name? Consumer perceptions of in vitro meat under different names*, in *Appetite*, 2019, 137, 134 ss. il nome attribuito al prodotto - carne cresciuta in laboratorio, carne sintetica, carne pulita, carne coltivata - gioca un ruolo decisivo ai fini della sua accettazione da parte del consumatore.

determinante sul piano psicologico, gioca un ruolo decisivo nella percezione⁶⁶ di questo *novel food* da parte del consumatore una informazione il più possibile completa e veritiera relativa a caratteristiche nutrizionali, benefici e svantaggi del prodotto, modalità del processo di produzione, vieppiù in ragione del fatto che trattasi di un alimento ancora non immesso nel mercato.

Nel corso della storia nuovi tipi di alimenti, di ingredienti e nuove modalità di produzione hanno fatto il loro ingresso in Europa da tutti gli angoli del globo; si pensi a banane, pomodori, pasta, frutti tropicali, mais, riso, alle spezie e, più di recente, a semi di chia, agli alimenti a base di alghe, al frutto del baobab. L'idea di ricavare carne da cellule e tessuti muscolari – peraltro già vagheggiata nella letteratura fantascientifica dell'età vittoriana – è solo l'ultima, in ordine di tempo, delle rivoluzioni alimentari nell'umanità. Limitandosi al mondo occidentale, sul finire del XIX secolo, per far fronte ad una devastante carestia dovuta al divario tra una popolazione in rapido aumento e in via di urbanizzazione ed il livellamento della produzione nazionale di carne, gli inglesi concepirono una avveniristica tecnologia di conservazione e di trasporto di questo alimento derivato da bestiame allevato, macellato e lavorato nelle Americhe e in Australasia. Per effetto di questa antesignana forma di globalizzazione del mercato della carne – ripresa nel 1932 da Winston Churchill⁶⁷ – prodotti come carne refrigerata e in scatola, montone congelato ed estratti di carne tra cui Bovril e Oxo divennero alimenti base in tutte le case britanniche. In questa prospettiva, non è irrealistico pensare che la carne coltivata possa presto comparire sulle nostre mense, complice una crescente educazione ecologica del consumatore ed una maggiore sensibilità al fenomeno del *global meat complex*. Naturalmente, come ogni rivoluzione, anche questa ha un costo: psicologico, in termini di persuasione del consumatore all'accettazione di nuovo cibo; economico, in ragione degli ingenti investimenti richiesti al comparto alimentare; sociale, se pensiamo all'inevitabile contraccolpo che patirà il settore dell'allevamento tradizionale. A tal ultimo riguardo, Tanner⁶⁸ racconta che ad un economista in visita ad un edificio in costruzione, sorpreso del fatto che i lavoratori impegnati nel progetto utilizzassero vanghe in luogo di moderni macchinari, fu risposto che ciò serviva ad impiegare un maggior numero di persone. L'economista rispose che se l'obiettivo era creare maggiore occupazione e non terminare la costruzione, meglio sarebbe stato togliere ai lavoratori le vanghe e dare loro un cucchiaino da the.

Abstract. Le preoccupazioni riguardo il *global meat complex* rendono particolarmente attuale il dibattito sulla produzione ed il consumo della carne coltivata, coinvolgendo plurimi attori ed innestandosi su più ampie riflessioni che hanno riguardo al cambiamento climatico, all'impiego delle nuove tecnologie in campo alimentare, al benessere animale, al mutato rapporto tra uomo e cibo. Questo *novel food* si presenta, sulla carta, come una ottimale alternativa per il consumatore che, senza cambiare drasticamente la propria dieta, voglia assumere comportamenti alimentari maggiormente responsabili, ma non è, allo stato, estraneo a profili di incertezza relativi, in particolare, alla salubrità per l'uomo. È necessario pertanto indagare sull'impatto sociale della *clean meat*, giacché l'accettazione da parte del consumatore dipende da una serie fattori, di ordine etico, ecologico, economico, giuridico, e non ultimo, religioso.

⁶⁶ M. Siegrist, B. Sütterlin, C. Hartmann, *Perceived naturalness and evoked disgust influence acceptance of cultured meat*, in *Meat Sci.*, 2018, 139, 213 ss.

⁶⁷ W. Churchill, *Thoughts and Adventures*, London, 1932.

⁶⁸ M. Tanner, *Who would not favor economic growth?*, *Cato Institute*, 2015.

Abstract. Concerns about the global meat complex make the debate on the production and consumption of cultivated meat particularly current, involving multiple actors and grafting onto broader reflections regarding climate change, the use of new technologies in the food sector, animal welfare, and the changed relationship between man and food. This novel food presents itself, on paper, as an optimal alternative for the consumer who, without drastically changing his diet, wants to adopt more responsible eating habits, but is, at present, no stranger to profiles of relative uncertainty, in particular, to healthiness for humans. It is therefore necessary to investigate the social impact of clean meat, since consumer acceptance depends on a series of ethical, ecological, economic, legal and, last but not least, religious factors.

Parole chiave. Carne coltivata – sostenibilità – religione – global meat complex.

Key words. Cultured meat – sustainability – religion – global meat complex.

LA CORTE COSTITUZIONALE DECIDE SUL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ DEI DETENUTI. TECNICHE DECISORIE E SOLUZIONI DI MERITO NELLA SENT. N. 10/2024*

di Alessia Follari**

Sommario. 1. Premessa: una recente occasione d'indagine su giudizio di costituzionalità e inerzia del legislatore. – 2. Affettività intramuraria e insufficienze del quadro normativo: un diritto negato. – 3. La sent. n. 10/2024 tra soluzioni di merito e discrezionalità del legislatore. – 4. Il futuro seguito applicativo: i margini di autoapplicazione della sentenza. – 5. Un esito differente dallo storico precedente d'inammissibilità: la valenza monitoria della sent. n. 301/2012. – 6. Il seguito legislativo tra tentativi approntati e occasioni mancate. – 7. Tecniche decisorie e soluzioni di merito: è la Corte che sceglie. Si consolida la tendenza a relativizzare la discrezionalità legislativa?

1. Premessa: una recente occasione d'indagine su giudizio di costituzionalità e inerzia del legislatore. Con la sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale si è pronunciata sul «diritto all'affettività»¹ delle persone detenute, occupandosi nuovamente delle intollerabili insufficienze del diritto positivo: la disciplina sull'ordinamento penitenziario, infatti, non solo non prevede idonei strumenti legislativi ed esecutivi per garantirne l'effettività, ma – al contrario – presenta disposizioni ostative al suo esercizio e, pertanto, incompatibili con il dettato costituzionale.

Il principale punto di rottura con le garanzie costituzionali è da individuarsi nella «vigilanza continua» a cui sono sottoposti i colloqui dei detenuti con i propri cari, ai sensi dell'art. 18, c. 3, ord. pen.²: la permanente e incondizionata sorveglianza visiva da parte del personale carcerario impedisce una dimensione intima e privata degli incontri rendendosi, pertanto, inconciliabile con la piena e umana coltivazione delle relazioni affettive, nonché con il diritto alla sessualità e alla genitorialità del detenuto.

La Corte costituzionale ha accolto la sollecitazione del giudice rimettente ad adottare una pronuncia di natura additiva, censurando l'art. 18 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva che la persona detenuta potesse essere ammessa, sia pure in presenza di certe condizioni, a svolgere colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente, senza l'imposizione del controllo a vista da parte del personale

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Sul tema del diritto all'affettività intramuraria, si v., *ex multis*, S. Talini, *L'affettività ristretta*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015; Id., *L'affettività ristretta* in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019; M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 4, 2022.

² L. n. 354/1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

di custodia.

Tale soluzione è arrivata a distanza di più di dieci anni dal precedente costituito dalla sent. n. 301/2012: in quel caso, la Corte aveva ritenuto inammissibile la questione su analogo oggetto, soprattutto allo scopo non infrangere il limite della discrezionalità legislativa, ritenendo di pronunciare un monito affinché il legislatore intervenisse per superare il *vulnus* di tutela; nel caso in esame, la Corte, dinanzi ad un monito inascoltato per lungo tempo, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'accoglimento della questione. A fronte di un legislatore che, pur avendo avuto molteplici occasioni di intervento sull'ordinamento penitenziario, non ha dato seguito alle indicazioni della Corte, si è parlato di un diritto costituzionalmente fondato eppure «castrato» dal nostro ordinamento penitenziario³, nonché del «dramma di una sessualità estirpata»⁴.

In questo contesto, il presente contributo si propone di indagare la tecnica decisoria adoperata e le soluzioni di merito adottate con la sent. n. 10/2024.

Una prima questione di rilievo concerne la qualificazione della pronuncia. A classificare la sentenza come «additiva di principio»⁵ è stata parte consistente della dottrina commentatrice⁶. Tale prospettazione appariva, in effetti, come la soluzione di accoglimento più rispettosa del limite della discrezionalità del legislatore, data la mancanza di «rime obbligate»⁷ e considerata anche la complessità delle questioni a cui fornire soluzione. La minuziosità dell'intervento additivo della Corte fornisce, però, argomenti per ritenere che la pronuncia in commento abbia espresso qualcosa in più di un «principio generalissimo»⁸.

La sentenza presenta, infatti, considerevoli motivi di interesse sul versante del processo costituzionale e sul ruolo assunto, tramite questo, dalla Corte costituzionale nella forma

³ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 17.

⁴ Così, S. Lo Giudice, *Sesso e affetti in carcere: ne vogliamo parlare?*, in *www.buffingtonpost.it*, 4 dicembre 2014.

⁵ La sentenza additiva di principio (anche detta «a dispositivo generico») presuppone l'esistenza di una pluralità di soluzioni discrezionali idonee a superare la lacuna incostituzionale: in questi casi, in assenza di «rime obbligate» (v. *infra*, nota n. 7), la Corte costituzionale è impossibilitata a pronunciare una sentenza additiva semplice. Pertanto, nell'attesa di un intervento del legislatore, pone un principio immediatamente cogente, a cui dovrà ispirarsi sia il legislatore nella costruzione della futura normativa, sia il giudice comune nell'individuazione della regola da applicare al caso concreto. Per un inquadramento di questa tipologia decisoria, si v. A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3199 ss.; G. Parodi, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro Italiano*, 1998, 160-164; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 198 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 241 ss.

⁶ Cfr. A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *Consulta Online*, 1, 2024, 1; I. Giugni, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema Penale*, 2 febbraio 2024, ma l'A. rinviene, comunque, una concretizzazione del principio enunciato dalla Corte in «regole e criteri»; R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2024; P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2024, ma l'A. ne sottolinea, comunque, il carattere «nient'affatto 'blando'» (22-23).

⁷ La costruzione delle «rime obbligate» di V. Crisafulli ha rappresentato una giustificazione teorica delle sentenze cd. manipolative: alle obiezioni di invasione della sfera di competenza degli organi legislativi mediante la creazione di diritto sostanziale, si è autorevolmente replicato che «se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore». Così, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 1707.

⁸ Espressione tratta da A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3211; si v., in particolare, la nota n. 24 per i riferimenti alle posizioni di G. Zagrebelsky e G. M. Salerno.

di governo, poiché richiama certe tendenze – alcune antiche, altre più recenti – inerenti al suo rapporto con il legislatore: si fa riferimento alla storica preoccupazione per il «seguito»⁹ legislativo dei giudizi di legittimità, che ha indotto la Corte, sin dal principio del proprio funzionamento¹⁰, ma soprattutto a partire dagli anni Settanta¹¹, ad adoperarsi nella creazione di prassi e tecniche decisorie che le consentissero di governare l'«impatto»¹² del proprio intervento sull'ordinamento giuridico, fuori dalle strette maglie dall'alternativa accoglimento/rigetto in sua dotazione. Pertanto, dal punto di vista del processo costituzionale, occorre inquadrare la pronuncia nell'ambito delle strategie processuali di cui la Corte si è dotata per far fronte all'inerzia del legislatore, tra atteggiamenti di *self-restraint* e interventi «normativi»¹³ di vera e propria supplenza¹⁴, considerato che la sentenza additiva rappresenta un osservatorio efficace su queste dinamiche, poiché si trova «in rapporto di naturale tensione con la discrezionalità del legislatore, per il suo tipico effetto creativo»¹⁵.

La sentenza è meritevole di attenzione altresì quanto ai profili di carattere sostanziale: essa, infatti, si colloca nell'ambito del tema dei «nuovi diritti» costituzionali di emersione

⁹ Si v., *ex plurimis*, N. Assini, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985; P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; S. Agosta, *L'attività legislativa consequenziale alle pronunzie della Corte costituzionale tra (antichi) pregiudizi e (rinnovate) prospettive di cooperazione istituzionale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza della costituzionale*, Napoli, 2006; R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

¹⁰ Un primo monito rivolto al legislatore è stato espresso già con la sent. n. 1/1956, che ha inaugurato il funzionamento della Corte costituzionale. In quell'occasione si disse: «È quindi desiderabile che una materia così delicata sia presto regolata in modo soddisfacente con una disciplina adeguata alle nuove norme della Costituzione».

¹¹ In dottrina si è parlato di «svolta politica» della Corte costituzionale: così, S. Rodotà, *La «svolta politica» della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1970, 37 ss.

Per un approfondimento sulle diverse tendenze assunte dalla Corte dinanzi agli andamenti della forma di governo nonché sulla possibilità di una loro classificazione, cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 35 ss.; Id., *Introduzione*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; C. Panzera, *Sentenze «normative» della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 499 ss.; F. Lanchester, *La Costituzione del 1948 e l'organo di garanzia esterno*, in *Il Politico*, 3, 2009, 51-66.

Con specifico riguardo al tema della politicità della Corte costituzionale, si v. A. Tesaro, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 17 marzo 1949 «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»*, Camera dei deputati, Documenti – disegni di legge e relazioni, n. 469-A, 17 aprile 1950; T. Martines, (voce) *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 161 ss.; S. Staiano, *Corte costituzionale e trasformazione del sistema politico*, in *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*. Atti del Convegno di Napoli e Pompei, 26-27 giugno 1997, Roma, 1998; A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del «modello» e fluidità dell'esperienza*, in Id., G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente, relazione a Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto*, in *Rivista AIC*, 19 settembre 2007; Id., *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

¹² Anche nella sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale ha dimostrato di interessarsi all'«impatto» della propria pronuncia: v. *infra*, nota n. 61.

¹³ Si v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss.

¹⁴ V. *infra*, par. 7 per un'esposizione sulla più recente dottrina sul punto.

¹⁵ Così, S. Staiano, *Introduzione*, in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XXVII-XXVIII.

giurisprudenziale¹⁶, con particolare riguardo alla delicata materia dei diritti costituzionalmente garantiti alla persona in stato di detenzione¹⁷.

È di tutta evidenza la sempre più accentuata propensione della Corte costituzionale a relativizzare¹⁸ la discrezionalità del legislatore come limite del sindacato di costituzionalità, con soluzioni che dimostrano certamente tutta la potenzialità politica del giudice delle leggi, ma anche e soprattutto le disfunzioni¹⁹ che vive la forma di governo. Le minuziose modalità di intervento della Corte sui profili sostanziali, dinanzi alla persistente e consapevole e inerzia del legislatore, inducono a riprendere i ragionamenti sulle rispettive responsabilità dei due organi nelle alterazioni disfunzionali del loro rapporto.

In tempi recenti, la duplice tendenza creativa, sia processuale che sostanziale, si è manifestata con la creazione di un nuovo modello di doppia pronuncia: lo strumento dell'ordinanza monitoria di rinvio a data certa²⁰, seguita – in mancanza di un intervento legislativo nelle more – da una sentenza additiva, non sempre rispettosa delle «rime obbligate». Il fatto che questo modulo in due tempi non sia stato replicato nel caso sul diritto all'affettività dei detenuti, come invece immaginato da alcuni²¹, induce a interrogarsi, ancora una volta, sulle ragioni ma anche sui limiti dell'«auto-normazione»²² delle regole sul processo costituzionale. Ciò nella consapevolezza che la costante esigenza sottesa ad entrambi i profili non può che rinvenirsi nel necessario recupero, da parte del legislatore, del proprio ruolo: sia in riferimento all'«etero-normazione» delle regole processuali costituzionali e degli strumenti di raccordo²³, sia con riguardo all'esercizio della potestà legislativa, troppo spesso non rivendicata.

2. Affettività intramuraria e insufficienze del quadro normativo: un diritto negato.

La sentenza ha deciso su una questione di legittimità sollevata, con ord. n. 5/2023, dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, a sua volta occasionata dal reclamo di un detenuto

¹⁶ Si v. F. Pastore, *Un esempio concreto di diritto fondamentale emerso in via giurisprudenziale: il diritto di procreare nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?* Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa a Cassino, 10-11 giugno 2016, Napoli, 2017, 303-326, cui si rimanda per uno studio del tema dell'emersione in via giurisprudenziale dei diritti fondamentali, con specifico riguardo al diritto di procreare.

¹⁷ Per un approfondimento su stato di detenzione e «nuovi diritti», si v. M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit.

¹⁸ Cfr. M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, *passim*.

¹⁹ Per un'analisi delle dinamiche della forma di governo parlamentare italiana, delle sue trasformazioni a Costituzione invariata e delle sue disfunzioni, si v. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, 3, 2012; Id., *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *federalismi.it*, 2, 2018; Id., *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *federalismi.it*, 29, 2021.

²⁰ Si v. ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019 (cd. caso Cappato); ord. n. 132/2020 e sent. n. 150/2021 (cd. caso sulla diffamazione a mezzo stampa); ordd. nn. 97/2021, 122 e 227/2022 (cd. caso sull'ergastolo ostativo).

²¹ Lo aveva prospettato, in attesa del deposito della sentenza, E. Santoro, *Siamo alle porte della quarta «incostituzionalità prospettata»? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, in *Consulta Online*, 3, 2023.

²² A. Spadaro, *Sulla intrinseca «politicità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, 5, 2017, 10.

²³ Per un approfondimento sugli strumenti di raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento, si v. R. Bin, C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 215 ss.

della Casa circondariale di Terni. Le doglianze dell'interessato concernevano le modalità di svolgimento dei colloqui visivi con i familiari: l'insussistenza, nel caso concreto, dei requisiti per accedere al sistema dei cd. permessi-premio²⁴, accostata alla sorveglianza continua del personale di custodia, avrebbero menomato il suo diritto, considerato «fondamentale, ad una serena relazione di coppia e ad assicurargli a pieno un ruolo genitoriale»²⁵. Così, all'esito dell'esame del quadro normativo di riferimento e avendo constatato la conformità ad esso dell'agire dell'amministrazione penitenziaria, il Magistrato ha riscontrato «un vero e proprio divieto di esercitare l'affettività in una dimensione riservata, e segnatamente la sessualità»²⁶ nel contesto penitenziario e ha ritenuto di dover promuovere giudizio di legittimità.

Tale divieto discenderebbe dal complesso di una disciplina penitenziaria sul punto scarna e poco eloquente, che relega le previsioni sugli incontri intramurari principalmente all'art. 18, c. 3, ord. pen. Questa disposizione, sebbene prescriva che i locali destinati ai colloqui con i familiari debbano favorire «ove possibile» una «dimensione riservata» ed essere «collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto»²⁷, impone che lo svolgimento debba avvenire «sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». In riferimento ad essa, è stato prospettato il contrasto con gli artt. 2, 3, 13, cc. 1 e 4, 27 c. 3, 29, 30, 31, 32 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in rapporto agli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice rimettente ha, così, chiaramente sollecitato un dispositivo di natura additiva, auspicando la censura dell'art. 18, c. 3, ord. pen. «nella parte in cui non prevede[va] che alla persona detenuta [fosse] consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia».

Una simile pronuncia, sebbene non sostitutiva di un necessario intervento riformatore in materia penitenziaria, è stata ritenuta dal giudice *a quo* esito doveroso dinanzi all'esigenza di risolvere una questione «specialmente urgente»²⁸, che già la Corte costituzionale – nel 2012, con la sent. n. 301 – aveva qualificato una «esigenza reale e fortemente avvertita»²⁹. Conseguentemente, dinanzi alla protratta inerzia del legislatore, e a fronte del monito già espresso dalla Corte costituzionale, l'art. 18 ord. pen. ha rappresentato – per il giudice rimettente – quel punto di riferimento già presente nel sistema legislativo, a partire dal quale fondare un intervento del giudice delle leggi idoneo quantomeno a ricondurre «a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»³⁰.

²⁴ Istituto disciplinato dall'art. 30-ter ord. pen. (v. *infra* nel paragrafo).

²⁵ Così riportato nell'ord. n. 5/2023, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 1^a Serie Speciale, 8 febbraio 2023.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Il riferimento alla «dimensione riservata» è frutto di un intervento legislativo avvenuto con d.lgs. n. 123/2018, all'art. 11, c. 1, lett. g), n. 3 (v. *infra*, par. 6).

²⁸ Così riportato nell'ord. n. 5/2023.

²⁹ Così, Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

³⁰ Così, Corte cost., sent. n. 236/2016, come citata dal giudice rimettente.

Per uno studio sul sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità del legislatore, si v. F. Pastore, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, cit. In particolare (181 ss.), l'A. rileva come le scelte di indirizzo politico e le valutazioni discrezionali del legislatore debbano configurarsi come «non arbitrarie, ovvero non devono essere né irrazionali, né irragionevoli, né ingiuste»; a tal fine, la Corte non di rado opera un riscontro della coerenza tra la normativa oggetto del giudizio di legittimità e le politiche seguite

Com'è stato autorevolmente constatato in dottrina, e poi accolto dall'impostazione del giudice rimettente, l'«apparente anomia» dell'ordinamento penitenziario, «che nulla dice nelle sue disposizioni circa il diritto alla sessualità intramuraria del detenuto», «opera concretamente come se ne prevedesse il divieto», traducendosi in un «operante dispositivo proibizionista»³¹.

I nodi della disciplina penitenziaria, legislativa e regolamentare, sono principalmente tre. In primo luogo, l'assolutezza del controllo visivo o sorveglianza continua, che non ammette né condizioni né modulazioni. In attuazione dell'art. 18, c. 3 ord. pen. risalente alla versione originaria della legge sull'ordinamento penitenziario, il regolamento esecutivo adottato con d.P.R. n. 320/2000 ne ha confermato l'impostazione: l'art. 37 reg. es., nell'occuparsi dei colloqui, dispone, al c. 5, che «[i]n ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria»; l'art. 61, c. 2, lett. b), reg. es. rinvia espressamente al controllo visivo anche in occasione dei colloqui straordinari, concessi dietro autorizzazione dal Direttore della struttura, della durata dell'intera giornata, anche finalizzati a consentire ai familiari di consumare un pasto in compagnia in appositi locali o all'aperto³².

In secondo luogo, la disciplina dei permessi-premio, volta a consentire al detenuto di trascorrere brevi periodi di tempo fuori dalle mura, rappresenterebbe una «risposta solo parziale»³³ al problema. Infatti, da un lato, a causa dei rigidi presupposti applicativi³⁴ ne sarebbe esclusa parte considerevole della popolazione carceraria³⁵, come proprio nel caso del detenuto reclamante³⁶; dall'altro, la logica – premiale, appunto – sottesa all'istituto non coinciderebbe con una vera e propria garanzia del diritto all'affettività nemmeno per quanti vi abbiano accesso³⁷. Affermare che il detenuto possa manifestare la propria intimità fuori dalle mura, subordinatamente all'autorizzazione da adottare sui

nella specifica materia dallo stesso legislatore. In questi termini, la coerenza di una norma «va rapportata, oltre che alle norme più generali preesistenti, anche alla linea complessiva secondo cui il sistema va sviluppandosi»: dinanzi alle obiezioni di quanti ritengono che un siffatto giudizio conduca allo «sconfinamento» della Corte nell'ambito proprio del legislatore, si è replicato che «tuttavia, neppure il più cieco difensore del principio di autonomia del potere legislativo, potrebbe negare come il controllo sulla ragionevolezza e sulla razionalità delle scelte compiute dal legislatore in materie riservate alla sua discrezionalità, sia una garanzia indispensabile per consentire il perpetuarsi della libertà concessa al legislatore nella attuazione ed interpretazione dei principi costituzionali».

³¹ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 18-19.

³² La formulazione originaria dell'art. 61 reg. es., in realtà, prevedeva la possibilità che gli incontri straordinari potessero avvenire senza controllo visivo e auditivo del personale; tuttavia, la proposta ricevette il parere sfavorevole del Consiglio di Stato (v. *infra*, par. 6).

³³ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

³⁴ L'art. 30-ter ord. pen. abilita il magistrato di sorveglianza a concedere permessi-premio, di durata non superiore ogni volta a quindici giorni, e per un massimo di quarantacinque giorni per ciascun anno di espiazione, «per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», a condizione che il condannato non risulti socialmente pericoloso e che abbia tenuto regolare condotta, nel senso che abbia «manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali» (cc. 1 e 8).

³⁵ Ulteriore profilo di incongruenza della normativa è anche la preclusione dell'affettività intramuraria al detenuto in attesa di giudizio, fuori dall'ambito applicativo dei permessi-premio.

³⁶ Secondo quanto si legge nell'ordinanza di remissione, l'interessato non soddisfaceva i requisiti di condotta previsti per ottenere l'autorizzazione; a ciò si aggiungeva, ad ogni modo, l'ulteriore difficoltà relativa alla mancata previsione per lui di un programma di trattamento (di cui fanno parte anche i permessi-premio, ex art. 30-ter, c. 3 ord. pen.), sebbene fossero già trascorsi diversi anni di detenzione.

³⁷ In questo senso, nel richiamare il ragionamento operato nell'ordinanza di remissione, S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, in *Sistema penale*, 17 marzo 2023, 38-39.

presupposti dell'art. 30-ter ord. pen., e comunque per un periodo di tempo non superiore a quarantacinque giorni per ciascun anno di detenzione, non rappresenta un riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità intramuraria, ma costituisce, al contrario, una «riconferma indiretta»³⁸ del divieto al suo esercizio.

In terzo luogo, l'introduzione, con il d.lgs. n. 121/2018, di un *tertium comparationis* che attesterebbe l'irragionevolezza del trattamento riservato ai detenuti maggiori d'età rispetto a quello di cui godono, a seguito dell'intervento riformatore, i minori. L'art. 19 d.lgs. cit., infatti, per com'è formulato, da un lato, garantisce a questi ultimi la possibilità di usufruire di visite prolungate da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno della struttura in modo da favorirne la riservatezza; dall'altro, considera i motivi eventualmente ostativi rispetto alla svolgimento di tali incontri: al c. 5, infatti, dispone la verifica, da parte del Direttore dell'istituto, della sussistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscono i contatti con le persone potenzialmente ammesse. Secondo quanto indicato dal giudice rimettente, quindi, per i minori sarebbero considerate quelle «particolari ragioni di sicurezza» idonee a presupporre un bilanciamento delle contrapposte esigenze, del tutto ignorate, invece, nell'assolutezza della disciplina prevista per i detenuti adulti.

3. La sent. n. 10/2024 tra soluzioni di merito e discrezionalità del legislatore. La Corte costituzionale ha ritenuto fondate le censure di incostituzionalità.

Se è vero che l'«ordinamento giuridico tutela le relazioni affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza», allora «[l]o stato di detenzione può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società»³⁹.

D'altronde, le persone soggette a restrizione della libertà restano certamente titolari di tutti i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico e, secondo giurisprudenza costante⁴⁰, una loro limitazione non può che giustificarsi solo in quanto strumentale alle funzioni della pena: come affermato nella nota sent. n. 26/1999, i diritti della persona «non sono affatto annullati da tale condizione», ma la loro compressione può dipendere soltanto dai «limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione»⁴¹.

Tra questi diritti e libertà inviolabili deve ricondursi anche l'affettività. Sebbene la Corte non si sia soffermata apertamente nella sua definizione⁴², attraverso una lettura complessiva della sentenza si possono tracciare i connotati della concezione che dimostra di accogliere. Innanzitutto, la Corte la qualifica come «libertà»⁴³. Essa, in senso

³⁸ Così, il giudice rimettente. V. anche *supra*, nota precedente.

³⁹ Così, Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.

⁴⁰ Per una raccolta della giurisprudenza costituzionale e ordinaria di legittimità sugli spazi di compressione dei diritti in stato di restrizione della libertà, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 3. Si v., in particolare, le sent. *in* richiamate: Corte cost. nn. 114/1979, 349/1993 e 26/1999.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 26/1999, considerato in diritto n. 3.1. Per una ricostruzione della pronuncia, si v. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 44 ss.

⁴² Per una definizione in dottrina, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 3. L'A. descrive il «diritto all'affettività» come quella «posizione soggettiva giuridicamente rilevante» consistente nella «possibilità di coltivare in senso ampio i rapporti che conformano la sfera intima dell'individuo».

⁴³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.1.

generico, si manifesta come «libertà di esprimere affetto»⁴⁴, caratterizzata da una «naturale intimità [...] in ogni sua manifestazione»⁴⁵. In particolare, tra le sue forme di espressione, viene riconosciuta anche quella della sessualità: già in passato la Corte aveva riconosciuto il «diritto alla libertà sessuale» come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana [...] che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁴⁶; in questa occasione la Corte ha puntualizzato che, comunque, la sessualità non esaurisce interamente l'affettività, poiché quest'ultima «più ampiamente coinvolge aspetti della personalità e modalità di relazione che attengono ai connotati indefettibili dell'essere umano»⁴⁷.

Così, come per ogni diritto e libertà inviolabile della persona, anche per l'affettività occorre individuare il «limite concreto»⁴⁸ entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare la compressione: oltre questo limite, «il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, risolvendosi in una lesione della dignità della persona»⁴⁹.

Il problema è che il legislatore, disponendo l'operatività dell'istituto del controllo a vista dei colloqui intramurari senza condizioni né eccezioni, ha rinunciato ad operare un bilanciamento delle contrapposte esigenze; infatti, sebbene tale controllo rappresenti «un importante presidio di regolarità, funzionale ad evitare la strumentalizzazione del colloquio medesimo a fini impropri»⁵⁰, esso è idoneo a restringere obiettivamente «lo spazio di espressione dell'affettività, per la naturale intimità che questa presuppone»⁵¹.

Pertanto – ha osservato la Corte costituzionale – la prescrizione del controllo a vista *ex* art. 18, c. 3 ord. pen., in quanto disposta in «termini assoluti e inderogabili», si risolve in una «compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi in una violazione dell'art. 3 Cost.»⁵²; questo sacrificio, peraltro, dimostra un ulteriore profilo di irragionevolezza per il fatto di produrre, allo stesso modo incondizionatamente, un «pregiudizio indiretto» nei confronti di quelle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, sono comunque estranee al reato e alla condanna⁵³.

Ulteriori motivi di incostituzionalità vengono, poi, individuati dalla Corte.

Il sacrificio dell'intimità oltre i limiti del necessario si rivela inidoneo alla finalità rieducativa della pena, a cui il nostro ordinamento tende *ex* art. 27, c. 3, Cost. Infatti, la persona detenuta subirebbe un pregiudizio nelle relazioni in cui si svolge la sua personalità, «esposte pertanto ad un progressivo impoverimento, e in ultimo al rischio della disgregazione», traducendosi, ciò, in un «*vulnus* alla persona in ambito familiare»⁵⁴. Una tale sanzione verrebbe ad essere percepita come «esageratamente» afflittiva, con un esito di «desertificazione affettiva», che è l'esatto opposto della risocializzazione⁵⁵.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.4.

⁴⁶ Così, Corte cost., sent. n. 561/1987, considerato in diritto n. 2, come menzionata sia dalla Corte nella sentenza in esame, sia nell'ordinanza di rimessione.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.4.

⁴⁸ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.1.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.3.

⁵¹ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.4.

⁵² *Ivi*, considerato in diritto n. 4.1.

⁵³ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.2.

⁵⁴ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.3.

⁵⁵ *Ibidem*.

Infine, è stata riscontrata la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, sotto il profilo del difetto di proporzionalità tra il radicale divieto all'esercizio dell'affettività e le sue finalità: infatti, l'art. 8 CEDU, al par. 1 esprime la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare e al par. 2 consente solo quelle ingerenze nel diritto, da parte dell'autorità, che siano necessarie «per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Nel caso in questione, potrebbero venire in rilievo esigenze legate alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei reati, ma – ancora una volta – l'assolutezza della prescrizione ne rivela l'inadeguatezza.

In riferimento ai tre parametri⁵⁶, gli artt. 3, 27, c. 3 e 117, c. 1, Cost., la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18, c. 3, ord. pen., accogliendo la sollecitazione del giudice *a quo* verso l'adozione di un dispositivo additivo: di tale addizione si rende opportuno delineare la natura e l'ampiezza, allo scopo di verificare se la Corte si sia contenuta nell'enunciazione di principi generali o si sia spinta oltre.

All'assolutezza e inderogabilità della prescrizione della sorveglianza continua, ha fatto luogo l'individuazione dei «limiti concreti» al sacrificio dell'affettività intramuraria, ossia dei criteri che devono guidare la Direzione dell'istituto nel rispondere all'istanza della persona detenuta di accedere ad un colloquio non esposto al controllo a vista: l'istanza potrà essere rifiutata soltanto quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, vi ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina o ragioni giudiziarie riguardo all'imputato⁵⁷. In tutti gli altri casi, la compressione non potrà ritenersi giustificata.

Così facendo, la Corte costituzionale ha integrato la prospettazione del giudice rimettente: mentre nella formulazione del *petitum* erano considerate soltanto le «ragioni di sicurezza», la Corte ha ritenuto di dare rilievo ad ulteriori riferimenti presenti nel sistema, segnatamente al principio direttivo espresso all'art. 1, c. 5, ord. pen., così come modificato dall'art. 11, d.lgs. n. 123/2018⁵⁸, che indica altresì – come giustificazioni delle restrizioni – l'«esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina» e «i fini giudiziari» nei confronti degli imputati⁵⁹. In particolare, ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69, c. 6, lett. b),

⁵⁶ La Corte non si è pronunciata espressamente sugli altri parametri individuati dal giudice *a quo*. Se, da un lato, la Corte comunque si riferisce in più passaggi, seppure implicitamente, all'art. 2 Cost. attraverso i richiami alla tutela delle relazioni affettive della persona anche nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, menzionando altresì la dimensione familiare (art. 29 Cost.), maggiori perplessità destano i mancati riferimenti alla genitorialità (artt. 30 e 31 Cost.) in stato di detenzione. Sull'uso della tecnica dell'assorbimento dei vizi, si v. la riflessione di A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, cit., 1. Cfr. altresì P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, cit., 11 ss.; V. Valenti, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in *Consulta Online*, 1, 2024, 361-362.

⁵⁷ Il dispositivo della sentenza prevede quanto segue: «la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui in motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie».

⁵⁸ Secondo cui «[n]on possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 7.

ord. pen., la valutazione complessiva, che tenga conto della pericolosità sociale del detenuto, della irregolarità della condotta e dei precedenti disciplinari, spetta, in prima battuta all'amministrazione e, in secondo luogo, del magistrato di sorveglianza; invece, l'apprezzamento delle ragioni processuali, con specifico riferimento alla valutazione delle esigenze di salvaguardia della prova, non può che competere all'autorità giudiziaria procedente⁶⁰.

La Corte, però, non si è limitata né a raccogliere il suggerimento additivo, né a specificarlo, ma si è spinta ancora oltre.

Si è detta consapevole dell'«impatto» che la propria pronuncia avrebbe prodotto sulla gestione degli istituti penitenziari e dello «sforzo organizzativo»⁶¹ necessario in contesti carcerari già gravati da (irrisolti e sempre attuali) problemi di sovraffollamento⁶².

Allo stesso tempo, ha giustificato il proprio intervento, ritenendolo ormai non più rinviabile a causa degli effetti in detrimento della dignità della persona, anche alla luce del lungo tempo trascorso dalla pronuncia dell'ultimo monito su analogo oggetto, con sent. n. 301/2012: considerata la «complessità dei problemi operativi»⁶³ che scaturiscono dalla materia, la Corte ha rimarcato la perdurante assenza del legislatore, sollecitandone ancora una volta la responsabilità.

Con la sentenza del 2012, infatti, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione, sia per un difetto di rilevanza, sia per via

⁶⁰ *Ibidem*. Si tenga conto del fatto che, per ragioni di coerenza con l'oggetto del giudizio principale, la Corte non si è addentrata nell'analisi dei regimi speciali, ma vi ha soltanto fatto cenno (considerato in diritto, n. 8). Per il regime di cui all'art. 41-bis ord. pen., si è limitata a rimandare alla disciplina derogatoria sui colloqui, espressa dal c. 2-quater, lett. b), dello stesso articolo; per i condannati per reati ostativi, ha chiarito come «in linea di principio non sussistono impedimenti normativi che precludano l'esercizio dell'affettività *intra moenia*»; per il regime temporaneo di sorveglianza particolare, ha accennato alla sua incompatibilità con il colloquio riservato, poiché «i presupposti della relativa applicazione, definiti dall'art. 14-bis, comma 1, ordin. penit., sono antitetici rispetto a quelli dell'ammissione al colloquio intimo, trattandosi di reclusi che «con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti» (lettera a), «con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati» (lettera b) o che «nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti» (lettera c)». In senso critico rispetto alle considerazioni in merito al regime di sorveglianza particolare, R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, cit., secondo cui «la casistica concreta è talmente vasta ed eterogenea da non consentire di escludere a priori questa categoria di detenuti dal colloquio riservato, tanto più tenendo conto di una cornice legislativa la quale specifica che le restrizioni della sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con il coniuge, il conveniente, i figli, i genitori, i fratelli (art. 14 quater, comma quarto, ord. penit.). Sarebbe stata meglio una valutazione caso per caso, tesa a valutare in concreto la compatibilità tra la particolare pericolosità che ha legittimato l'applicazione del provvedimento di sorveglianza particolare e la possibilità di svolgere in maniera inoffensiva un colloquio senza controllo a vista».

⁶¹ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.

⁶² Com'è noto, le riflessioni sull'irrinunciabilità della garanzia dei diritti inviolabili della persona anche in stato di detenzione devono fare i conti con l'effettività del loro godimento, che richiede, *in primis*, l'adeguatezza delle strutture carcerarie e del loro funzionamento. Le deficienze strutturali del sistema detentivo italiano sono state rilevate con le sentt. *Sulejmanovic c. Italia* (Corte EDU, 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03) e *Torreggiani e altri c. Italia* (Corte EDU, 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). In queste due occasioni, la Corte EDU ha riscontrato la violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 3 CEDU, giacché le condizioni detentive in cui versavano i ricorrenti erano da ritenersi trattamenti disumani e degradanti, a ciò aggiungendosi considerazioni sull'assenza, nell'ordinamento, di rimedi tanto di natura preventiva quanto di natura compensativa. Pertanto, è innegabile che, per assicurare il godimento di spazi riservati all'espressione dell'affettività, debba innanzitutto essere soddisfatta l'imprevedibile precondizione della idoneità delle strutture carcerarie al rispetto della dignità della persona.

⁶³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.

dell'impostazione del *petitum* che le avrebbe imposto di superare il limite della discrezionalità del legislatore *ex art. 28, l. n. 87/1953 (v. infra, par. 5)*. Infatti, in quell'occasione, aveva ritenuto che i profili di incostituzionalità che si ripercuotevano sulla persona detenuta potessero essere rimossi soltanto attraverso la predisposizione di una disciplina compiuta, che stabilisse i termini e le modalità di esplicazione del diritto, e – pertanto – colma di scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore. Si trattava di: «individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle 'visite intime', fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative»⁶⁴.

Ad oggi, la Corte, sebbene ancora convinta dell'urgenza di una disciplina siffatta, si è fatta carico essa stessa di definire le modalità operative del diritto, in riferimento a ciascuno dei suddetti profili. Degno di nota è il modo con cui la Corte ha annunciato questo suo intervento: non lo ha giustificato facendo semplicemente riferimento al bisogno di «garantire l'effettività dei principi di cui si è detto», ma, in aggiunta, ha ritenuto che le specificazioni che si stavano operando in sede di legittimità fossero intese a «salvaguardare l'esercizio della discrezionalità legislativa»⁶⁵. La stessa discrezionalità che ha – di fatto – superato o, quantomeno, relativizzato (*v. infra, par. 7*).

Così, la Corte si è adoperata nella predisposizione di vere e proprie istruzioni operative di carattere prescrittivo, di cui è innegabile la duplice valenza: da un lato, nei confronti dell'amministrazione e del magistrato di sorveglianza che, nelle more dell'intervento legislativo, dovranno rispettare quando saranno chiamati a garantire l'esercizio del diritto all'affettività intramuraria; dall'altro, nei confronti del legislatore stesso, che dovrà declinare le proprie scelte discrezionali pur sempre tenendo conto delle linee direttrici delineate dalla Corte.

Più specificamente, in riferimento alle soluzioni di merito, la Corte si è espressa, innanzitutto, sui profili di carattere oggettivo inerenti alle modalità di svolgimento dei colloqui: il numero, la durata e le misure organizzative. A tal fine, ha individuato nel sistema una disciplina già esistente da cui trarre le *rationes* ispiratrici: si tratta della regolamentazione delle visite intramurarie per i detenuti minorenni, un elemento di novità rispetto al precedente giurisprudenziale, introdotta con il d.lgs. n. 121/2018, già citata dal giudice rimettente. Nel ripercorrere l'impostazione dell'art. 19, d.lgs. cit., la Corte ha richiesto: l'adeguatezza della durata dei colloqui, da valutarsi con riguardo all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, «che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma che neppure la esclude»⁶⁶; la frequenza non sporadica degli incontri, che possa «raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva»⁶⁷; l'appropriatezza dei luoghi di svolgimento dei colloqui. Rispetto a quest'ultimo criterio, la Corte non si è limitata ad enunciarlo, ma lo ha specificato ulteriormente, proponendo – di fatto – un'applicazione analogica dell'art. 19, c. 4, d.lgs. cit.: «può ipotizzarsi», a tal proposito, «che le visite a tutela dell'affettività si svolgano in unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile, un ambiente di tipo domestico», in modo che sia sempre assicurata la riservatezza del locale di

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.1.

⁶⁶ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.1.1.

⁶⁷ *Ibidem*. Riferimenti alla durata e alla frequenza dei colloqui sono operati dall'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 121/2018 che dispone: «Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore [...]».

svolgimento dell'incontro⁶⁸.

In secondo luogo, la Corte è passata ad esaminare i profili di carattere soggettivo e, cioè, i soggetti ammessi a partecipare alle visite intramurarie dei detenuti. Sul punto, già il giudice rimettente aveva prospettato l'ammissibilità, alla luce del quadro normativo, del coniuge e della persona unita civilmente, ma anche della persona stabilmente convivente o legata all'interessato da relazione stabilmente affettiva: quanto alla persona unita civilmente e a quella stabilmente convivente, sono stati menzionati i cc. 20 e 38, art. 1, l. n. 76/2016 che equiparano i diritti delle persone unite civilmente a quelli del coniuge in tema di colloqui penitenziari e i diritti dei conviventi a quelli del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario; infine, quanto alla persona legata all'interessato da relazione stabilmente affettiva, è stato valorizzato l'art. 1-*quinquies*, l. n. 70/2020 che ammette tali soggetti ai colloqui telefonici. La Corte costituzionale ha accolto questa impostazione soltanto parzialmente: da un lato, ha escluso dal novero dei soggetti ammessi le persone legate da una relazione affettiva stabile ma non conviventi; dall'altro, pur avendo ammesso, in astratto, le persone conviventi, ha imposto all'amministrazione di verificare in concreto, prima di autorizzare il colloquio riservato, la sussistenza di due presupposti: lo stabile legame affettivo e l'effettività della pregressa convivenza.

L'appello diretto dalla Corte nei confronti dell'amministrazione e della magistratura a dare una «ordinata attuazione»⁶⁹ della decisione – nelle more dell'intervento del legislatore – richiama l'utilità della valenza immediatamente cogente delle sentenze additive di principio. Quando impossibilitata a pronunciare una sentenza additiva semplice, in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata come richiederebbe la teoria delle «rime obbligate»⁷⁰, la Corte ricostruisce un «principio generalissimo»⁷¹ con valore immediatamente precettivo, a cui è possibile fare riferimento nella individuazione della regola concreta in sede applicativa.

Eppure, nella sentenza in esame, la Corte sembra aver espresso qualcosa in più di un «principio generalissimo». La Corte ha restituito agli organi competenti una serie di indicazioni puntuali che si pongono come vere e proprie «regole» da rispettare ai fini dell'ammissione del detenuto a colloqui riservati: a tal fine, la Corte ha circoscritto le ragioni eventualmente ostative e ha selezionato i soggetti ammessi; in aggiunta a quanto richiesto dal giudice rimettente e per far fronte all'«impatto» della pronuncia, ha altresì delineato le condizioni oggettive di funzionamento dei suddetti colloqui.

Con la sent. n. 301/2012 si erano già posti in rilievo i molteplici ed innegabili spazi di discrezionalità legislativa con riguardo a tutti i suddetti versanti: essi «implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore: e ciò, anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

⁷⁰ Le sentenze cd. additive di principio (v. anche *supra*, nota n. 5), poiché pronunciate in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, sono state definite, in dottrina, «un'ingegnosa trovata che consente di superare l'ostacolo delle rime obbligate»: così, C. Panzera, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, cit., 525 ss. A voler essere rigorosi, la Corte dovrebbe in questi casi pronunciare l'inammissibilità della questione ex art. 28, l. n. 87/1953, al più esprimendo un monito diretto al legislatore. Eppure – come constatato dall'A. – a partire dalla sent. n. 215/1987, «la quadratura del cerchio si compie attraverso un delicato passaggio di livello: dall'introduzione della soluzione univoca [...] all'enunciazione del principio sotto il quale sono raccolte tutte le potenziali ipotesi ricostruttive di dettaglio, fra cui si pone la futura scelta, *inter partes* del giudice ed *erga omnes* del legislatore».

⁷¹ V. *supra*, nota n. 8.

contrapposte»⁷².

Senonché, con riferimento alle ragioni ostative, ampliandone il novero inizialmente individuato dal giudice *a quo*, la Corte ha attinto da riferimenti normativi interni all'ordinamento penitenziario; similmente può dirsi per le misure organizzative, al netto di quelle espressioni ipotetiche (si pensi, ad esempio a formulazioni come: «può ipotizzarsi») che, pur volendo probabilmente esprimere deferenza nei confronti del limite posto dall'art. 28, l. n. 87/1953, rimarcano l'intromissione in profili di discrezionalità.

A destare maggiori perplessità è l'individuazione dei soggetti ammessi alle visite intramurarie riservate.

Con la sent. n. 301/2012, la Corte, si dissociava dalla prospettazione del giudice *a quo* proprio per motivi di discrezionalità: mentre quest'ultimo riteneva che il diritto dovesse essere riconosciuto ai soli detenuti coniugati o intrattenenti una convivenza stabile *more uxorio*, escludendo chi, ad esempio, avesse una relazione affettiva consolidata non accompagnata da convivenza, la Corte rilevava come questa soluzione non solo fosse incoerente con i parametri individuati dall'ordinanza di remissione, ma fosse, appunto, soltanto una delle soluzioni ipotizzabili⁷³. È evidente che non abbia ritenuto l'inclusione della persona non convivente come soluzione costituzionalmente obbligata.

Eppure, con la sent. n. 10/2024, la Corte ha operato proprio una scelta tra le più soluzioni prospettabili, ammettendo, come si è avuto modo di vedere, soltanto coniuge, unito civilmente e persona convivente, purché siano rispettati i presupposti dello stabile legame affettivo e della effettività della pregressa convivenza, da verificare in concreto. Insomma, la Corte ha scelto tra le varie soluzioni possibili, anche specificando i criteri di valutazione che dovranno essere utilizzati dall'autorità competente.

È vero che il dato normativo sembrerebbe andare in questa direzione escludente: infatti, nel frattempo, il legislatore è intervenuto valorizzando le figure dell'unito civilmente e del convivente nell'ambito delle regole sull'ordinamento penitenziario, ma senza fare alcun riferimento allo stabile legame affettivo.

Ciò su cui la Corte non sembra essersi soffermata, invece, è il ragionamento sulla ragionevolezza di una tale esclusione: mancano riferimenti al bilanciamento che avrebbe condotto – nella decisione della *quaestio* sottoposta – all'esclusione di quella «relazione affettiva consolidata non accompagnata dalla convivenza» che dodici anni prima immaginava nel ventaglio delle possibili soluzioni.

Stando così le cose, dovrà ritenersi del tutto legittimato il futuro legislatore nel seguire la prospettiva escludente ipotizzata dalla Corte; allo stesso tempo, una tale posizione sembrerebbe avere già anticipato gli esiti che avrebbe un futuro giudizio di legittimità su profili di irragionevolezza concernenti proprio l'esclusione di alcune categorie di soggetti alle manifestazioni della libertà di espressione dell'affettività intramuraria: coerente con la presente pronuncia sarebbe un dispositivo di rigetto, ma, in quel caso, la Corte dovrà fornire adeguato supporto logico-argomentativo sul bilanciamento delle contrapposte esigenze.

Così descritto complessivamente, l'intervento della Corte sull'affettività intramuraria si colloca all'interno di quello che accorta dottrina ha qualificato come «attività "creativa", orientata all'emersione di diritti»: un ruolo svolto dalla Corte «nel portare avanti le lancette

⁷² Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3. Inoltre, si era detto: «Per avere eloquente dimostrazione della varietà delle soluzioni al riguardo prospettabili, è del resto sufficiente scorrere i numerosi progetti di legge sinora presentati in materia e non coronati da successo, nonché le discipline concretamente adottate in altri Stati, alle quali si accenna nella stessa ordinanza di remissione».

⁷³ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.

dell'orologio del diritto penitenziario»⁷⁴.

4. Il futuro seguito applicativo: i margini di autoapplicazione della sentenza. Si è detto dell'appello operato dalla Corte a dare «ordinata attuazione»⁷⁵ alla decisione in esame: un appello rivolto non soltanto al legislatore ma, nelle more del suo intervento, all'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti⁷⁶: in questo modo – ha affermato la Corte – «l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministratore penitenziario, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena»⁷⁷.

Volendo esaminare i «margini» di autoapplicazione e i profili di necessaria o eventuale integrazione della sentenza in commento, occorrerà soffermarsi sul suo seguito «applicativo»⁷⁸, nonché, innanzitutto, sul ruolo del giudice *a quo* nel seguito giudiziale in senso stretto e, secondariamente, sui futuri esiti applicativi delle indicazioni della Corte per le nuove richieste di colloqui, ossia quelle formulate dai detenuti a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

La disciplina sull'ordinamento penitenziario prescrive che la competenza a decidere sulle richieste di colloquio dei detenuti sia in capo al Direttore dell'istituto, salvo che non sia ancora intervenuta la sentenza di primo grado: in quel caso, provvede l'autorità giudiziaria procedente⁷⁹.

Tanto con riferimento al caso di specie che ha originato la questione di legittimità, quanto per le «nuove» richieste di colloqui riservati, la vera e propria sede applicativa della sentenza in esame sarà, pertanto, quella amministrativa, almeno in prima battuta; la sede giurisdizionale sarà successiva ed eventuale, dipendendo da ipotetiche contestazioni rispetto ai dinieghi prospettati dall'amministrazione (salvo che non sia ancora intervenuta la sentenza di primo grado: in tal caso, come si è detto, l'autorizzazione dovrà essere disposta dall'autorità procedente).

Andando con ordine, occorre considerare l'esito del caso di specie, originato dal

⁷⁴ Così, M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 14-15, cui si rinvia per uno studio classificatorio delle tecniche decisorie, secondo il rispettivo grado di incisività sul dato normativo, con cui la Corte costituzionale è intervenuta nell'ambito della normativa penitenziaria: si sono distinti i casi in cui la Corte si è limitata a interpretare o ad operare una integrazione «blanda» del dettato normativo, quelli in cui ha realizzato una vera e propria integrazione dei testi e, ancora, quelli in cui si è arrestata all'esercizio di una funzione «monitoria»; di emersione di diritti o, meglio, di «diritti sommersi» parla anche S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2012, *passim*.

⁷⁵ V. *supra*, nota n. 69.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Per un inquadramento del seguito applicativo nelle dinamiche di «accentramento» e «diffusione» del giudizio di legittimità, anche alla luce delle caratteristiche del modello italiano, si v. S. Staiano, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 100 ss.

Per un approfondimento sul seguito applicativo delle sentenze della Corte costituzionale, si v. R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993; Id., *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 327 ss.; E. Lamarque, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 95 ss.; Id., *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 87 ss.;

⁷⁹ Ex art. 18, c. 8, ord. pen.

reclamo⁸⁰ di un detenuto avverso il divieto oppostogli dall'amministrazione allo svolgimento di colloqui riservati con la compagna e la figlia; divieto che avrebbe provocato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti⁸¹. Conclusosi l'incidente di costituzionalità ed essendo intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale, il giudice *a quo* non potrà che constatare la necessità di un adeguamento dell'amministrazione penitenziaria alla pronuncia di accoglimento nel frattempo intervenuta, poiché il divieto opposto dall'amministrazione dinanzi al reclamo del detenuto era fondato su una normativa dichiarata illegittima. Pertanto, è da ritenersi che il giudice si limiterà ad ordinare all'amministrazione, ossia al Direttore dell'istituto penitenziario, di valutare la richiesta del detenuto sulla base dei presupposti così come individuati dalla Corte costituzionale.

Volendo, dunque, considerare il ruolo dell'amministrazione, sia in riferimento al reclamante sia in riferimento alle nuove richieste, questa dovrà accertare e valutare requisiti soggettivi e oggettivi.

Riguardo ai soggetti ammessi ad essere ricevuti, fuori dai casi del coniuge e dell'unito civilmente, si dovrà verificare, per la convivenza, il presupposto dello «stabile legame affettivo» anche con riferimento all'«effettività della pregressa convivenza»⁸².

Riguardo alle esigenze in eventuale contrapposizione, la riservatezza del colloquio potrà essere negata quando, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, ovvero anche, riguardo all'imputato, motivi di carattere giudiziario, potendo quindi rilevare in senso ostativo non soltanto la pericolosità sociale del detenuto, ma anche le irregolarità di condotta e precedenti disciplinari⁸³.

Ove l'autorità dovesse orientarsi nel senso di autorizzare la richiesta di colloquio non sottoposto a sorveglianza visiva, dovranno essere considerate anche le modalità di svolgimento degli stessi: nello specifico, la Corte ha ritenuto che si debba garantire l'adeguatezza della durata dei colloqui⁸⁴, da svolgersi in modo non sporadico e in luoghi appropriati, potendo ipotizzarsi «unità abitative appositamente attrezzate all'interno degli istituti, organizzate per consentire la preparazione e la consumazione di pasti e riprodurre, per quanto possibile un ambiente di tipo domestico»⁸⁵. Infine, tenute conto le esigenze organizzative dell'istituto dovrà darsi precedenza alle visite prolungate di quei detenuti che non usufruiscano dei permessi premio⁸⁶.

⁸⁰ Il giudice *a quo* era stato chiamato a pronunciarsi su un reclamo *ex* artt. 35-*bis* e 69 ord. pen., ossia impostato avverso l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni sull'ordinamento penitenziario (v. *supra*, par. 2).

⁸¹ *Ex* art. 69, c. 6, lett. *b*), ord. pen.

⁸² Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.1.5.

⁸³ *Ivi*, considerato in diritto n. 7. Sul punto, si v. in particolare il commento di R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, cit., secondo cui «Sarà decisivo, dunque, che quella premialità che la Corte ha fatto uscire dalla porta, non rientri dalla finestra attraverso l'allargamento a dismisura delle ragioni di sicurezza, ordine e disciplina ostative ai colloqui intimi. [...] Sia la direzione dell'istituto sia il magistrato in sede di reclamo, pertanto, non potranno limitarsi a una mera ricognizione della pericolosità o dell'illecito disciplinare, ma dovranno motivare sulla incidenza negativa della concreta pericolosità e del singolo illecito sulla possibilità di fruire del permesso privo di controllo a vista. Non ogni attitudine alla recidiva e condanna per infrazione disciplinare, in definitiva, potranno condurre al disconoscimento di un diritto, quale quello all'affettività, che, salvo casi limite, non può essere ostaggio della meritevolezza».

⁸⁴ *Ivi*, considerato in diritto, 6.1.2.

⁸⁵ *Ivi*, considerato in diritto, 6.1.3.

⁸⁶ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.1.5. A tal proposito, la Corte ritiene possibile un'applicazione analogica della previsione di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 121/2018 riferita ai detenuti minorenni.

Ove, invece, l'autorità non dovesse concedere l'autorizzazione, si passerà – a seguito di un eventuale reclamo del detenuto – alla sede giurisdizionale, dinanzi alla magistratura di sorveglianza. La questione cruciale risiede, in questo caso, nel fatto che i requisiti che l'amministrazione deve valutare (e che successivamente il giudice viene chiamato a verificare) non sono individuati dalla legge, ma da una sentenza della Corte costituzionale.

Alla luce della specificità dei presupposti così come individuati dalla Corte, l'idoneità della sentenza in commento a rendersi autoapplicativa è percepibile. Gli spazi di successiva integrazione o di traduzione dei principi (*rectius*: regole) enunciati dalla Corte sarebbero infatti minimi e, comunque, non troppo diversi da quelli eventualmente residui dinanzi ad un testo legislativo o regolamentare. Quanto detto è osservabile, in particolare, per quelle vere e proprie regole che, sotto forma di soluzioni immediate, sono state poste in tema di soggetti ammessi al colloquio e di ragioni ostative: le maglie definitorie sono così strette che alle autorità competenti non resterà altro che verificare la sussistenza dei presupposti in concreto. Parzialmente diverse sono, invece, le considerazioni da operare sulle modalità di svolgimento del colloquio, per le quali – come si è detto – la Corte ha utilizzato formule meno precise e, a tratti, di suggerimento o di ipotesi: adeguatezza della durata, non sporadicità dei colloqui e appropriatezza dei luoghi sono, infatti, formule bisognose di ulteriore specificazione, ma si tratta di un linguaggio comunque non sconosciuto ai testi normativi, legislativi o regolamentari, diretti alle autorità amministrative.

Complessivamente considerata, la sentenza sembra comunque esprimere un potere decisorio che – quanto al rapporto tra giudizio di legittimità e sede applicativa – si muove «nel verso dell'accentramento»⁸⁷: ciò accade, come constatato da autorevole dottrina, quando il «margine di intervento» lasciato alla sede applicativa sia «ristretto» e la decisione debba muoversi «lungo i binari predisposti dalla Corte, avendo questa definito pervasivamente il quadro dei principi e gli stretti confini entro i quali la loro attuazione si debba tenere»⁸⁸.

Anche all'esito della verifica compiuta nel tentativo di prevedere i futuri esiti applicativi della sentenza, si pongono fondati argomenti per ritenere che la pronuncia non sia esattamente inquadrabile come sentenza additiva di principio.

Ad ogni modo, anche a volerla intendere come sentenza additiva di principio, tale qualificazione non ne eliderebbe comunque il carattere autoapplicativo. Si è sostenuta, soprattutto in passato, la tesi della non autoapplicabilità della sentenza additiva di principio «in quanto di per sé non [sarebbe] sufficiente a integrare l'ordinamento conformemente a Costituzione»⁸⁹, ma necessiterebbe di una successiva operazione di specificazione sotto forma di regola del caso concreto. Al contrario, lo studio dell'esperienza di funzionamento di questa tipologia decisoria ha fatto emergere che la sua autoapplicabilità non possa escludersi in astratto, quanto piuttosto dipenda in concreto «dalla sua capacità di innestarsi con il tessuto ordinamentale in cui è inserita»⁹⁰; ciò coerentemente con l'idea secondo cui l'autoapplicabilità di qualsiasi norma sia «non predicabile in astratto per tipi di fonti, bensì solo in concreto, rispetto alla capacità regolativa che un determinato “testo” [...] è in grado di assumere connettendosi con le

⁸⁷ S. Staiano, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, cit., 124.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Così, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 244; sul punto, cfr. A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3203 ss.

⁹⁰ Così, A. Guazzarotti, *L'auto-applicabilità delle sentenze additive di principio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3436-3437.

norme che di volta in volta i casi concreti possono rendere rilevanti»⁹¹. È da ritenersi risolto anche l'antico dibattito sulla vincolatività delle sentenze additive di principio: sul punto, gli studi sul seguito applicativo delle sentenze della Corte costituzionale hanno ampiamente dimostrato come la prassi sia nettamente orientata nel senso di considerare la sentenza additiva di principio vincolante in tutte le sue componenti, ablativa e additiva⁹².

Le difficoltà applicative atterrano, allora, principalmente a questioni di carattere organizzativo: come garantire il diritto a colloqui riservati in locali «appositi» se questi locali materialmente non esistono?

Se è vero che il rischio del prolungato silenzio legislativo è consistente, è anche vero che la sentenza della Corte, ora che è presente nell'ordinamento giuridico e produce i suoi effetti nei sensi anzidetti, non necessariamente sarà destinata a rimanere «lettera morta». L'auspicio è verso un coerente adeguamento degli organi competenti, in modo che la risposta dell'ordinamento non si traduca – di fatto – nella mera sostituzione dell'effettività del diritto con il risarcimento del danno da lesione del medesimo⁹³.

Infatti, come anche ricordato dal Magistrato di Spoleto in una recente intervista⁹⁴, la garanzia dei diritti della persona ristretta è una priorità che non si potrà semplicemente rimandare a quando verranno completati gli interventi strutturali di adeguamento degli istituti penitenziari; interventi che vedranno la luce, probabilmente, tra anni. Ma è possibile (anzi, doveroso) immaginare, nel frattempo, anche attraverso la collaborazione dell'associazionismo e degli stessi detenuti, uno sforzo organizzativo che consenta di garantire l'esercizio di un diritto della persona – quello all'affettività intramuraria – che ha finalmente ottenuto riconoscimento in seno alle garanzie costituzionali.

5. Un esito differente dallo storico precedente d'inaffidabilità: la valenza monitoria della sent. n. 301/2012. Due i motivi per cui, nel 2012, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la questione rimessale: da un lato, per difetto di rilevanza e, dall'altro, per ragioni attinenti alla formulazione del *petitum* ma in stretta

⁹¹ *Ivi*, 3439.

⁹² Si rimanda agli studi compiuti da E. Lamarque, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 95 ss.; Id., *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, cit., 87 ss.

⁹³ In attuazione della sent. Torreggiani e altri c. Italia, il legislatore, con il d.l. n. 92/2014, ha introdotto all'art. 35-ter ord. pen. un rimedio di natura successiva destinato al detenuto che subisca il pregiudizio *ex art. 69, c. 6, lett. b)*, ord. pen. per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU. Tale rimedio consiste sia nella riduzione della pena, sia nel risarcimento del danno al detenuto; si noti, però, che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nonostante la lettera della legge, ha qualificato quest'ultimo rimedio come indennitario e non risarcitorio, «poiché mancano gli elementi tipici del risarcimento ovvero il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica nonché la valutazione del profilo soggettivo» (Cass. civ., SS.UU., sent. 30 gennaio 2018 (dep. 8 maggio 2018) n. 11018).

Trascorsi ormai più di dieci anni, la permanenza diffusa delle condizioni inumane e degradanti nelle carceri italiane nonché lo spostamento della risposta ordinamentale verso la sede indennitaria sono circostanze dimostrate da uno studio condotto dall'associazione Antigone, che evidenzia anche le alte percentuali di ricorsi *ex art. 35-ter* accolti; si v. *Diciannovesimo rapporto sulle condizioni di detenzione. Trattamenti inumani e degradanti: i risarcimenti*, reperibile al seguente link: <https://www.rapportoantigone.it/diciannovesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/35-ter/>.

Per alcune riflessioni sulle questioni inerenti ai danni conseguenti a condotte omissive del legislatore, si v., *ex multis*, F. Ciccariello, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, in *judicium.it*, 18 marzo 2018; A. Ruggeri, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

⁹⁴ F. Gianfilippi, intervista rilasciata a Radio Radicale nell'ambito del dibattito *Dialoghi sul diritto all'affettività ristretta*, il 3 aprile 2024. L'intervista è disponibile al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/724639/dialoghi-sul-diritto-allaffettivita-ristretta?i=4741038>.

connessione con il limite della discrezionalità legislativa posto dall'art. 28, l. n. 87/1953. Il Magistrato di sorveglianza di Firenze aveva sollevato questione di illegittimità dell'art. 18, c. 2⁹⁵, ord. pen., in riferimento agli artt. 2, 3, cc. 1 e 2, 27, 29, 31, 32 Cost., nella parte in cui prevedeva «il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, impedendo così a questi ultimi di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza».

In primo luogo, la Corte costituzionale rilevò un difetto di rilevanza: il giudice rimettente aveva omesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta e, conseguentemente, di motivare sulla rilevanza della questione. Il giudice *a quo* si era limitato, infatti, a riferire genericamente di doversi pronunciare sul reclamo di un detenuto, senza, però, precisarne né la natura né il contenuto, omettendo, quindi, di indicare la ragione per la quale occorreva fare applicazione della norma censurata nel caso di specie. Inoltre, aveva mancato di specificare il regime carcerario a cui era sottoposto l'interessato e se potesse beneficiare o meno dei permessi-premio: quest'ultimo riferimento sarebbe stato, invece, più che mai opportuno, giacché lo stesso giudice aveva prospettato, nell'ordinanza di remissione, che tali permessi rappresentassero «la soluzione migliore» per l'esigenza esposta; pertanto, se il reclamante avesse potuto goderne, ne sarebbe derivata – sempre seguendo il ragionamento del giudice – la non necessità della concessione di colloqui riservati intramurari.

Pertanto, l'inammissibilità della questione era da ritenersi soluzione obbligata, in ossequio della costante giurisprudenza costituzionale sul principio di autosufficienza dell'ordinanza di remissione, secondo cui l'atto introduttivo del giudizio di legittimità deve essere informato a criteri di completezza, stante la sua non emendabilità né integrabilità in momenti successivi: «l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio principale – non emendabile tramite la lettura diretta degli atti di tale giudizio [...] – impedisce la necessaria verifica della rilevanza della questione e ne determina, di conseguenza, l'inammissibilità»⁹⁶.

In secondo luogo, la Corte contestò la formulazione del *petitum*, impostato in modo tale da richiedere un intervento di natura ablativa che avrebbe avuto come esito quello di espungere interamente l'istituto del controllo a vista sui colloqui da parte del personale di custodia. Secondo la Corte, un intervento «puramente e semplicemente ablativo» della previsione in oggetto si sarebbe rivelato «per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo»⁹⁷: eccedente, perché la sorveglianza dei colloqui è istituto avente identità e funzioni proprie, che persegue «finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», mentre la restrizione del diritto alla sessualità rappresenterebbe solo una delle sue «conseguenze indirette» e in quanto tale «non giustificerebbe, dunque, la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui»⁹⁸; insufficiente, perché da sola non basterebbe comunque a soddisfare le esigenze affettive dei detenuti, dovendosi «necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute», la quale – come si è appurato nei precedenti

⁹⁵ Il c. 2, nella sua formulazione antecedente al d.lgs. n. 123/2018, disponeva: «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia».

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 2: la Corte ha citato uno dei propri precedenti (sent. n. 338/2011).

⁹⁷ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.

⁹⁸ *Ibidem*.

paragrafi – implicherebbe «scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore»⁹⁹. Peraltro, la Corte ritenne di dover pronunciare l'inammissibilità della questione, anche a voler leggere quel *petitum* formulato nel senso di ottenere una sentenza additiva di principio: la prospettazione d'incostituzionalità sarebbe stata comunque «espressiva di una scelta di fondo»¹⁰⁰, specie riguardo al novero dei soggetti ammessi ai colloqui riservati, così come indicati nell'ordinanza.

Pertanto, essendosi l'impostazione dell'ordinanza di remissione «tradotta in una valutazione pertinente al merito della questione di legittimità costituzionale»¹⁰¹, la Corte ritenne di arrestarsi dinanzi al limite della discrezionalità legislativa posta dall'art. 28, l. n. 87/1953.

In riferimento alla nuova censura di costituzionalità, che ha condotto alla sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione ammissibile, sia per aver soddisfatto il requisito della rilevanza, sia per la formulazione del *petitum* e tenuto conto, anche, delle innovazioni legislative nel frattempo intervenute.

Sul primo versante, alla luce della rappresentazione offerta dal Magistrato di Spoleto, come anche supportata dall'intervento dell'associazione Antigone in qualità di *amicus curiae*¹⁰², la Corte ha ritenuto «confermato che la disciplina dei permessi-premio non è allo stato idonea a risolvere il problema dell'affettività del detenuto»¹⁰³, potendo così riscontrare la rilevanza della questione, anche considerato che il detenuto reclamante non aveva comunque accesso alla disciplina premiale.

A rendere percorribile la strada di una sentenza additiva hanno contribuito, secondo la Corte, sia l'impostazione del *petitum* operata dal Magistrato di Spoleto, diversa da quella del Magistrato di Firenze, sia per le «significative innovazioni» nel frattempo intervenute che hanno delineato un «quadro normativo ben differente da quello di allora»¹⁰⁴. Le modifiche intervenute sono riferite: in primis, alla nuova articolazione dell'art. 18 ord. pen. che, a seguito del d.lgs. n. 123/2018 (art. 11, c. 1, lett. g), n. 3), è stata «arricchita di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari»¹⁰⁵ laddove si prescrive che «[i] locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto»; in secondo luogo, e con specifico riguardo ai profili soggettivi, all'art. 1, cc. 20 e 38, l. n. 76/2016, che hanno equiparato i diritti delle persone unite civilmente a quelli del coniuge in tema di colloqui penitenziari e i diritti dei conviventi a quelli del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario; ancora, con riguardo agli istituti minorili, all'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 121/2018, laddove si è predisposta una garanzia della riservatezza dei colloqui maggiore di quella prevista per i detenuti adulti, come anche rilevato dall'ordinanza di remissione sotto forma di profilo di irragionevolezza; infine, all'art. 1, c. 82, l. n. 103/2017 che ha posto come uno dei criteri direttivi della delega nell'ambito delle modifiche all'ordinamento penitenziario quello del «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio» (lett. n)): ma, per quest'ultimo

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.

¹⁰¹ Così, T. Grieco, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 gennaio 2013, par. 4.

¹⁰² Per un'analisi della figura dell'*amicus curiae*, si v. A. Vuolo, *L'amicus curiae*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1, 2022, 74 ss.

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 2.6.2.

¹⁰⁴ *Ivi*, considerato in diritto n. 2.3.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

parametro, la Corte non ha potuto che constatare il mancato seguito del legislatore delegato che, così facendo, ha «lasciato aperta la pregressa lacuna»¹⁰⁶ (v. *infra*, par. 6). Queste le ragioni differenziatrici dei due esiti, da un lato di inammissibilità e dall'altro di ammissibilità, del vaglio dei presupposti di due questioni pur vertenti su oggetto «sostanzialmente coincidente»¹⁰⁷.

Della sent. n. 301/2012, non può non riconoscersi, ad ogni modo, la valenza monitoria¹⁰⁸: come spesso fa, nel dichiarare inammissibile una questione di cui si è constatato il rilievo costituzionale, la Corte in quell'occasione rivolse un invito al legislatore ad intervenire, allo scopo di colmare la lacuna normativa e quindi di adeguare il diritto vigente alle garanzie dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciuti. Qualificando l'affettività intramuraria come «una esigenza reale e fortemente avvertita»¹⁰⁹ e constatando l'inadeguatezza del quadro normativo, un simile monito «scavalca la mera sollecitazione rivolta al legislatore affinché superi le proprie pigrizie e le proprie reticenze»¹¹⁰, poiché si spinge sino a riconoscere il diritto all'affettività intramuraria come non incompatibile con lo stato di reclusione¹¹¹. Seppur in maniera meno incisiva rispetto ad altri interventi in cui arriva a preannunciare una successiva sentenza di accoglimento spesso di carattere manipolativo, la Corte ha instaurato una interlocuzione con il legislatore, non accontentandosi, quindi, del semplice «arresto» dinanzi alla mera inammissibilità.

6. Il seguito legislativo tra tentativi approntati e occasioni mancate. Le spinte verso un ripensamento degli spazi di garanzia dell'affettività alle persone in stato di detenzione e anche all'interno delle mura carcerarie sono state accolte, come si è visto, dalla Corte costituzionale, ma provengono, altresì dal contesto europeo e internazionale e dalle esperienze comparatistiche.

Nell'esperienza comparatistica, si sono registrati numerosi avanzamenti nel riconoscimento ai detenuti del diritto ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: diffusa è l'esigenza di ricreare l'atmosfera di un ambiente quanto più possibile familiare, anche in condizioni di riservatezza, immaginando financo degli appartamenti predisposti nel verde; talvolta vengono individuate apposite occasioni di incontro con il *partner* (più spesso il coniuge), regolamentate per frequenza e durata¹¹².

Di questi progressi ha tenuto conto la Corte europea dei diritti dell'uomo: con le sentt. *Aliev c. Ucraina* (Corte EDU, 29 aprile 2003, ric. n. 41220/98) e *Dickson c. Regno Unito* (Corte EDU, 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04), la Corte ha espresso il proprio

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ivi*, considerato in diritto n. 2.1.

¹⁰⁸ Di questo avviso, si segnalano: M. Ruotolo, *Tra integrazione e maientica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 29-30; A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 20; M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., 163.

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

¹¹⁰ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 20.

¹¹¹ *Ivi*, 21, anche attraverso il richiamo a M. Ruotolo, *Tra integrazione e maientica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 30.

¹¹² Per una rassegna delle esperienze comparatistiche, si v. M. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2017, 11; in particolare, per l'esperienza francese, si v. A. Della Bella, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, paper pubblicato nell'ambito del Tavolo 14 degli Stati Generali dell'Esecuzione penale, in www.giustizia.it.

apprezzamento, pur ritenendo che dalla Convenzione non potesse discendere alcun obbligo in capo agli Stati di riconoscere il diritto alla sessualità intramuraria, ritenendo quest'ultima una scelta rimessa alle valutazioni dei legislatori nazionali. Successivamente, con le sentt. *Khoroshenko c. Russia* (Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. n. 41418/04) e *Correia de Matos c. Portogallo* (Corte EDU, 4 aprile 2018, ric. n. 56402/12), la Corte, per rendere effettivo il rispetto dell'art. 8 CEDU, ha posto in capo agli Stati contraenti *positive obligations*: le autorità statali sono comunque tenute a fornire ai detenuti una realistica opportunità di esercitare in maniera effettiva il diritto alle visite familiari¹¹³. Con la più recente sentenza *Lesław Wójcik c. Polonia* (Corte EDU, 1° luglio 2021, ric. n. 66424/09), la Corte, ribadita la propria posizione sul margine di apprezzamento degli Stati, ha ritenuto compatibile con l'art. 8 CEDU la subordinazione del beneficio delle visite coniugali alla buona condotta del detenuto. In generale, però, ritiene la Corte, ogni qual volta la legislazione intenda limitare il diritto all'affettività può farlo soltanto a condizione di aver considerato le esigenze di tutela riferite al caso concreto¹¹⁴.

Anche nel contesto dell'Unione europea, seppur soltanto attraverso lo strumento di *soft law* della raccomandazione¹¹⁵, si è espressa l'esigenza di facilitare i contatti con il mondo esterno e di «permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali» consentendo di beneficiare di «visite familiari intime per un periodo prolungato»¹¹⁶.

Nell'ordinamento italiano, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, tra disegni di legge e modifiche normative all'ordinamento penitenziario portate a compimento, vi sarebbe stata più di un'occasione per il legislatore di colmare la lacuna normativa, specie a seguito del monito espresso dalla Corte costituzionale nel 2012. Eppure, tali sollecitazioni non hanno ancora sorto gli effetti sperati di un riconoscimento espresso dell'affettività intramuraria.

Nel corso della XIII legislatura si susseguirono almeno cinque proposte di legge¹¹⁷ di iniziativa parlamentare aventi l'intento di riconoscere e regolamentare gli spazi e i tempi dell'affettività intramuraria, soffermandosi soprattutto sulle condizioni di riservatezza degli incontri. La principale ispirazione di questi primi tentativi era quella di adeguare l'ordinamento penitenziario alle indicazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti¹¹⁸. Nessuna di queste iniziative venne, però, discussa.

Una prima concreta occasione di integrare l'originaria previsione sui colloqui intramurari posta all'art. 18 ord. pen.¹¹⁹ si era creata nel contesto della predisposizione del

¹¹³ Si v. F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2023, 5.

¹¹⁴ Si v. S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., 40.

¹¹⁵ Raccomandazione del Parlamento europeo 2003/2188 (INI); Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, rinnovata nel 2020.

¹¹⁶ Si v. S. Anastasia, S. Grieco, *Una nuova quaestio sul diritto alla sessualità in carcere*, in *Giustizia Insieme*, 29 marzo 2023.

¹¹⁷ A.C. 1503 del 1996, A.C. 3331 del 1997, A.A.S. 2442 e 2530 del 1997, A.S. 3701 del 1998; per la raccolta di iniziative, si v. M. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, cit., 16, nota n. 74.

¹¹⁸ Il Comitato è stato istituito con la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 novembre 1987 e successivamente integrata da due Protocolli adottati nel 1993. Il principale scopo del Comitato è quello di monitorare i luoghi di reclusione per verificare il trattamento riservato alle persone private della libertà, allo scopo di prevenire ed impedire ogni forma di tortura e di trattamento inumano o degradante, nell'attuazione dell'art. 3 CEDU.

¹¹⁹ L'originaria formulazione dei primi due commi dell'art. 18 ord. pen. recitava: «I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone anche al fine di

regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 320/2000). In quell'occasione, attraverso una prima formulazione dell'attuale art. 61 reg. es., si prevedeva la possibilità che il detenuto venisse autorizzato dal Direttore dell'istituto ad accedere a colloqui straordinari con i propri familiari, della durata massima di 24 ore continuative, in apposite unità abitative senza controllo visivo ed auditivo del personale di custodia. Tuttavia, la proposta ricevette il parere sfavorevole del Consiglio di Stato, il quale riscontrò nella disposizione regolamentare una norma non meramente esecutiva di quella primaria: le scelte così immaginate, non avrebbero potuto essere legittimamente effettuate in sede regolamentare attuativa o esecutiva, in quanto postulavano «piuttosto l'intervento del Legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata»¹²⁰.

Di quella prima occasione (mancata) resta celebre l'audizione dell'allora direttore generale del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Alessandro Margara, dell'11 marzo del 1999 durante i lavori della II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati, tanto che molte delle successive iniziative parlamentari ne avrebbero ripreso lo spirito e le parole. Nel descrivere gli intenti di quella riforma del 2000, Margara affermava: «[...] vogliamo tenere assieme cose che possono apparire impossibili, ma non devono esserlo, cioè un carcere vivibile in cui la pena non abbia nulla di afflittivo oltre la perdita della libertà, in cui il trattamento renda il più possibile improponibile la recidiva e dia opportunità di inserimento sociale».

In questa direzione, nuove proposte furono avanzate durante le legislature XIV¹²¹ (2001-2006), XV¹²² (2006-2008) e XVI¹²³ (2008-2013), ma senza che la discussione ebbe mai inizio per ciascuna di esse.

Un approfondimento merita la proposta di legge, presentata al Senato il 24 luglio 2012 dagli Onn. Della Seta e Ferrante (A.S. 3420). Un primo elemento di rilievo consiste nella diversità del parametro legislativo individuato per l'introduzione delle innovazioni: questa volta la novità principale non passava attraverso la modifica dell'art. 18 ord. pen., bensì soprattutto attraverso l'art. 28 ord. pen., che vedeva la propria formulazione arricchita dal riconoscimento espresso del «diritto all'affettività», nonché dal riconoscimento di una visita al mese della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro, da espletare in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi. Altra circostanza degna di nota è l'occasione che diede vita a questa nuova iniziativa parlamentare: era stata sollevata questione di legittimità da parte del Magistrato di sorveglianza di Firenze e alcuni parlamentari intendevano così avanzare nuovamente l'esigenza di provvedere a colmare la lacuna in via legislativa, prim'ancora della pronuncia della Corte costituzionale (che sarebbe stata depositata nel dicembre dello stesso anno). Intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 301, occorre considerare quello che è stato il seguito legislativo in senso stretto del monito espresso in questa sentenza: nel fare ciò, non si può ignorare, però, che le successive forme di attivazione in senso riformista vennero fortemente influenzate altresì da ulteriori vicende. Nel 2013, infatti, due nuovi eventi impedivano al legislatore di rimanere del tutto inerte dinanzi all'urgenza di una riforma dell'ordinamento penitenziario: da un lato, la Corte EDU condannava l'Italia nella sent. Torreggiani, con cui veniva rilevato il carattere strutturale del problema

compiere atti giuridici» (c. 1); «I colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» (c. 2).

¹²⁰ Consiglio di Stato, parere n. 61 del 2000. Sul punto, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 4.

¹²¹ A.C. 3020 del 2002.

¹²² A.S. 63 del 2006.

¹²³ A.C. 1310 del 2008, A.C. 3810 del 2010, A.S. 3420 del 2012.

del sovraffollamento delle carceri italiane e delle condizioni in cui versavano le persone detenute, in contrasto con l'art. 3 CEDU; dall'altro, poco dopo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 279/2013 ammoniva nuovamente il legislatore affinché predisponesse le riforme necessarie al ripristino di condizioni detentive compatibili con i parametri costituzionali (in particolare gli artt. 2, 3, 27 c. 3, Cost.), anche attraverso il richiamo alla imprescindibile esigenza di tutela della dignità della persona, espressa con la sent. n. 26/1999.

In questo contesto, il principale riferimento in tema di affettività dei detenuti fu la proposta di legge presentata al Senato in data 31 luglio 2014 dall'On. Lo Giudice (A.S. 1587 del 2014), che, sebbene intervenne, appunto, per realizzare gli auspici del giudice delle leggi del 2012 – riprese sostanzialmente i contenuti di una precedente iniziativa, l'A.C. 1310 del 2008 presentato dall'On. Bernardini ed altri.

La proposta venne discussa congiuntamente ad altre concernenti modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, confluendo infine nella composita legge-delega n. 103/2017.

Parallelamente alla predisposizione della legge-delega, e in funzione strumentale ad essa, il Ministero della Giustizia istituì, nel 2015, gli «Stati generali sull'esecuzione penale», un'occasione di confronto tra esperti della materia appartenenti a diversi settori: magistrati, avvocati, professori, operatori penitenziari, ma anche membri dell'associazionismo civile. Tra i diciotto tavoli di lavoro tematici che vennero formati, si segnala il Tavolo n. 6 «Mondo degli affetti e territorializzazione della pena», coordinato dall'On. Bernardini, dai cui lavori vennero elaborate proposte di modifiche normative: *in primis*, si immaginò l'introduzione di un permesso-premio speciale, cd. permesso di affettività (da inserire in un nuovo art. 30-*quinquies* ord. pen.) che avrebbe consentito la concessione di un permesso ulteriore, della durata non superiore a dieci giorni per ciascun semestre di carcerazione «al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con il coniuge, il convivente, altro familiare o con diversa persona tra quelle indicate dall'articolo 18»; in secondo luogo, si propose l'introduzione all'art. 18 ord. pen. di un nuovo istituto, quello della «visita» (da distinguere dal «colloquio» già previsto dalla normativa) che avrebbe garantito al detenuto la possibilità di incontrarsi almeno una visita ogni due mesi con gli ammessi ai colloqui a qualsiasi titolo, ma senza controllo visivo e/o auditivo da parte del personale di sorveglianza, da svolgersi in apposite unità abitative e della durata minima di quattro ore e massima di sei, e da interrompersi soltanto in caso di gravi motivi di ordine e sicurezza.

Il recepimento nella legge-delega fu molto più circoscritto degli intenti delle suddette proposte: tra i principi e criteri direttivi individuati dalla lett. n) del c. 85 dell'art. 1, l. cit., si menzionò soltanto genericamente il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio». Successivamente, in vista dell'emanazione dei decreti legislativi delegati, vennero istituite Commissioni di studio presso il Ministero della Giustizia. Fu la «Commissione Giostra»¹²⁴ ad occuparsi degli aspetti concernenti la tutela dei diritti delle persone detenute, riprendendo i suggerimenti dei precedenti Stati generali. In particolare, per la riformulazione dell'art. 18 ord. pen., si immaginò di garantire espressamente la possibilità di accedere a «incontri intimi»¹²⁵: incontri periodici, di durata non inferiore

¹²⁴ Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso – Commissione Giostra, istituita dal Ministro della Giustizia con d.m. 19 luglio 2017.

¹²⁵ Si v. *Relazione illustrativa* della Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, proposta di modifica dell'art. 18, nuovi paragrafi 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*. Ulteriori proposte fornite

alle tre ore consecutive, senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime; i visitatori ammessi erano, non solo il coniuge, la parte dell'unione civile e il convivente, ma si includevano altresì – in continuità con le riflessioni emerse in sede di Stati generali – persone legate da continuativi rapporti affettivi desumibili anche dai colloqui e dalla corrispondenza; infine, si stabilivano con maggiore puntualità anche le ragioni ostative agli incontri, disponendo di doversi negare l'autorizzazione quando l'interessato tenga una condotta tale da far temere comportamenti prevaricatori o violenti ovvero quando sussistono elementi concreti per ritenere che la richiesta abbia finalità diversa da quella di coltivare la relazione affettiva.

L'attuazione della delega legislativa è successivamente avvenuta con plurimi decreti legislativi, i d.lgs. nn. 120-124/2018, non senza che venisse notata una certa «disarmonia sistematica»¹²⁶ nella separazione dei provvedimenti. Ad interessare il tema dell'affettività dei detenuti sono, in particolare, i d.lgs. nn. 121 e 123.

Il primo, come si è visto in precedenza (v. *supra*, par. 2), ha recepito un tipo di visita prolungata e in condizioni di riservatezza, ma lo ha fatto solo ed esclusivamente con riferimento ai minori in stato di detenzione (art. 19, d.lgs. n. 121/2018).

Tutto quel che resta delle proposte sulle garanzie dell'affettività intramuraria avanzate prima dagli Stati generali sull'esecuzione penale e poi dalla Commissione Giostra è la nuova formulazione dell'art. 18, c. 3, nella parte in cui si prescrive: «I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto implementazione garanzie art. 1 o.p.» (così come modificato dall'art. 11 c. 1, lett. g), d.lgs. n. 123/2018).

Altre due occasioni, la prima con la legge-delega e la seconda con i decreti legislativi, in cui il legislatore, dovendo già intervenire sull'ordinamento penitenziario, avrebbe potuto dare seguito al monito espresso dalla Corte costituzionale.

Quanto sinora emerso rende evidente che le preoccupazioni per il seguito delle sentenze della Corte costituzionale non riguardano unicamente i casi di inerzia «assoluta» degli organi legislativi e *in primis* dei titolari dell'iniziativa, ossia quelle situazioni in cui le pronunce e i moniti della Corte costituzionale lasciano indifferenti tali soggetti, senza che si manifesti alcuna forma di attivazione: ciò raramente accade. I soggetti politici dimostrano di essere ben a conoscenza delle risultanze provenienti dalla Corte costituzionale, ed anzi, vi fanno riferimento, non sempre coerentemente, talvolta allo scopo di avvalorare le proprie «battaglie» politiche, talaltra allo scopo di riaprire l'accesso e antico dibattito sullo sconfinamento politico del giudice delle leggi.

Molto più frequenti sono i casi in cui si verifica una qualche forma di attivazione politica, spesso sotto forma di iniziativa parlamentare, anche dietro la non indifferente spinta proveniente dall'opinione pubblica; ebbene, specie quando le questioni sono spinose, cariche di implicazioni morali e talvolta di veri e propri «pre-giudizi» o «automatismi culturali»¹²⁷, l'iniziativa spesso viene anche esercitata, ma è destinata a restare, con ogni probabilità, lettera morta.

La fitta serie di proposte di modifiche normative su riconoscimento e regolamentazione dell'affettività dei detenuti, nonché la qualità delle occasioni di studio e la scrupolosità con cui si è tentato di dare voce ad un diritto inviolabile della persona, anche in stato di detenzione, disvelano, perciò, l'atteggiamento «silente», ma «indiscutibilmente

dalla Commissione Giostra, di interesse in questa sede, riguardarono altresì gli artt. 5 e 28 ord. pen. e 37-bis reg. es.

¹²⁶ Così, C. Florio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Processo penale e giustizia*, 3, 2019, 1, nota n. 3.

¹²⁷ Così, M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., 158.

consapevole»¹²⁸ del legislatore.

7. Tecniche decisorie e soluzioni di merito: è la Corte che sceglie. Si consolida la tendenza a relativizzare la discrezionalità legislativa? Stando così le cose, tale silenzio non è solo ed esclusivamente frutto della mancanza di meccanismi di raccordo istituzionale¹²⁹ tra Corte costituzionale e legislatore, quanto piuttosto è imputabile alla consapevole responsabilità degli organi politici.

Del resto, la Corte costituzionale aveva già riconosciuto «in prima battuta», con sent. n. 301/2012, il diritto all'affettività (*rectius*: sessualità) come non incompatibile con lo stato di reclusione¹³⁰. Allo stesso tempo, però, essa assunse in quella sede un atteggiamento di *self-restraint* rispettoso della discrezionalità del legislatore laddove se ne ravvisavano evidenti profili connessi alle scelte da effettuare sul piano del *quomodo*. Le ragioni che indussero la Corte a dichiarare l'inammissibilità della questione consentono, quindi, di includere quella sentenza tra le pronunce di cd. di costituzionalità provvisoria o di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, sebbene non sia di secondario rilievo l'utilizzo di un linguaggio meno eloquente e incisivo rispetto ad altri casi dello stesso tipo in cui la Corte, oltre ad esplicitare i parametri violati, si è spinta sino a formulare dei veri e propri avvertimenti di un futuro intervento additivo.

Decorso un lungo periodo di tempo da quel precedente, dinanzi alle molteplici occasioni mancate da parte del legislatore, in dottrina¹³¹ si proponeva l'adozione di una sentenza additiva di principio, che appariva soluzione auspicabile per il ripristino della legalità costituzionale.

Senonché, anche all'esito delle considerazioni emerse nel corso dell'udienza pubblica¹³² sulla mancata previsione di spazi adibiti ai colloqui riservati tra gli interventi strutturali sugli edifici detentivi già previsti dal PNRR¹³³ e non più modificabili, alcuni¹³⁴ hanno

¹²⁸ S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 4.

¹²⁹ Le disposizioni normative che regolano il raccordo tra i due organi costituzionali sono poche e scarsamente incisive: a livello costituzionale, il c. 1, art. 136 Cost. si limita a fare riferimento alle sole sentenze di accoglimento mero, menzionando l'effetto della «cessazione dell'efficacia» come conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale; con il c. 2 dello stesso articolo, così come con il c. 2, art. 30, l. 87/1953, si dispone poi la comunicazione della decisione alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali. Stando alle disposizioni richiamate, gli organi legislativi procedono a «valutare in piena libertà l'esigenza di intervenire per colmare il vuoto creatosi nell'ordinamento» a seguito di una pronuncia di accoglimento; si v. P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 126-127.

¹³⁰ V. *supra*, nota n. 111.

¹³¹ Di questo avviso, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 43. Si noti che l'A. aveva immaginato una formulazione della questione di legittimità per certi aspetti differente da quella poi adottata dal Magistrato di Spoleto, articolando una proposta in questi termini: «andrà chiesto alla Corte che accerti l'incostituzionalità della disciplina penitenziaria nella parte in cui non consente alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale modalità di incontri prolungati e riservati, sottratti al controllo a vista del personale di custodia, al fine di tutelare il diritto all'intimità affettiva e sessuale del detenuto e dell'internato». Favorevole ad un intervento della Corte costituzionale, altresì S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., 45.

¹³² Tenutasi, presso il Palazzo della Consulta, il 5 dicembre 2023.

¹³³ Si v. il Piano Nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), approvato con d.l. n. 59/2021; in particolare, si v. la lett. G.1.1. del PNC.

¹³⁴ Si v. E. Santoro, *Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità prospettata"? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, cit., 1132 ss. Due le perplessità avanzate dall'A.: da un lato, si è detto, le deficienze strutturali degli edifici detentivi potrebbero essere risolte soltanto da una predisposizione di spesa da parte del legislatore, a cui si aggiunge – però – l'ulteriore difficoltà di

dubitato della praticabilità di una simile tecnica additiva, proponendo, invece, l'utilizzo del nuovo modello di «doppia pronuncia» recentemente plasmato dalla Corte e inaugurato a partire dal cd. caso Cappato.

Questa nuova tecnica decisoria in due tempi, utilizzata, a partire dall'ord. n. 207/2018 e in altri due casi¹³⁵, si colloca proprio nell'ambito di quegli strumenti di cui la Corte si è autonomamente dotata nella sua opera di co-creazione delle regole del processo costituzionale, allo scopo di impedire prevedibili forme di inerzia da parte degli organi legislativi.

In questi casi, prospettata l'incostituzionalità della normativa oggetto della questione sollevata, la Corte non si arresta ad una dichiarazione di inammissibilità di carattere monitorio: sebbene questa sia la reazione più rispettosa dell'art. 28, l. n. 87/1953, lascia in vita norme incostituzionali o scoperte situazioni soggettive prive di riconoscimento, nell'attesa dei tempi necessari affinché sia sollevata una nuova questione di legittimità. Pertanto, la Corte ha immaginato di utilizzare lo strumento del rinvio dell'udienza (non già per ragioni processuali, bensì) per «ragioni di merito»¹³⁶ a una data futura e certa (normalmente, a distanza di circa un anno). Nel frattempo, il giudizio *a quo* resta sospeso, impedendo l'applicazione delle norme prospettate incostituzionali; inoltre, il legislatore viene chiamato a porre rimedio al *vulnus* o a colmare la lacuna normativa, dietro il preciso avvertimento che, alla data fissata, il persistente silenzio legislativo non potrà che essere compensato dalla Corte stessa attraverso una pronuncia di natura additiva: è questo il secondo tempo della tecnica processuale.

Probabilmente, in assenza del precedente del 2012, questo meccanismo si sarebbe rivelato utile per la Corte costituzionale anche in un caso come quello dell'affettività intramuraria.

Non si può ignorare, però, che l'utilizzo di questo strumento non è comunque né sufficiente a superare l'esigenza di una «leale e dialettica collaborazione istituzionale»¹³⁷ tra i due poteri, né idoneo a reprimere la forza creativa dimostrata dalla Corte costituzionale, tanto sul versante processuale, quanto su quello sostanziale: è anzi proprio l'ennesima riprova del fatto che un arretramento della Corte nello svolgimento di quei ruoli – che ha «assunto» ma che non le appartengono – può passare soltanto attraverso un recupero delle proprie potestà da parte del legislatore.

Infatti, in riferimento al profilo processuale, la sperimentazione di una nuova tecnica decisoria è il frutto della «consapevole[-zza] della insufficienza degli strumenti dei quali [la Corte] dispone, dei quali peraltro la stessa si è in larga misura dotata»¹³⁸ per indurre il legislatore ad intervenire o per sopperirne le omissioni; per cui «si trova dunque costretta dagli eventi a forgiarne a getto continuo di nuovi»¹³⁹.

Quanto al profilo sostanziale, si è reso evidente come il pericolo di intromissione nella sfera di discrezionalità del legislatore non sia scongiurabile nemmeno attraverso questo

coordinamento con gli interventi già predisposti nell'ambito del PNRR, non più modificabili tramite l'aggiunta di questa ulteriore esigenza non prevista in fase di progettazione; dall'altro, l'additiva di principio veniva ritenuta altresì insufficiente per la stessa amministrazione penitenziaria che, in mancanza di una fissazione normativa di modalità e termini di esercizio del diritto, sarebbe costretta a rigettare le richieste provenienti dai detenuti.

¹³⁵ V. *supra*, nota n. 20.

¹³⁶ Così, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 4 e 12.

¹³⁷ Corte cost., ord. n. 207/2018, considerato in diritto n. 11.

¹³⁸ Così, A. Ruggeri, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6, 2019, 1.

¹³⁹ *Ibidem*.

nuovo modulo in due tempi: infatti, già l'ordinanza di rinvio tende a sfociare in considerazioni di merito puntuali e dettagliate che ne tradiscono il *vestimentum*¹⁴⁰, tanto da poter essere qualificata come «delega... 'giurisprudenziale' forse ancora più somigliante al modello delineato nell'art. 76 della Costituzione di quanto non siano molte delle leggi varate dalle Camere»¹⁴¹; inoltre, laddove il legislatore decida di permanere inerte, noncurante del termine fissato dalla Corte, la scelta additiva resta, di fatto, l'unica strada per far cessare un *vulnus* incostituzionale. A quel punto, però, la stessa mancanza di riferimenti normativi a «rime obbligate», che avevano impedito alla Corte di pronunciarsi in senso additivo in prima battuta, si traduce nell'inevitabilità di un loro superamento: allora, la discrezionalità del legislatore da limite assoluto si trasforma in «limite 'relativo' [...] superabile ove non vi sia stato 'seguito' all'invito ad esercitarla in concreto»¹⁴².

Che questa tipologia di doppia pronuncia non sia stata replicata nel caso sul diritto all'affettività dei detenuti, allora, non stupisce più di tanto: stante la consapevolezza dell'inevitabilità dell'esito finale di una pronuncia di natura additiva, sarebbe stato probabilmente un ulteriore dispendio di tempo offrire un termine al legislatore per intervenire¹⁴³; anzi, proprio la circostanza che, nel lungo periodo già intercorso, il legislatore abbia avuto numerose e concrete possibilità di recepire il monito già pronunciato dalla Corte e consapevolmente non lo abbia fatto, ha consentito di considerare il momento opportuno per ristabilire la legalità costituzionale e offrire finalmente effettività al diritto già riconosciuto.

Certo, una tale consapevolezza non vale a rendere le dinamiche di funzionamento dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore meno disfunzionali.

È evidente che siamo dinanzi ad una Corte che, nella «coscienza della propria solitudine»¹⁴⁴, «sceglie»: viene lasciata a scegliere e decide di scegliere.

Sceglie la tecnica decisoria da adottare, tra l'incredibile «panoplia di 'tipologia di decisioni' da lei create»¹⁴⁵: è proprio questa ricchezza che consente agli osservatori di fare previsioni e commenti circa l'opportunità o meno di una tecnica piuttosto che di un'altra; così come consente alla Corte stessa di non ritenersi vincolata e, cioè, «di non essere sempre rigorosamente coerente con sé stessa», anche alla luce dell'«intreccio fra tecniche processuali e valutazioni di merito [che], alla fine, appare inscindibile»¹⁴⁶.

Sceglie la soluzione di merito con cui rimuovere dall'ordinamento i profili di incostituzionalità; questo lo fa anche negli spazi di discrezionalità del legislatore, prendendo posizione nel ventaglio delle possibili soluzioni, senza che – ormai – sia necessariamente rispettato il limite delle «rime obbligate»; inoltre, si spinge sino ad offrire

¹⁴⁰ Si è parlato perciò di provvedimento «bifronte» da parte di C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 3; di «ibrido» e «ircocervo» da parte di A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3, 2018, 571; ma si v. C. Panzera, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1, note nn. 1 e 2 per una raccolta di diciture provenienti dalla dottrina.

¹⁴¹ Così, A. Ruggeri, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, cit., 1.

¹⁴² Così, M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 650.

¹⁴³ In tal senso, cfr. P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, cit., 23.

¹⁴⁴ Espressione di P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 137.

¹⁴⁵ Così, A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 11.

¹⁴⁶ *Ivi*, 12.

coordinate su come il legislatore dovrà operare non appena deciderà di riscattare il proprio ruolo, tramite pronunce che, per il grado di precisione, sono dette «delega» o di «indirizzo»¹⁴⁷.

Nell'esercitare queste scelte, la Corte opera un «particolare bilanciamento»¹⁴⁸ tra la necessità di rispettare scrupolosamente la discrezionalità legislativa e l'esigenza di porre rimedio ad un *vulnus* costituzionale, facendo prevalere la seconda esigenza sulla prima, almeno fino a quando il legislatore non avrà detto la sua. Ciò è reso evidente, nel caso in esame, anche da un peculiare passaggio della sentenza: «Resta ovviamente salva» – si è detto – «la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia»¹⁴⁹. Una puntualizzazione quantomeno evocativa: se da un lato sembrerebbe che la Corte intendesse, in tal modo, «rassicurare» il legislatore sulla natura «pacifica» delle proprie intenzioni; dall'altro, il fatto che avvertisse l'esigenza di esplicitare la separazione dei ruoli è rivelatrice, al contrario, proprio delle indebite sovrapposizioni di ruolo che di fatto si sono verificate.

Il fatto che la discrezionalità legislativa entri in una particolare forma di bilanciamento, così come accaduto anche per le stesse norme sul funzionamento della Corte costituzionale¹⁵⁰, è il sintomo di uno stato di salute alterato, disfunzionale, che sta vivendo la forma di governo.

Il Parlamento si rivela incapace di rivendicare i propri ruoli e talvolta lascia, consapevolmente, che le proprie mancanze siano compensate in altre sedi. Tale circostanza, oltretutto, induce a riflettere sul più ampio stato di crisi che sta vivendo la funzione legislativa, data dalle progressive compressioni della centralità delle Camere e

¹⁴⁷ Si tratta di quelle sentenze monitorie che, per il grado di specificità assunto dalle indicazioni in esse contenute, sono state dalla dottrina accostate al meccanismo della delega legislativa *ex art. 76 Cost.*: «La Corte Costituzionale, non solo ha dichiarato illegittime le leggi esistenti, ma ha indicato i principi e criteri direttivi ai quali il parlamento (ridotto quasi al ruolo di legislatore delegato) doveva attenersi» (così, A. Predieri, *Parlamento 1975*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, 67). In questi casi, l'invito al legislatore ad intervenire per colmare un vuoto incostituzionale è arricchito dalla fissazione di «condizioni minime di conformità a Costituzione» della futura disciplina: i «criteri direttivi *de lege ferenda*» contenuti nei moniti diventano decisamente più stringenti, assumendo un significato sempre più spesso «limitativo» e non più solo «facoltizzante» (così, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 1700). Il caso più noto, che per primo diede vita a queste elaborazioni dottrinali, è costituito dalla sent. n. 225/1974 in tema di riforma dei servizi radiotelevisivi: «Una delega, in questo caso, più costringente di quella prevista dall'art. 76 della Costituzione, poiché in quest'ultima è problematica l'efficacia vincolante circa l'*an* del provvedere, mentre nel caso menzionato la previa dichiarazione d'incostituzionalità della legge precedente rendeva politicamente indispensabile l'intervento legislativo. In tal caso, il monito era, per così dire, assoluto: *si deve legiferare e in questo modo*» (così, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 253). A tal proposito, si è utilizzata, in dottrina, anche la dicitura di «sentenza-comandamento» o di «comandamenti» (si v. *ibidem*).

Sul punto cfr. altresì M. C. Grisolia, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

¹⁴⁸ Così, P. Veronesi, «Ogni promessa è debito»: la sentenza costituzionale sul 'caso Cappato', in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2019.

¹⁴⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

¹⁵⁰ Nella recente giurisprudenza costituzionale, non è la sola discrezionalità ad essere entrata in operazioni di bilanciamento: così anche le norme sul funzionamento della Corte costituzionale, come il requisito della rilevanza e l'efficacia delle sentenze di accoglimento. Si v. *infra*, nota n. 155.

dalla crisi del sistema dei partiti¹⁵¹, dall'altrettanto difficile rapporto con la forza espansiva del Governo¹⁵² e dal fenomeno del cd. monocameralismo di fatto¹⁵³.

La Corte costituzionale assume, dal canto suo, consapevolmente, ruoli che non le appartengono, manifestando, in maniera sempre più incisiva, la propria intrinseca politicità, arrivando a mutare i principi e le regole del sistema di giustizia costituzionale, forzandone il modello incidentale¹⁵⁴, superando il requisito della rilevanza e modulando gli effetti temporali dell'accoglimento¹⁵⁵. Autorevole dottrina ha parlato, infatti, di un «eccesso di ruolo»¹⁵⁶ della Corte, la quale, giungendo sino a sindacare la legge elettorale – che «si colloca nel cuore della decisione politica sulla forma di governo»¹⁵⁷ in quanto elemento costitutivo – «entra nella struttura» di questa, sotto forma di «formante

¹⁵¹ Sul punto, si v. S. Staiano, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, cit., VI ss.

¹⁵² *Ivi*, VII ss.

¹⁵³ Si v. I. Massa Pinto, *Il “monocameralismo di fatto” e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2022.

¹⁵⁴ Con le sentt. n. 1/2014 e 35/2017, com'è noto, la Corte si è addentrata nel sindacato della legge elettorale, pur dovendo forzare le modalità di accesso al giudizio di legittimità secondo il modello di giustizia costituzionale di tipo incidentale. In particolare, secondo giurisprudenza costituzionale consolidata, anche nel caso della proposizione di una domanda di accertamento mero, la Corte è tenuta ad accertare i requisiti della diversità dei *petita* e dell'autonomo svolgimento dei giudizi (quello *a quo* e quello di legittimità): nel caso della legge elettorale, la Corte li ha ritenuti sussistenti, pur non emergendo questi con chiarezza dal percorso logico-argomentativo seguito. L'altra fondamentale giustificazione utilizzata dalla Corte al fine di ammettere la sindacabilità della legge elettorale è legata all'esigenza di impedire che nell'ordinamento si sedimentino «zone franche» sottratte al controllo di legittimità costituzionale. Per un approfondimento sul punto, si v. S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, cit.; per una classificazione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, si v. G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2959 ss. Su legge elettorale, sindacato di costituzionalità e forma di governo, si v. altresì S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; sul punto, anche in ottica comparatistica, si v. G. Ferraiuolo, *Regole elettorali, frammentazione partitica, instabilità. Affinità e distanze tra sistemi*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 1, 2020.

¹⁵⁵ Con la sent. n. 10/2015 (cd. caso *Robin Hood Tax*), la Corte, richiamandosi ancora una volta all'esigenza di far fronte all'impatto ordinamentale delle proprie pronunce, ha modulato l'efficacia temporale della sentenza di accoglimento, disponendone l'efficacia esclusivamente *pro futuro*, a partire dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Così facendo, non solo ha esercitato un potere non attribuitole dalle norme sul suo funzionamento, ma ha anche impedito l'operatività del requisito della rilevanza della questione pregiudiziale (*ex art. 23, l. n. 87/1953*), imponendo la non applicabilità della sentenza ai fini della definizione del giudizio da cui è sorta la questione. Per un approfondimento, si v. A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; F. Gallarati, *La Robin Hood Tax e l'incostituzionalità d'ora in poi: spunti di riflessione a margine della sentenza n. 10/2015*, in *Federalismi.it*, 19, 2015; R. Romboli, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2016; in riferimento al tema del «costo» delle sentenze della Corte costituzionale in termini di conseguenze finanziarie, si v. M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2, 2017; Id., *La quantificazione del costo delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2019.

Successivamente, con la sent. n. 41/2021, la Corte si è spinta ancora oltre, disponendo l'efficacia della sentenza a partire da un *dies a quo* futuro e certo (precisamente fissato nel 31 ottobre 2025). Sul punto, si v. A. Ruggeri, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento tra bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)”*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2021; si v. anche N. Fiano, *Una frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2021.

¹⁵⁶ Così, S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti. Relazione introduttiva*, cit., 22.

¹⁵⁷ Id., *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, cit., 4.

giurisprudenziale»¹⁵⁸.

In questo contesto di crisi, responsabilità e contrappesi, occorre domandarsi quale sia l'ampiezza della responsabilità di ciascuno dei due organi. La dottrina, anche alla luce delle più recenti vicende, non si presenta unanime. Alcuni tentano ancora di giustificare le forme di supplenza della Corte costituzionale affermando che il «grande ammalato»¹⁵⁹ sia il legislatore, il quale «non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l'ha costretta a farlo, non fornendo ad essa strumenti utili per lavorare adeguatamente»¹⁶⁰. Altri, invece, riconoscono pesanti responsabilità in capo al giudice delle leggi, giungendo a parlare di «sconfinamenti» della giustizia costituzionale che si traducono in una forma di «suprematismo giudiziario»¹⁶¹, o anche ritenendo che la Corte si sia spinta sino ad esercitare «un autentico potere costituente permanente, da se medesimo abilitato a disporre a piacimento, secondo occasionali convenienze» e che così facendo abbia «riplasmato l'essenza della Costituzione»¹⁶².

La sent. n. 10/2024, come si è avuto modo di appurare, rappresenta un'occasione di verifica del consolidamento di una giurisprudenza costituzionale creativa su più versanti, che è disposta anche a sacrificare, in una certa misura, la discrezionalità del legislatore. L'immagine è quella di una Corte che, ad atteggiamenti di *self-restraint* fa seguire, quando l'interlocuzione istituzionale non va a buon fine, reazioni di spessore anche accentuatamente politico¹⁶³. Infatti, si è visto come la sentenza in esame contenga scelte che si inseriscono nel ventaglio delle soluzioni possibili, senza ancoraggio alle «rime obbligate», in riferimento al novero dei soggetti «visitatori» ammessi al colloquio riservato. Si è visto, altresì, come siano state affrontate puntualmente le condizioni di cui le autorità competenti dovranno tenere conto nell'autorizzare e predisporre i colloqui riservati: la Corte, annunciando di voler considerare l'impatto della propria pronuncia, si è dilungata predisponendo una sorta di «schema» legislativo che segue punto per punto la costruzione dell'istituto, tanto da consentire ad alcuni di qualificare la sentenza come «paralegislativa»¹⁶⁴.

Pertanto, è da ritenere che, alla luce del dispositivo additivo da leggere «nei termini di

¹⁵⁸ Id., *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, cit., XI.

¹⁵⁹ Così, M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 1, 2020, 72.

¹⁶⁰ Così, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 4.

¹⁶¹ Così, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 251. L'A., alla nota n. 1, definisce il «suprematismo giudiziario» come «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare «realtà» o «forme» nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica».

¹⁶² Così, A. Ruggeri, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo «bilanciamento tra bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)»*, cit.

¹⁶³ Per uno studio sull'attuale stato dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore, si v. P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023. In particolare (34), l'A., dinanzi ai più recenti atteggiamenti del giudice delle leggi, esprime l'esigenza di comprendere «al netto delle inevitabili oscillazioni connaturate all'esercizio della giurisdizione, le ragioni della coerente compresenza delle diverse soluzioni a disposizione del giudice costituzionale»; rispetto all'alternarsi di decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa, di decisioni di accoglimento immediato pur in assenza di soluzioni obbligate, e di pronunzie di rinvio a data fissa, si pone «una domanda di sistemazione del panorama delle varie soluzioni fruibili».

¹⁶⁴ Così, V. Valenti, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, cit., 362.

cui in motivazione»¹⁶⁵, la pronuncia in esame non si sia limitata ad enunciare principi a cui dovranno ispirarsi amministrazione penitenziaria e giudici al fine di individuare la regola da applicare al caso concreto: essa stessa ha determinato regole idonee a colmare direttamente la lacuna normativa e ad essere immediatamente applicate dagli organi competenti¹⁶⁶ in maniera non troppo difforme da come farebbe un testo legislativo. Riconosciuta l'essenza della pronuncia in commento e senza ignorare i limiti e la relatività delle classificazioni, sembrerebbe più coerente qualificarla come sentenza additiva semplice oltre che, comunque, a carattere «normativo»¹⁶⁷.

Molteplici sono, insomma, le perplessità che connotano la sentenza in commento. Non si può negare, però, che un intervento della Corte si fosse reso ormai necessario, per scongiurare la «castrazione di un diritto»¹⁶⁸ già riconosciuto.

In conclusione, gli «scostamenti» che si sono verificati nel funzionamento della Corte costituzionale sono certamente significativi, soprattutto considerata l'esperienza recente. Sembra ragionevole ritenere, comunque, che gli eccessi manifestati sarebbero destinati a rientrare non appena il legislatore si mettesse nella posizione di riappropriarsi dei propri poteri e dei propri confini in maniera avveduta: è ciò che sicuramente si è reso necessario, in questo processo dialettico.

Tutt'altro scenario sarebbe, invece, quello in cui la Corte, anche dinanzi al rinvigorismento degli organi legislativi, volesse persistere nella sua tendenza creativa, che a quel punto sarebbe una tendenza «appropriatrice», e più che di compensazione si tratterebbe di esautoramento.

Abstract. Il contributo esamina la tecnica decisoria adoperata e le soluzioni di merito adottate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 10/2024, collocando la pronuncia nell'ambito degli strumenti di cui il giudice delle leggi si è dotato per far fronte all'inerzia del legislatore. Oggetto della pronuncia è il «diritto all'affettività» dei detenuti, ossia il diritto di intrattenere colloqui intramurari privati, non sottoposti a sorveglianza visiva. Si tratta di un diritto negato dalla normativa vigente, nonostante il monito costituito dalla sent. n. 301/2012 e dalle numerose occasioni avute nel frattempo dal legislatore. Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale non solo ne ha riconosciuto il fondamento costituzionale, ma ha anche puntualmente fissato le modalità con cui dovrà essere garantito e i limiti entro cui dovrà essere rispettato: attraverso uno stringente intervento additivo, ha dettato essa stessa «regole» idonee a trovare immediata applicazione da parte degli organi giudiziari ed amministrativi.

Abstract. The contribution examines the decisional technique employed and the substantive solutions adopted by the Constitutional Court in sentence no. 10/2024, placing the pronouncement in the context of the procedures created by the Court in order to deal with the inertia of the legislator. The subject of the judgement is the «right to affectivity» of prisoners, i.e., the right to hold private visits without any supervision. This right is denied by current legislation, despite the warning expressed by sentence no. 301/2012 and the numerous opportunities the legislator has had in the meantime. With the pronouncement examined, not only has the Constitutional Court recognized the constitutional basis of the right, but also it has punctually established both its guarantees

¹⁶⁵ Corte cost., sent. n. 10/2024, p.q.m.

¹⁶⁶ Fatte salve le innegabili difficoltà strutturali e organizzative, su cui v. *supra*, par. 4.

¹⁶⁷ V. *supra*, nota. n. 13.

¹⁶⁸ Espressione di A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit.

and its limits: through a stringent additive sentence, the Court itself has dictated «rules» suitable for immediate application by judicial and administrative authorities.

Parole chiave. Affettività – diritti dei detenuti – Corte costituzionale – inerzia legislativa – sentenza additiva.

Key words. Affectivity – prisoners’ rights – Constitutional Court – legislative inactivity – additive sentence.

LA RICORRENTE PROSPETTIVA DI RIFORMA DELLA COSTITUZIONE*

di Orlando Roselli**

1. Quando il prof. Maurizio Malo mi ha telefonato, per dirmi della Sua graditissima intenzione di presentare il volumetto edito da Passigli Editori su *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, insieme ad altro libro edito dalla stessa Casa editrice con le proposte di ASTRID in tema di riforma della forma di governo, ho pensato che tra noi c'è una qualche forma di telepatia.

La mia scelta di pubblicare con la Passigli Editori non è stata una scelta casuale. L'editore è uno scienziato della politica ben consapevole della complessità che lega dinamiche sociali e fattuali, conformazione del sistema politico ed assetti costituzionali e con la scelta dell'editore volevo mettere in rilievo che le mie considerazioni muovevano proprio da tale complessità. Anche la proposta di riforma costituzionale di 34 costituzionalisti e politologi, alla quale in modo significativo ha contribuito il prof. Stefano Passigli, muove dalla necessaria consapevolezza di una tale complessità.

Così questo incontro, offerto dalla sensibilità del prof. Malo, rappresenta per me un'occasione importantissima di confronto. Per certi aspetti la possibilità di andare oltre a considerazioni (dalle quali peraltro necessariamente muoverò) che mi hanno impegnato in questi mesi.

Una precisazione: nel mio libricino si parla solo in modo incidentale dei progetti di riforma costituzionale.

Il libro ha finito di essere stampato nel novembre del 2023, ma è stato finito di scrivere tra fine febbraio/primi di marzo di tale anno, quindi quando i progetti di riforma costituzionale di cui ora si discute erano a livello embrionale.

Ma la ragione della scelta di non concentrare l'attenzione sul merito dei progetti non risiede in questo, ma da una valutazione che mi rende, nel contesto del dibattito sulle riforme costituzionali, un irregolare.

Muovo infatti dalla convinzione che di alcune grandi riforme il Paese abbia bisogno, ma che la strada necessaria per pervenire ad esse imponga «preventivamente» l'elaborazione di una strategia riformatrice condivisa.

Altrimenti, il rischio è una coazione a ripetere pluridecennali contrapposizioni e tentativi infruttuosi. Rischio che si va, con il passare del tempo, ancora una volta manifestando.

Il porre il problema della necessaria elaborazione di una comune strategia riformatrice prima o poi dovrà farsi strada. Tanto più ci allontaniamo da una tale prospettiva, tanto più emergerà una tale necessità.

Sia ben chiaro: la prospettiva della ricerca di una strategia riformatrice condivisa non poggia su labili buone intenzioni: si avvale di tre «leve di Archimede»: la prima, il Paese

* Si tratta della relazione, di cui mantengo il tono colloquiale, tenuta nell'ambito dell'incontro su *La ricorrente prospettiva di riforma della Costituzione* del 16 maggio 2024, promosso nell'ambito delle iniziative per il Centenario della istituzione di Scienze Politiche nell'Università di Padova.

L'incontro è stato ideato dal prof. Maurizio Malo, a partire dalla contemporanea presentazione di due volumi: quello del Gruppo ASTRID, coordinato da S. Passigli ed altri, *Costituzione quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Firenze, 2024 e quello di cui sono autore, O. Roselli, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, Firenze, 2023.

** Già Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Firenze.

non può continuare a lungo nell'eludere le inadeguatezze, aporie e contraddizioni del nostro sistema politico-istituzionale; la seconda, è interesse delle opposizioni il confronto, altrimenti non avranno voce in capitolo; la terza, è nell'interesse della maggioranza pervenire ad una condivisione, pena il rischio di vedersi fermare dall'esito non confermativo del referendum di cui all'art. 138 Cost., ritornando, come nel gioco dell'oca, al punto di partenza (ed è una casella di decenni fa) e pagare così un prezzo politico altissimo (l'eventuale rigetto referendario avverrebbe temporalmente vicino alla fine della legislatura).

2. Il porsi il problema preliminare di un'impostazione capace di elaborare una strategia riformatrice condivisa in tema di riforme costituzionali «comporta scelte metodologiche chiare», riassumibili in cinque pilastri: il primo, muovere dall'analisi disincantata delle ragioni strutturali che rendono inadeguato il sistema politico-istituzionale, di fronte alle metamorfosi sociali e fattuali che attraversano le società contemporanee; il secondo, procedere a partire non da modelli predefiniti ma dai problemi irrisolti; il terzo, distinguere con chiarezza i profili attinenti alla costituzionalità/incostituzionalità da quelli attinenti al merito; il quarto, avere ben chiare non solo le potenzialità dello strumentario giuridico, ma anche dei suoi limiti, ché, e mi sento di dire fortunatamente, la riforma del sistema politico-istituzionale non può derivare da mere logiche d'imperio normativo, di ingegneria costituzionale, «ma da un percorso molto più complesso di ricostruzione del rapporto tra la società e le sue istituzioni»; il quinto pilastro, operare per favorire un mutamento di clima politico che predisponga non allo sventolio di bandiere ed all'erigere barricate, ma a favorire una corsia preferenziale per alcune grandi riforme di struttura su cui è possibile pervenire a condivisione perché a «basso tasso di conflittualità politica».

3. Muovo da quest'ultimo profilo.

Partendo da una duplice considerazione: da un lato, e su questo ha scritto pagine convincenti Enzo Cheli, la forma di governo parlamentare razionalizzata ha dato un rendimento positivo, un contributo fondamentale allo sviluppo democratico del Paese. Ma, dall'altro, non possiamo esimerci dal constatare che la progressiva perdita di centralità del Parlamento data da molto tempo. Precede la stessa Commissione Bozzi del 1983: della crisi della centralità del Parlamento la dottrina costituzionalistica più avvertita ne inizia a parlare all'inizio degli anni '60 come fenomeno che interessa non solo il nostro Paese. Si tratta di un processo che si è andato accentuando nei decenni, sia pur conoscendo alti e bassi.

Dal punto di vista istituzionale l'indebolimento della centralità del Parlamento si è manifestato e si manifesta con un uso improprio della decretazione d'urgenza (che la sentenza della Corte costituzionale 360/1996 ha solo parzialmente contenuto); l'atrofia dei principi e criteri direttivi contenuti nelle leggi delega; l'uso dei regolamenti parlamentari per contenere e non valorizzare il confronto politico; la frequente apposizione della fiducia su proposte di legge; l'approvazione delle leggi di bilancio da anni adottate con procedure formalmente costituzionali ma materialmente incostituzionali, ché è incontestabile che in alcuni passaggi della procedura (come quello relativo all'approvazione del maxiemendamento) ai Parlamentari non è dato il tempo di averne ragionevole cognizione.

La stessa rielezione, non ricercata, dei Presidenti Napolitano e Mattarella è costituzionalmente legittima, ma disarmonica rispetto all'impianto costituzionale.

Il permanere di queste contraddizioni ed aporie porta al paradosso di una forma di

governo «parlamentare» in cui viene meno la propria ragion d'essere: la centralità del Parlamento e questo si verifica a «prescindere» dal colore politico dei Governi: di centrodestra, centrosinistra o c.d. governi tecnici.

La riprova che siamo in presenza di difficoltà «sistemiche» nel funzionamento della forma di governo.

Porsi il problema di un rafforzamento di efficienza e recupero di prestigio del Parlamento (e più complessivamente dell'incisività dei meccanismi di decisione politica) si rende dunque ineludibile, perché il progressivo accentuarsi delle «patologie» istituzionali, oltre un certo limite, potrebbe produrre diverse contrapposte concezioni di legittimazione costituzionale dei processi di indirizzo politico.

Una strategia, a tal fine, potrebbe essere rappresentata dal superamento dell'attuale bicameralismo indifferenziato: una vera contraddizione in termini. Il bicameralismo si giustifica se vi è necessità di far convivere due diversi processi di rappresentanza politica (o, comunque, di differenziazione delle funzioni) non la loro mera duplicazione.

Il superamento di una tale aporia istituzionale incontra dunque due possibilità: o la differenziazione, per composizione e/o per competenze, tra i due rami del Parlamento, ovvero la previsione di un Parlamento monocamerale.

Ho espresso la mia preferenza per la seconda opzione, mentre nel progetto di ASTRID si propende per la prima con la previsione dell'estensione delle funzioni del Parlamento in seduta comune e la realizzazione di quello che viene definito «un bicameralismo procedurale»¹.

La mia preferenza per il monocameralismo muove dalla considerazione che un sistema bicamerale si giustifica solo se la distinzione di composizione e/o di funzioni delle Camere corrisponde ad esigenze di funzionamento del sistema politico-istituzionale e «non produca problemi e conflittualità indotte dalle stesse differenziazioni».

La proposta di un «bicameralismo procedurale» contenuta nel progetto di ASTRID mi sembra non sia esente da una complessità che potrebbe essere produttrice di conflittualità, sotto più di un profilo (non posso qui entrare nel dettaglio), mi limito solo a constatare che, significativamente, nel progetto si sente la necessità di prevedere «una 'Commissione di conciliazione legislativa', incaricata di risolvere le eventuali controversie fra i due rami del Parlamento»² e che funzioni para giurisdizionali attribuite ad un organo politico non necessariamente conducono al venir meno di una conflittualità che attiene a diverse valutazioni politiche.

Non è del tutto chiaro che cosa si intenda, al fine del necessario rafforzamento dei «poteri di controllo» del Parlamento sul Governo, l'eventuale costituzione di un «organismo indipendente dotato di poteri anche ispettivi», al fine di «valutazione delle politiche pubbliche, di verifica dell'attuazione e degli effetti delle riforme» (funzione in alternativa attribuita ad «una Corte dei Conti potenziata nelle risorse anche professionali»)». Scritto così sembrerebbe porre il Parlamento sotto un controllo tecnocratico («l'organismo indipendente») od attribuire alla Corte dei Conti valutazioni non di legittimità e controllo contabile (certamente queste da potenziare) ma di valutazione latamente (se non inevitabilmente) politica.

Discorso diverso sarebbe quello del fortissimo potenziamento delle strutture di supporto all'attività dei singoli parlamentari, dei gruppi, delle commissioni, delle giunte, del Presidente e dell'Ufficio di Presidenza.

¹ Astrid, *Costituzione quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Firenze, 2024, 86 ss.

² *Ibidem*, 88.

³ *Ibidem*.

Sulle ricadute in termini di potenziamento delle capacità decisionali del Parlamento monocamerale (che assommi il numero dei Parlamentari delle attuali due Assemblée) ho dettagliatamente argomentato ed al mio libricino, per esigenze di tempo, mi permetto di rinviare. Qui aggiungo che trovo molto pertinente la sottolineatura di un potenziamento della commissione affari regionali operata nel progetto di ASTRID⁴, che anzi va ulteriormente approfondita e precisata, tanto più si opti per il monocameralismo.

Con riferimento alla proposta di ASTRID, in tema di forma di governo, trovo che presenti, da un lato, una rilevante forza argomentativa, dall'altro, corra il rischio di indebolirsi per un ultroneo non necessario argomentare.

Vengo al punto di forza del progetto. Dopo avere in modo serrato criticato quello governativo, nondimeno (ecco il punto di forza!), non elude le questioni da esso sollevate, ma offre soluzioni alternative che mirano alla stabilità politica, che include *anche* il rafforzamento dell'esecutivo e del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Di più: da questi profili muove la proposta, con l'ipotesi della «sfiducia costruttiva»; la «parlamentarizzazione delle crisi di governo»; la nomina da parte del Presidente della Repubblica del «solo» Presidente del Consiglio che si presenterebbe in Parlamento per ottenere la fiducia e poi «i ministri verrebbero nominati dal Capo dello Stato su proposta del Presidente del Consiglio ormai nella pienezza dei suoi poteri e della sua legittimazione politica. Con ciò si rafforzerebbe il ruolo del premier nei confronti della compagine di governo»⁵; forse si potrebbe essere più coraggiosi nell'attribuire al Presidente del Consiglio non solo la proposta al Presidente della Repubblica, ma il potere stesso di revoca dei Ministri⁶. Inoltre, nel progetto di ASTRID si parla, tra l'altro, di «costituzionalizzare il potere di direttiva» del Presidente del Consiglio; di attribuirgli il potere «di ottenere da Ciascuna Camera che provvedimenti rilevanti ai fini dell'attuazione del programma di governo siano discussi e votati entro un termine certo e ragionevolmente contenuto»⁷.

Il progetto di ASTRID si esprime a favore della forma di governo parlamentare e di un sistema elettorale proporzionale con soglie (elevate) di sbarramento, dopo non avere eluso le altre esigenze di rafforzamento dell'esecutivo e della sua stabilità. In un progetto che veda in parallelo i due momenti, del contemporaneo rafforzamento dell'esecutivo e del Parlamento (e, con riferimento a quest'ultimo, prevederei anche uno statuto delle minoranze che ne valorizzi il ruolo).

Ecco, nella costruzione di una strategia condivisa, porrei l'accento sulla parte propositiva della riflessione di ASTRID.

Vengo ora ad un ultroneo argomentare che non porta nulla al mulino della proposta. La sensazione (e forse non è solo una sensazione) è che si finisca per sostenere che forma di governo parlamentare e sistema elettorale proporzionale siano non le ipotesi migliori nel merito, nel contesto storicamente dato, ma le sole costituzionalmente legittime. Una tale eventuale posizione, che sembrerebbe voler blindare tali ipotesi, finirebbe in realtà per indebolirle, richiederebbe poter sostenere che i sistemi liberaldemocratici presentino un tasso di democraticità minore nelle ipotesi in cui fossero operate scelte diverse in tema di forma di governo e/o di sistema elettorale.

Sottrarrebbe elasticità alla nostra Costituzione, indebolendone la funzione in contesti in cui si presentasse la necessità di scelte diverse.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, 68-69.

⁶ *Ibidem*, 72.

⁷ *Ibidem*, 72-73.

4. La proposta del Governo si fonda, a mio avviso, su di un equivoco di fondo: quello di pensare di dare soluzioni a problemi attinenti alle dinamiche politiche pretendendo di imbrigliarle in vincoli giuridici.

L'esito potrebbe essere di menomare i meccanismi di elasticità di cui un sistema politico-istituzionale necessita (indebolendo così proprio la capacità decisionale della politica).

Inoltre, la battaglia che finirebbe per intestarsi il Governo ha del paradossale masochismo: non ne ha necessità immediata, perché la sua stabilità dipende dagli equilibri interni alla maggioranza e dalle difficoltà di analisi, progettuali e di alleanze delle opposizioni.

Uno scontro referendario sarebbe, più che nel merito delle proposte, un «giudizio di Dio» sul Governo capace di coalizzare tutti i suoi compositi avversari, che sommati rappresentano elettoralmente la maggioranza del Paese: il mettere in conto l'eventualità di un suicidio politico.

Ma l'immobilismo comporterebbe anche un mantenere in essere tutte le contraddizioni di funzionamento della nostra forma di governo.

Ancora una volta insisto sino al testardo sfinimento: al Paese servono riforme; il condividerle rafforzerebbe la credibilità delle forze politiche: di quelle di opposizione, perché potrebbero intestarsi il merito di avervi contribuito con proposte capaci di attenuare e non aggravare i problemi; di quelle di maggioranza, dimostrando la capacità di confrontarsi con i problemi oltre, se necessario, le iniziali posizioni.

Le riforme costituzionali rappresenterebbero così l'occasione di un forte recupero di credibilità nei confronti dell'opinione pubblica e testimonianza a livello sovranazionale, internazionale e dei mercati della capacità del sistema politico-istituzionale di riformarsi.

Al relativo retroterra culturale non serve Carl Schmitt, serve Karl Popper.

Le categorie della politica del primo, che le forze politiche scimmiettano goffamente, vanno demistificate della pretesa scientificità: corrispondono alla ideologia antipluralistica della società, della politica, dell'ordinamento giuridico e dello Stato del suo autore⁸.

Proprio l'opposto di ciò di cui hanno bisogno le società contemporanee, proprio perché sempre più disomogenee hanno necessità di recuperare ambiti di condivisione.

Sia ben chiaro, alla condivisione si può giungere, talora si deve giungere, attraverso la valorizzazione del conflitto, ma di una conflittualità qualitativamente diversa dall'apodittismo dilagante, una «conflittualità propositiva», che non significa conflittualità attenuata, ma capace di prospettare soluzioni.

5. Sono tante le suggestioni del progetto di ASTRID, che a fatica mi sottraggo alla tentazione di riprenderne temi e proposte. Spero sia possibile farlo in altra occasione.

Ma in questa sede mi preme argomentare sulle potenzialità di un percorso riformatore condiviso.

Riprendo il tema proprio da un ambito, quello dell'amministrazione della giustizia, in cui forti sono le contrapposizioni e quindi più difficile costruire una fattiva strategia riformatrice.

Il pianeta giustizia radica la propria crisi nella contemporanea complessità del funzionamento della organizzazione degli apparati preposti e, soprattutto, nelle metamorfosi sociali e fattuali che si riflettono «nei processi di strutturazione» di ciò che

⁸ Si v. il bel saggio di P. Costa, *Il 'pluralismo' politico giuridico: una mappa storico concettuale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, 2021, Tomo I, *passim* (consultabile anche online).

definiamo «diritto».

In conseguenza di questo secondo profilo si annidano le ragioni profonde, non occasionali, della tensione fra politica e magistratura, su cui la riflessione non solo politica ma anche scientifica è gravemente deficitaria.

5.1. Ma, per intanto, una strategia riformatrice può trovare condivisione in riforme non costituzionali, ma dall'impatto notevolissimo sulla tutela dei diritti, la stessa tenuta civile, economica e politica del Paese.

Mi riferisco alla mancata risoluzione dei problemi organizzativi, gestionali e funzionali dell'amministrazione della giustizia e della formazione delle molteplici professionalità coinvolte, che, beninteso non certo da soli, si riflettono in modo significativo su di una inaccettabile durata dei processi. Durata che lede i diritti fondamentali di libertà delle persone; danneggia gravemente il sistema economico; prolunga ed amplifica, quando coinvolte sono questioni di rilievo politico, una conflittualità che si riflette, danneggiandolo, nel sistema politico-istituzionale.

Neppure sulla risoluzione dei relativi problemi, che pur di per sé sono «a bassa conflittualità politica», il sistema riesce a convergere: forse la ragione è che l'impegno necessario anche in termini di duraturo imponente onere finanziario non è indolore, perché distrae risorse da altri impieghi di più immediata convenienza politica.

Ma è proprio la mancanza di un dividendo politico immediato che evidenzia come per realizzare questi obiettivi si renda necessario farsi carico comune di incombenze che sono nell'interesse non di una parte, ma del Paese intero.

5.2. Ma vengo ora al cuore delle ragioni della conflittualità tra politica e magistratura. Qui le difficoltà che si incontrano sono ben più complesse di quelle che derivano dai problemi di cui si è sopra parlato.

Derivano dalle metamorfosi che investono le nostre società: parlo di metamorfosi, non di mere trasformazioni, stanno mutando i paradigmi di riferimento, la cui cifra, anche dal punto di vista ordinamentale, non è la pretesa certezza, ma l'incertezza; non la stabilità, ma la instabilità delle relazioni sociali, la disomogeneità, la progressiva geometrica complessità, l'accelerazione dei mutamenti.

Questo si riflette sugli stessi caratteri degli ordinamenti giuridici contemporanei e quindi sul ruolo e sul rapporto di politica e giurisdizione nella loro costruzione, ben oltre le pretese di impunità di qualche politico e l'agire di qualche magistrato fellone.

La ragione di fondo, di una conflittualità che è intensa ed esasperata in alcune democrazie ben più che nel nostro Paese, è che si vanno modificando gli equilibri relativi ai processi di strutturazione della giuridicità, con l'asse che tende sempre di più a spostarsi dal momento della statuizione degli enunciati normativi (quindi dal potere politico) al momento della loro interpretazione/applicazione (a favore quindi del potere giurisdizionale, degli apparati amministrativi, degli stessi giuristi ed operatori del diritto). Si tratta di dinamiche non ricercate dalla giurisdizione, credo anzi che gran parte dei magistrati, specie quelli giudicanti, farebbero volentieri a meno di un sovrappiù di ruolo che li carica di difficoltà e responsabilità.

Si tratta di un fenomeno in parte già studiato negli anni '30 del Novecento da Tullio Ascarelli, come caratteristica delle epoche di transizione dove l'interprete è chiamato, scriveva, da fare da ponte tra la disposizione ed una realtà in mutamento.

Ma oggi il fenomeno si è andato accentuando e trasformandosi in carattere strutturale della giuridicità.

Non a caso si parla di crisi della «fattispecie giuridica».

Si può certo concentrarsi nell'inveire contro le forzature di qualche politico o, all'opposto, di qualche magistrato (e vi sono casi che danno ragione alle proteste dell'uno o dell'altro), ma il problema di fondo è quello di fare i conti con modalità di strutturazione del diritto che producono conseguenze relevantissime nella sfera sia giuridica che politica.

Non posso soffermarmi sulle conseguenze che si debbono trarre dal fenomeno dello spostamento dell'asse della giuridicità dal momento dispositivo a quello interpretativo/applicativo (se lo si desidera ne parlo nella relazione al Convegno *Alla ricerca della "dimensione giuridica". Omaggio a Paolo Grossi*, ascoltabile su *Radio Radicale*), qui mi soffermo sul fatto che, per l'inevitabile esponenziale crescita del potere giudiziario, il suo esercizio si deve manifestare nelle forme massime possibili di trasparenza (e vi sono ambiti della giurisdizione su cui vi è ancora molto da lavorare).

Così come, tanto più è il potere esercitabile, tanto meno si giustifica un certo protagonismo mediatico: l'affermazione che «il magistrato è un cittadino come tutti gli altri» è suggestiva, ma falsa: esercita un potere che gli altri cittadini non hanno.

5.3. Come procedere dunque? «Baypassando» le contrapposte tifoserie, non mettere sotto il tappeto polveroso delle ipocrisie i problemi, sottoporre a prova di resistenza (cioè di non contraddizione) la validità delle soluzioni prospettate.

Non posso certo soffermarmi su tutti i problemi che vengono ad emersione, del resto, l'obiettivo che mi propongo è quello di segnalare metodi e percorsi che possano rendere possibile un atteggiamento costruttivo, capace di affrontare progressivamente anche i temi più controversi, aperto a scelte non per «partito preso» ma per idoneità delle soluzioni.

Mi soffermo pertanto, in tema di giustizia, proprio su quello che è ritornato in questi giorni ad essere tra i temi più controversi: quello della separazione delle carriere tra giudici e magistrati requirenti.

Tema sul quale, lo confesso, ho difficoltà a pervenire ad una convinzione.

La ragione è che, al di là delle posizioni espresse dai militanti delle contrapposte certezze, sul tema si è sviluppato anche un dibattito di alto profilo. Da un lato, viene portato ad emersione un problema: la comunanza professionale (sia pure con funzioni diverse) che potrebbe anche ingenerare, attraverso meccanismi informali, significativi condizionamenti a danno del principio costituzionale della parità delle parti nel processo. Ma, dall'altro, si portano delle controdeduzioni che non possono essere ignorate e che paaventano la possibilità di effetti controproducenti, in una dannosa eterogenesi dei fini. Così impostata, la scelta tra una soluzione e l'altra porta ad un circuito argomentativo virtuoso: chi opta per la separazione delle carriere deve poter dimostrare che gli effetti collaterali siano evitabili; ma chi si oppone, che le soluzioni alternative siano tali da garantire la parità delle parti nel processo.

6. Vado a concludere, costretto dai tempi a poche considerazioni sul dibattito intorno alla c.d. autonomia differenziata.

Mi soffermo solo sul metodo: la necessità di distinguere i profili relativi alla costituzionalità/incostituzionalità da quelli relativi al merito delle soluzioni possibili.

Se si confondono i due piani, il rischio è di finire per utilizzare «argomenti suicidi», che ottengono il risultato opposto da quello desiderato e che per di più predispongono ad una inconcludente conflittualità, a chiusure con reciproche sordità di cui non si sente il bisogno.

Se si contesta «a priori» la possibilità prevista dall'art. 116 Cost. si utilizza un argomento

suicida, perché la contestazione in punto di principio potrebbe portare a concludere che l'unico modello di forma di Stato ammissibile sarebbe quella centralistica, dato che l'autonomia, di per sé, comporta differenziazione. Ammetto che in questo mio argomentare vi è una accentuazione molto forte del rischio, ma nel dibattito politico talora affiorano critiche non al rendimento dell'autonomia non sempre esaltante, ma alle stesse ragioni dell'autonomia regionale.

Discorso diverso se le critiche muovono sul progetto in discussione, magari prospettando, andando nel merito, un ripensamento complessivo delle autonomie, che alla luce dei mutamenti epocali in corso potrebbe anche configurare la necessità, per alcune materie, di una ridislocazione delle competenze anche dalle Regioni allo Stato, come ha prospettato in un editoriale dell'*Osservatorio sulle fonti* il prof. Massimo Carli⁹ e come in uno scritto ha accennato lo stesso prof. Malo¹⁰.

Una considerazione veramente generalissima, a prima lettura, sulla proposta di regionalismo differenziato: mi colpisce la complessità del progetto, complessità che si colloca in un contesto in cui il sistema delle autonomie e più in generale quello più complessivo faticano a sostenere il passo con le esigenze della quotidianità istituzionale.

7. Devo necessariamente terminare. Mi limito, per ora, non ad una conclusione, ma ad indicare un punto di (ri)partenza della riflessione.

Le nostre società stanno mutando pelle, ma si pretenderebbe di imporgli il vestito stretto di culture politiche pensate per società del passato. Non sono obsoleti solo i punti di riferimento di soggetti politici depotenziati nel loro ruolo dalle metamorfosi della società e dal mutamento dei processi di strutturazione degli ordinamenti giuridici contemporanei. Lo sono anche categorie della scienza politica e della scienza giuridica, compresa la scienza costituzionalistica.

Un impegno ed una responsabilità enormi attendono chi ha a cuore il futuro del nostro Paese.

⁹ M. Carli, *Editoriale. L'attuazione della autonomia differenziata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023 (consultabile online).

¹⁰ M. Malo, *Patrimonio culturale e cultura costituzionale*, in M. Malo, F. Morandi (a cura di), *Declinazioni di patrimonio culturale*, Bologna, 2021, *passim*.

LA COUR EUROPEENNE SE PRONONCE SUR LES TROIS PREMIERES AFFAIRES RELATIVES AU CLIMAT: QUELQUES OBSERVATIONS SUR LA QUESTION DE LA CAUSALITÉ*

di Anna Liguori**

Sommario. 1. Introduction. – 2. L'affaire *KlimaSeniorinnen*. – 2.1. La question de la causalité. – 2.2 Changement climatique et violations d'obligations positives. – 3. L'affaire *Duarte*. – 4. L'affaire *Carême*. – 5. Conclusions.

56

1. Introduction. La dégradation de l'environnement et le changement climatique font partie des menaces les plus urgentes et les plus graves qui pèsent sur la capacité des générations actuelles et futures à jouir des droits de l'homme, comme l'ont reconnu depuis longtemps de nombreux rapports internationaux¹. D'où la tendance à affirmer l'existence d'une responsabilité des États² par rapport à la violation de leurs obligations en matière de droits de l'homme, devant des organes internationaux (judiciaires et quasi-judiciaires) et devant les tribunaux nationaux³.

C'est dans ce contexte que s'inscrit la Cour européenne des droits de l'homme qui, après une riche jurisprudence en matière d'environnement⁴, a très récemment adopté trois décisions en matière climatique. Au cours des dernières années, le nombre de recours concernant des violations des droits humains liées au changement climatique a augmenté de façon significative⁵. Pour trois d'entre eux, à savoir les affaires *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres*, et *Carême c. France*, un renvoi devant la Grande Chambre a été demandé en 2022 au motif qu'ils soulevaient une question grave relative à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Par la suite, il y a eu deux audiences publiques (respectivement le 29 mars 2023 dans les affaires *Klimaseniorinnen* et *Carême*, le 29 septembre 2023 dans l'affaire *Duarte*)

* *Soumis à relecture anonyme*. Cette contribution fait partie d'un projet de recherche de l'Université de Naples L'Orientale intitulé «Anthropocène/Capitalocène et les migrations internationales».

** Professeure Associée de droit international – Université de Naples L'Orientale.

¹ Voir *ex multis Sixth Assessment Report — IPCC*, disponible à l'adresse <https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6/>.

² Sur le contentieux climatique, qui en réalité a été dirigé non seulement contre les États, mais aussi contre les entreprises voir J. Setzer, C. Higham, *Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, disponible à l'adresse <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-change-litigation-2023-snapshot/>.

³ Voir à ce sujet J. Peel, H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, 37 ss.; R. Loporini, A. Savaresi, *International Human Rights Bodies and Climate Litigation: Don't Look Up?*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2023, 267; B. Mayer, H. van Asselt, *The rise of international climate litigation* in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2023, 175 ss.

⁴ Voir V. Basile, *La giurisprudenza della Corte europea in materia ambientale: un breve inquadramento*, in F. Amato, V. Carofalo, A. Del Guercio, A. Fazzini, V. Grado, E. Imparato, A. Liguori (dir.), *Migrazioni e diritti al tempo dell'Antropocene*, Napoli, 2023, 75 et s., et les références bibliographiques qui y sont citées.

⁵ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_climate_change_eng.

avec une grande participation d'États intervenants et d'associations.

Le 9 avril 2024, la Cour s'est prononcée sur les trois affaires qui, bien que fondées sur des circonstances individuelles très différentes, «share a common thread: they all center around governmental frameworks regarding climate change mitigation (i.e., systemic mitigation cases) and challenge the overall inadequacy of states' efforts to mitigate GHG emissions, without prejudice of an underlying question regarding adaptation measures»⁶. Les trois décisions rendues par la Cour de Strasbourg présentent de nombreux éléments intéressants⁷. Alors que les affaires *Duarte* et *Carême* ont été déclarées irrecevables (comme l'avait prévu une partie de la doctrine⁸), dans l'affaire *Klimaseniorinnen* la Cour a adopté un arrêt remarquable avec lequel elle a reconnu pour la première fois que la CEDH implique des obligations positives pour les États d'adopter, et d'appliquer effectivement dans la pratique, des réglementations et des mesures susceptibles d'atténuer les effets actuels et futurs, potentiellement irréversibles, du changement climatique. Après un arrêt long et complexe (le plus long jamais rendu: 260 pages), la Cour a conclu que la Confédération suisse avait manqué à ses obligations en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme concernant le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que le droit à l'accès à un tribunal. La Cour de Strasbourg a ainsi énoncé plusieurs principes généraux sur les violations des droits humains liées au changement climatique, explicitement repris dans les deux autres affaires. Comme l'ont remarqué Savaresi, Nordlander et Wewerinke-Singh, *KlimaSeniorinnen* «is poised to become a pivotal milestone in the ECtHR's jurisprudence, influencing the court's approach for years to come»⁹. De plus, pour la première fois, la Cour aborde explicitement, en tentant de la systématiser, une question cruciale soulevée dans pratiquement tous les litiges relatifs au climat: la question de la causalité. Comme nous l'avons déjà souligné dans une précédente contribution dans ce même journal¹⁰, le fait que le changement climatique soit dû à des émissions de gaz à effet de serre causées par de multiples sujets et que les conséquences affectent l'humanité dans son ensemble (et de manière inégale) met en lumière un problème de causalité collective. Comme l'ont souligné Keller et Heri, «Climate change may be a 'death of a thousand cuts' that is difficult to attribute to any one state's emissions», et l'application d'une notion de causalité directe et exclusive pourrait être à la fois problématique et inappropriée dans ce type de situation¹¹. Dans cette contribution, après avoir brièvement exposé les décisions adoptées par la Cour dans les trois affaires susmentionnées, nous nous

⁶ M. Bönnemann, M. Tigre, *The Transformation of European Climate Change Litigation. Introduction to the Blog Symposium*, in *VerfBlog*, 9 avril 2024.

⁷ Voir le débat entre VerfBlog et le Sabin Center for Climate Change Law (Columbia University), disponible à l'adresse <https://verfassungsblog.de/category/debates/the-transformation-of-european-climate-litigation/>.

⁸ Voir à ce propos, *inter alia*, M. Milanovic, *A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments*, in *EJIL: Talk!*, 9 avril 2024 et A. Buyse, K. Istrefi, *Climate Cases Decided Today: Small Step or Huge Leap?*, in *ECHR Blog*, 9 avril 2024.

⁹ A. Savaresi, L. Nordlander, M. Wewerinke-Singh, *Climate Change Litigation before the European Court of Human Rights: A New Dawn*, in *GNHRE Blog*, 12 avril 2024. En fait, l'arrêt a été accueilli presque humainement avec enthousiasme: voir, entre autres, M. Bönnemann, M. Tigre (*The Transformation of European Climate Change Litigation*, cit.) et C. Heri (*Strasbourg's «Case of the Century» – Revolutionary Climate Judgment from the European Court of Human Rights*, in *JustSecurity*, 10 avril 2024), qui l'ont qualifié respectivement de «groundbreaking» et «case of the century».

¹⁰ Voir A. Liguori, *Climate litigation before the European Court of Human Rights: Some observations on the case Klimaseniorinnen and Others v Switzerland*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 2023.

¹¹ H. Keller, C. Heri, *The Future is Now: Climate Cases before the ECHR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, 167.

proposons d'analyser en particulier la position explicitement exprimée par la Cour sur cette question.

2. L'affaire KlimaSeniorinnen. Les requérants sont l'association KlimaSeniorinnen et quatre dames âgées qui, après avoir épuisé les voies de recours internes, ont saisi la Cour européenne le 26 novembre 2020 en se plaignant d'une violation des articles 2 (droit à la vie) et 8 (protection de la vie privée et familiale) de la CEDH en raison de l'absence de mesures adéquates prises par la Suisse pour réduire les risques (déjà présents et futurs) pour leur santé et leur vie liés au changement climatique. Elles ont également soulevé des griefs liés aux articles 6 et 13 de la CEDH en raison du fait qu'elles n'ont pas obtenu de décision judiciaire sur le fond et en raison de l'absence de recours effectif en relation aux violations alléguées des articles 2 et 8.

Le 9 avril 2024, la Cour européenne a adopté un arrêt qui a retenu les points cruciaux de ces griefs, à savoir la violation de l'article 8 de la CEDH parce que la Suisse n'a pas adopté de cadre réglementaire interne apte à atténuer les effets du changement climatique, ainsi que la violation de l'article 6 en raison de l'absence d'accès effectif à une juridiction interne. Dans cette contribution, notre attention se concentrera seulement sur le premier constat¹².

Sur le plan procédural, il convient de noter que la Cour reconnaît un *locus standi* à l'association Klimaseniorinnen¹³. Comme il a été noté¹⁴, «for the ECtHR, as long as a relevant association meets the criteria laid down in paragraph 502¹⁵, it can successfully bring a case of such urgency and significance before its bench, irrespective of whether the individuals represented by the said association meet conditions for victim status».

Il convient toutefois de noter que si la Cour adopte une interprétation large à l'égard des associations, sa position à l'égard des individus est beaucoup plus restrictive. En effet, la Cour refuse la qualité de victime aux quatre dames suisses au motif qu'elles ne sont «pas directement concernées», en justifiant cette approche restrictive à l'égard des individus par la nécessité d'établir un équilibre entre la nécessité, d'une part, d'assurer une protection effective des droits garantis par la Convention et, d'autre part, d'éviter toute *actio popularis*. En outre, «compte tenu des questions de répartition intergénérationnelle de l'effort liées aux conséquences et aux risques du changement climatique, les membres de la société qui sont fortement susceptibles d'être les plus touchés par les effets de ce phénomène peuvent être considérés comme nettement défavorisés sur le plan de la

¹² La Cour a en effet constaté que ce droit avait été violé à l'égard de l'association (mais pas à l'égard des requérants individuels) parce que les tribunaux suisses n'avaient pas examiné son cas de manière adéquate. En outre, elle a souligné le rôle central des tribunaux nationaux dans les litiges relatifs au changement climatique (§639) : voir sur cet aspect A. Savaresi, L. Nordlander, M. Wewerinke-Singh, *Climate Change Litigation*, cit. et A. Buyse, K. Istrefi, *Climate Cases Decided Today*, cit.

¹³ En se référant, outre à sa jurisprudence antérieure, à un instrument important du droit international, la convention d'Aarhus: voir §§ 490-501

¹⁴ L. Sicilianos, M. Deftou, *Breaking New Ground: Climate Change before the Strasbourg Court*, in *EJIL:Talk!*, 12 avril 2024.

¹⁵ «L'association en question doit: a) avoir été légalement constituée dans le pays concerné ou avoir la qualité pour agir dans ce pays, b) être en mesure de démontrer qu'elle poursuit un but spécifique, conforme à ses objectifs statutaires, dans la défense des droits fondamentaux de ses adhérents ou d'autres individus touchés dans le pays concerné, en se limitant ou non à l'action collective pour la protection de ces droits contre les menaces liées au changement climatique, et c) être en mesure de démontrer qu'elle peut être considérée comme véritablement représentative et habilitée à agir pour le compte d'adhérents ou d'autres individus touchés dans le pays concerné dont la vie, la santé ou le bien-être, tels que protégés par la Convention, se trouvent exposés à des menaces ou conséquences néfastes spécifiques liées au changement climatique».

représentation»¹⁶.

Partant, la Cour affirme deux critères stricts: une forte exposition aux effets du changement climatique ayant des conséquences néfastes significativement graves dues à l'(in)action gouvernementale, et une nécessité urgente due à l'absence ou à l'inadéquation de mesures raisonnables pour réduire les dommages/préjudices. À la lumière de ces critères, la Cour a conclu que les quatre requérantes ne pouvaient pas être considérées comme des victimes car elles n'avaient pas de «problèmes de santé critique» et qu'il n'y avait aucune preuve d'une corrélation avec l'asthme de l'une des femmes (§ 533).

On peut donc conclure que «the implication of *Klima.Seniorinnen* is that NGOs and associations have an easier job than 'lone wolves' in accessing the Court in climate cases. This approach clearly streamlines the potentially high number of complaints that would otherwise be lodged in Strasbourg»¹⁷.

Avant d'examiner le bien-fondé de la décision, il convient de citer quelques remarques préliminaires de la Cour. En réponse à certains des arguments soulevés par les États intervenants, en particulier le Royaume-Uni pour lequel les requérants ont demandé à la Cour d'agir en tant que législateur, la Cour déclare que le pouvoir judiciaire «ne peut remplacer les mesures qui doivent être prises par les pouvoirs législatif et exécutif»¹⁸, tout en soulignant cependant que «la démocratie ne saurait être réduite à la volonté majoritaire des électeurs et des élus, au mépris des exigences de l'État de droit»¹⁹. La Cour pourra donc intervenir dans les limites de sa compétence, qui concerne précisément la Convention européenne des droits de l'homme, alors que «le cadre juridique en fonction duquel est définie la portée du contrôle opéré par les juridictions internes peut être considérablement plus vaste» (§ 412).

La Cour partant ne peut pas ignorer que «l'insuffisance de l'action passée de l'État pour lutter contre le changement climatique, insuffisance largement reconnue, se traduit à l'échelle mondiale par une aggravation des risques de conséquences négatives et des menaces – déjà reconnues par les États du monde entier – qui en découlent pour la jouissance des droits de l'homme [...] La situation présente met donc en jeu des conditions actuelles impérieuses, confirmées par les connaissances scientifiques, que la Cour, en tant qu'organe judiciaire chargé de faire respecter les droits de l'homme, ne peut méconnaître» (§ 413).

Par conséquent, la Cour, constatant que des questions nouvelles et inédites ont été soulevées devant elle concernant les effets du changement climatique sur la jouissance des droits de l'homme, reconnaît que la jurisprudence précédemment développée en matière d'environnement peut être utile, mais seulement jusqu'à un certain point, du fait que les questions soulevées par le changement climatique présentent des différences significatives (§ 415).

Dans la présente contribution, nous nous concentrerons en particulier sur la première différence indiquée par la Cour, qui mérite d'être rapportée dans son intégralité (notamment parce que cette différence est ensuite liée à la partie de l'arrêt qui, pour la première fois, examine systématiquement la question de la causalité): «La jurisprudence de la Cour relative aux questions environnementales se rapporte à des situations où les atteintes à l'environnement émanaient de sources spécifiques. Dans les affaires

¹⁶ § 484.

¹⁷ S. Arntz, J. Krommendijk: *Historic and Unprecedented: Climate Justice in Strasbourg*, in *VerfBlog*, 9 avril 2024.

¹⁸ Voir sur ce point la décision dans l'affaire *Juliana et al. vs the United States of America*, Case No. 18-36082, United States Court of Appeal of the Ninth Circuit, 17 janvier 2020, 5, qui a conclu que les plaignants devaient s'adresser aux pouvoirs politiques ou à l'électorat dans son ensemble.

¹⁹ § 412.

concernées, il était donc possible de localiser et d'identifier de manière raisonnablement certaine les personnes exposées aux dommages en cause, et, de manière générale, d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la source identifiable du dommage en question et ses effets néfastes concrets sur un groupe d'individus. Il était possible également de vérifier précisément quelles mesures normatives ou pratiques avaient ou n'avaient pas été prises pour réduire les nuisances émanant d'une source donnée. En bref, on pouvait relier la source d'un dommage aux personnes l'ayant subi, et les mesures d'atténuation requises étaient identifiables et pouvaient être prises au niveau de la source même du dommage».

Cet aspect est repris un peu plus loin, au point 420, qui est le premier paragraphe de la partie de l'arrêt spécifiquement intitulée «Sur la question de la causalité».

2.1. La question de la causalité. La causalité est une question complexe qui, jusqu'à il y a quelques années, avait été peu abordée du point de vue du droit international²⁰. Même dans le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²¹, cette question n'y est pas explicitement traitée, à l'exception d'une référence présente dans l'article 31²², qui concerne cependant la réparation et ne touche pas à ce qui nous intéresse davantage ici, à savoir quel est le critère le plus approprié pour établir le lien de causalité entre le comportement de l'État et le préjudice en droit international. Cependant, comme il a été observé, la causalité est une condition générale indispensable de la responsabilité internationale, pour ce qui concerne non seulement la réparation (et plus généralement les conséquences du fait internationalement illicite), mais aussi la détermination de l'existence d'un fait international illicite²³. Ceci est confirmé par de nombreuses décisions de la jurisprudence internationale, qui attestent de la nécessité de détecter un lien entre le comportement de l'État et le préjudice, ainsi que de l'oscillation entre deux principales catégories de critères, à la savoir la «causalité matérielle» et la

²⁰ D. McGrogan, *The Problem of Causality in International Human Rights Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016; F. Rigaux, *International Responsibility and the Principle of Causality*, in M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Boston, 2005, 81 ss.; I. Plakokefalos, *Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: in Search of Clarity*, in *EJIL*, 2015, 471; L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State*, Cambridge, 2016, 137 ss.; V. Stoyanova, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations Under the ECHR*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 309 s.; T. Demaria, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, 2021; V. Lanovoy, *Causation in the Law of State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2022; A. Ollino, G. Puma, *La causalità e il suo ruolo nella determinazione dell'illecito internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, 313 ss.; A. Ollino, *A 'Missed' Secondary Rule? Causation in the Breach of Preventive and Due Diligence Obligations*, in G. Kajtár, B. Çali and M. Milanovic (dir.), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2022.

²¹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, disponible à l'adresse https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf.

²² L'article 31, intitulé «Réparation», prévoit que «1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant [en anglais: caused] du fait internationalement illicite de l'État» (italique ajouté). Voir aussi commentaire sur l'article 31, paragraphes 6 - 10.

²³ Cfr. A. Ollino, G. Puma, *La causalità*, cit., 315, pour lesquels la question de la causalité entre en jeu par rapport aussi bien à l'élément subjectif qu'objectif du fait internationalement illicite, alors que pour Lanovoy, *Causation*, cit., elle ne se pose que par rapport à l'élément objectif.

«causalité juridique»²⁴. Comme le souligne Lanovoy²⁵, la causalité factuelle exige de démontrer que le dommage est le résultat d'un fait internationalement illicite; par contre, «Legal causation [...] determines whether the causal chain or link should be severed at any intermediate point because, beyond that point, the wrongdoer could not have foreseen the result of his acts, or the results were too remote and not proximate».

L'éventail des critères pour établir le lien causal s'étend, dans le cas de la causalité matérielle, du plus strict *but for* ou *sine qua non* test (le préjudice se serait-il produit sans l'acte préjudiciable ?) à un test plus souple, dit «élément nécessaire d'un ensemble suffisant» (en anglais NESS), à savoir, si l'acte illicite est l'une des nombreuses causes possibles du préjudice. Dans le cas de la causalité juridique, les cours et tribunaux internationaux ont eu recours à différentes notions de causalité (sans nécessairement expliciter leur choix normatif), surtout lorsque sont en jeu des obligations positives, qui sont généralement violées par omission de la part de l'État²⁶ (comme dans le cas des obligations reconnues par la Cour dans le cas *KlimaSeniorinnen*). Comme l'observe Stoyanova²⁷, la causalité par omission est plus difficile à établir car elle implique a «counterfactual and speculative analysis», étant donné que «The omission by the state might be just one factor contributing to the occurrence of the harm. The 'but for' test, which means that but for the state failure the harm would not have happened, has been explicitly rejected by the ECtHR»²⁸.

En ce qui concerne plus spécifiquement la causalité dans les contentieux climatiques, il est significatif qu'un tout récent essai de Nollkaemper sur ce sujet s'intitule «Causation puzzle in international climate litigation». En effet, le fait que le changement climatique soit dû à des émissions de gaz à effet de serre causées par de multiples facteurs, et que les conséquences affectent l'humanité dans son ensemble (et de manière inégale) met en évidence un problème de causalité particulièrement épineux. La spécificité du phénomène du changement climatique entraîne, *inter alia*, une grande incertitude quant aux mesures que les différents acteurs devraient prendre pour atténuer le changement climatique et «could leave climate change victims seeking redress empty-handed, as respondents could argue that it is scientifically impossible to determine which state is responsible for climate harm, potentially shielding individual defendants from responsibility»²⁹. Par ailleurs, souvent les États s'appuient sur l'argument de la «goutte d'eau dans l'océan», selon lequel les émissions de GES d'un projet ou d'une activité particulière sont «trop faibles» pour être considérées comme significatives dans le contexte des émissions globales de GES qui, cumulées, sont à l'origine de l'augmentation des températures moyennes mondiales et des effets climatiques qui en découlent³⁰. Sur

²⁴ Sur ces catégories voir aussi M. Torre-Schaub, *La protection de l'air et de l'atmosphère en Europe. Focus sur la Cour européenne des Droits de l'Homme. Quelles potentialités pour la lutte contre le changement climatique?*, in *Blog de ClimaLex*, 30 mai 2022 et A. Ollino, G. Puma, *La causalità*, cit.

²⁵ V. Lanovoy, *Causation*, cit., 14.

²⁶ Voir sur ce point V. Stoyanova, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Cambridge, 2023, 14-16.

²⁷ V. Stoyanova, *Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 309.

²⁸ *Ibidem*, 316, en se référant à l'arrêt *E. and Others v United Kingdom*, 22 novembre 2002, § 99. Comme on le verra, la Cour confirmera cela dans l'affaire *KlimaSeniorinnen*, aux §§ 439 et 444.

²⁹ A. Nollkaemper, *Causation puzzle in international climate litigation*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 17, 2024.

³⁰ Voir J. Peel, *Issues in Climate Change Litigation*, in *Carbon & Climate Law Review*, 2011. Ces arguments ont également été repris par l'État défendeur (et les États intervenants) et explicitement rejetés par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *KlimaSeniorinnen* au paragraphe 444. Auparavant, plusieurs tribunaux nationaux

ce point, Nollkaemper observe que les organes judiciaires et quasi-judiciaires internationaux et internes ont néanmoins dans certain cas éludé «unsolvable puzzles of cause-effect relations based on factual causation», soit en fondant leurs décisions sur une causalité générale plutôt que sur une causalité spécifique (entre un comportement ou une émission particulière et un dommage particulier), soit en s'appuyant sur des obligations qui intègrent des tests de causalité moins exigeants (*inter alia*, les obligations positives de protéger le respect de la vie privée et familiale).

La Cour européenne des droits de l'homme nous semble aller dans ce sens : dans l'arrêt *Klimaseniorinnen*, elle consacre pour la première fois plusieurs paragraphes à la question, en s'appuyant sur les deux techniques évoquées plus haut.

En effet, elle rappelle d'abord ce qui a été dit précédemment sur la spécificité des litiges climatiques, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de questions environnementales locales liées à une seule source de dommage, mais d'un problème mondial plus complexe et que la question de la causalité se pose à plusieurs niveaux, qui sont distincts les uns des autres et ont des implications pour l'appréciation de la qualité de la victime ainsi que des aspects matériels des obligations et de la responsabilité de l'État au regard de la Convention (§ 424)³¹.

La Cour identifie donc quatre dimensions de la causalité: 1) le lien entre les émissions de GES et le changement climatique; 2) le lien entre les divers effets néfastes du changement climatique et les risques présents et futurs pour la jouissance des droits de l'homme; 3) le lien, au niveau individuel, entre un dommage ou risque de dommage et les actes ou omissions des autorités d'un État donné; 4) le lien entre un État donné et les effets néfastes du changement climatique, eu égard au fait que de multiples acteurs contribuent aux émissions de GES.

Pour la première dimension, la Cour nous semble accepter un critère de causalité générale. En effet, tout en rappelant le critère de l'interprétation évolutive, selon lequel la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions de vie actuelles, «auquel il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme», la Cour constate que le lien de causalité entre les activités anthropogéniques et le changement climatique est établi à la lumière des connaissances scientifiques et en particulier des rapports du GIEC³².

Pour ce qui concerne la deuxième dimension (le lien entre les divers effets néfastes du changement climatique et les risques présents et futurs pour la jouissance des droits de l'homme), elle s'appuie premièrement sur les mêmes documents scientifiques, mais

ont explicitement rejeté ces arguments, tandis que d'autres les ont acceptés : voir A. Nollkaemper, *Causation*, cit.

³¹ En effet, l'existence d'un lien de causalité entre également en jeu dans la détermination de la juridiction, ce qui n'a toutefois pas été examiné dans l'affaire *KlimaSeniorinnen*.

³² La Cour fait explicitement référence au *IPCC Climate Change 2023: Synthesis Report*; à cet égard, le rôle de l'«attribution science» est particulièrement important car il pourrait contribuer, comme l'ont observé Nollkaemper et Nedeski, «to corroborate factual links between global greenhouse gas emissions and climate change-related harms» (A. Nollkaemper, N. Nedeski, *A guide to tackling the collective causation problem in international climate change litigation*, in *EJIL:Talk!*, 15 décembre 2022) et même à quantifier les effets de la crise climatique et évaluer ses contributions spécifiques (voir R.F. Stuart-Smith, F.E. Otto, A.I. Saad, G. Lisi, P. Minnerop, K. Cedervall Lauta, K. van Zwieten, T. Wetzler, *Filling the evidentiary gap in climate litigation*, in *Nature Climate Change*, 2021, 651, ss.). Voir sur ce point aussi la position du Comité des droits de l'enfant dans l'affaire *Sacchi et consorts c. Argentine* (CRC/C/88/D/104/2019, 22 septembre 2021) et A. Liguori, *Climate litigation*, cit., 50-52.

³² Voir V. Stoyanova, *KlimaSeniorinnen and the Question(s) of Causation*, in *VerfBlog*, 7 mai 2024.

également sur les instruments internationaux, la législation et les normes nationales, la jurisprudence internationale et nationale de certains pays (combinant donc le critère de causalité générale avec des éléments proche de la causalité juridique)³³. En effet, elle affirme que «il faut prendre en compte, d'une part, les éléments scientifiques actuels et en constante évolution qui établissent la nécessité de lutter contre ce phénomène et l'urgence d'agir face à ses effets négatifs, en particulier le risque grave que ceux-ci ne deviennent inéluctables et irréversibles, et, d'autre part, la reconnaissance scientifique, politique et judiciaire de l'existence d'un lien entre lesdits effets négatifs et la jouissance (de différents aspects) des droits de l'homme» (§ 434).

Par la suite, la Cour rappelle qu'en matière d'environnement, elle a appliqué l'article 8 dans le cas d'effets néfastes non seulement sur la santé des individus mais aussi sur leur bien-être et leur qualité de vie et dans le cas de risques – suffisamment graves – d'effets néfastes, et également dans le cas où «la pollution en question soit directement causée par l'État ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée». Elle ajoute aussi que, dans ces cas, il existe donc une obligation de prendre des mesures pour prévenir non seulement les dommages mais aussi les risques de dommages liés à certaines activités, tout en concluant que «des questions de causalité doivent toujours être examinées à la lumière du caractère factuel de la violation alléguée et compte tenu de la nature et de la portée des obligations juridiques en cause» (§ 435).

Cette dernière phrase nécessiterait d'éclaircissements supplémentaires, comme l'observe Stoyanova³⁴. À mon avis, cette observation relève en effet plutôt de la troisième dimension, c'est-à-dire le lien causal au niveau individuel, entre, d'une part, un dommage ou risque de dommage touchant une personne en particulier et, d'autre part, les actes ou omissions des autorités d'un État donné (plus spécifiquement, les omissions, car ce sont les obligations positives en matière de mitigation qui sont en jeu).

En effet, comme il a été observé, les tribunaux appliquent souvent des tests de causalité en relation étroite avec l'obligation applicable et la question de savoir si et comment un tribunal doit appliquer les tests de causalité dépend donc de la nature, de la portée et du contenu de l'obligation en cause: «If a court has to review the conduct of a state based on an obligation that is only breached if an event occurs, that court will need to determine that that state caused the event to occur. On the other hand, if an obligation is formulated as an obligation of conduct, requiring a state to engage in a particular conduct, irrespective of the outcome, a court will not need to make a causal assessment of the relation between that conduct and eventual harm that flows from that conduct»³⁵. Dans le domaine du changement climatique, la Cour européenne, comme elle l'a déjà fait pour des violations liées à des phénomènes environnementaux, applique des obligations positives et donc des obligations de comportement, pour lesquelles la notion de risque (et en particulier de risque «prévisible») joue un rôle fondamental: dans ce cas, la responsabilité de l'État ne dépend pas du fait qu'il n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter le dommage, mais davantage du fait qu'il n'a pas pris les mesures qui auraient pu, de manière raisonnablement prévisible, atténuer le risque de dommage. De fait, dans le paragraphe intitulé «Sur la question de la causalité et des obligations positives face au changement climatique», qui concerne la troisième dimension de la

³³ En effet, la Cour au § 425 affirme que «cet aspect relève de la *question juridique* de savoir comment considérer l'étendue de la protection des droits de l'homme face aux conséquences pour l'être humain d'une dégradation actuelle ou d'un risque de dégradation de ses conditions de vie» (italique ajouté).

³⁴ V. Stoyanova, *KlimaSeniorinnen and the Question(s) of Causation*, cit.

³⁵ A. Nollkaemper, *Causation*, cit., 14 et la littérature qui a été citée.

causalité, la Cour rappelle que les obligations positives en matière d'environnement (déjà objet d'une riche jurisprudence) impliquent le devoir de prendre des mesures propres à assurer la protection effective des personnes susceptibles d'être exposées aux risques inhérents à l'activité dangereuse et souligne que la notion de mesures propres à assurer une protection effective peut varier considérablement d'une affaire à l'autre sur le plan des obligations positives, selon la gravité des conséquences pour les droits conventionnels d'un requérant et l'ampleur de la charge que l'obligation imposerait à l'État. Dans tous les cas, il faut que le risque atteigne un certain niveau et qu'il y ait un lien de causalité entre ce risque et l'omission de l'État. Toutefois, dans le cas du changement climatique, étant donné que les émissions produites par un pays donné ne représentent qu'une partie des causes du dommage, «le lien de causalité entre, d'une part, les actes ou omissions des autorités nationales d'un pays et, d'autre part, le dommage ou risque de dommage qui en découle dans ce pays, est nécessairement plus ténu et indirect que dans le contexte d'une pollution dommageable ayant des origines locales. En outre, du point de vue des droits de l'homme, l'essence des obligations pertinentes de l'État en matière de changement climatique est liée à la réduction des risques de dommage pour les individus. À l'inverse, un défaut d'exécution de ces obligations entraîne une aggravation des risques en cause, même si l'exposition des individus à ces risques varie en termes de nature, de gravité et d'imminence, en fonction d'un ensemble de circonstances. Il s'ensuit que les questions relatives à la qualité de victime individuelle ou au contenu particulier des obligations de l'État ne peuvent pas être tranchées sur la base d'une stricte condition *sine qua non*» (§ 439). Par conséquent, la Cour rejette ouvertement le plus strict *but for* ou *sine qua non* test, confirmant ainsi ce qu'elle avait déjà dit, *inter alia*, dans l'affaire *E. and Others v United Kingdom*³⁶.

Enfin, dans la dernière partie que la Cour consacre à la question de la causalité (intitulé «Sur la question de la part de responsabilité de l'État»³⁷, quatrième dimension de la causalité, selon la classification suivie par la Cour), elle énonce des déclarations de principe particulièrement intéressantes, qui se rapprochent de ce que plusieurs juridictions internationales et internes ont déjà dit. Comme l'observe Nollkaemper³⁸, «the premise of the system of international obligations and responsibility is that states' performance of their climate change-related obligations is to be determined for each state individually, based on its own obligation and resulting contribution to climate change. The performance or non-performance of their obligations by other states and the factual consequences flowing from some non-performance in causal terms, in principle, is immaterial », pouvant jouer un rôle seulement pour ce qui concerne l'indemnisation³⁹. En effet, la Cour de Strasbourg observe d'emblée que le régime climatique établi par la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques est fondé sur le principe de responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives des États (article 3 § 1), et donc que «chaque État a sa propre part de responsabilité s'agissant de prendre des mesures pour faire face au changement climatique et que l'adoption de ces mesures est déterminée par les capacités propres de l'État concerné, et non par une action (ou omission) particulière de tout autre État»⁴⁰ et que «Un État défendeur ne doit

³⁶ *E. and Others v United Kingdom*, au § 99 cit. *supra* à la note 28.

³⁷ § 441-444.

³⁸ A. Nollkaemper, *Causation*, cit., 13.

³⁹ Qui ne fait cependant pas l'objet de l'arrêt *Klimaseniorinnen*: voir M. Cohen, V. Lanovoy, M. Camille, A. Rocha, M. A. Tigre, E. Xavier, Eneas: *Reparation for Climate Change at the ECtHR: A Missed Opportunity or the First of Many Decisions to Come?*, in *VerfBlog*, 10 mai 2024

⁴⁰ Cela est repris également dans l'affaire *Duarte*, §§ 202-203.

pas se soustraire à sa responsabilité en mettant en avant celle d'autres États, qu'il s'agisse ou non de Parties contractantes à la Convention» (§ 442).

Pour étayer ces affirmations, la Cour fait également référence à sa jurisprudence concernant des affaires où était en jeu la responsabilité conjointe de plusieurs États⁴¹ et aux principes de droit international relatifs à la responsabilité d'une pluralité d'États (article 47 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) selon lesquels la responsabilité de chaque État concerné est établie séparément, sur la base de son propre comportement et au regard de ses propres obligations internationales⁴² (§ 443).

Par conséquent, elle conclut que «la violation alléguée de droits garantis par la Convention en raison d'un dommage résultant des émissions de GES à l'échelle mondiale et des actions et omissions de multiples États dans la lutte contre les effets néfastes du changement climatique peut engager la responsabilité de chaque Partie contractante, sous réserve que sa juridiction⁴³, au sens de l'article 1 de la Convention, entre en jeu» (§ 444).

La Cour rejette explicitement également l'argumentation de la «goutte d'eau dans l'océan» avec un dernier paragraphe qui mérite d'être cité en entier, car il touche à plusieurs points cruciaux: «Concernant enfin l'argument de la 'goutte d'eau dans l'océan' qui ressort implicitement des observations du Gouvernement – autrement dit, la question de la capacité de tel ou tel État à influencer sur le changement climatique mondial –, il convient de relever que, dans le contexte *des obligations positives* qui incombent à un État au titre de la Convention, la Cour a toujours dit qu'il n'y a pas lieu d'établir avec certitude que les choses auraient tourné autrement si les autorités avaient adopté une conduite différente. L'analyse pertinente n'exige pas qu'il soit démontré qu'en l'absence d'un manquement ou d'une omission des autorités, le dommage ne se serait pas produit. Ce qui est important et suffisant pour engager la responsabilité de l'État, c'est plutôt le constat que des mesures raisonnables que les autorités internes se sont abstenues de prendre auraient eu une *chance réelle* [en anglais : *real prospect*] de changer le cours des événements ou d'atténuer le préjudice causé» (§ 444)⁴⁴.

Quelle est la portée de ce test de *real prospect*? Est-ce que ce test deviendra *le* test que la Cour suivra dans les prochains cas concernant les effets du changement climatiques sur les droits protégés par la Convention? Est-ce que ce test peut être considéré comme «an alternative formulation of a foreseeability test in the sense that a state should foresee that a particular omission contributed to harm and that terminating that omission would result in mitigation of the harm»⁴⁵? Cette dernière affirmation nous semble convaincante et nous permet également d'accorder l'importance nécessaire au concept de la «prévisibilité», qui nous semble très important pour identifier le lien de causalité approprié lorsque des obligations positives sont en jeu (comme dans le cas des violations concernant les effets du changement climatique), ainsi que l'avait déjà remarqué Benedetto Conforti, qui écrit que «the causation, as it appears in the case-law of the Court concerning the obligations of prevention, is strictly linked to the 'foreseeability'»

⁴¹ Comme l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §§ 264 et 367.

⁴² CDI, *Projet d'articles*, cit., commentaire sur l'article 47, §§ 6 et 8.

⁴³ Pour la question de la juridiction voir *ultra* la décision *Duarte*.

⁴⁴ Tout en ajoutant qu'en matière de changement climatique, ce principe doit être interprété à la lumière du principe de précaution (article 3 § 3 de la CCNUCC), selon lequel les États doivent prendre des mesures pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes de ce phénomène et en limiter les effets néfastes. Sur cet aspect voir aussi M. Torre-Schaub, *La protection de l'air et de l'atmosphère en Europe*, cit., 6 et 10-11.

⁴⁵ A. Nollkaemper, *Causation*, cit., 24.

of the wrongful event. It is an *ex post* test of ‘foreseeability’ of the event: even if the event was predictable there is still room, even after the wrongful event occurred, for verifying its place in the chain of events»⁴⁶. Toutefois, étant donné que dans le passé la Cour a oscillé entre différents critères⁴⁷, il faudra attendre les prochaines décisions pour comprendre si ce critère de «chance réelle de changer le cours des événements ou d’atténuer le préjudice causé» sera maintenu.

2.2. Changement climatique et violations d’obligations positives. Pour ce qui concerne le fond de l’affaire, comme nous l’avons anticipé, la Cour reconnaît pour la première fois que la CEDH implique également des obligations positives pour les États en ce qui concerne la lutte contre le changement climatique. En effet, après avoir exclu l’application dans le cas d’espèce de l’article 2 CEDH⁴⁸, elle rappelle sa propre jurisprudence selon laquelle les dommages ou risques de dommages environnementaux d’origines diverses entraînent des conséquences sur la santé, le bien-être et la qualité de vie des personnes. Elle en déduit également que l’article 8 implique en outre une obligation positive des États de protection contre les effets négatifs qui résultent des conséquences et risques néfastes liés au changement climatique.

Par la suite, elle ajoute que «en conséquence, l’obligation que l’article 8 impose à l’État est d’accomplir sa part⁴⁹ afin d’assurer cette protection. À cet égard, le devoir primordial de l’État est d’adopter, et d’appliquer effectivement et concrètement, une réglementation et des mesures aptes à atténuer les effets actuels et futurs, potentiellement irréversibles, du changement climatique» (§ 545).

À ce propos, elle précise que cela découle précisément de l’existence du lien de causalité examiné auparavant⁵⁰ et du fait que la Convention est un instrument vivant et qu’elle

⁴⁶ Benedetto Conforti ajoutait que dans les trois affaires rapportées dans son essai (*L.C.B. c. Royaume-Uni; Mastromattei c. Italie* et *Tugar c. Italie*), l’événement était en soi prévisible et la raison pour laquelle la Cour a conclu à l’absence de violation était précisément l’absence absolue de lien de causalité entre l’omission et l’événement (voir B. Conforti, *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on the State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in M. Fitzmaurice and D. Sarooshi (dir.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 135).

⁴⁷ Sur les nombreux critères utilisés par la Cour voir V. Stoyanova, *Causation between State Omission and Harm*, cit., 317 et V. Lanovoy, *Causation*, 55.

⁴⁸ Sur le choix de la Cour d’appliquer l’article 8 au lieu de l’article 2 de la CEDH voir A. Buyse, K. Istrefi, *Climate Cases Decided Today*, cit., selon lesquels cette décision «shows that it is less relevant on whether we use Article 8 or Article 2 since both create the same State obligations to sufficiently reduce GHG emissions [...] by focusing on Article 8 rather than Article 2, the Court has opened an alternative, more creative way to address climate change obligations while avoiding the higher and more complex procedural and admissibility burdens that are normally triggered through Article 2».

⁴⁹ Italique ajouté.

⁵⁰ À cette fin, elle renvoie aux paragraphes 435 [«Par ailleurs, la Cour a établi que l’article 8 peut trouver à s’appliquer dans les affaires relatives à l’environnement, que la pollution en question soit directement causée par l’État ou que la responsabilité de ce dernier découle de l’absence de réglementation adéquate de l’industrie privée [...] Elle a également jugé que l’obligation de réglementer concerne non seulement le dommage réel découlant d’activités spécifiques, mais s’étend aussi aux dangers inhérents à ces activités [...] En d’autres termes, les questions de causalité doivent toujours être examinées à la lumière du caractère factuel de la violation alléguée et compte tenu de la nature et de la portée des obligations juridiques en cause], et 519 [«À la lumière de ce qui précède et eu égard au lien de causalité entre, d’une part, les actions et/ou omissions de l’État en matière de changement climatique et, d’autre part, le dommage ou risque de dommage touchant des individus (paragraphes 435, 436 et 478 ci-dessus), l’article 8 doit être considéré comme englobant un droit pour les individus à une protection effective, par les autorités de l’État, contre les effets néfastes graves du changement climatique sur leur vie, leur santé, leur bien-être et leur qualité de vie»].

doit être appliquée de manière à ce que les garanties qu'elle offre soient concrètes et effectives, et non théoriques et illusoires. La Cour déclare en outre que «les États contractants doivent mettre en place la réglementation et les mesures nécessaires pour prévenir une augmentation des concentrations de GES dans l'atmosphère terrestre et une élévation de la température moyenne de la planète à des niveaux qui pourraient avoir des répercussions graves et irréversibles sur les droits de l'homme» (§ 546).

De plus, elle ajoute que les États doivent prendre les mesures appropriées pour parvenir à la *neutralité nette* – en principe au cours des trois prochaines décennies (paragraphe 548)⁵¹ – et prévoir des mesures immédiates dans l'intervalle entre la réalisation de cet objectif et la mise en place de la neutralité nette, afin «d'éviter de faire peser une charge disproportionnée sur les générations futures» (§ 549)⁵².

Par ailleurs, la Cour saisit l'occasion pour apporter des précisions importantes sur la marge d'appréciation des États en la matière, en soulignant que celle-ci est large pour ce qui est des moyens que l'État met en œuvre pour faire face aux défis posés par le changement climatique, mais qu'elle est plus étroite quant à «l'engagement de l'État en faveur de la nécessaire lutte contre le changement climatique et ses effets néfastes, et la fixation des buts et objectifs requis» (§ 543). Mais pas seulement: en ce qui concerne le choix des modalités, même si elle ne va pas jusqu'à indiquer précisément les mesures que les États devraient prendre pour se conformer à l'arrêt, elle ne se dispense pas d'établir un test en cinq étapes⁵³ pour déterminer si les États outrepassent ou non cette marge d'appréciation. En effet, pour apprécier si les mesures prises sont appropriées, la Cour considèrera si l'État a : 1) adopté des mesures générales précisant le calendrier à respecter pour parvenir à la neutralité conformément aux engagements nationaux et/ou mondiaux en matière d'atténuation du changement climatique; 2) fixé des objectifs et des trajectoires intermédiaires de réduction des émissions de GES aptes à permettre, en principe, d'atteindre les objectifs de réduction des émissions de GES dans les délais fixés au niveau national; 3) démontré qu'il s'est conformé aux objectifs de réduction des émissions; 4) actualisé ces objectifs avec la diligence requise; et 5) agi en temps utile et de manière appropriée et cohérente dans l'élaboration et la mise en œuvre de la législation et des mesures pertinentes.

En appliquant ce test à la présente affaire, elle conclut que la Suisse, ayant omis de quantifier, au moyen d'un budget carbone ou d'une autre manière, les limites nationales applicables aux émissions de GES, et d'adopter et implémenter en temps utile et de manière appropriée un cadre législatif et réglementaire pertinent, «a outrepassé les limites de sa marge d'appréciation et manqué aux obligations positives qui lui incombaient en la matière» (§ 573).

3. L'affaire Duarte. Dans l'affaire Duarte, qui concerne le Portugal et 32 autres pays, les requérants, six jeunes ressortissants portugais, se plaignent des effets présents et des graves effets futurs du changement climatique. Plus spécifiquement, ils ont soutenu que les incendies de forêt qui touchent le Portugal chaque année depuis 2017 sont directement liés au réchauffement climatique. Ils affirment qu'ils sont exposés au risque de problèmes de santé, et qu'ils ont déjà souffert de troubles du sommeil, d'allergies et

⁵¹ Il s'agit sans doute d'une position très innovante : voir *inter alia* L. Sicilianos, M. Deftou, *Breaking New Ground*, cit.

⁵² Comme l'observe O.W. Pedersen (*Climate Change and the ECHR: The Results Are In*, in *EJIL:Talk!*, 12 avril 2024), «This latter point has a strong sense of intrageneration environmental justice to it and maps on to developments in domestic law».

⁵³ M. Bönnemann, M. Tigre, *The Transformation of European Climate Change Litigation*, cit.

de difficultés respiratoires, à cause de ces incendies. Les requérants expriment également de l'anxiété face à ces catastrophes naturelles et à la perspective de vivre dans un climat de plus en plus chaud tout au long de leur vie, ce qui aurait des répercussions sur eux-mêmes et sur les familles qu'ils pourraient fonder à l'avenir. Ils se plaignent du non-respect par ces 33 États de leurs obligations positives en vertu des articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention, à la lumière des engagements pris dans le cadre de l'Accord de Paris sur le climat de 2015 (COP21). Les requérants allèguent également une violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec les articles 2 et/ou 8 de la Convention, arguant que le réchauffement climatique touche plus particulièrement leur génération et que, compte tenu de leur âge, les atteintes à leurs droits sont plus prononcées que pour les générations précédentes.

S'agissant de la juridiction extraterritoriale des États défendeurs autre que le Portugal, la Cour reprend rigide-ment sa jurisprudence antérieure, niant toute ouverture vers une notion fonctionnelle de juridiction⁵⁴. En effet, après avoir rappelé qu'elle a toujours rejeté «l'idée que le fait qu'une décision prise au niveau national a eu un impact sur la situation d'un individu se trouvant à l'étranger puisse être en soi de nature à établir la juridiction de l'État concerné à l'égard de l'intéressé»⁵⁵, en se référant aux aspects saillants de ses décisions antérieures en matière de juridiction, la Cour conclut que les arguments allégués par les requérants ne peuvent «ni servir de fondement à la création par voie d'interprétation judiciaire d'un motif inédit d'établissement de la juridiction extraterritoriale ni justifier un élargissement des motifs existants» (§ 195). Et cela, en prétendant avoir pris en dû compte l'évolution juridique tant au niveau national qu'international, les mesures adoptées à l'échelle mondiale face au changement climatique, et le développement constant des connaissances scientifiques sur les conséquences de ce phénomène sur les personnes⁵⁶ (§ 213).

La Cour a ensuite examiné la recevabilité par rapport au Portugal, déclarant la requête irrecevable également à cet égard pour non-épuisement des voies de recours internes.

L'examen du raisonnement de la Cour dépasse le cadre de notre commentaire. Cependant, quelques observations nous paraissent nécessaires.

La première est que la conclusion était prévisible, mais peut-être pas à ce point. La raison de la 'radicalité' de la Cour est peut-être à chercher dans le souci qu'elle exprime lorsqu'elle affirme que «souscrire aux arguments des requérants reviendrait à étendre de manière illimitée la juridiction extraterritoriale des États [...] pour en faire relever des personnes pouvant se trouver à peu près n'importe où dans le monde» (§ 208). Mais je crois qu'il y a aussi une autre préoccupation, qui n'a pas été exprimée ouvertement cette fois-ci, à savoir qu'une interprétation extensive de la juridiction pourrait à l'avenir être étendue à d'autres domaines que le changement climatique.

⁵⁴ Tout en admettant, au § 212, que la Cour interaméricaine (dans son avis consultatif OC-23/17 du 15 novembre 2017 sur l'environnement et les droits de l'homme) et le Comité des droits de l'enfant (dans l'affaire *Sacchi et consorts c. Argentine*, cit.) se sont appuyés sur une vision différente de la notion de juridiction.

⁵⁵ En ajoutant que cette affirmation est valable non seulement pour les décisions déjà prises par les autorités (*M.N. et autres c. Belgique*, §§ 112-113), mais aussi lorsque l'État a la capacité de prendre une décision ou une mesure ayant un impact sur la situation du requérant à l'étranger (*H.F. et autres c. France*, § 202). Pour une position interprétative différente sur l'applicabilité extraterritoriale des obligations positives en matière de droits de l'homme voir A. Fazzini, *L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in materia di diritti umani: il rimpatrio dei familiari dei foreign fighters francesi*, in *La Comunità internazionale*, 2023, 323 et s.

⁵⁶ Voir sur ce point G. Pane, *I climate cases di fronte alla sfida dell'ammissibilità: riflessioni a margine della decisione nel caso Duarte Agostinho*, in *Sidiblog*, 10 avril 2024.

Deuxièmement, la Cour fait des admissions intéressantes, qui méritent d'être citées presque dans leur intégralité, concernant entre autres la question de la causalité, confirmant et renforçant certaines déclarations de principe déjà formulées dans l'arrêt *Klimaseniorinnen*.

«Les États exercent un *contrôle ultime* sur les activités publiques et privées émettrices de GES qui sont menées sur leur territoire (§ 192) [...] il existe un *lien causal*, quoique complexe et multifactoriel, *entre les activités privées et publiques émettrices de GES qui sont menées sur le territoire d'un État et leurs effets délétères sur les droits et le bien-être des populations résidant hors des frontières de cet État* et exclues de son processus démocratique [...] (§ 193) le changement climatique est un problème véritablement existentiel pour l'humanité, *ce qui le distingue d'autres situations de causalité* [dans la version anglaise: «in a way that sets it apart from other cause-and-effect situations»]. L'extraction ou la combustion de quantités plus importantes de combustibles fossiles où que ce soit dans le monde, au-delà des niveaux pouvant être compensés par les puits naturels de carbone (émissions nulles), se traduiront inévitablement par une hausse des concentrations de GES dans l'atmosphère et, partant, par une aggravation des effets du changement climatique au niveau planétaire» (§ 194).

En outre, elle reprend explicitement l'arrêt *KlimaSeniorinnen* en affirmant au § 204 que «chaque État a sa propre part de responsabilité s'agissant de prendre des mesures pour faire face au changement climatique, et l'adoption de ces mesures n'est pas déterminée par une action (ou omission) particulière de tout autre État (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* et autres (précité, § 442)». Tout cela, d'une part, confirme une notion de causalité qui transcende la notion de causalité matérielle et, d'autre part, réduit l'impact de l'interprétation restrictive de la notion de juridiction, car «there will always be at least some association within a state's territory that could bring a climate change case against it, and the evaluation of the merits of any such case would not seem to depend on the extraterritoriality point at all»⁵⁷. C'est-à-dire que toute personne (ou plutôt toute association) qui intente une action contre un État partie en invoquant les obligations positives que la convention reconnaît dans le domaine du changement climatique protégera également, de fait, les personnes qui ne relèvent pas de la juridiction de cet État mais qui ressentent les effets extraterritoriaux des omissions ou de l'inadéquation des mesures de mitigation de ceci.

4. L'affaire Carême. L'affaire Carême concernait l'ancien maire de Grande-Synthe (une ville française située sur la Manche), qui avait d'abord intenté une action nationale contre le gouvernement français, alléguant qu'en raison de l'élévation du niveau de la mer, cette ville était exposée à un risque d'inondation. Dans l'attente d'une décision de la Cour de Strasbourg sur le recours introduit par le requérant le 28 janvier 2021, un arrêt du Conseil d'État du 11 juillet 2021 a entretemps reconnu la responsabilité du gouvernement français (car il n'a pas pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les objectifs fixés par le droit interne, conformément au droit international et au droit de l'Union européenne), mais les demandes individuelles du requérant ont été rejetées. Devant la Cour européenne, le requérant a fait valoir qu'en tant que résident et maire de la ville de Grande-Synthe, son exposition aux risques climatiques, y compris l'érosion côtière et les inondations côtières, viole son droit à la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH) et

⁵⁷ Voir M. Milanovic, *A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments*, cit., selon lequel «the approach adopted in *KlimaSeniorinnen* doesn't really require looking at the interests of extraterritorial applicants».

son droit à la vie (article 2 de la CEDH). Compte tenu du fait qu'il ne résidait plus en France (étant devenu entretemps député européen, il avait déménagé à Bruxelles), la CEDH a considéré qu'il ne pouvait être considéré comme une victime au sens de la Convention⁵⁸.

À cet égard, la Cour a déclaré :

«[...] la Cour considère qu'en ce qui concerne les allégations de risques liés au changement climatique qui menaceraient cette commune, le requérant ne saurait prétendre, sous aucun des volets de l'article 8 susceptibles d'être pertinents (vie privée, vie familiale ou domicile), à la qualité de victime aux fins de l'article 34 de la Convention, et ce indépendamment de la qualité dont il se prévaut, que ce soit celle de citoyen ou celle d'ancien résident de Grande-Synthe. Les mêmes considérations s'appliquent en ce qui concerne le grief formulé par le requérant sur le terrain de l'article 2 de la Convention» (§ 83)

«[...] juger que le requérant puisse prétendre à cette qualité de victime rendrait difficile de distinguer la défense des intérêts poursuivie par la voie de l'*actio popularis* – laquelle n'est pas reconnue dans le système de la Convention – des situations où il existe un besoin impérieux d'assurer la protection individuelle d'un requérant contre les atteintes que les effets du changement climatique pourraient porter à la jouissance de ses droits fondamentaux» (§ 84).

5. Conclusions. La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à statuer sur les premières affaires relatives au climat, a saisi l'occasion pour réaffirmer son rôle stratégique, en apportant une contribution significative au débat en cours, notamment en ce qui concerne l'affaire KlimaSeniorinnen. Cet arrêt a en effet été reconnu par les premiers commentateurs comme particulièrement important, et il est destiné à avoir un impact significatif non seulement sur les autres affaires pendantes devant la Cour, mais aussi sur les litiges présents et futurs devant les autres juridictions internationales et nationales⁵⁹.

Quelques semaines après les décisions examinées ci-dessus, le Tribunal de la Mer a également adopté un avis remarquable⁶⁰. Il reste à savoir quelles seront les contributions de la Cour internationale de justice⁶¹ et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁶² – également sollicitées à donner des avis juridiques – et, surtout, si les États auront la volonté et la capacité de s'y conformer. Le Parlement suisse, avec son vote du 11 juin 2024, même s'il ne visait pas ouvertement à ignorer l'arrêt KlimaSeniorinnen, comme l'ont prétendu certaines critiques, constitue dans les faits un défi à la Cour européenne⁶³, car il a refusé dans la substance de suivre ce que celle-ci a dit, réitérant en revanche ce que le gouvernement suisse avait déjà soutenu à Strasbourg, à savoir que la Suisse disposait déjà d'une stratégie efficace de lutte contre le changement climatique.

⁵⁸ Voir sur cette décision M. Torre-Schaub, *The European Court of Human Rights' Kick Into Touch: Some comments under Carême v. France*, in *VerfBlog*, 19 avril 2024.

⁵⁹ Sur l'influence que cet arrêt pourra en particulier avoir sur l'affaire *Giudizio universale*, (<https://asud.net/campagna/giudizio-universale/>) voir F. Cittadino, *The A Sud v. Italy Case after the KlimaSeniorinnen Judgment. Implications of the ECtHR's Decision for Climate Litigation in Italy*, in *VerfBlog*, 24 mai 2024.

⁶⁰ Sur cet avis, voir M. Wewerinke-Singh, J. Viñuales, *More than a Sink: The ITLOS Advisory Opinion on Climate Change and State Responsibility*, in *VerfBlog*, 7 juin 2024.

⁶¹ <https://www.icj-cij.org/case/187>.

⁶² https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf.

⁶³ Voir I. Foulkes, *Swiss parliament defies ECHR on climate women's case*, BBC News, 12 juin 2024, disponible à l'adresse <https://www.bbc.com/news/articles/cl55ggjqvx7o>.

Abstract. Le 9 avril 2024, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée pour les trois premières affaires climatiques : *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres*, et *Carême c. France*. Alors que les affaires *Duarte* et *Carême* ont été déclarées irrecevables, dans l'affaire *KlimaSeniorinnen* la Cour a adopté un arrêt remarquable avec lequel elle a reconnu pour la première fois que la CEDH implique des obligations positives pour les États d'adopter, et d'appliquer effectivement dans la pratique, des réglementations et des mesures susceptibles d'atténuer les effets actuels et futurs, potentiellement irréversibles, du changement climatique. La Cour de Strasbourg a ainsi énoncé plusieurs principes généraux sur les violations des droits humains liées au changement climatique, explicitement repris dans les deux autres affaires. De plus, pour la première fois, la Cour aborde explicitement, en tentant de la systématiser, une question cruciale soulevée dans presque tous les litiges liés au climat : la question de la causalité. Dans cette contribution, après avoir brièvement exposé les décisions prises par la Cour dans les trois affaires mentionnées, l'auteur vise à analyser en particulier la position explicitement exprimée par la Cour sur cette question.

Abstract. On 9 April 2024, the European Court of Human Rights ruled on the first three climate cases: *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, *Duarte Agostinho and others v. Portugal and 32 others*, and *Carême v. France*. While the *Duarte* and *Carême* cases were declared inadmissible, in the *KlimaSeniorinnen* case the Court adopted a remarkable judgment in which it recognized for the first time that the ECHR implies positive obligations for States to adopt, and effectively apply in practice, regulations and measures capable of mitigating the present and future, potentially irreversible, effects of climate change. The Strasbourg Court thus set out a number of general principles on human rights violations linked to climate change, which were explicitly taken up in the other two cases. In addition, for the first time, the Court explicitly addresses, and seeks to systematize, a crucial issue raised in almost all climate-related litigation: the question of causation. In this contribution, after briefly outlining the decisions taken by the Court in the three abovementioned cases, the author aims to analyze in particular the position explicitly expressed by the Court on this issue.

Mots clés. Changement climatique – CEDH – droits humains – obligations positives – causalité.

Key words. Climate change – ECHR – human rights – positive obligations – causation.

RECENSIONE A F. ZAMMARTINO, *LEGGE PROVVEDIMENTO E TUTELA DEI DIRITTI. ASPETTI E PROBLEMATICHE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO*, NAPOLI, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2023

di Alberto Lucarelli*

72

Francesco Zammartino è un giuspubblicista di formazione classica, nel senso che privilegia lo studio di temi fondativi del diritto pubblico generale, argomenti che, a ben vedere, troppo spesso, hanno anticipato l'insorgere del costituzionalismo democratico.

Ma la sua dimensione classica è contaminata dagli studi storici e politologici, infatti è titolare nel ruolo di ordinario della cattedra delle Istituzioni di diritto pubblico, presso la prestigiosa Università L'Orientale di Napoli.

L'ultimo suo impegno scientifico ha ad oggetto il sistema delle fonti, e in particolare una fonte eterodossa e anomala: la legge provvedimento. Il libro, dal titolo *Legge provvedimento e tutela dei diritti. Aspetti e problematiche nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, si snoda tra studio del sistema delle fonti e tutela delle libertà individuali.

È sapientemente strutturato in cinque equilibrati capitoli: il primo di carattere storico, il secondo di teoria generale e segnatamente sull'annosa questione dell'assenza nel nostro ordinamento costituzionale di una riserva di amministrazione ed i successivi rispettivamente sulla giurisprudenza della Corte e su quella del Consiglio di Stato.

Il libro chiude con una ampia panoramica di raffronto tra la legge provvedimento e il diritto euro-unitario.

Insomma Zammartino, questa volta non soltanto sceglie un tema classico, non temendo di confrontarsi con una antica, rigorosa e prestigiosa letteratura sull'argomento, ma altresì si avventura - ma mai a luci spente - su temi con complesse problematiche di natura pratica.

Il nostro sistema costituzionale, anche nella fase ordinamentale pre-unitaria, si è sempre indirizzato verso un c.d. monismo delle fonti. Una inclinazione del sistema delle fonti che ha fortemente caratterizzato anche la forma di Stato in particolare nei rapporti autorità-libertà. Questo modello, che risente dell'impronta codicistica napoleonica, si è trascinato, attraverso la prassi, le convenzioni e la giurisprudenza fino alla l. n. 100/1926 e alle preleggi al codice civile del '42.

Insomma, il monismo delle fonti che nasceva come visione legocentrica e di centralità della legge, collocato in un sistema autoritario e totalitario, diventa strumento relazionabile più alla politica ed all'esercizio del potere, piuttosto che alla sfera giuridica.

La legge, priva di controlli costituzionali, poteva «decidere» di assumere una portata particolare e concreta, abbandonando i crismi della generalità, astrattezza e imperatività. L'autonomia dell'esecutivo, attraverso il dualismo delle fonti e l'esercizio del potere regolamentare, perdeva di rilevanza, in presenza di un atto legislativo «camaleontico» e soprattutto privo di limiti, se non quegli espressi dal potere politico. L'onnipotenza della legge, del potere legislativo, come ben evidenziato dall'A., assume nella fase costituzionale un'accezione ben diversa. Ovviamente si colloca in una forma di Stato democratica, dove il principio di legalità assume rilevanza sostanziale, limitando e contenendo sia l'esercizio del

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

potere regolamentare che quello a «valle» di natura amministrativa. Si consolida il sistema monista delle fonti, soprattutto, e qui è evidente la sensibilità dell'A., nel rapporto autorità/libertà, nella sfera delle garanzie individuali, a difesa delle libertà dei cittadini.

Zammartino dimostra di «maneggiare» con cognizione e sapienza categorie fondative del diritto pubblico generale: la forma di Stato, il principio di legalità, la riserva di legge, il sistema delle fonti, riuscendo, impresa non banale, a mettere in relazione tali categorie, soprattutto nell'osservazione della fonte oggetto della sua riflessione: la legge provvedimento.

La legge provvedimento c'è ed è risalente nel nostro ordinamento, Zammartino non ha un approccio verso la stessa ideologico e radicale, comprende che la prassi all'interno di un rigoroso monismo delle fonti, in assenza come in Francia di una riserva regolamentare, cerchi spazi di intervento. Ma queste esigenze, soprattutto legate ai processi economici e di gestione del territorio, vanno perimetrare.

L'attuale forma di Stato, basata sul primato della legge, sulle garanzie costituzionali, sul principio di legalità sostanziale, sulla riserva di legge assoluta, impone che la legge provvedimento, priva dei suoi elementi fondativi, sia comunque perimetrata nell'alveo costituzionale. Giusto! E qui allora il lavoro passa ad una ragionata, attenta e certosina analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale, del giudice amministrativo, che in relazione a fattispecie concrete, non esita a misurarsi con la prassi con una costante attenzione alla tenuta dei principi costituzionali e alla tutela delle libertà individuali.

Insomma, si prende atto della porosità e dell'erosione del sistema delle fonti, di una formale centralità della legge che nella sua apparente immanenza, protetta dal monismo delle fonti e dalla conseguente assenza di limiti, determina proprio una «fuga dalla legge ordinaria», attraverso l'abuso del decreto legge e delle mozioni di fiducia sui maxi emendamenti.

E la Corte costituzionale non può che scrutinare tali fonti, in asimmetria originaria con la giurisprudenza amministrativa, sotto la lente del principio di eguaglianza sostanziale e del principio di ragionevolezza e bilanciamento.

Insomma, un tema complesso che come ben evidenzia in coda Zammartino pone non pochi problemi in ambito euro-unitario; un tema talmente complesso che oggi, con la sua stratificazione non può che essere affrontato caso per caso seppur nel perimetro di principi fissati dalla Corte costituzionale.

In conclusione, un libro che si snoda, con equilibrio, tra istituti fondativi del diritto pubblico e attuali e spinosi problemi di ordine pratico, con una spiccata sensibilità verso la protezione delle libertà individuali. Un contributo rigoroso e utile che tuttavia non «chiude la porta» al dibattito, che è tuttora in piedi.

La dottrina deve avere l'autorevolezza di «giocare» la sua partita, non lasciando la regolamentazione degli istituti soltanto al conflitto tra Corte costituzionale, giurisprudenza ordinaria e giurisprudenza amministrativa.

LO SPORT E LA MODIFICA DELL'ART. 33 DELLA COSTITUZIONE*

di Alfonso Vuolo**

Sommario. 1. La stagione delle riforme puntuali. – 2. L'iter di formazione della l. cost. n. 1/2023. – 3. La novella costituzionale. – 4. Il contenuto innovativo. – 5. L'interesse nazionale e lo sport.

74

1. La stagione delle riforme puntuali. La l. cost. n. 1/2023 è ascrivibile al novero delle revisioni puntuali, che, di recente, hanno modificato la Carta¹.

In particolare, tra la riforma dell'art. 33 e quella degli artt. 9 e 41, ad opera della l. cost. n. 1/2022, è possibile scorgere alcune affinità.

Innanzitutto, l'approvazione a larghissima maggioranza delle due leggi, tale da escludere la possibilità del ricorso al referendum di cui all'art. 138, c. 2, Cost.

L'enucleazione, poi, della tutela dell'ambiente e del diritto allo sport attraverso una interpretazione estensiva del testo costituzionale originario (molto più rilevante, invero, l'attività ermeneutica, specie del giudice costituzionale, in tema di salvaguardia degli equilibri naturali)².

Inoltre, l'emersione nel testo scritto della Carta attraverso la modifica dell'art. 117, ad opera della più risalente l. cost. n. 3/2001, sul riparto delle competenze legislative: la tutela dell'ambiente, quale competenza esclusiva dello Stato; la valorizzazione dell'ambiente e l'ordinamento sportivo, quali materie di tipo concorrente³.

Infine, l'ascensione formale di entrambe dalla seconda (organizzativa) alla prima parte (l'ambiente nell'art. 41, lo sport nell'art. 33) con l'eccezionale assunzione della tutela ambientale tra i principi fondamentali, lì dove, invero, avrebbe dovuto collocarsi anche l'attività sportiva, secondo una tesi, proposta nel corso del dibattito parlamentare, volta a intravedere un legame tra cultura e sport⁴.

* Sottoposto a referendum.

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

¹ Il riferimento è alle ll. cost.: a) n. 1/2020, volta alla riduzione del numero dei parlamentari (artt. 56 e 57); b) n. 1/2021 sul diritto di voto ai maggiorenni per l'elezione del Senato (art. 58); c) n. 1/2022, in materia di tutela ambientale (articoli 9 e 41); d) n. 2/2022, in tema di riconoscimento della peculiarità delle isole (art. 119, c. 6). In argomento si vedano le riflessioni, tra gli altri, di A. Ruggeri, *Note minime in tema di revisioni costituzionali ad oggetto eccessivamente circoscritto (traendo spunto dal "taglio" dei parlamentari)*, in *Consulta online*, 2022, III, 1 ss.; V. Marcenò, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in *gruppodipisa.it*; G.M. Salerno, *Le recenti leggi di revisione costituzionale: modifiche puntuali o premesse per un nuovo assetto delle pubbliche istituzioni?*, in *cnos-fap.it*.

² Tra i tanti in dottrina che sostengono l'enucleazione del valore sportivo da numerosi enunciati costituzionali, T.E. Frosini, *La dimensione costituzionale dello sport*, in *Federalismi.it*, paper 23 febbraio 2022; F. Lubrano, *Il diritto allo sport come diritto fondamentale in prospettiva anche costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 234 ss.

³ Invero, ai fini del riparto delle competenze legislative lo sport era già stato oggetto di previsioni negli statuti speciali del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia.

⁴ Si veda la Relazione della 1^a Commissione permanente del Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 747, recante *Modifica all'articolo 32 della Costituzione, concernente l'introduzione del diritto di accesso allo sport*, d'iniziativa dei senatori Iannone e Candrini, e n. 2262 *Modifica all'articolo 33 della Costituzione, in materia di promozione e valorizzazione dello sport*, d'iniziativa dei senatori Sbrolini e altri, XVIII legislatura. Sul punto si vedano

Resta, però, una sensibile differenza tra i due testi di riforma: la l. cost. n. 1/2023 si segnala per la buona fattura stilistica, mentre la l. cost. n. 1/2021 presenta alcune aporie proprio nella parte in cui interessa la modifica dell'art. 9 Cost., a partire dalla discutibile collocazione tra i principi fondamentali della previsione, essenzialmente organizzativa, di assegnare alla legge dello Stato il compito di disciplinare i modi e le forme di tutela degli animali⁵.

2. L'iter di formazione della l. cost. n. 1/2023. Il disegno di legge è stato approvato pressoché all'unanimità all'avvio della legislatura in corso.

Nella precedente non era giunto alla seconda deliberazione.

Il dato è non poco rilevante se si considera la notevole differente composizione delle Camere tra le due legislature.

Invero, nella XVIII legislatura il disegno di legge era ampiamente diverso rispetto al testo approvato a partire dalla circostanza che la pratica sportiva, secondo i proponenti, avrebbe dovuto essere inserita nell'art. 32⁶: secondo una lettura già affiorata in precedenza, lo sport, in effetti, avrebbe avuto dignità costituzionale fin dall'entrata in vigore della Carta perché implicito nel concetto di salute⁷.

Invece, sul piano del diritto positivo, lo sport era stato attratto nell'orbita della materia «turismo e industria alberghiera», così disponendo l'art. 56, c. 2, lett. b), d.P.R. n. 616/1977, il quale assegnava alle regioni le funzioni amministrative riguardanti la promozione di attività sportive e ricreative e la realizzazione dei relativi impianti e attrezzature (d'intesa, per quelle di interesse dei giovani in età scolare, con gli organi scolastici)⁸.

Lungo questo solco si è collocata una riflessione minoritaria in dottrina secondo la quale, prima della riforma del 2023, lo sport sarebbe stato permeato da una concezione di svago e, quindi, avrebbe avuto copertura costituzionale nell'art. 36 che, come noto, riconosce il diritto al riposo del lavoratore⁹.

3. La novella costituzionale. L'inserimento della novella nell'art. 33 e il suo contenuto inducono a ritenere che la pratica sportiva si sia affrancata definitivamente dalle precedenti ricostruzioni, estremamente riduttive (lo sport inteso tanto come funzionale alla tutela salute quanto come attività ludico-ricreativa).

Da qui può scorgersi che la riforma introduce qualche elemento di effettiva novità nel testo. A tale conclusione inducono le seguenti considerazioni.

In primo luogo, tutte le articolazioni pubbliche sono investite della riforma essendo utilizzato il lemma «Repubblica».

In secondo luogo, il testo della novella non si limita ad affermare la tutela dell'attività sportiva¹⁰ ma se ne riconosce il valore in tre direzioni: educativo, sociale e, soltanto dopo,

le considerazioni di M. D'Amico, *Lo sport come diritto della persona: analisi dei progetti di revisione costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1, 2022, spec. 155 – 156.

⁵ In argomento, A. Vuolo, *La legge cost. n. 1 del 2022 e la tutela dell'ambiente*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2024, 159 e ss.

⁶ Il binomio sport-salute è avallato anche in pronunce dei giudici comuni. Ad esempio, si veda TAR Lombardia, Milano, III, 12 gennaio 2009, n. 5021.

⁷ Sul punto M. Luciani, *Appunti per l'audizione innanzi la 1^a commissione – Affari costituzionali – del Senato della Repubblica*, 21 dicembre 2021.

⁸ L'art. 60, c. 1, lett. a, d.P.R. n. 616 del 1977, invece, attribuisce ai Comuni le funzioni amministrative in materia di promozione di attività ricreative e sportive.

⁹ F. Goisis, *Sport e tempo libero*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici III, 2022, spec. 1154 e ss.

¹⁰ Ad avviso di L. Santoro, *L'inserimento dello sport in Costituzione: prime osservazioni*, *il Diritto dello Sport*, 2023, 2, spec. 17 – 18, il riferimento testuale all'attività sportiva offre una visione diversa da quella proposta dalle norme proprie dell'ordinamento sportivo, che, invece, premiano l'aspetto competitivo. Si vedano in proposito anche

fattore di promozione del benessere psico-fisico.

Il valore dello sport, inoltre, è riconosciuto in «tutte le sue forme»: professionistico, dilettantistico, amatoriale, senza distinzioni anagrafiche, organizzato e non, per normodotati e disabili¹¹.

Viene, quindi, enfatizzata la sua portata inclusiva, in maniera aderente all'impianto dei principi costituzionali¹².

In effetti, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 33 è polimorfa.

È in essa insita, per un verso, una dimensione individualista, facilmente riconoscibile nella parte in cui si afferma il «benessere psicofisico» della persona, che, si badi, non è esattamente imbrigliabile nel concetto di salute, dal momento che la partecipazione ad un evento sportivo potrebbe anche causare traumi, sofferenze per lo sforzo che richiede¹³ e, ciò nonostante (o forse proprio per questo...), appaga l'atleta, contribuendo allo svolgimento della sua personalità. In altri termini, non persuade una lettura della novella costituzionale confinata in una dimensione sanitaria: non sostengono una tale esegesi né la disposizione letterale né il dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge di revisione costituzionale.

Accanto al profilo individualistico, per altro verso, è privilegiata la funzione educativa e sociale dell'attività sportiva.

Non è affatto agevole una classificazione categorica della nuova situazione giuridica (ad esempio, diritto soggettivo¹⁴ o diritto sociale¹⁵) se si considera la molteplicità di posizioni ad essa riconducibile: il soggetto che intende praticare l'attività fisica (da solo o in compagnia), l'atleta professionista, l'associazione di volontariato, la società sportiva imprenditoriale, il disabile, il cittadino che vuole assistere a competizioni, la pretesa del singolo ad associarsi nell'ambito di organizzazioni sportive e a vedersi assicurata la libertà all'interno di queste, l'interesse pubblico alle condizioni di buona salute della popolazione (anche al fine del contenimento della spesa sanitaria) e ad avere atleti in grado di ben figurare nelle competizioni internazionali¹⁶.

La volontà del legislatore costituzionale è, comunque, chiara a differenza dei progetti di riforma proposti durante la precedente legislatura.

le notazioni di G. Liotta, *Lo sport in Costituzione: assenza formale e presenza sostanziale*, in *Diritto dello Sport*, 2023, 1, spec. 6 – 7.

¹¹ Sull'importanza dell'attività sportiva per i disabili, tra i tanti, G. Agrifoglio, *Disabilità e "diritto" allo sport: tutele civilistiche e liberà costituzionali*, in *Persona e Mercato*, 2, 2023, 318 e ss. Più in generale sul tema della disabilità, G. Arconzo, *I diritti delle persone con disabilità*, Milano, 2020.

¹² Da ultimo, in tal senso E. Battelli, *Il riconoscimento del valore educativo e sociale dell'attività sportiva in Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2024, 1 ss.

¹³ Si pensi, solo per fare qualche esempio, a discipline come la boxe e il triathlon c.d. «super lungo».

¹⁴ Sul terreno concreto la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo è, in parte, superata dal riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per quanto concerne «le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti» (art. 133, c. 1, lett. z), d. lgs. n. 104/2010), ancorché sia stata poi ridotta tale tutela a quella risarcitoria per equivalente, potendo, ad esempio, il giudice amministrativo conoscere in via incidentale e indiretta delle sanzioni disciplinari, ove lesive di situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento statale. Sul punto si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 160 del 2019, commentata, tra gli altri, con rilievi critici da F. G. Scoca, *Autonomia sportiva e pienezza della tutela giurisdizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2019, p. 1687 ss.

¹⁵ C. Sagone, *La costituzionalizzazione dell'attività sportiva: alla ricerca di nuovi traguardi (di tutela)*, in *Dirittiregionali.it*, 2, 2023, 395 e 407.

¹⁶ Precedentemente alla riforma costituzionale, il caleidoscopio di situazioni, in larga parte, è stato raffigurato, con dovizia di argomentazioni, tra gli altri, da T. Pensabene Lioni, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2012, 415 ss.

Trattandosi di una preminente funzione educativa e sociale, molto più appropriata si rivela la collocazione della novella nell'art. 33 in ragione della poliedricità della previsione che cristallizza nel tessuto costituzionale diversi interessi: arte, scienza e, soprattutto, istruzione. In questa parte può scorgersi un allineamento del testo costituzionale ai trattati europei. In particolare, gli artt. 6 e 165, TFUE, associano i temi dell'istruzione e della formazione professionale a quelli della «gioventù e dello sport» proprio in ragione del fatto che questi ultimi si caratterizzano per la loro specifica funzione socio-educativa, affrancati da una visione prettamente economica¹⁷.

In ragione di quanto appena accennato, la formulazione dell'art. 33 enfatizza il valore dell'attività sportiva sia nella dimensione individualistica, come potente fattore di formazione della persona¹⁸, sia in quella sociale per il tessuto delle relazioni che grazie ad essa si costruisce¹⁹.

Sembra, dunque, appropriato anche l'utilizzo del lemma «riconosce», che, in definitiva, salda l'art. 33 all'art. 2 della Carta, legame che, sulla scia, invero, di quanto già era affiorato nella legislazione ordinaria²⁰ e in sede internazionale, si giustifica proprio per la profonda opzione valoriale compiuta. Tuttavia, questa non va saggiata solo in chiave personalista ma occorre considerare anche la valenza pluralistica della dimensione sportiva, tenuto conto, tra gli altri aspetti, delle centomila associazioni del settore esistenti in Italia, molte delle quali appartenenti all'universo del volontariato²¹.

È appena il caso di sottolineare che il verbo riconoscere è adoperato anche nell'art. 29: non è avventato, quindi, ritenere che nel vigente disegno costituzionale lo sport rappresenti la terza istituzione educativa insieme alla famiglia e alla scuola.

4. Il contenuto normativo. Alla luce di queste brevi considerazioni, si può ritenere che la revisione dell'art. 33 non possa essere sbrigativamente liquidata come «revisione-bilancio»²². È una riforma destinata a produrre un impulso sulla produzione legislativa a venire e a

¹⁷ In argomento, tra gli altri, B. Nascimbene, *Diritto sportivo (Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, 2017, 341 ss. Per quanto concerne il rilievo economico del fenomeno sportivo nell'ambito dell'Unione europea si veda, da ultimo, S. Bastianon, *Lo sport in Europa tra regole di concorrenza e politica industriale. Spunti di riflessione*, in *Eurojus*, 1, 2023, 129 ss. A tal riguardo non può sottacersi del fatto che lo sport rappresenti il 3% del prodotto interno lordo in Italia.

¹⁸ Tra gli altri, in argomento, L. Melica, *Attività sportiva e persona umana: una riforma ambiziosa e lungimirante*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, 5 ss.

¹⁹ In effetti, il tenore della novella costituzionale è tale da distinguersi anche da quelle previsioni costituzionali concernenti alcuni statuti delle regioni ad autonomia speciale. Infatti, sia l'art. 4 Stat. Friuli sia l'art. 12 Stat. Trentino si limitano ad annoverare le pratiche o le istituzioni sportive nell'ambito delle competenze assegnate alla Regione. In alcune regioni di diritto comune lo statuto pone qualche disposizione di principio più significativa. Ad esempio, l'art. 7 Stat. Lazio stabilisce che la Regione incentiva lo sviluppo dell'attività sportiva, amatoriale e agonistica e ne promuove lo svolgimento da parte di ogni individuo, riconoscendone gli effetti positivi per il benessere psicofisico e per l'aggregazione sociale.

²⁰ L'art. 1, l. n. 91/1981, stabilisce che «l'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero». La «Carta Internazionale per l'educazione fisica, l'attività fisica e lo sport», adottata dall'U.N.E.S.C.O. nel 1978, ha riconosciuto lo sport come diritto fondamentale per tutti. Discorre di diritto (umano) allo sport M. F. Serra, *Una diversa prospettiva: lo sport e i diritti umani*, in *Nomos*, 1, 2023, spec. 10.

²¹ Il profilo è evidenziato in Cassazione civile, SS.UU., 7 maggio 2021, n. 12149; nonché Corte costituzionale, sent. n. 49/2011.

²² Specie si considera l'orientamento espresso dalla Corte con la sentenza n. 57/1976, laddove lo sport fu considerato come una «attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiedere la protezione e l'incoraggiamento da parte dello Stato». L'espressione, come noto, è di G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1187-1189.

consolidare quella in corso, soprattutto sul fronte scolastico.

Ne è una prova il massivo reclutamento degli insegnanti di attività motoria per le classi quarte e quinte della scuola primaria. Lungo questa scia affiora nel confronto parlamentare l'opportunità di estendere la disciplina a docenti qualificati per le classi prime, seconde e terze²³.

L'introduzione della novità del liceo sportivo – in forza della revisione dell'art. 33 – potrebbe agevolare anche una riforma del sistema universitario sul modello dei college statunitensi²⁴.

E ancora la dimensione sociale dell'attività fisica – consacrata dal suo inserimento nel titolo II della parte prima – dovrebbe favorire anche un più significativo intervento delle articolazioni pubbliche nel recupero degli impianti scolastici dedicati alla competizione fisica e nella realizzazione di nuovi, considerata anche la fase propizia innescata dal PNRR²⁵.

Scuola e sport possono rappresentare una formidabile occasione di riscatto sociale delle aree svantaggiate e delle persone che vi risiedono²⁶.

Non mancano i primi riflessi – per quanto discutibili – della riforma anche tra gli apparati amministrativi. Notizia di qualche giorno fa: il questore di Torino ha modificato il divieto di accedere a tutte le strutture sportive, consentendo ad alcuni facinorosi di partecipare ai campionati minori come atleti per effetto della nuova formulazione dell'art. 33 della Costituzione²⁷.

5. L'interesse nazionale e lo sport. Insomma, per effetto della riforma, lo sport è divenuto parte del nucleo forte del nostro sistema costituzionale che, come visto, vincola, per espressa previsione normativa, tutte le istituzioni repubblicane.

Sennonché tale impegno, per la sua rilevante dimensione, oggi più di ieri, non può essere cristallizzato in un riparto di competenze dal carattere statico.

In effetti, la materia «ordinamento sportivo» è inevitabilmente condizionata dai vincoli assunti in sede europea e internazionale, entrando, inoltre, in contatto con altri ambiti di sicura competenza esclusiva statale (tutela della concorrenza, ordine pubblico e sicurezza, ordinamento civile e penale, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale). A partire dal livello legislativo, la potestà concorrente in materia ex art. 117, c. 3, sarà suscettibile di adattamenti a seconda delle esigenze che, di volta in volta, si manifesteranno.

In prospettiva, quindi, da un lato, è plausibile una maggiore attrazione verso l'alto dell'esercizio della funzione legislativa in materia²⁸, per effetto anche della chiamata in sussidiarietà al fine di assicurare la gestione unitaria e omogenea di interessi di così rilevante

²³ Si veda, ad esempio, Senato della Repubblica, Commissione affari costituzionali, Legislatura XVIII, Resoconto sommario n. 303 del 15 dicembre 2021.

²⁴ C. Sagone, *La costituzionalizzazione dell'attività sportiva: alla ricerca di nuovi traguardi (di tutela)*, cit., spec. 411 ss.

²⁵ Sul punto richiama l'attenzione, tra gli altri, M. Di Masi, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 22, 2023, spec. 133.

²⁶ In tale direzione si colloca anche il fondo «Sport e prevenzione», di cui all'art. 15, d.l. n. 185/2015, conv. in l. n. 9/2016, destinato alle aree svantaggiate.

²⁷ In *La Repubblica*, edizione di Torino, 21 novembre 2023. Lungo questo solco altri sviluppi possono ipotizzarsi nei più svariati ambiti; sul punto, per un esempio, si veda N. D'Agnesi, *La costituzionalizzazione della pratica sportiva: riflessioni "de iure condito" e prospettive "de iure condendo" sullo sport all'interno degli istituti penitenziari*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2023, 10, 1455 ss.

²⁸ Il trend in favore dello Stato della legislazione in materia di attività sportiva, prima della riforma dell'art. 33 Cost., è evidenziato, tra gli altri, da A. Sterpa, *La partita tra Stato e Regioni nell'"ordinamento sportivo"*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2017, 2, 258 ss.

portata²⁹. In tal senso, se si vuole, depone anche il disegno di legge recante “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione”³⁰. Infatti, il c. 3 dell’art. 3, tra le materie o gli ambiti di materie che possono essere oggetto di ulteriori forme di autonomia in favore delle Regioni di diritto comune, annovera anche l’ordinamento sportivo proprio al fine di assicurare la previa determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

Ma, dall’altro lato, proprio per come è venuto conformandosi nel tempo il fenomeno sportivo, è possibile presagire che queste attività (pur di interesse generale) siano affidate all’autonoma iniziativa di cittadini singoli e associati, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, c. 4, Cost.³¹.

La nuova previsione dell’art. 33, dunque, si incastona nel disegno costituzionale in maniera coerente: mediante, in particolare, la saldatura all’art. 2, rinvigorisce il «nuovo» rapporto dell’individuo con lo Stato.

In questa cornice di valori e principi organizzativi, la riforma deve essere apprezzata non tanto perché allinea il nostro ordinamento alle carte costituzionali europee e, in particolare, a quelle c.d. di «seconda generazione», in ciascuna delle quali, invero, è variamente plasmato lo specifico interesse³². Piuttosto, essa costituisce il definitivo superamento della diversa concezione dello sport propugnata nel periodo pre-repubblicano, la quale fu, secondo una tesi, la ragione del mancato fondamento espresso della pratica sportiva nel testo costituzionale entrato in vigore il primo gennaio del 1948³³.

Lo sport, oggi, è un potente fattore di inclusione, crescita, realizzazione dell’individuo nella dimensione sociale.

È un valore, ora, anche con espresso fondamento costituzionale.

Abstract. Il saggio ha ad oggetto la modifica dell’art. 33 Cost. ad opera della l. cost. n. 1/2023. Per effetto di questa ora il testo costituzionale annovera l’attività sportiva tra gli interessi fondamentali del nostro ordinamento. Il saggio ricostruisce le fasi salienti del procedimento di revisione, riconoscendo al progetto riformatore una capacità innovativa effettiva, anche nella prospettiva della futura produzione legislativa. Sono, infine, esaminate le possibili conseguenze sul piano del riparto delle competenze legislative e amministrative.

Abstract. This essay deals with the amendment of art. 33 of the Italian Constitution by the constitutional law n.1 of 2023. Due to this revision, the constitutional text will now include sport activity among the fundamental interests concerning our system. The essay describes

²⁹ Del resto, già prima della riforma il meccanismo è stato ritenuto praticabile dalla Corte. Si vedano le sentenze n. 40/2022 e n. 123/2022, con le quali la Corte richiede però l’osservanza del principio di leale cooperazione attraverso lo strumento dell’intesa per gli atti da adottarsi a valle. Si veda, altresì, la sentenza n. 254/2013 sull’edilizia sportiva e il riparto di competenza. Discorso diverso riguarda il caso di impegni sportivi discendenti da obblighi internazionali; sul punto Corte costituzionale, sent. n. 517/1987.

³⁰ A.C. 1665.

³¹ In argomento, A. Santuari, *Le associazioni sportive dilettantistiche tra principio di sussidiarietà e attività di interesse generale: le convenzioni ex art. 56 del codice del terzo settore*, in *Diritto dello sport*, 4, 2023, 10 ss.

³² Si veda *Dossier XIX legislatura, Modifica all’art. 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva*, A.C. 715-b Cost., spec. 20 e ss. In dottrina, G. Marazzita, *Il riconoscimento del valore costituzionale dell’attività sportiva*, in *federalismi.it*, 2024, 1, spec. 118. In prospettiva comparata, A.N. Chaker, *Good governance in sport – A Europa Survey*, 2004; J. Riordan, A. Kruger, *European Cultures in Sport. Examining the nations and regions*, 2003; A.N. Chaker, *Study of National Sports organization in Europe*, 1999.

³³ In tal senso, tra gli altri, P. Sandulli, *Costituzione e sport*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2017, IV, par. 1. Il dibattito in Assemblea costituente, da ultimo, è stato ripreso da C. Sagone, *La costituzionalizzazione dell’attività sportiva: alla ricerca di nuovi traguardi (di tutela)*, cit., spec. 381 ss.

the main stages of the revision process, showing the actual capacity for innovation of the reform project, furthermore, looking ahead to the future legislative production. Lastly, the possible consequences for the distribution of legislative and administrative powers are examined.

Parole chiave. Revisione costituzionale – sport – valore educativo.

Key words. Constitutional review – sport – educational value.

LA REGOLAMENTAZIONE DELLE BORSE MERCI NEGLI INTERSPAZI DEL DIRITTO*

di Veronica Caporrino**

Sommario. 1. L'ordine giuridico creato dai mercati. – 2. La Borsa europea del commercio. – 3. Le Borse merci nell'ordinamento giuridico italiano. – 4. Il modello francese. – 5. L'esperienza inglese. – 6. Il modello statunitense. – 7. Le Borse merci telematiche. – 8. Note finali.

81

1. L'ordine giuridico creato dai mercati. L'estendersi oltre i confini nazionali dei processi di scambio, lo sviluppo di tecnologie informatiche, la nascita di mercati finanziari transazionali hanno modificato anche il diritto. La relazione tra la struttura della società e la cultura del diritto appare connessa al cambiamento degli attori della vita giuridica e alla perdita di esclusività che il soggetto statale ha subito nel suo ruolo di *law-maker*¹. Nello scenario giuridico globale si sono affacciati attori ben diversi da quelli tradizionali. Il processo giuridico² oggi cede ad un contesto in cui la globalizzazione produce il *breaking frame* del moderno diritto³. La frammentazione dei nuovi attori si spalma su più livelli, geografici e settoriali⁴. Si delinea un contesto nel quale i meccanismi di controllo e il bilanciamento degli interessi in gioco diventano claudicanti. Tutto ciò richiede un dialogo con l'esperienza vivente⁵.

«Il nuovo diritto globalizzato, nato da esigenze economiche, volto a soddisfare i bisogni degli uomini di affari, non costretto in leggi, non costretto nella volontà solitaria di un legislatore supremo e distaccato, nasce dai fatti, vi si mescola, ne resta intriso, resta impregnato di una intrinseca fattualità. Se il diritto degli Stati è sorretto e controllato dal canone della validità, cioè della corrispondenza a modelli generali autoritari e autorevoli, [...] il nuovo diritto globalizzato tende alla effettività, non è pensabile se non come diritto effettivo, non importa se grondante di informalità, una informalità che nemmeno le categorizzazioni di esperti e di teorici riescono a cancellare»⁶. Il cambiamento nell'universo globale pare si affermi come ordine delle organizzazioni internazionali e delle forze private del mercato, in uno spazio globale che tende ad essere sconfinato⁷.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Così testualmente, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 101.

² Così, M. Weber, *Economia e società* (1922), I, Milano, 1968.

³ L'espressione riprende il titolo di uno studio di G. Teubner, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 17.

⁴ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 95.

⁵ M.C. Lombardi, *Poesia del silenzio*, in *Poesie*, 2001, 153, 5.

⁶ P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *lectio doctoralis*, del 24 ottobre 2005, Aula Magna della Università di Bologna.

⁷ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006.

2. La Borsa europea del commercio. L'ordine giuridico creato dai mercati ha carattere complesso. Vi è un percorso giuridico, a tratti incerto e accidentato, che produce un variegato repertorio di strumenti giuridici in cerca di validazione. Il diritto sembra essere legato a processi economici e politici che vanno nella direzione di una de-politicizzazione, decentralizzazione e de-formalizzazione. La società si differenzia su scala globale erodendo l'importanza dei confini territoriali⁸ e produce una enorme richiesta di normatività non statale che va alla ricerca di un suo riconoscimento. In tale direzione, i regimi privati globali hanno dato vita ad un diritto globale al di fuori dello Stato, producendo delle aspettative normative in cerca di validazione giuridica. Ciò comporta la nascita di un diritto eterarchico, policontesturale e senza unità politica. È un diritto che deriva da regole paralegali che sono prodotte ai margini del diritto, al suo confine con il processo economico e tecnologico⁹. A un diritto per definizione *hard*, che si colloca nel tradizionale modello di *government (command and control* nella versione aglosassone), si affiancano forme di regolazione *soft*, eteronome o autonome, che arricchiscono l'ambito di una *new governance* eterarchica, policentrica, diffusa, fondata sull'idea di una democrazia deliberativa, sulla pluralità dei mondi privati autoregolati, sulla rete come nuovo paradigma del diritto statale, internazionale e sovranazionale¹⁰.

L'autonomia del settore privato si manifesta in modalità sempre più transnazionali. Secondo alcuni autori¹¹ non ci stiamo muovendo verso un ennesimo aggiornamento del concetto di sovranità (da nazionale a sovranazionale), bensì verso il suo tramonto: il luogo della sovranità, occupato finora dallo Stato-nazione è semplicemente «vuoto». Assistiamo all'emergere di un nuovo paradigma giuridico «post-sovrano». L'ottica del pluralismo giuridico sembra adeguata a rappresentare l'organizzazione giuridica post-sovrana. Sia a livello regionale¹² (come l'Unione europea può dimostrare), sia a livello mondiale, si delinea l'immagine di un ordinamento composto da sfere decisionali diverse dagli Stati e dotate di un certo grado di autonomia.

Tale assunto potrebbe essere sperimentato con riferimento all'attività svolta dalle Borse merci¹³ che operano sui mercati internazionali. Il primo modello di studio è quello europeo. La Borsa Europea del Commercio è stata inaugurata nel 1961, su iniziativa delle Borse di Mannheim e Strasburgo. Essa ha sede a Strasburgo ed è composta da 38 Borse afferenti a 12 Paesi diversi. La sua importanza e la sua influenza vanno ben oltre la portata degli affari commerciali che avvengono in seno alla medesima. In essa operano le Borse merci dei mercati cerealicoli ma anche gli operatori del settore terziario. Il suo compito principale è l'organizzazione di «giorni». Ogni anno, in una città europea, la Borsa Europea del Commercio attesta il proprio carattere rappresentativo delle attività dei suoi membri. In tale occasione gli attori del settore cerealicolo si incontrano per discutere delle prospettive di mercato, per stabilire e consolidare i legami di reciproca fiducia che li legano al fine di creare una rete di sviluppo che generi un impatto positivo sulla politica delle autorità competenti.

⁸ Sull'affievolimento del rapporto tra sovranità e territorio, v. M. Taruffo, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 110.

⁹ G. Teubner, *«Global Bukovina»: Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law without a State*, a cura di G. Teubner, Dartmouth, 1998, 12. Cfr., per un approfondimento, N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

¹⁰ Cfr. F. Ost e M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pur une théorie dialectique du droit*, Brussel, 2002.

¹¹ J. Habermas, *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002.

¹² Per una riflessione dettagliata sul rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto privato si veda, AA. VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti. Atti del 4° Convegno Nazionale*, 16-17-18 aprile 2009, Grand Hotel Quisisana – Capri, Napoli, 2010.

¹³ E. Bani, *Le borse merci*, Milano, 2009.

L'obiettivo che la Borsa si pone è la definizione di un unico contratto europeo per la compravendita delle agro-commodities, realizzando una ipotesi di standardizzazione dei contratti.

3. Le Borse merci nell'ordinamento giuridico italiano. Per presentare un modello di studio in merito alla predisposizione di contratti standardizzati richiamiamo l'ordinamento giuridico italiano.

Il decreto ministeriale del 20 dicembre del 2000, attribuisce alle Camere di commercio il compito di adottare norme tecniche, delegando, così, alle medesime la funzione di dettare le regole sulle modalità di gestione delle negoziazioni e la relativa vigilanza nonché sulle modalità di accesso alle stesse da parte degli operatori economici. Si tratta di una vasta gamma di azioni collocate lungo la scala pubblico/privato che attribuisce a tali soggetti la possibilità di giocare come co-decisorio delle regole e di divenire anch'essi, unitamente agli altri, «mercanti del diritto»¹⁴. Ci troviamo di fronte a soggetti chiaramente non giuridici e dichiaratamente economici che, pur nella loro autonomia normativa, abbisognerebbero di una costante e continua assistenza giuridica. Tralasciando gli aspetti organizzativi di questi istituti ciò che rileva è la constatazione che si tratta di settori nei quali le aggregazioni di categoria non soltanto gestiscono ma addirittura disciplinano e controllano questi istituti. Nonostante essi trovino la loro disciplina nella legge del 1913 e nel relativo regolamento esecutivo, che funge da mera legittimazione dei regolamenti interni delle singole Borse, esse hanno, sin dall'inizio, operato creando regolamentazioni funzionali differenziate fra le varie piazze, favorendo la frammentazione delle norme giuridiche e dunque, della regolamentazione dei mercati. La situazione è in parte cambiata con la costituzione della Borsa merci telematica avvenuta con provvedimento legislativo¹⁵, che ha soltanto ratificato le modifiche nel frattempo intervenute nel settore e rilevate dagli operatori pratici, i quali in questo scenario non soltanto possono vendere al prezzo più conveniente ma possono utilizzare pratiche speculative collegate alla variazione del prezzo. Il decreto del Ministro delle attività produttive del 9 marzo 2002 ha riconosciuto il ruolo di gestione della piattaforma telematica e dei servizi ad essa connessi alla società Meteora spa. Soltanto con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali del 6 aprile 2006, n. 174 è stata istituita la Borsa merci telematica italiana (BMTI) e la Deputazione nazionale che, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza e controllo, si avvale dell'ausilio della società di gestione al fine di assicurare la trasparenza e la correttezza dei comportamenti sul mercato. Accanto al regolamento generale della BMTI esistono una serie di regolamenti speciali di prodotto che disciplinano i singoli mercati e sono adottati dalla Deputazione nazionale su proposta della società di gestione sentiti gli operatori della filiera riuniti in appositi comitati.

A organi pubblici è stato affidato il compito di provvedere all'organizzazione e ai controlli delle negoziazioni delle Borse merci ma ciò non preclude all'autonomia dei privati di esplicitarsi. In merito all'utilizzo di contratti standard, nel nostro ordinamento, l'adozione da parte degli operatori di contratti-tipo non prevede l'applicazione delle norme codicistiche per le condizioni generali di contratto contenute nell'art. 1341 c.c., in quanto il contratto non è predisposto da una delle parti ma da una associazione di categoria¹⁶.

¹⁴ Y. Dezelay, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, 1995.

¹⁵ Decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato del 20 dicembre 2000.

¹⁶ G. Santini, *Borse merci*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1987, 294. Cfr., in generale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 349; C. DONISI, *Art. 1342*, in P. Perlingieri (a cura di), *Codice Civile*, Napoli, 1991, 371-372. Per la giurisprudenza, Cass. 6 agosto 2003, n. 11875, in *Giust. civ.*, 2003, 7; Cass., 29

Le Borse merci pur essendo delle strutture pubbliche presentano una forte componente di «accettazione», di partecipazione alle determinazioni da parte degli operatori privati¹⁷. Gli usi costituiscono «un testo contrattuale [...] che può ben dirsi ‘predisposto unilateralmente’, in quanto viene utilizzato dal proponente quale partecipe o beneficiario di una organizzazione, che, con lungo e ripetuto studio dei propri legali e successive deliberazioni dei suoi membri, l’ha compilato e poi aggiornato nell’interesse di una determinata categoria di imprenditori»¹⁸. La scelta del tipo contrattuale da parte della Borsa Europea del Commercio richiama il tema dell’autonomia contrattuale. È utile ribadire che il contratto, anche quello tipico, deve essere sempre sottoposto al controllo di meritevolezza. Le parti sono libere di determinare il contenuto contrattuale, di scegliere il tipo contrattuale purché volti a realizzare interessi meritevoli di tutela. La predisposizione di contratti standard nell’ambito dell’azione delle Borse merci sollecita una riflessione riguardo l’incidenza della telematica¹⁹ sulla formazione dell’accordo e la dibattuta configurabilità delle trattative precontrattuali²⁰. Su quest’ultimo punto, in dottrina, vi sono due teorie²¹. Il contratto telematico, secondo la teoria della «oggettivazione dello scambio», in mancanza di trattative, andrebbe ricondotto al modello dell’adesione non negoziale a contratto predisposto o, addirittura, dello scambio senza accordo, così come esposto da Natalino Irti. Secondo la teoria «consensualistica», i contratti telematici hanno natura negoziale in virtù della libertà di accettare l’accordo; dunque, si ritiene non esistente tale accordo negoziale non tanto perché mancano le trattative ma perché manca il potere dell’oblato di rifiutare²².

4. Il modello francese. Nell’ordinamento giuridico francese la disciplina dei *marchés et halles* in origine era affidata principalmente a forme di regolamentazione di carattere municipale che vedevano coinvolte le *Mairies*, enti locali direttamente interessati che esercitavano anche funzioni di polizia annonaria. A partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, su tale impostazione di base si è venuta a innestare una regolamentazione nuova che ha inciso sia sui poteri attribuiti alle collettività territoriali, sia sulle modalità d’esplicazione del commercio, sia, infine, sul soggetto gestore del singolo mercato e sulle modalità di operare dell’ente come soggetto regolatore e soggetto economico rilevante. Nel quadro dei *marchés et halles* descritto, importante punto di svolta appare essere il *décret n. 62-795 du 13 juillet 1962* che crea in Francia il primo *marché d’intérêt national* in un ambito territoriale prossimo alla stessa città di Parigi (*Rungis* e *Chevilly-Laure*). Tale decreto disciplina il trasferimento delle *Halles centrales* sulla piazza commerciale di Parigi e, grazie al collegato *arrêt du 31 mars 1967*, regola le operazioni e le transazioni relative ai prodotti che devono essere ivi commercializzati, imponendo per via amministrativa un accentramento degli scambi di tipologie di beni primari e di prodotti agro-alimentari. Il *Livre VII* del *Code de commerce* al *Chapitre I^{er}* del *Titre VI*, agli artt. da L761-1 a L761-11, detta la disciplina dei mercati d’interesse

novembre 1991, n. 12835, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1512; Trib. Genova, 25 luglio 1949, in *Foro it.*, 1950, c. 364, con nota di A. Scialoja, *Natura ed efficacia dei c.d. usi cotonieri*.

¹⁷ Per un’analisi approfondita sull’argomento, v. E. Bani, *Le borse merci*, cit.

¹⁸ Così, A. Scialoja, *Natura ed efficacia degli usi cotonieri*, cit., 373.

¹⁹ Per una visione d’insieme sul tema, si rinvia a E. Tosi, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2020.

²⁰ Sul tema, G. Perlingieri, F. Lazzairelli, *L’incidenza della telematica sulla formazione dell’accordo. La discussa configurabilità delle trattative precontrattuali nei contratti standard (o di massa)*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2016, 281.

²¹ La visione dottrinale è ben evidenziata da R. Trezza, *Il contratto nell’era del digitale e dell’intelligenza artificiale*, in *Dir. econ.*, 2021, 2, 293.

²² N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. Cfr., A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020, 161 ss.

nazionale, la quale mira a stabilire norme dirette a favorire la liberalizzazione delle operazioni che si svolgono su tali mercati²³.

L'art. L761 del *Code de Commerce* definisce i mercati di interesse generale come «servizi pubblici di gestione di mercati, il cui accesso è riservato ai produttori e ai commercianti che contribuiscono all'organizzazione e alla produttività dei circuiti di distribuzione dei prodotti agricoli e alimentari, alla promozione della concorrenza in questi settori economici e alla sicurezza alimentare dei cittadini». Da tale definizione si ricava che nei mercati d'interesse nazionale le attività di «polizia amministrativa», esercitate dal gestore o dal soggetto da questi delegato, è circoscritta alla definizione della regolamentazione dell'accesso al mercato e della regolazione dell'attribuzione delle piazze disponibili su ciascuno di essi; a esso si affiancano rilevanti poteri di vigilanza e di controllo da parte di organismi statali. Sembra che l'intersezione interesse pubblico e interesse privato come «non possono essere fisiologicamente in conflitto così non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante»²⁴.

Grazie alla forza economica di tali mercati, sono i soggetti gestori a reperire in autonomia le fonti di finanziamento necessarie per realizzare interventi di miglioramento dei servizi, della logistica del mercato o delle sue strutture e servizi. Si dissolve, in tal senso, il legame (finanziario) tra il mercato e il soggetto pubblico. Inoltre, la possibilità offerta dal *Code de commerce* di insediare un mercato di interesse nazionale su terreni di proprietà privata, vale a confermare quanto sopra detto.

Un'altra figura presente sul mercato agricolo francese è costituita da *le marché au cadran*, mercato caratterizzato dall'offerta di prezzo al ribasso sia per quanto riguarda il commercio all'ingrosso sia quello al dettaglio. In tale contesto, acquirenti e venditori, riuniti nelle *Sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA)*, si impegnano ad acquistare e a vendere soltanto nel mercato di riferimento. Tale sistema mira a tutelare i soggetti associati in quanto, a prescindere dal prezzo di aggiudicazione di una singola partita di merci, il prezzo effettivamente pagato dall'aggiudicatario sarà pari al prezzo medio di quella tipologia di prodotto commercializzata su quel mercato in quella determinata giornata. In tal modo, da un canto si offre una particolare tutela giuridica alle posizioni degli attori del mercato e dall'altro si tenta di porre in essere misure di sostegno a favore delle produzioni agricole. È la conformità del meccanismo di fissazione del prezzo di mercato rispetto alle regole concorrenziali sia europee sia nazionali a tutelare le produzioni nazionali; questo potrebbe rilevare una possibile ipotesi di configurazione di intese vietate dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea²⁵. Tali metodologie contrattuali e commerciali rientrano nelle eccezioni disciplinate nell'art. L420-4 del *Code de commerce*; nonostante la legittimità in astratto di tale meccanismo di determinazione del prezzo, vige il divieto di introdurre, da parte di una società di interesse collettivo agricolo

²³ Per una ricostruzione storica dettagliata, v. E. Bani, *Le borse merci*, cit.

²⁴ Per una disamina sull'argomento, v. P. Perlingieri, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 58-59.

²⁵ Per una definizione puntuale di intesa si rinvia all'opera di F. Munari, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* Tizzano, Torino, 2000, 1149 ss. L'art. 101 TFUE identifica espressamente alcuni casi paradigmatici di intese restrittive della concorrenza (vengono in rilievo: quelle che fissano direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita di prodotti e servizi, ovvero altre condizioni contrattuali; quelle che limitano o controllano la produzione, lo sviluppo tecnico ed economico, gli investimenti; quelle che ripartiscono i mercati; quelle che discriminano i produttori senza nessuna giustificazione economica; quelle che subordinano la stipulazione di accordi all'accettazione di clausole). Si tratta di ipotesi molto ampie, tali da ricomprendere tutti i casi di limitazione alla libertà di azione delle imprese sul mercato: è il caso di accordi mediante i quali il produttore operante in uno Stato membro vende al proprio distributore in un altro Stato membro, ma vieta a quest'ultimo di rivendere nel primo Stato (Corte giust., 28 marzo 1984, cc. 29/83 e 30/83, *José Pérez Naranjo c. Caisse régionale d'assurance maladie*).

che gestisce un *marché au cadran*, clausole di esclusiva nei contratti di adesione al fine di impedire forme di dipendenza economica da parte di alcuni soggetti presenti sul mercato rispetto ad altri.

5. L'esperienza inglese. Le Borse merci in Inghilterra hanno raggiunto il loro sviluppo nel periodo compreso tra la fine del 1800 e inizio del 1900. Il funzionamento di tali borse non è avvenuto secondo uno schema predefinito; la pratica ne ha fissato in maniera progressiva le regole. Parlare di Borse o Mercati delle merci induce di per sé a pensare a organizzazioni commerciali di operatori disciplinate da una rigida auto-disciplina²⁶.

Tra le Borse merci inglesi più importanti si menziona il *London Metal Exchange (LME)* con sede a Londra che rappresenta la borsa più importante al mondo per i metalli non ferrosi. Lo scambio dei metalli preziosi avviene presso il *London Bullion Market Association (LBMA)*, il *London Platinum and Palladium Market (LPPM)*. Si tratta di mercati *over-the-counter (OTC)*. La loro disciplina non trova collocazione in un regolamento e sono caratterizzati dall'assenza di controllo sulle negoziazioni sia in termini di obblighi informativi per quanto concerne i prezzi e le quantità, sia in termini di controllo sulle operazioni svolte dai partecipanti al mercato. La contrattazione dei prodotti alimentari avviene nel *London Sugar Futures Market - LSFM*. Esso è costituito da associazioni autonome governate da consigli di amministrazione cooptati fra i membri. Sono assistiti da segretariati che esercitano i poteri fissati nei regolamenti di mercato. Nonostante siano autonomi, essi sono sottoposti al controllo da parte della *Bank of England*. Essi, pur ricoprendo un ruolo fondamentale sullo scenario economico, sfuggono al controllo procedurale relativamente alle regole applicabili alle operazioni di contrattazione ma, al contempo, sono soggetti ad un controllo esercitato da un organismo che svolge funzioni di politica monetaria. Tra le materie prime più importanti si ritrova lo zucchero. Tutti i contratti negoziati nel mercato a termine (dello zucchero) di Londra devono essere registrati presso la *International Commodities Clearing House Limited (ICCH)*²⁷, una società indipendente che provvede a svolgere per conto del LSFM determinati servizi di compensazione e di liquidazione. Tale società, dotata di consistenti capitali e riserve, organizza la compensazione giornaliera degli affari e garantisce ai *Clearing Members*, in nome dei quali i contratti vengono registrati, la corretta esecuzione degli stessi, conformemente alle regole del LSFM. Il mercato in oggetto fornisce i servizi organizzati per la conclusione di contratti di acquisto o di vendita di merci da consegnare a una data stabilita, al fine di proteggere i commercianti di prodotti e merci di base contro i rischi di un andamento sfavorevole dei prezzi.

I mercati a termine internazionali di Londra, che rappresentano le principali piazze per il commercio internazionale dei prodotti di base, contribuiscono alla stabilità e al buon funzionamento degli scambi internazionali e dei meccanismi di fissazione dei prezzi su scala mondiale.

Emerge una considerazione che rileva da un punto di vista strettamente giuridico, seppur oggi anacronistica vista l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea: lo statuto e i regolamenti del LSFM sono considerati come accordi a norma dell'art. 105 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea – TFUE. Statuto e Regolamenti indicano i tassi minimi netti di commissione applicabili dai membri, i quali possono essere sospesi o esclusi qualora violino le relative regole. I tassi minimi di commissione variano in funzione di chi li paga o li

²⁶ A. Zecchi, *La riapertura delle Borse Merci in Gran Bretagna ed i criteri di controllo valutario della Banca di Inghilterra*, in *Moneta e Credito*, 1954, 231.

²⁷ Decisione della Commissione del 13 luglio 1987 relativa ad una procedura in applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE (IV-31.764 - Baltic International Freight Futures Exchange Limited), in GU 10 agosto 1987, n. L 222, 24.

riscuote (*clearing clients/non-clearing clients*). La riflessione, seppur non più attuale, pare sia interessante per le implicazioni che ne derivano sul piano pratico. Il sistema così delineato è stato considerato dalla Commissione come una forma di fissazione dei prezzi contraria alle disposizioni di cui all'art. 105, par. 1, TFUE. Per tale ragione il LSFM è stato invitato a rinunciare al sistema di tassi minimi fissi. Tutte le altre transazioni che si svolgono fra membri o fra membri e non membri comportano il pagamento di un diritto di commissione. La Commissione ha ritenuto che quest'ultimo non limita la concorrenza, in quanto esso comporta soltanto l'obbligo di percepire una commissione senza fare alcun riferimento alle percentuali. Ne consegue che esiste una totale libertà di negoziare le percentuali reali delle commissioni di mediazione; in tal modo, le operazioni effettuate all'interno di tali organizzazioni, benché non disciplinate da regole statali, concorrono a regolamentare aspetti rilevanti delle relazioni economiche.

6. Il modello statunitense. Discorrere di Borse merci negli Stati Uniti d'America equivale a evocare il concetto di «speculazione» che trova nelle parole del giudice Holmes un indizio in merito alla necessità di «prevedere il futuro». Egli nel 1905 ha affermato che *«people will endeavor to forecast the future and to make agreements according to their prophecy. Speculation of this kind by competent men is the self-adjustment of society to the probable. Its value is well known as a means of avoiding or mitigating catastrophes, equalizing prices and providing for periods of want. It is true that the success of the strong induces imitation by the weak, and that incompetent persons bring themselves to ruin by undertaking to speculate in their turn. But legislatures and courts generally have recognized that the natural evolutions of a complex society are to be touched only with a very cautious hand, and that such coarse attempts at a remedy for the waste incident to every social function as a simple prohibition and laws to stop its being are harmful and vain»*²⁸. E così, i legislatori e i giudici devono essere consapevoli che le evoluzioni della società vanno toccate con 'mano cauta' per tentare di porre rimedio a una eventuale dissipazione della funzione sociale. Le Borse merci statunitensi nascono come organizzazioni *non profit*. Il *Chicago Board of Trade (CBOT)*, fondato nel 1848 da un gruppo di 83 *businessmen*, rappresenta la borsa dei *futures* e delle opzioni sui cereali più grande al mondo. Al suo interno vengono trattate soprattutto derrate agricole come il mais, l'avena, la soia, la farina di soia e il frumento. In passato le attività di scambio si basavano sul sistema delle aste aperte; oggi le necessità dell'economia globale impongono l'utilizzo di un sistema di scambio elettronico. Il sistema delle aste disponeva di una propria regolamentazione, tanto che parte della dottrina ha parlato di una legislazione come *«is largely the saga of a single institutions»*²⁹. Al fine di contrastare questa egemonia legislativa, furono emanate l'«*anti-gaming*» or «*anti-bucket shop*» laws - in an attempt to make it as difficult as humanly possible to trade futures in Chicago»³⁰. Nel 1936, dopo che il Congresso aveva apportato delle modifiche ai regolamenti della Borsa valori di New York, il Dipartimento dell'Agricoltura, sulla base dell'incostituzionalità del *Future Trading Act* del 1921, «on the ground that the it was an attempt to regulate by means of the taxing powers»³¹, emanò il *Commodity Exchange Act*.

In una decisione del 1889 la Corte affermò che *«sales for future delivery on the Board of Trade are not in and of themselves interstate commerce. They can not come within the regulatory power of Congress as such, unless they are regarded by Congress, from the evidence before it, as directly interfering with interstate commerce so as to be an obstruction or a burden thereon»*. Qui, è la Corte Suprema a sostenere che la regolamentazione del *Chicago Board of Trade* non deve sovrapporsi alla legislazione federale.

²⁸ *Board of Trade v. Christie Grain & Stock Co.*, 198 U.S. 236, 247-248 (1905).

²⁹ J.H. Stassen, *The Commodity Exchange Act in Perspective--A Short and Not-So-Reverent History of Futures Trading Legislation in the United States*, 39, in *Wash. & Lee L. Rev.* 1982, 826.

³⁰ T. Taylor, *Trading in Commodity Futures. A New Standard of Legality?*, in *Yale L. J.*, 1933, 43, 63.

³¹ *Hill v. Wallace*, 259 U.S. 44, 1922.

In tale direzione è facile capire che la regolamentazione del *Chicago Board of Trade* influenza le contrattazioni, come è stato affermato nel caso *New York & C. Grain and Stock Exch. v. Board of Trade*, dove si legge che il Chicago Board of trade «has become of vast commercial influence, and fixes the market values of grain and agricultural products for a large territory, and the fluctuations in prices upon its floors powerfully affect the market prices of the necessities of life throughout the country and the world»³². Sembra che si tratti di un governo del diritto che passa attraverso il governo del commercio³³.

Lo strumento più usato all'interno delle Borse merci statunitensi è il *future*, contratto a termine con il quale si acquista o si vende un prodotto reale sottostante, speculando sulle *commodity*. I *futures* sono contratti standardizzati nei quali non deve essere indicata né la quantità, né la qualità, né le modalità di consegna. Se l'acquirente alla scadenza (i contratti *future* hanno diverse scadenze durante l'anno dipendendo dalle materie prime e fanno riferimento al mese di consegna della merce) non vuole ritirare la merce potrà demandare al *broker* di vendere un *future* sulla stessa materia prima, oppure potrà concludere il contratto più vicino, in termini di scadenza, e 'aprire' quello con una scadenza successiva, compiendo così un'operazione detta *rollover*, esponendosi al rischio di realizzare una perdita che potrebbe derivare dalla ineguale quotazione dei due contratti.

Il 12 luglio del 2007 il *Chicago Board of Trade* e il *Chicago Mercantile Exchange (CME)*, specializzato nella commercializzazione di prodotti deperibili come uova, burro e pollame, hanno dato vita, con una operazione di fusione, al *Chicago Mercantile Exchange Group (CME)*. Il *New York Mercantile Exchange (NYMEX)* è oggi la più grande borsa merci al mondo su materie prime e fa parte del *CME Group*. La regolamentazione del mercato dei *futures* è affidata ad un'agenzia indipendente, la *Commodity Futures Trading Commission (CFTC)*³⁴, creata dal Congresso nel 1974. Essa vigila sulle Borse e approva i contratti, assicura che i prezzi siano resi noti al pubblico e che i *traders in futures* comunichino le loro posizioni qualora superino determinati livelli. Essa promuove l'efficienza e la competitività dei mercati, protegge i partecipanti dal rischio di frodi e di pratiche commerciali abusive, assicurando al contempo l'integrità finanziaria del processo di compensazione. L'attività di controllo della Commissione è stata estesa anche agli operatori stranieri³⁵.

Il *Commodity Exchange Act (CEA)* regola la negoziazione di *futures* delle materie prime³⁶; esso è stato modificato dal *Commodity Futures Trading Commission Act* del 1974 che ha ampliato la nozione di merci, includendo «all other goods and articles [...] and all services, rights and interests in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt»³⁷.

Per ogni contratto *future* che viene negoziato deve essere specificato l'oggetto del contratto. Poiché possono esistere notevoli differenze nella qualità delle merci disponibili sul mercato,

³² *New York & C. Grain and Stock Exch. v. Board of Trade* 127 Ill. 153, 161, 19 N.E. 855, 858, 1889.

³³ A. Reich, *The WTO as Law-Harmonizing*, in *Journal Int. E. L.*, 2004, 362.

³⁴ Per un'analisi normativa e per una ricostruzione storica dettagliata, v. www.cftc.gov/lawregulation/doddfrankact/index.htm.

³⁵ 7 U.S.C. § 6i (1976); 17 C.F.R. §§ 15-20, 1979. Tale scelta è risultata non molto efficace; sul punto J. Markham, *Regulation of international transactions under the commodity exchange act*, in *Fordham L. Rev.*, 1979, 129, 133.

³⁶ La Commissione aveva ricevuto dal Congresso il mandato di assicurare che i prezzi sulle borse riflettessero la legge della domanda e dell'offerta invece che le manipolazioni o le eccessive speculazioni. In tale direzione il *Commodity Exchange Act* statuisce che «un'eccessiva speculazione su qualsivoglia bene sottoposto a contratto di vendita futura dello stesso bene [...] che causi fluttuazioni repentine o esorbitanti, o cambiamenti ingiustificati nei prezzi di tale bene, è un fardello non dovuto e non necessario per il commercio internazionale di questo bene». W. Engdahl, *Perhaps 60% of today's oil price is pure speculation*, in *Global Research*, May, 2008, 2.

³⁷ This amendment eliminated any distinction between regulated and nonregulated commodities and brought within the regulatory some traded commodities as cocoa, coffee, copper, foreign currencies, iced broilers, lumber, mercury, palladium, platinum, plywood, propane gas, silver, sugar and silver coins. 7 U.S.C. § 2, 1976.

la borsa deve precisare quali siano le qualità accettabili per quella merce. Per alcuni tipi di merci la regolamentazione prevede la possibilità di consegnare anche quantitativi con qualità diverse; in tal caso il prezzo di consegna viene rettificato tenendo conto dell'eventuale divergenza dalla qualità standardizzata indicata nel contratto³⁸. Il mandato dell'agenzia è stato più volte ampliato: il *Dodd Frank Wall Street Reform* dell'11 gennaio 2012 ne ha esteso i tempi. Il Congresso ha affermato che esso serve «[t]o promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system»³⁹. In particolare, esso ha come obiettivo quello di ridurre i rischi connessi alle negoziazioni, prevedendo nuove forme di trasparenza. La riforma ha stabilito che i negoziatori devono rispettare elevati *standards* di condotta al fine di promuovere l'integrità del mercato.

Negli Stati Uniti, tutte le Borse merci devono registrarsi presso la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC), a norma della Section 5 del *Commodity Exchange Act* (CEA) del 1936, autorità di vigilanza istituita per prevenire e rimuovere gli ostacoli al commercio interstatale, al fine di promuovere mercati competitivi, efficienti e trasparenti che aiutino a proteggere i consumatori da eventuali frodi e pratiche sleali⁴⁰. Il *Commodity Exchange Act*, che ne disciplina l'istituzione è definito come «a remedial statute that serves the crucial purpose of protecting the innocent individual investor-who may know little about the intricacies and complexities of the commodities market-from being misled or deceived»⁴¹. Si evidenzia l'intenzione del legislatore federale di sottoporre a controllo la regolamentazione emanata dalle Borse merci nella consapevolezza che, in generale, accanto agli Stati e ai diritti positivi si affiancano altre fonti di produzione del diritto facenti capo non a volontà politiche sovrane ma a forze economiche, sociali e culturali. Al vecchio monismo⁴² si va sostituendo un largo pluralismo giuridico che produce decentralizzazione, frammentazione, privatizzazione. In tale direzione, il diritto si libera del lambiccato monismo, reclamando di veder riconosciuta la sua effettiva articolazione pluralistica, il suo distendersi a rivestire le coagulazioni sociali più svariate⁴³.

7. Le Borse merci telematiche. Un dato che oggi va rilevato è che le Borse merci sono piattaforme telematiche e ciò non è privo di conseguenze giuridiche. La Borsa merci telematica italiana (BMTI) nasce da una iniziativa del Sistema camerale con lo scopo di ammodernare i propri servizi a supporto della commercializzazione dei prodotti agroalimentari e dare trasparenza al meccanismo di formazione dei prezzi. La negoziazione delle merci avviene per il tramite dei Soggetti Abilitati all'Intermediazione (SAI) che raccolgono e gestiscono gli ordini degli operatori accreditati alla BMTI.

È possibile effettuare transazioni sia per le *commodities* sia per i prodotti tipici e di qualità. Gli operatori accreditati possono anche avvalersi di servizi accessori alle contrattazioni, tra i quali l'assicurazione del credito e i servizi finanziari a garanzia e supporto della loro attività. La contrattazione dei prodotti avviene sulla base di una regolamentazione che riguarda tutti gli aspetti delle operazioni, le caratteristiche dei prodotti e la struttura del contratto di

³⁸ Sull'argomento, v. I. Degregori, *Contratti a termine*, Milano, 2011, 57 ss.

³⁹ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 1376, 2010.

⁴⁰ *Commodity Futures Trading Commission, Data Repositories*, August 17, 2021.

⁴¹ Tale definizione è contenuta in G. Schwartz, *Deriving an Understanding of the Extraterritorial Applicability of the Commodity Exchange Act*, *St. John's L. Rev.*, 2017, 91, 774.

⁴² S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969. La crisi dello Stato moderno è costatata sotto un duplice profilo: come «effetto di forze disgregatrici» e come «fenomeno concernente le relazioni interstatuali». L'a. afferma che in seno allo Stato, e spesso, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che a loro volta tendono a unirsi e collegarsi fra loro; Id., *Oltre lo Stato*, Discorso inaugurale dell'a.a. 1917-1918, Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri, in *Riv. dir. pubbl.*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950.

⁴³ Così puntualmente, P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit.

compravendita, come anche le modalità di gestione dei contenziosi. In un ambiente competitivo in termini di costi, gli scambi elettronici stanno diventando sempre più diffusi. La Borsa merci telematica più importante in Europa è l'*Intercontinental Exchange* (ICE). L'unico scambio fisico di materie prime rimasto in Europa è il *London Metal Exchange*. Il LME è il centro mondiale per il commercio di metalli industriali: più di tre quarti di tutte le attività di *futures* sui metalli non ferrosi vengono scambiate in quel mercato.

Per quanto riguarda le Borse merci telematiche statunitensi il *New York Mercantile Exchange* ha introdotto sistemi elettronici di scambio delle merci dal 2006. Qui rileva un aspetto molto interessante in merito agli scambi di merci con operatori stranieri in quanto esiste «the primary impediment to such actions is the presumption against extraterritoriality, which embodies the longstanding principle of American law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States»⁴⁴. Nel caso *Morrison v. Nat'l Austl. Bank LTD.*, la Corte Suprema ha stabilito «a framework to determine whether a claim is permissibly territorial in the context of the Securities Exchange Act»⁴⁵. La possibilità offerta dalle piattaforme telematiche delle Borse merci agli operatori stranieri, nell'evidenziare che i confini tra i mercati esteri e stranieri diventa labile soprattutto in termini di sicurezza delle negoziazioni, appronta un sistema di controllo delle operazioni. I partecipanti potrebbero, senza scrupoli, manipolare il prezzo delle merci⁴⁶ e creare delle distorsioni di mercato.

Al di là dall'organizzazione telematica di ogni singola Borsa, che qui va trascurato, un dato deve essere evidenziato. Le conseguenze giuridiche sottese allo scambio telematico richiamano il concetto di frode. Senza volere affrontare questo argomento e tutte le conseguenze che ne derivano per il mercato, ci si limita ad affermare che nel sistema degli scambi, l'eclissi della legalità può ricondursi a vicende di frode contrattuale. Il mercato è la risultante di accordi tra operatori liberi di decidere: imprenditori e consumatori. Il principio sul quale esso si fonda è il rispetto dei patti. La frode inquina l'accordo e, se diffusa, distrugge il mercato. Non è sufficiente il diritto privato generale dei contratti a regolare gli affari. La complessità del fenomeno impone di sofisticare il diritto per proteggere le parti dalle eventuali frodi. In tale ambito, un ruolo importante è svolto dall'etica che potrebbe rivelarsi un efficace strumento di protezione del diritto.

8. Note finali. L'analisi condotta mette in evidenza un aspetto importante: nel momento in cui si esplora, da parte del legislatore e della riflessione giuridica, la possibilità di una regolazione dell'economia diversa da quella pubblica tradizionale si torna a praticare e a teorizzare l'eteronoma predisposizione delle regole dell'agire economico. Lo studio dei diversi modelli ci ha permesso di individuare l'ordinamento giuridico che meglio di altri opera un efficace controllo sulla regolamentazione predisposta dalle organizzazioni in questione, che come noto, non dispongono di nessun potere legislativo. Ci si riferisce al sistema giuridico statunitense. Sia il Congresso sia l'organizzazione giudiziaria svolgono un'attenta attività di «valutazione» delle regole adottate.

Con riferimento alle Borse merci telematiche, ancora una volta è l'ordinamento statunitense a riservare un maggiore controllo sulle norme predisposte dalle medesime. In tale direzione, le operazioni telematiche effettuate da operatori stranieri sono soggette ad un controllo individuato e descritto dalla Corte Suprema nel caso *Morrison*. La Corte ha previsto due fasi

⁴⁴ *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 266-85, 2010.

⁴⁵ D.E. Kovel e A. McNeela, *The Commodities Exchange Act and the Presumption against Extraterritoriality: An Examination of Transnational, Platform-Based Electronic Trading under Second Circuit Precedent*, in J. INT'L Bus. & L., 2019, 18, 147.

⁴⁶ D.E. Kovel e A. McNeela, op. ult. cit., 162.

per individuare la presunzione di extraterritorialità: nella prima fase il Tribunale deve verificare se il Congresso ha chiaramente espresso che le regole dell'organizzazione si estendono anche agli operatori stranieri. Se ciò non è previsto, il Tribunale deve instaurare una seconda fase «*of the analysis which asks whether the case involves a permissible domestic application of the statute*»⁴⁷. Ancora!

Dall'analisi del formante giurisprudenziale pare emerga l'intenzione di tutelare le negoziazioni di merci che avvengono tra operatori nazionali e operatori stranieri in un mercato globalizzato. Tale considerazione richiama il *Commodity Futures Modernization Act* (CFMA) del 2000, che ha fornito una regolamentazione più flessibile⁴⁸ in merito alla partecipazione di soggetti stranieri alle negoziazioni borsistiche. Esso ha stabilito che «*board of trade shall endeavor to avoid [...] imposing any material anticompetitive burden in trading on the contract markets*»⁴⁹.

Lo studio comparatistico condotto evidenzia che dinanzi al progressivo indebolimento della sovranità statale ci si trova in presenza di regole giuridiche che non sono più un prodotto finito ma un *work in progress*⁵⁰, determinando soluzioni giuridiche che governano le relazioni economiche e che finiscono per forgiare anche le scelte degli attori statali. Tale mosaico giuridico richiede una ristrutturazione politica e istituzionale, mediante la riorganizzazione della struttura dei poteri. In tale prospettiva diventa utile tener presente che «il diritto, nella sua autonomia, forte delle sue radici nel costume sociale, ha vissuto e vive, si è sviluppato e si sviluppa anche al di fuori di quel cono d'ombra, anche fuori dei binari obbliganti del cosiddetto diritto ufficiale: conseguenza inevitabile di non essere dimensione del potere e dello Stato, ma della società nella sua globalità»⁵¹. Nel lavoro di ricostruzione intrapreso nulla può e deve apparire scontato. L'inadeguatezza di una costruzione giuridica ridotta a geometrie concettuali elaborate all'ombra della norma positiva e costantemente in tensione fra la tradizione della scienza giuridica e i principi, le regole e gli istituti giuridici tramandati all'interno di una realtà in divenire⁵², impone una riflessione ulteriore. Il diritto non può sottrarsi al riconoscimento della verità e al suo accertamento. Non vi può essere contrasto assoluto tra autorità e ragione⁵³; il buon legislatore è obbligato a coniugare il certo, che deriva dall'autorità e il vero che deriva dalla ragione⁵⁴. Il fine del diritto è la giustizia⁵⁵. «La 'verità', questo il primo assunto della filosofia antica e della sua esemplarità comportamentale, non può essere disgiunta dal diritto»⁵⁶.

Abstract. L'attività svolta dalle Borse merci sul panorama giuridico mondiale mostra l'immagine di un ordinamento composto da sfere decisionali diverse dagli Stati e dotate di un certo grado di autonomia. La possibilità di una regolazione dell'economia diversa da quella pubblica tradizionale implica la teorizzazione dell'eteronomia predisposizione delle regole dell'agire economico.

⁴⁷ *Nabisco, Inc. v. Eur. Cmty.*, 136 S. Ct. 2090, 2101, 2016.

⁴⁸ J.M. Falvey e A.N. Kleit, *Commodity Exchanges and Antitrust*, in *Berkeley L. J.*, 2007, 4, 134.

⁴⁹ *Commodity Exchange Act*, 7 U.S.C. § 7(d)(18) (2006).

⁵⁰ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 59.

⁵¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 62-63.

⁵² P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 302.

⁵³ G.B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, cap. LXXXII.

⁵⁴ P.V. Molinari, *La verità nell'ordinamento giuridico*, Conversazione tenuta il 29 ottobre 2004 in Cosenza nella sala dell'Accademia Cosentina.

⁵⁵ In questi termini, F. Viola, *Diritto vero e diritto giusto*, in *Persona y Derecho*, 1991, 24, 256.

⁵⁶ Così, F. Casucci, *L'avvenire s'impiglia nell'origine. L'educazione del giurista plurale*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, 19 ss.

Abstract. The activity carried out by commodity exchanges on the world legal scene shows the image of an order composed of decision-making spheres different from States and endowed with a certain autonomy. The possibility of a regulation of the economy different from the traditional public implies the theorization of the heteronomous arrangement of the rules of economic action.

Parole chiave. Borse merci – eteronomia – controllo.

Key words. Commodity exchanges – heteronomous – control.

ALCUNE NOTE SULLA CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA IN ITALIA*

di Francesco Zammartino**

Sommario. 1. Trasformazione dei partiti e vicende dei sistemi elettorali. – 2. La crisi della sovranità statale e il soccorso del potere giurisdizionale. – 3. Traendo delle considerazioni finali.

93

1. Trasformazione dei partiti e vicende dei sistemi elettorali. In un contesto politico-istituzionale, come quello italiano, i diversi ma convergenti fenomeni epocali che si sono succeduti negli ultimi decenni, quali, ad esempio, il tramonto delle ideologie che hanno compromesso la forza attrattiva dei partiti che pur avevano contribuito alla nascita della Costituzione repubblicana; l'impatto sempre più incalzante della normativa comunitaria sulle legislazioni degli stati membri, che ha trovato il suo culmine nell'obbligo per gli stessi di convergere verso l'obiettivo del pareggio di bilancio¹; l'affermarsi dei c.d. mercati globali che hanno imposto processi di omologazione al fine di scongiurare forme d'intromissione degli stati nell'economia², la diffusione delle tecnologie digitali e lo sviluppo della rete, aperta a tutti³, hanno fortemente concorso al lento ma progressivo indebolimento del consenso dei cittadini nei confronti delle istituzioni politicamente rappresentative⁴. Dinanzi a quello che si definisce da più parti, la «perdita del consenso», che ha prodotto una vera e propria frattura tra eletti ed elettori⁵, nel nostro Paese si è ricorso, sempre più frequentemente, soprattutto nelle ultime legislature, agli organi di garanzia costituzionale (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), in modo che essi supplissero ai vuoti lasciati dalle istituzioni a cui è conferito l'indirizzo politico⁶.

Sempre in via preliminare va chiarito, però, che pur apprezzando indubbiamente il ruolo dinamico svolto sia dalla Corte costituzionale, sia del Presidente della Repubblica, nel reggere

* *Sottoposto a referaggio.*

** Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli l'Orientale.

¹ Sul punto, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. di dir. cost.*, 1996, 124 ss.

² Si v. J. Zielonka, *Contro-rivoluzione: La disfatta dell'Europa liberale*, trad. di M. Sanpaolo, Bari- Roma, 2018, 22.

³ Cfr. G. De Minico, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Torino, 2020.

⁴ M. Luciani, *Questioni generali*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 5; si cfr. anche S. Lieto, *La reputazione delle istituzioni democratiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it.*, 1, 2024, 93 ss.

⁵ Con un ragionamento più ampio, A. Lucarelli, *Populismo e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, *passim*.

⁶ Non sono mancate, tuttavia, critiche rivolte soprattutto alla Corte costituzionale, considerata ormai quale «un vero e proprio organo positivo di produzione di fonti, non solo primarie, ma anche costituzionali, finendo con assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di costituente permanente», così, A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 12 aprile 2023, 137.

lo Stato nei suoi momenti più delicati dal punto di vista istituzionale e politico⁷, sembra a dir poco scontato affermare quanto sarebbe importante per il nostro Paese, nonostante sconti una polarizzazione delle forze politiche più acuta che altrove, che le istituzioni politicamente rappresentative riprendano ad essere il principale canale di legittimazione dei poteri pubblici⁸. In questa prospettiva, si pongono due principali questioni di fondo che si ricollegano al noto tema, per certi versi strumentalizzato, dell'ingovernabilità⁹, che, percepito come problema endemico del sistema Italia, rappresenta, e sarebbe bene ricordarlo, un fenomeno risalente nel tempo¹⁰, che interessa, nelle forme più diverse, anche la maggior parte delle contemporanee democrazie occidentali.

Ai fini del percorso argomentativo, che farà da sfondo alla presente riflessione, partiamo dalla c.d. crisi del modello-partito in Italia, che è stata presentata da più parti come il nuovo Leviatano, che divora e rigenera se stesso; in realtà, si è dell'opinione che la questione così posta potrebbe avere un senso laddove la si riconduca e la si limiti a un contingente fatto storico, qual è stato la disgregazione dei c.d. partiti di massa, che, durante oltre 40 anni della storia repubblicana di questo Paese, contribuirono attivamente alla nascita e al consolidamento della nostra democrazia e alla formazione della classe dirigente¹¹.

Quei partiti, come si sa, non esistono più. E non esistono più, non solo per il declino progressivo delle ideologie su cui fondavano la loro legittimità, ma anche perché, non riuscendo a confrontarsi con fenomeni venuti nel frattempo in luce, quali la globalizzazione dell'economia e della finanza e la nascita delle tecnologie digitali e lo sviluppo della rete, che hanno accelerato notevolmente il processo di ridimensionamento della sovranità statale e dei suoi soggetti politici¹², persero quelle caratteristiche che li avevano da sempre connotati, come la sostanziale omogeneità degli attori, la dimensione nazionale e la struttura oligarchica della dirigenza¹³.

Ma il processo che ne è seguito poi, onde evitare che il discorso rischi di risultare fin troppo agevole, non è stato quello di una scomparsa dei partiti, ma di una vera e propria trasmutazione degli stessi, alla luce anche delle profonde lacerazioni che hanno interessato la società nel suo complesso: da partiti fortemente presenti nei territori, infatti, si è passati ai c.d. «partiti personali», i quali, dopo un breve periodo di convivenza con i partiti tradizionali, hanno spezzato il legame con i cittadini che si reggeva mediante tesseramenti, sezioni, federazioni ecc..., per diventare consorzi rappresentanti piccoli gruppi, autoreferenziali, che fondano la loro identità nel potere economico e non nella rappresentanza¹⁴.

In questo nuovo scenario, i partiti personali, pur dotati di una peculiare organizzazione e

⁷ Sul ruolo fortemente propulsivo della Corte costituzionale, da ultimo si v. A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante e unità nel nome di valori: vent'anni dopo*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 257 ss.

⁸ Cfr. A. Manzella, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2000, 8 ss.; S. Prisco, *Forme di governo e fattore politico. Conclusioni dal passato e introduzione al futuro*, in *Astrid Rassegna*, 10, 2018.

⁹ Si pensi che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 1961, aveva dichiarato che la governabilità non è un valore assoluto, in quanto essa si piega alle ragioni della rappresentatività della sovranità popolare.

¹⁰ Sul punto, si v. C. Offe, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bologna, 1982; più di recente, A. Lucarelli, *Il mito della governabilità nelle società complesse: modelli decisionali tra atto e processo*, in *Nomos*, 2, 2021, 78 ss.

¹¹ Secondo C. Mortati, 2 maggio 1947, in AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei valori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. III, 1882, «È nei partiti che si preparano i cittadini alla vita politica e si dà ad essi la possibilità di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento».

¹² Cfr. S. Lieto, *La crisi dei partiti nella duplicità paradigmatica globale e locale*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, 3.

¹³ S. Staiano, *La forma di Governo italiana. Permanenza e transizione*, in G. De Minico e G. Ferraiuolo (a cura di), *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, 2018, Firenze, 62.

¹⁴ S. Mangiameli, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2018, 34.

soprattutto fondati sulla rete di rapporti che il leader riesce a creare con gli apparati istituzionali e sedi del potere economico, sono comunque dei veri e propri partiti, figli del loro tempo, i quali, nonostante i propri apparati tradizionali siano limitati in funzione strettamente servente nei confronti del leader, che tutto dispone, sono capaci ancora di mantenere in vita quella relazione tra sistema dei partiti e attività di governo, nella quale da sempre si è legittimata la classe politica italiana¹⁵.

Seconda questione di fondo: le alterne vicende che hanno interessato i sistemi elettorali in Italia sono risultate sempre più intrecciate con quelle relative all'instabilità della forma di governo parlamentare¹⁶.

È noto che, seppur non troviamo alcuna previsione specifica relativa alla legislazione elettorale in Costituzione, la maggioranza dei Padri costituenti si esprime in modo favorevole a un sistema elettorale di tipo proporzionale, dal momento che fu ritenuto il più conforme all'impianto garantista delineato nel nuovo Testo costituzionale¹⁷. In virtù di tale modello, i partiti erano in grado di intavolare negoziazioni sulla base delle quali si arrivava all'accordo di coalizione per far nascere il Governo nella fase successiva alla competizione elettorale. Ciò comportava che tra azione governativa e volontà elettorale non si istaurasse alcun legame, con la conseguenza che si determinava, mediante l'instabilità dei Governi, la frammentazione del sistema politico.

La modifica del meccanismo elettorale in chiave prevalentemente maggioritaria nel 1993 aveva in concreto l'obiettivo di colmare quel solco che si era istaurato nel frattempo tra elettore ed eletto e di attutire la capacità decisionale dei partiti nella selezione delle candidature. Il fatto, in definitiva, che il cittadino potesse scegliere il proprio candidato nel collegio, a cui si legava la coalizione di riferimento ed il programma, si leggeva nell'ottica di un rafforzamento del potere di decisione dell'elettore¹⁸.

E nella medesima direzione si orientò anche la l.n. 270/2005 (denominata *porcellum* dal suo stesso relatore on. Calderoli) che pur ripristinando il sistema proporzionale, con la previsione a favore della coalizione vincente (senza soglia di sbarramento per raggiungerlo) di un premio di maggioranza pari al 55% dei seggi del Parlamento, aveva lo scopo di «costruire un *continuum* tendenzialmente imm modificabile tra la maggioranza elettorale e quella parlamentare»¹⁹.

Ma nonostante ciò, la disaffezione della società civile rispetto ai rappresentanti ha continuato ad acuirsi sempre di più a fronte del fallimento delle maggioranze incapaci di attuare le promesse elettorali²⁰, e nulla è valso l'intervento della Corte costituzionale che, alla luce di ragionamento ormai sedimentato, secondo cui l'obiettivo della stabilità governativa, cui pur si riconosce un valore costituzionale, non può non aver riguardo al vincolo del minor sacrificio possibile di altri interessi e valori costituzionalmente protetti, aveva censurato, seppur parzialmente, le leggi elettorali nn. 270/2005 e 52/2015.

¹⁵ S. Staiano, *Trasformazioni dei partiti e forme di governo*, in *Federalismi.it*, 19, 2015, 3.

¹⁶ Cfr. S. Gambino, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità*, in *Rivista AIC*, 2, 2013, 1-18.

¹⁷ Sulla complessa questione, *ex multis*, si v. F. Pierandrei, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, in *Jus*, 1953, 353 ss.; S. Furlani, *Elezioni politiche*, in AA.VV., *Novissimo digesto italiano*, vol. VI, Torino, 1960, 474 ss.; C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1952, 868 ss.; G. Ferrara, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di Governo*, in *Democrazia e diritto*, 4-5, 1979, 513 ss.; G.U. Rescigno, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2, 1994, 187 ss.; recentemente, E. Cheli, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, 2023, 51.

¹⁸ G. Ferrara, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo*, cit., 519.

¹⁹ Così, G. De Minico, *La forma di governo e legge elettorale. Un dialogo nel tempo*, in *«Astrid»*, 2018, 4.

²⁰ Si rinvia a M. Villone, *Il tempo della Costituzione*, Roma, 2012.

In particolare, la Consulta con la sentenza n. 1/2014²¹, censurando il c.d. *Porcellum*, ha affermato, tra l'altro, che la stabilità costituisce un «obiettivo legittimo» ma non un «fondamento dello Stato democratico», per cui non può legittimare «un'illimitata compressione della rappresentatività dell'Assemblea parlamentare»²².

Parimenti per la legge *Italicum*, con la decisione costituzionale n. 35/2017, il Giudice delle leggi è pervenuto alla conclusione che il premio di maggioranza previsto, consistente nell'attribuzione del 55% dei seggi alla Camera dei Deputati, senza alcun soglia di partecipazione, alla lista vincente al ballottaggio con la maggioranza semplice dei voti ottenuti, fu riconosciuto principio costituzionalmente ammissibile solo a patto che questo premio fosse agganciato ad una «soglia minima di consensi»²³.

Con l'entrata in vigore dell'attuale legge elettorale n. 165/2017 (c.d. *Rosatellum bis*), la transizione maggioritaria in Italia si è attenuata, in quanto è stato introdotto, in estrema sintesi, un sistema elettorale misto, con una quota di collegi uninominali maggioritari per un terzo attribuiti secondo il principio *first past the post*, e una quota proporzionale che utilizza il metodo del quoziente e diverse soglie di sbarramento, peraltro modeste²⁴, per i restanti due terzi²⁵, il cui principale obiettivo è quello di comporre quell'equilibrio tra rappresentatività e governabilità di cui la stessa Corte costituzionale aveva più volte, nelle pieghe delle sentenze richiamate, indicato al legislatore.²⁶

Ma la crisi della rappresentanza politica in Italia si è rivelata in questi anni innanzitutto crisi di un apparato²⁷ che, alla rappresentanza degli interessi sociali, ha preferito il mito della funzionalità e dell'efficienza dell'azione di governo²⁸.

Si tratta di un rilievo importante dal punto di vista del diritto costituzionale, perché si ritiene

²¹ *Ex plurimis*, G. Azzariti, *La riforma elettorale*, in *Rivista AIC*, 1, 2014; R. Bin, «Zone franche» e legittimazione della Corte, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; P. Carnevale, *La Corte vince ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della «storica» sentenza n.1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1, 2014; S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 6 ss.; G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 3, 2014; C. De Fiores, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015, 1 ss.

²² Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 5.1 del *considerato in diritto*.

²³ Corte cost., sent. n. 35/2017, punto 12.2. del *considerato in diritto*. In dottrina, tra gli altri, V. Baldini, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse...) lascia intendere*, in *DirittiFondamentali.it*, 1, 2017; A. Celotto, *La legge elettorale: quali prospettive?*, in *Rivista AIC*, 1, 2017; S. Ceccanti, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 4, 2017; A. Lucarelli, S. Lieto, *Considerazioni in merito al controllo di costituzionalità dell'«Italicum»*, in *Federalismi.it*, 2, 2017; M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 1, 2017; A. Morrone, *Dopo la decisione sull'«Italicum»: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; A. Ruggeri, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita solo a metà, nella pronunzia sull'«Italicum»*, in *Forumcostituzionale.it*, 2017; C. Rossano, *Note sul premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 2; S. Staiano, *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2017.

²⁴ Per le liste singole il 3% dei voti ottenuti a livello nazionale per la Camera e per il Senato, ad eccezione per le liste delle minoranze linguistiche per le quali è prevista, nella Regione di riferimento, una soglia del 20%. Per le coalizioni la soglia minima a livello nazionale è fissata al 10%. Inoltre, i voti delle liste coalizzate che non raggiungono la soglia del 3% si riversano nella coalizione.

²⁵ Va ricordato, inoltre, che mediante un sistema proporzionale puro che prevede il voto di preferenza, 12 deputati e 6 senatori sono eletti con il voto degli italiani residenti all'estero.

²⁶ Mi sia consentito, F. Zammartino, *Partiti, sistemi elettorali e crisi della democrazia rappresentativa in Italia*, in G. De Minico, G. Ferraiuolo (a cura di), Firenze, 2019, 177.

²⁷ Si rinvia a S. Prisco, *Rinnovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2021.

²⁸ V. Baldini, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale*, cit., 9.

che sia per questa mancanza di attinenza della rappresentanza politica con lo scenario eterogeneo degli interessi politici plurali e concorrenti, che si è alimentata una significativa crisi di identità della stessa democrazia rappresentativa.

2. La crisi della sovranità statale e il soccorso del potere giurisdizionale. A questo punto che le dinamiche di trasformazione della forma e soprattutto del ruolo dei partiti, nonché l'alternarsi delle più diverse leggi elettorali, abbiano concorso al propagarsi, tra gli elettori, di quel comune sentire che prende il nome di «antipolitica», è un fatto che sembra difficilmente contestabile.

Ma sarebbe, per chi scrive, tuttavia un errore pensare che la crisi del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, che certamente non è una novità di oggi, non sia anche la conseguenza di altri fattori. Tra questi campeggia, da un lato, la crisi della sovranità dello Stato²⁹ riferibile al processo di globalizzazione e, nell'ambito del continente europeo, al carattere prevalentemente economico del processo di integrazione dell'UE³⁰, unitamente alla crisi finanziaria che ha caratterizzato questi ultimi tre lustri, dall'altro, il c.d. «protagonismo della giurisdizione»³¹, che ormai attenta dottrina individua da tempo quale fenomeno disturbatore dell'equilibrio costituzionale dei poteri statali³².

La metamorfosi della sovranità è in stretta relazione con il processo di indebolimento progressivo dello Stato sociale³³, così da cogliere, a partire dalla constatazione che la sovranità democratica e il riconoscimento dei diritti sociali (oltre ai tradizionali diritti di libertà) rappresentano il *proprium* della nuova stagione costituzionale del secondo dopoguerra, la crisi dello «Stato sociale di diritto»³⁴.

Del resto, la crisi fiscale dello Stato, favorita dai processi di apertura dei mercati, non può che mettere in seria discussione lo spirito del costituzionalismo democratico-sociale che, a differenza della precedente stagione liberale, ha proprio nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti sociali uno dei suoi caratteri fondamentali³⁵.

Questo processo irreversibile ha avuto, inevitabilmente, conseguenze sulla concreta fiducia del cittadino nei confronti delle istituzioni rappresentative; quest'ultimo, infatti, di fronte al peso sempre più crescente di *governance* e governi sovranazionali sottratti al controllo del

²⁹ Sulla sovranità la letteratura è sterminata, ci limitiamo ad una bibliografia essenziale: N. Matteucci, (voce) *Sovranità*, in *Dizionario di politica italiana*, N. Bobbio, N. Matteucci (diretto da), 1102-10; in Id., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, il Mulino, 1983; G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996; G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997; G. M. Cazzaniga (a cura di), *Metamorfosi della sovranità. Tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ed. Ets, 1999; D. Quaglini, *La sovranità*, Laterza, 2004; G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2006; G. Berti, *Sovranità*, in *Jus - Rivista di scienze giuridiche*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2007; A. Morrone, *Sovranità*, in *Annuario AIC*, 2016.

³⁰ Cfr. G. Moschella, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta Online*, 2, 2019, 255.

³¹ M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 151 ss.

³² *Ex plurimis*, M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.; Id., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 2014, 433 ss.; M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015; S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 3 ss.; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022.

³³ C. Iannello, *Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2015, 207.

³⁴ A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un «nuovo modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 3 ss.

³⁵ Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

corpo sociale, nonché a una finanza internazionale completamente schizofrenica³⁶, sempre più capace di dettare l'agenda politica, ma che evidentemente ha peggiorato la qualità media di vita, si è ritrovato assoggettato a poteri sempre meno definibili, che lo hanno allontanato progressivamente dai poteri decisionali e rappresentativi³⁷, svuotandolo, altresì, della sua identità civica.

L'atro fattore che si ritiene «deflagrante» del legame tra istanze collettive e rappresentanza democratica è quello che si riconosce nel fenomeno del c.d. «creazionismo giudiziario»³⁸. Le ampie e complesse questioni di teoria generale che accompagnano il problema richiederebbero ben altro approfondimento, che per ragioni di economia di tempo non possono essere analizzate in questa sede. Tuttavia, non si può sorvolare sul fatto che il disappunto dei cittadini nei riguardi dei nostri governanti e della loro politica, sempre più incapaci di rispondere alle esigenze della società nel suo complesso, ha prodotto, tra l'altro, il convincimento negli stessi che il riconoscimento dei diritti, soprattutto quelli di nuova generazione, potesse trovare un più che valido alleato nel potere giurisdizionale, ormai sempre più disposto a offrire tutela immediata di fronte alle continue omissioni del legislatore³⁹.

Anzi, a dire la verità, il giudice (soprattutto quello costituzionale⁴⁰), in non sporadici casi, si è sentito legittimato finanche a riconoscere tutela a istanze volte ad ottenere diritti che nessuna norma dell'ordinamento contemplasse nemmeno implicitamente⁴¹. L'affidamento della tutela giurisdizionale ha così ingenerato progressivamente nel cittadino, da una parte, la perdita di quello stimolo che si concreta nel rivolgersi al dovere di risposta della politica, dall'altra, la propensione a trasferire altrove le responsabilità proprio nelle aule dei tribunali e delle corti. Oltre alle considerazioni di carattere contingente che muovono dalla prospettiva politico-istituzionale, c'è da dire, però, che il fenomeno appena citato rischia di alimentare problemi serissimi, che minano l'integrità dello Stato e il suo principio cardine qual è la separazione dei poteri. Come è stato acutamente sottolineato, «ogni riconoscimento fondato sul solo intervento del giudice, in difetto di un consenso sociale maturatosi attraverso la lotta politica, è pericolante»⁴². Tutto induce a ritenere, quindi, che la fragilità del legame tra le istanze collettive e la rappresentanza democratica, che indubbiamente è elemento di lacerazione del tessuto del nostro ordinamento democratico, sarà destinata molto probabilmente a crescere per via del primato giudiziario, che, alimentato dalle sempre più crescenti istanze del cittadino,

³⁶ Fenomeno che fu colto agli inizi del Novecento da O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, 2 voll., Wien (1918) e München (1922), tr. it. J. Evola, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, 2° ed., Milano, 1970, 78 ss.

³⁷ Si v., *ex plurimis*, N. Urbinati, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013; Id., *Democrazia sfigurata*, Milano, 2014; G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, 2015. Y. Mèny, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019; P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in *Federalismi.it*, 1, 2017; Id., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; S. Cassese, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, 2019.

³⁸ Sotto varie prospettive, O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, *passim*; A. Di Porto, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 119 ss.; M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, vol. IX, Milano, 2016; Id., *Diritto giurisprudenziale versus diritto positivo*, in AA. VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, Pisa, 2021, 67 ss.; S. Cassese, *Il governo dei giudici*, cit., *passim*; F. Modugno, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2022, 1093.

³⁹ Si v. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 39 ss.

⁴⁰ Corte cost., sentt. nn. 222-233/2018, 40-99/2019, 224-252/2020, 63/2021, 28/2022; in dottrina, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2019, 251 ss.

⁴¹ M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 160.

⁴² *Ivi*.

si fa carico di risposte che in poi fondo integrano un vero e proprio progetto politico.

3. Traendo delle considerazioni finali. Avviandomi alle considerazioni conclusive, devo aggiungere che le dinamiche in direzione dell'antipolitica e la relativa perdita di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni politiche nel momento storico attuale in Italia, sono il frutto di concause eterogenee che ormai progressivamente erodono i tratti fondamentali della nostra democrazia parlamentare.

Nelle pagine precedenti ci siamo prima posti il quesito se le dinamiche di trasformazione che hanno coinvolto la forma e il ruolo dei partiti abbiano contribuito concretamente al diffondersi dell'antipolitica tra gli elettori⁴³.

Si è arrivati ad affermare che se è vero che le varianti formanti che hanno trasformato i partiti in un'omologazione organizzativa, sfociata nella personalizzazione e privatizzazione dei medesimi, hanno indubbiamente rimodellato la struttura della forma di governo parlamentare⁴⁴, non sembra affatto peregrino affermare, altresì, che esse comunque sono state solo in minima parte percepite dai cittadini, quali elementi decisivi del processo di delegittimazione della classe politica.

Lo dimostra il fatto che tali trasformazioni non hanno assolutamente ridisegnato le forme della politica in Italia, che continuano a manifestarsi preferibilmente all'interno del circuito dei partiti, ora personali⁴⁵.

Qualche considerazione di ordine diverso va fatto per leggi elettorali.

Infatti, il mutamento dei congegni elettorali si pone come elemento di sistemazione istituzionale dinanzi ai cambiamenti che modellano la Costituzione effettivamente vigente, fra cui la crisi della rappresentanza politica. Il legislatore italiano ha dato vita, con la nascita della seconda repubblica, a leggi elettorali architettate in chiave prevalentemente maggioritaria, con la previsione di meccanismi, quali cospicui premi di maggioranza, liste bloccate e irragionevoli soglie di sbarramento, incurante del fatto che la disarticolazione politica e l'eterogeneità di una società nelle sue componenti individuali e collettive, sono ormai fattori endemici nel nostro paese.

Ne è conseguito che molti elettori di fronte a normative elettorali che restringevano sostanzialmente quel momento di libera scelta che è il voto (art. 48 Cost.), hanno preferito, come forma di protesta civile, astenersi, e magari trasferire in altra sede le proprie manifestazioni⁴⁶.

Alla luce di queste brevi considerazioni, si è dell'opinione che non sia affatto azzardato sostenere che i sistemi elettorali, più che i nuovi partiti personalizzati, siano tra i fattori che maggiormente hanno contribuito a determinare lo stato di disaffezione dei cittadini elettori dalla politica.

Ma l'allontanamento dei cittadini dalle istituzioni è dovuto, come è stato anticipato, anche a fattori che sono l'espressione più evidente di come sia cambiato in questi anni il contesto politico, istituzionale e culturale di riferimento. Così, l'integrazione europea e la crisi finanziaria globale, che particolarmente in Italia ha minato lo Stato sociale di diritto, hanno contribuito a rimpinguare la crisi del meccanismo del consenso ai fini di scelte politiche. L'incapacità dei politici di indicare gli obiettivi di politica economica, infatti, ha eroso la

⁴³ Cfr. L. Raffini, L. Viviani, *Il buio oltre i partiti? Partecipazione dal basso e partecipazione istituzionale ai tempi della politica reticolare*, in *Società-mutamento-politica*, 3, 2011, 19 ss.

⁴⁴ S. Staiano, *Trasformazione dei partiti e forma di governo*, cit., 3.

⁴⁵ Si cfr. le lucide osservazioni di A. Lucarelli, *La crisi della rappresentanza: brevi osservazioni a margine della Giornata di Studi in onore di Fulco Lanchester*, in *Nomos*, 2, 2022.

⁴⁶ B. Mercurio, *Società e decisioni amministrative. Processi evolutivi verso una democrazia deliberativa*, Napoli, 2021, spec. da 31 a 45.

credibilità da parte degli elettori, quest'ultimi sempre ormai più decisi a considerare che le scelte fondamentali dell'indirizzo politico sono prese a livello europeo, a tal punto che addirittura la dottrina ha parlato di «indirizzo politico europeo di sistema»⁴⁷.

Basti pensare al Next Generation EU che ha dato avvio ad una intensificazione del *federalizing process* che sottrae competenze ai governi nazionali⁴⁸, attivando in senso contrario spinte sovraniste caratterizzate da un forte contrasto verso le istituzioni internazionali e sovranazionali e da una vera e propria esaltazione delle politiche identitarie⁴⁹.

Nondimeno, il c.d. «creazionismo giurisprudenziale», che si concreta sempre più frequentemente in principi giurisprudenziali formulati quali veri e propri commi di legge e che hanno trovato applicazione anche in assenza di una precipua normativa, a parere di chi scrive, ha aumentato il livello di non partecipazione alla vita politica dei cittadini, atteso che la strada per il riconoscimento dei loro diritti appare ormai più agevole con l'intervento del giudice, ritenuto più funzionale allo scopo ultimo di rendere giustizia, rispetto al legislatore⁵⁰. Ma tutto ciò, al di là delle problematiche di natura costituzionale, pone questioni anche di natura politica che si ripercuotono sulla tenuta della rappresentanza, in quanto il giudice, sempre più propenso ad abbandonare il campo dell'applicazione della legge, che le sarebbe proprio, per inserirsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale⁵¹, pretende di sostituirsi al normatore mediante decisioni non supportate da alcuna presunzione di condivisione generale, frutto della singola espressione decisionale non rappresentativa.

Abstract. Negli ultimi anni in Italia la frattura tra eletti ed elettori ha assunto proporzioni sempre più rilevanti. Il contributo tenterà di esaminare quelli che si ritengono i principali fattori che attentano alla tenuta della rappresentanza, quali la personalizzazione della politica, l'incoerenza delle regole dei sistemi elettorali e il c.d. protagonismo giudiziario, il quale, sempre più propenso ad abbandonare il campo dell'applicazione della legge, pretende di sostituirsi al normatore mediante decisioni non supportate da alcuna presunzione di condivisione generale, frutto della singola espressione decisionale non rappresentativa.

Abstract. In recent years in Italy the fracture between elected officials and voters has assumed increasingly significant proportions. The contribution will attempt to examine what are believed to be the main factors that undermine the stability of representation, such as the personalization of politics, the inconsistency of the rules of electoral systems and the so-called judicial protagonism, which, increasingly inclined to abandon the field of law enforcement, claims to replace the regulator through decisions not supported by any presumption of general sharing, the result of a single non-representative decision-making expression.

Parole chiave. rappresentanza politica – partiti politici – sistemi elettorali – protagonismo giudiziario.

⁴⁷ A. Manzella, *Postfazione: Indirizzo politico di sistema e forma di governo*, cit., 461 ss.; si cfr., anche, Y. M. Citino, *Verso una nozione di indirizzo politico «integrato»: effetti dell'anticipazione dei meccanismi decisionali dal livello nazionale a quello europeo*, in M. D'Amico, B. Liberali, A. Perez Miras, E. D. Raffiotta, S. Romboli, G. M. Teruel Lozano (a cura di), *Europa, società aperta*, volume I, *Problemi attuali e prospettive future*, Napoli, 2022, 153 ss.

⁴⁸ E. Cavasino, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, 2022, 30 ss.

⁴⁹ Tali considerazioni vengono suffragate, nel momento in cui scriviamo, dai risultati delle elezioni europee dell'8 e 9 giugno che hanno confermato la netta vittoria delle destre nazionaliste e antieuropeiste nei principali stati membri.

⁵⁰ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., 37 ss.

⁵¹ G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 350.

Key words. political representation – political parties – electoral systems – judicial leadership.

ALLA RICERCA DELL'EFFETTIVA SOSTENIBILITÀ NELLA *CORPORATE GOVERNANCE*

MODELLI NORMATIVI E APPROCCI REGOLATORI IN CHIAVE COMPARATISTICA*

di Alessandro Benincampi**

Sommario. 1. Uso e abuso della sostenibilità nella *corporate governance*. – 2. Origini del *comply-or-explain approach* e tentativi di superamento nel *common law* statunitense. – 3. La regolamentazione europea. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

102

1. Uso e abuso della sostenibilità nella corporate governance. L'utilizzo della sostenibilità nella narrazione contemporanea rischia di far dimenticare come questa non rappresenti il tramonto del capitalismo occidentale bensì, più probabilmente, il suo *renouveau* – che ne consente e ne consentirà la florida sopravvivenza, generando un'indubbia utilità economico-finanziaria delle operazioni effettuate nel nome dello sviluppo sostenibile¹. La sostenibilità², insomma, sembra sempre più mostrarsi quale mera variazione allo schema economico, quale rinnovamento del sistema capitalistico³, che si barda di nuove vesti e si rende appetibile per il mutato contesto socioculturale e, soprattutto, desiderabile per l'utente finale.

* Sottoposto a referaggio.

** Professore a contratto di Sistemi giuridici comparati e di Diritto dell'impresa e dell'ITC – Università degli Studi di Roma Link Campus University. Dottore di Ricerca in Comparazione e diritto civile – Università degli Studi di Salerno.

¹ L'espressione *sustainable development* si deve al rapporto «World Conservation Strategy» del 1980: v. International Union for the Conservation of Nature (IUCN); United Nations Environment Programme (UNEP); World Wide Fund for nature (WWF), *World Conservation Strategy – Living Resource Conservation for Sustainable Development*, IUCN/UNEP/WWF: Gland, 1980, 12 ss., disponibile all'indirizzo <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/wcs-004.pdf>. È la successiva concettualizzazione ad opera della World Commission on Environment and Development (WCED) che ne ha plasmato la definizione quale «*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*»; v. World Commission on Environment and Development (WCED). Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future; United Nations: New York, NY, USA, 1987, disponibile all'indirizzo <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.

² Cfr. M. Rescigno, *Note sulle "regole" dell'impresa "sostenibile". Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 166; C. Angelici, *A proposito di Shareholders, Stakeholders e statuti*, in *Aa.Vv., La nuova società quotata: tutela degli stakeholders, sostenibilità e nuova governance*, Milano, 2022, 57.

³ Nella classica accezione di Milton Friedman che, negli anni Sessanta, discorreva di *social responsibility* appiattendola, però, sulla massimizzazione del profitto: «This view shows a fundamental misconception of the character and nature of a free economy. In such an economy, there is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud» (M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962, 133); impostazione replicata quasi una decade dopo nell'intervista «The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits», in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970.

Ne è prima dimostrazione l'ampia diffusione del *greenwashing* tra i beni di consumo⁴; in tal senso, ben indicativo è lo studio della *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) del 14 luglio 2023, la quale ha condotto una *greenwashing internet sweep*, rinvenendo che il «57 per cent of businesses reviewed were making potentially misleading environmental claims»⁵. Studio, questo, che ha portato all'emanazione nel dicembre 2023 di apposite Linee Guida⁶. Come ben indicativo è, nell'ordinamento italiano, l'orientamento fin ora (solitariamente) radicato nella decisione del Tribunale di Gorizia del 2021⁷, la quale ha riconosciuto come l'utilizzo di specifiche terminologie pubblicitarie dei prodotti abbia ingenerato nel consumatore/utente finale aspettative non veritiere – generando altresì una percezione non reale dello stesso oggetto sociale⁸ della società produttrice⁹.

Ne è ulteriore prova la confusione delle tematiche di *sustainability*, di *environmental, social, and corporate governance* (ESG), del *corporate purpose*, della *corporate social responsibility* (CSR) e del *socially responsible investing*, i cui confini appaiono labili e sovente indistinguibili.

Tale confusione¹⁰, tuttavia, non sembra riguardare la *corporate social responsibility* (CSR) e gli ESG, i quali mantengono una reciproca autonomia¹¹. La diversificazione si deve, in particolare, a due ragioni. In parte per la «antichità» della CSR, le cui origini risalgono agli anni Cinquanta, quando la responsabilità sociale è stata definita come «*the obligations of businessmen to pursue policies, make decisions, or follow lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society*»¹²; definizione rivista due decenni più tardi, quando la CSR è

⁴ Il fenomeno è definito, *inter caetera*, dal Considerando 7 del Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021, come «la pratica di ottenere un vantaggio competitivo sleale raccomandando uno strumento finanziario come rispettoso dell'ambiente o sostenibile, mentre di fatto esso non soddisfa le norme ambientali di base o altre norme in materia di sostenibilità».

⁵ V. il report disponibile all'indirizzo <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-greenwashing-internet-sweep-uneareds-widespread-concerning-claims>.

⁶ Linee Guida disponibili all'indirizzo: <https://www.accc.gov.au/system/files/greenwashing-guidelines.pdf>.

⁷ Tribunale di Gorizia, sentenza 26 novembre 2021, in www.iusexplorer.it, nella quale il fenomeno è analizzato sotto la lente della pubblicità ingannevole al consumatore, valutando la conformità con gli artt. 12 e 169 TFUE, 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del d.lgs. 145 del 2007 (emanato in attuazione della Direttiva 2005/29/CE).

⁸ R. Costi, *Sostenibilità e scopo della società*, in *Banca impr. soc.*, 3, 2023, 503.

⁹ Il collegamento con quanto in interesse è in un passaggio della decisione, nel quale il Tribunale riconosce come una pubblicità infedele dei prodotti generi altresì un'immagine alterata del *corporate purpose* dell'impresa: i messaggi pubblicitari dell'impresa, infatti, «sicuramente creano nel consumatore un'immagine *green* dell'azienda senza peraltro dar conto effettivamente di quali siano le politiche aziendali che consentono un maggior rispetto dell'ambiente e riducano fattivamente l'impatto che la produzione e commercializzazione di un tessuto di derivazione petrolifera possano determinare in senso positivo sull'ambiente e sul suo rispetto». Cfr. F. Bertelli, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 1, 2021, 286 ss.; A. Troisi, *La comunicazione ambientale: il greenwashing dietro la sostenibilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2022, 353, nonché H. Fleischer, *La definizione normativa dello scopo dell'impresa azionaria: un inventario comparato*, in *Riv. soc.*, 2018, 803 ss.; de C.S. de Silva Lokuwaduge, K. M. De Silva, *ESG Risk Disclosure and the Risk of Green Washing*, in *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, 16, 1, 2022, 146-159; G. Gregori, C. Pasturezzi, *I Green Claim e la deriva del 'Greenwashing': gli orientamenti delle autorità competenti per contrastare il fenomeno*, in *Rass. dir. farm. e della salute*, 2, 2020, 239-248.

¹⁰ R. Rolli, *Dalla Corporate Social Responsibility, alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, in *Corporate Governance*, 2022, 421.

¹¹ V. Y. Bofinger, K. J. Heyden, B. Rock, *Corporate social responsibility and market efficiency: Evidence from ESG and misvaluation measures*, in *Journal of Banking & Finance*, 2022, 134.

¹² H.R. Bowen, *Social responsibilities of the businessman*, Iowa City, 1953, *passim*; H.R. Bowen, P.G. Bowen, J.P. Gond, *Social responsibilities of the businessman*, Iowa City, 2013, 23 ss.; M. Friedman, *Capitalism and freedom*, 1962, Chicago, *passim*; C.C. Walton, *Corporate social responsibilities*, 1967, Belmont, 34 ss.; A.B. Carroll, *The pyramid of corporate social responsibility*, in *Business Horizons*, 4, 4, 1991, 39-48; A. Dahlsrud, *How corporate social responsibility is defined: An analysis of 37 definitions*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 15, 1, 2006, 1-13; S. Sciarrelli, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Milano, 2007, 37 ss.

stata definita quale concetto multidimensionale che coinvolge «*economic, legal, ethical, and discretionary prospects that society has of organizations at a given point of time*»¹³. I fattori *ESG*, invece, appartengono alla stretta contemporaneità¹⁴, rinvenendo la propria identità solo nell'ultimo decennio quali strumenti mitigatori della «verticizzazione del potere gestorio»¹⁵.

I due fenomeni, *CSR* ed *ESG*, hanno mantenuto e mantengono anche una certa distinzione concettuale¹⁶. La *CSR*, infatti, è improntata su un impegno sociale di natura volontaria, non strutturato¹⁷, che si manifesta attraverso un *report* alla collettività interessata; essa è fondata sul complesso di obbligazioni che le strutture di *business* hanno assunto e assumono nei confronti della comunità sociale. Gli *ESG*, invece, rappresentano una modalità di *business engagement* assai più strutturata¹⁸, in cui la struttura societaria è vista quale alambicco sociale, che distilla profili e criticità economico-finanziarie e ne trae benefiche emanazioni per la comunità. Inoltre, gli *ESG* si fondano su un consapevole accordo tra *corporation* e *society*, che attivano dinamiche di efficientamento e incrementano la rilevanza, l'innovazione e la sostenibilità del *business*.

Orbene, se è vera tale distinguibilità tra i due concetti, è tuttavia innegabilmente vero come *CSR* ed *ESG* si fondano entrambi su un termine «sfuggente»: la *sustainability*. Essa rinviene tante declinazioni quanti sono i punti di vista dai quali può guardarsi. Si pensi alla sua declinazione nell'*environmental*, nel *social* e nella *corporate governance*¹⁹, ricomprendendo fattori a tal punto eterogenei da sfuggire a tentativi di sintesi. E, sfuggendo a tentativi di sintesi, la loro effettività risulta pregiudicata, sia in termini di esatta comprensione da parte dei soggetti chiamati a tutelare la sostenibilità, sia in termini di *enforcement*, che come noto impone una esatta determinazione (e omogeneità) tra l'oggetto del precetto e la causa della sanzione.

La stessa Agenda 2030 – sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU – non sembra agevolare l'auspicata sintesi: essa riconosce ben 17 *Sustainable Development Goals (SDGs)*, inquadrandoli all'interno d'un programma d'azione più ampio di 169 target da raggiungere entro il 2030 in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale²⁰.

Il problema, invero, sembra assai più radicato e non risolvibile con interventi «esterni» poiché insito nella concettualizzazione dei singoli fattori *ESG*. Si pensi alla *diversity* che muta al mutar del criterio di classificazione: età, *gender*, etnia, religione, orientamento sessuale, condizione fisica. La stessa terminologia «investimento sostenibile», centrale nella regolamentazione di

¹³ A.B. Carroll, *A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance*, in *Academy of Management Review*, 4, 4, 1979, 497-505.

¹⁴ D. Stanzone, *Governo dell'impresa e comportamenti socialmente responsabili: verso un diritto societario della corporate social responsibility?*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 2022, 119 ss.

¹⁵ P. Montalenti, *I problemi della governance*, in *Giur. comm.*, 2, 2024, 270; v. E. Rimini, *Sostenibilità e nuova governance delle imprese azionarie nel diritto interno e comunitario tra realtà, criticità e prospettive*, in *Giur. comm.*, 2, 2024, 285.

¹⁶ Contra G.B. Portale, *La corporate social responsibility alla ricerca di effettività*, in *Banca borsa tit. cred.*, 6, 2022, 947, secondo cui, discorrendo di *CSR*, «il concorrente acronimo inglese, attualmente in voga, (*ESG*: Environmental, Social and Governance), non sembra aggiungere molto al tema che ci occupa, appearing un mero aggiornamento lessicale».

¹⁷ F. He, S. Qin, Y. Liu, J.G. Wu, *CSR and idiosyncratic risk: Evidence from ESG information disclosure*, in *Finance Research Letters*, 49, 2022, 936.

¹⁸ U. Tombari, *Riflessioni sullo "statuto organizzativo" dell'"impresa sostenibile" tra diritto italiano e diritto europeo* in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 1, 2022, 135-144.

¹⁹ E, infatti, si discorre di *ESG* come «*umbrella term*»: v. A. Edmans, *The end of ESG*, in *Financial Management*, 52, 2023, 12.

²⁰ V. il Report al Segretario Generale dell'ONU: Aa.Vv., *Investing in Development – A practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals*, New York, 2005, 20 ss. Invero, la loro base è rappresentata dai Millennium Development Goals (MDG) del 2000.

settore, è troppo vaga per offrire elementi alla ricostruzione della fattispecie: il Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 (la c.d. SFDR)²¹, all'art. 2, par. 1, n. 17, infatti lo definisce quale «investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale [...] o un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale [...] o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate»; ma ciò solo a condizione «che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi»²². L'assenza di elementi di dettaglio rende, insomma, l'investimento sostenibile una fattispecie pericolosamente condizionabile da elementi soggettivi e, come tali, discrezionali se non arbitrari.

Orbene, se non è dunque possibile offrire una definizione degli *ESG*, risulta parimenti impossibile alla società l'analisi dei suoi fattori e, ancor prima, del capitale umano chiamato ad applicarli e tutelarli; con tutte le difficoltà conseguenti sulla strutturazione di piani efficienti di inclusione²³.

In altri termini, l'incontrollata ampiezza dei fattori di sostenibilità, degli *ESG* e dello sviluppo sostenibile rischia – eufemisticamente – di essere inversamente proporzionale alla loro necessaria efficienza ed effettività; specie se, come anticipato, è sufficiente la candida veste della sostenibilità per raggiungere obiettivi di mercato profittevoli. Profilo questo che potrebbe finanche depotenziare le scelte gestorie degli amministratori, agendo come «deva»²⁴ in grado di indurli al perseguimento di scelte sostenibili.

Proprio il profilo dell'*enforcement* si sta rivelando critico per le regolamentazioni sovranazionali.

Gli strumenti di gestione della sostenibilità, infatti, pur affondando le proprie radici in interessi collettivi e pubblici²⁵, appartengono innegabilmente al diritto privato e, in dettaglio, all'ambito contrattuale – e, dunque, con fisiologica 'intromissione' della mano statale nelle organizzazioni private e nel mercato.

Ne è fulgido esempio il rapporto tra *corporate governance* e *ESG*, che rinviene nelle normative statunitensi ed europee un tentativo di definizione. La rilevanza sovranazionale del problema di sostenibilità, infatti, porta con sé la necessità di disciplinare il fenomeno non a livello locale-statale bensì a livello sistemico²⁶ – meglio, al livello del mercato di riferimento.

D'altronde, talune declinazioni dei fattori qui in interesse – come la parità di genere – hanno da tempo sperimentato l'approccio premiale. Si pensi alla l. n. 162/2021²⁷ e le relative

²¹ E. Franza, *Il piano d'azione europeo sulla finanza sostenibile: il punto sullo stato di realizzazione*, in *Dir. econ.*, 2020, 685 ss.

²² D'altronde, la stessa scelta di non includere una definizione del termine «sostenibilità» tra le 24 definizioni dell'art. 2 della SFDR appare particolarmente indicativa delle difficoltà di cui si discorre. Si definiscono invece, da una parte, il «rischio di sostenibilità» (n. 22) che è «un evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di governance che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo effettivo o potenziale sul valore dell'investimento», e, dall'altra parte, i «fattori di sostenibilità», quali «problematiche ambientali, sociali e concernenti il personale, il rispetto dei diritti umani e le questioni relative alla lotta alla corruzione attiva e passiva» (n. 24).

²³ AA.VV., *ESG Nas Relações de Consumo*, San Paolo, 2022, 29 ss.

²⁴ Di leve finanziarie e reputazionali discorre M. Campobasso, *Gli amministratori, il successo sostenibile e la pietra di Spinoza*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2024, 1, 1 ss.

²⁵ R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa – Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2021, 102 ss.

²⁶ U. Tombari, «Potere» e «interessi» nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, 77-79.

²⁷ L. Calafà, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, in www.italianequalitynetwork.it, 7 gennaio 2022 che auspicava «un intervento di trasposizione intelligente della dir. 2019/1158/UE dedicata all'equilibrio vita e lavoro o, al limite, qualche aggiustamento alla l. 22 maggio 2017, n. 81», visto che «l'elenco delle aspettative deluse è molto lungo» e «si tratta dell'ennesima conferma della predilezione di una tecnica di

modifiche all'art. 25 del Codice delle pari opportunità in tema di discriminazione diretta e indiretta, con cui si è rafforzato il ruolo delle consigliere e dei consiglieri di parità, attribuendo loro la funzione di promozione e di controllo dell'attuazione dei principi di uguaglianza, di opportunità e di non discriminazione tra donne e uomini nel lavoro. Così come il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 aprile 2022 adottato in attuazione dell'art. 46-bis, il quale opera il rinvio alla UNI/PdR 125:2022 pubblicata il 16 marzo 2022 sulle *Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere* che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator – indicatori chiave di prestazione) inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni, per individuare sia i parametri minimi da raggiungere ai fini dell'ottenimento della certificazione, sia gli organismi di valutazione della conformità accreditati in questo ambito ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008. Tale certificazione mira a far acquisire all'operatore economico un vantaggio sul mercato, dalla buona diffusione²⁸, con il conseguente rischio di «pink washings»²⁹.

L'analisi dei due ordinamenti disvela una profonda differenza, non solo di dettaglio ma di approccio, rivelando un interesse più o meno intenso all'effettività nonché, più in generale, applicando un differente modo di bilanciare l'interesse collettivo o pubblico sotteso agli ESG con la tutela della libertà dell'attività economica.

2. Origini del comply-or-explain approach e tentativi di superamento nel common law statunitense. L'ordinamento di *common law* statunitense rappresenta il terreno su cui si verifica la tenuta del sistema di sostenibilità, non foss'altro perché le origini dello sviluppo sostenibile³⁰ si attribuiscono a Henry Ford, secondo cui, nel 1919, «*a business that earns nothing but money is a poor business*».

Invero, di là dall'impostazione ben espressa da Friedman (v. supra), a partire dagli anni Ottanta numerosi Stati Federali hanno introdotto il c.d. *Corporate Constituency Statute* – secondo cui le decisioni dei *director* possono tener conto non solo degli interessi degli azionisti ma altresì degli interessi di altri gruppi³¹. La prima introduzione dei c.d. *stakeholder statutes* (o anche *non-shareholder statutes*) si è avuta in Pennsylvania nel 1983, con la sec. 1715 del *Company Act*³².

Ad oggi quasi quaranta Stati federali hanno introdotto il c.d. *Corporate Constituency Statute*. Nella maggior parte di questi è facoltà dei *manager* tener conto anche degli interessi degli *stakeholder*.

Assai più raro è, invece, la previsione d'un obbligo specifico. L'Arizona, sul punto, è una rarità giacché prevede che «*a director of an issuing public corporation, in considering the best interests*

intervento spot, mirato, quasi chirurgico, forse per assecondare logiche estemporanee, dimenticando quei problemi di base, di tipo strutturale, che si riproducono ogni giorno, dentro e fuori le aule giudiziarie oppure che si presentano quando si tenta di redigere uno strumento contrattuale o di codificazione generale in materia di discriminazioni nei luoghi di lavoro: la separazione del fattore di rischio sesso o genere rispetto agli altri fattori di rischio (età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali e religiose, razza e origine etnica)».

²⁸ Le certificazioni al mese di novembre 2023 sono state 1548 (v. www.accredia.it).

²⁹ V. G. Consonni, *La certificazione della parità di genere: la UNI/PdR 125:2022*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2024, 395.

³⁰ J.D. Sachs, *The Age of Sustainable Development*, New York, 2014, 54.

³¹ W. J. Camey, *Does Defining Constituencies Matter?*, in *U. Cin. L. Rev.*, 59, 1990, 385-419; L. Heracleous, L. L. Lan, *The myth of shareholder capitalism*, in *Harv. Bus. Rev.*, 88, 2010, 24-30.

³² S. Bainbridge, *Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes*, in *Pepperdine L. Rev.*, 19, 1992, 971-994. Più propriamente «*constituency statutes purport to allow directors of public corporations to consider an expanded group of 'interests' when making decisions on behalf of the corporation or, more precisely, decisions concerning the course of the corporation's business*»: J.R. Macey, *Fiduciary Duties As Residual Claims: Obligations to Nonshareholder Constituencies from a Theory of the Firm Perspective*, in *Cornell. L. Rev.*, 1266, 1999, 84 ss. V. anche E.S. Adams, J.H. Matheson, *A Statutory Model for Corporate Constituency Concerns*, in *Emory L.J.*, 49, 2000, 1085-1087.

of the corporation, shall consider the long-term as well as the short-term interests of the corporation and its shareholders including the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the corporation»³³. Disposizione questa non dissimile alla sec. 717-B della *New York Business Corporation Law*, secondo cui «in taking action, including, without limitation, action which may involve or relate to a change or potential change in the control of the corporation, a director shall be entitled to consider, without limitation, (1) both the long-term and the short-term interests of the corporation and its shareholders and (2) the effects that the corporation's actions may have in the short-term or in the long-term»; e ciò finalizzato a uno dei seguenti obiettivi: «(i) the prospects for potential growth, development, productivity and profitability of the corporation; (ii) the corporation's current employees; (iii) the corporation's retired employees and other beneficiaries receiving or entitled to receive retirement, welfare or similar benefits from or pursuant to any plan sponsored, or agreement entered into, by the corporation; (iv) the corporation's customers and creditors; and (v) the ability of the corporation to provide, as a going concern, goods, services, employment opportunities and employment benefits and otherwise to contribute to the communities in which it does business»³⁴.

L'approccio del *common law* statunitense agli ESG, sebbene storicamente abbia preceduto l'intervento europeo, è stato prevalentemente di natura volontaria³⁵.

Gli stessi *constituency statute* ne sono dimostrazione: la maggior parte di essi consente semplicemente ai director di considerare, nelle proprie scelte manageriali, interessi altri da quelli degli *shareholder*. In questo senso, trattandosi di disposizione facoltativa, non vi è alcuno strumento di *enforcement*³⁶ – anche perché si è sempre più estesa l'area del *management*, ricomprendendo naturalmente anche interessi non strettamente riferibili all'azionariato³⁷.

Orbene, in epoca recente, la tematica degli ESG sembra aver beneficiato di un rinnovato vigore, con innovazioni regolamentari specifiche che hanno riguardato singoli aspetti dell'ampio spettro della sostenibilità.

Così, il 4 dicembre 2020 la Nasdaq ha richiesto alla *Securities and Exchange Commission* (SEC)³⁸ con cui si sono introdotte le tematiche di *inclusion* nella *governance* delle *corporation* richiedendo specificamente l'adozione della Rule 5605(f) (Diverse Board Representation), la quale poneva quale requisito per le Nasdaq-listed corporation «to have at least one director who self-identifies as a female» e «to have at least one director who self-identifies as Black or African American, Hispanic or Latinx, Asian, Native American or Alaska Native, Native Hawaiian or Pacific Islander, two or more races or ethnicities, or as LGBTQ+»; a ciò si aggiungeva la Rule 5606 (Board Diversity Disclosure) che richiedeva alle medesime società «to provide statistical information in a proposed uniform format on the company's board of directors related to a director's self-identified gender, race, and self-identification as LGBTQ+»³⁹.

Nel 2021, la SEC ha approvato la modifica alle regole del Nasdaq per le società quotate. Nel

³³ Ariz. Rev. Stat. § 10-2702, come da ultimo modificato dalla L. 2016, ch. 354, s. 25, entrata in vigore l'8 maggio 2016.

³⁴ New York Consolidated Laws, § 717.

³⁵ L. Papi, *Crisi del sistema "volontaristico" e nuove frontiere europee della responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 2019, 109 ss.

³⁶ L.E. Mitchell, *Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes*, in *Texas L. Rev.*, 70, 3, 1992, 579; E. W. Orts, *Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 61, 1, 1992, 14 ss.

³⁷ S.M.H. Wallman, *The Proper Interpretation of Corporate Constituency Statutes and Formulation of Director Duties*, in *Stetson L.F.*, 63, 1991, 21.

³⁸ Con Notice of Filing of proposed rule change to adopt listing rules related to board diversity, disponibile all'indirizzo <https://www.sec.gov/files/rules/sro/nasdaq/2022/34-96500.pdf>.

³⁹ E, non ultima, « (iii) to update Rule 5615 and IM-5615-3 (Foreign Private Issuers) and Rule 5810(c) (Types of Deficiencies and Notifications) to incorporate references to proposed Rule 5605(f) and Rule 5606; and (iv) to make certain other non-substantive conforming changes».

luglio 2023, la SEC ha adottato nuove regole di disclosure sugli incidenti di cybersicurezza e, nel settembre 2023, ha finalizzato emendamenti all'Investment Company Act per garantire che i fondi il cui nome suggerisce un focus su uno o più fattori *ESG* investano almeno l'80% dei loro *asset* in accordo con tale *focus*.

Orbene l'impostazione dell'ordinamento statunitense si basa sul *comply-or-explain*, il quale richiede che le società quotate in borsa riferiscano sul loro impegno rispetto a specifici standard *ESG* – e, se non si conformano a tali standard, devono fornire spiegazioni. Tale approccio, come noto, è stato adottato per promuovere la trasparenza e l'impegno verso pratiche sostenibili e responsabili senza imporre obblighi legali rigidi.

Nel caso della regolamentazione del Nasdaq, di cui supra, la Nasdaq Rule 5605(f) richiede espressamente alla società che non prevede almeno due consiglieri di amministrazioni di genere diverso «*to explain why the company does not have at least two directors on its board who self-identify in the categories listed above*» – confermando, per l'appunto, il principio.

Tuttavia, l'ordinamento statunitense sembra di recente aprire la strada all'esperienza obbligatoria.

Più in dettaglio, la SEC, sin dagli anni Settanta ma, più convintamente, dal 2010, ha introdotto previsioni in grado di fornire agli investitori «*material information about environmental risks*»⁴⁰.

In tal senso, il 21 marzo 2022 la SEC ha proposto l'introduzione di regole che imporrebbero alle società di includere nei loro *statement* e nei *report* periodici specifiche informazioni sul clima e sui rischi legati al clima che è ragionevolmente probabile abbiano un impatto materiale sul *business*, sui risultati operativi o sulla situazione finanziaria; come pure l'introduzione di «*climate-related financial statement metrics*» nella nota di accompagnamento ai bilanci d'esercizio. Le informazioni relative ai rischi climatici includerebbero anche le emissioni di gas serra della società – le quali rappresentano il criterio usato per valutare l'esposizione della società a tali rischi⁴¹.

La finalità ultima della SEC è di migliorare la trasparenza e la coerenza delle informazioni

⁴⁰ V. Fact Sheet, *Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures*, emanato dalla U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) e disponibile all'indirizzo <https://www.sec.gov/files/33-11042-fact-sheet.pdf>

⁴¹ Più nel dettaglio, la *disclosure* richiesta dalla SEC riguarda 11 ambiti: «*The oversight and governance of climate-related risks by the registrant's board and management*»; «*How any climate-related risks identified by the registrant have had or are likely to have a material impact on its business and consolidated financial statements, which may manifest over the short-, medium-, or long-terms*»; «*How any identified climate-related risks have affected or are likely to affect the registrant's strategy, business model, and outlook*»; «*The registrant's processes for identifying, assessing, and managing climate-related risks and whether any such processes are integrated into the registrant's overall risk management system or processes*»; «*If the registrant has adopted a transition plan as part of its climate-related risk management strategy, a description of the plan, including the relevant metrics and targets used to identify and manage any physical and transition risks*»; «*If the registrant uses scenario analysis to assess the resilience of its business strategy to climate-related risks, a description of the scenarios used, as well as the parameters, assumptions, analytical choices, and projected principal financial impacts*»; «*If a registrant uses an internal carbon price, information about the price and how it is set*»; «*The impact of climate-related events (severe weather events and other natural conditions) and transition activities on the line items of a registrant's consolidated financial statements, as well as the financial estimates and assumptions used in the financial statements*»; «*The registrant's direct GHG emissions (Scope 1) and indirect GHG emissions from purchased electricity and other forms of energy (Scope 2), separately disclosed, expressed both by disaggregated constituent greenhouse gases and in the aggregate, and in absolute terms, not including offsets, and in terms of intensity (per unit of economic value or production)*»; «*Indirect emissions from upstream and downstream activities in a registrant's value chain (Scope 3), if material, or if the registrant has set a GHG emissions target or goal that includes Scope 3 emissions, in absolute terms, not including offsets, and in terms of intensity*»; and «*If the registrant has publicly set climate-related targets or goals, information about: - The scope of activities and emissions included in the target, the defined time horizon by which the target is intended to be achieved, and any interim targets; - How the registrant intends to meet its climate-related targets or goals; - Relevant data to indicate whether the registrant is making progress toward meeting the target or goal and how such progress has been achieved, with updates each fiscal year; and - If carbon offsets or renewable energy certificates ("RECs") have been used as part of the registrant's plan to achieve climate-related targets or goals, certain information about the carbon offsets or RECs, including the amount of carbon reduction represented by the offsets or the amount of generated renewable energy represented by the RECs*».

disponibili per gli investitori, rendendo manifesti i dati nei documenti ufficiali affinché gli investitori possano meglio valutare i rischi climatici nei loro investimenti. E, per tale ragione, vorrebbe rendere specifiche informazioni su come il *board of director* e in generale il *management* della società registrata supervisionano i rischi legati al clima, quale sia il processo di gestione del rischio e quale sia la risposta societaria.

Orbene, la SEC ha mostrato di voler allineare la conformità a tali profili con il sistema di *enforcement* tradizionale. A tal fine, si è istituita una *Task Force* su Clima e ESG all'interno della *Enforcement Division* per sviluppare iniziative volte a identificare proattivamente la condotta illecita relativo all'ESG, in linea con l'aumento della «dipendenza» degli investitori dalla *disclosure* e dall'investimento legati al clima e agli ESG. In tal senso, la *Task Force* utilizza *data analysis* avanzate per incrociare le informazioni rese dalle società registrate e per far emergere *material gap* o *misstatement*. Peraltro, la SEC ha già pubblicato una lista di *ESG-related enforcement action* degli anni precedenti (dal 2008 al 2022) per offrire una casistica di massima sulle violazioni già accertate nel passato – e che riguardavano, ad esempio, la mancanza di qualità, in termini di ESG, di fondi di investimento⁴².

Non mancano, tuttavia, iniziative a livello statale, anche più rigorose di quanto previsto dalla SEC. In particolare, la California ha approvato il 7 ottobre 2023 il *Climate Corporate Data Accountability Act* con il *Senate Bill 253*⁴³.

Interessante rilevare come l'approccio alla *disclosure* in materia climatica «*relies largely on voluntary reporting of GHG inventories, goals, commitments, and agreements, and lacks the full transparency and consistency needed by residents and financial markets to fully understand these climate risk.*» (Sec. 1, lett. i).

Invero, al pari di quanto previsto dall'ordinamento europeo, l'ambito di applicazione della predetta normativa è per ora limitato, essendo rappresentata da «*partnership, corporation, limited liability company, or other business entity formed under the laws of this state, the laws of any other state of the United States or the District of Columbia, or under an act of the Congress of the United States with total annual revenues in excess of one billion dollars (\$1,000,000,000) and that does business in California*»⁴⁴. Il rispetto delle prescrizioni normative è assicurato dallo *State Air Resources Board*, il quale è chiamato ad adottare previsioni per l'applicazione di «*administrative penalties for nonfiling, late filing, or other failure to meet the requirements*» previsti dal *Climate Corporate Data Accountability Act* – secondo limiti previsti dal *California Code of Regulations* e limitate in 500.000 \$ «*in a reporting year*».

3. La regolamentazione europea. L'attenzione per gli ESG e, più in generale, per la sostenibilità da parte dell'ordinamento europeo appare ben più strutturata rispetto alle altre esperienze sovranazionali. Ancorché manchi un atto normativo uniforme che indichi principi e regole generali in materia di sostenibilità, il legislatore europeo ha mostrato un'attenzione per la tematica – a partire dalle informazioni non-finanziarie⁴⁵ –, con integrazioni in settori

⁴² Ovvero, nel caso più recente tra quelli pubblicati, si è riconosciuto che tra aprile 2017 e giugno 2018, Goldman Sachs «*failed to have any written policies and procedures for ESG research in one product, and once policies and procedures were established, it failed to follow them consistently prior to February 2020*».

⁴³ Nella medesima data è stato approvato il *Climate-Related Financial Risk Act* con il *Senate Bill 261*.

⁴⁴ L'integrazione del requisito è valutata «*on the reporting entity's revenue for the prior fiscal year*».

⁴⁵ E. Bellisario, *Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/2016 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, I, 19 ss.; S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, 974 ss.; E.R. Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, 206-210; P. Sfameni, *Disciplina dell'informazione a carattere non finanziario e mercati regolamentati. Problemi e prospettive*, in D. Caterino, I. Ingravallo (a cura di), *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, 2020, 197 ss.; G. Strampelli, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 145 ss.; M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, 1026 ss.;

specifici.

L'atto principale è rappresentato dal *Green Deal* del 2019⁴⁶.

Il *Green Deal*⁴⁷ porta con sé un'innegabile importanza strategica, atteso che, dopo anni di crisi economico-finanziaria⁴⁸, l'Unione europea era da tempo alla ricerca di opportunità per rendersi «capofila» di un progetto di innovazione⁴⁹, che sia orientato a una generazione differente rispetto al *target* tradizionale degli interventi normativi. In quest'ottica, come si vedrà *infra*, possono e debbono leggersi le scelte, anche di diritto positivo, effettuate dall'ordinamento europeo le quali si appalesano ben più «radicali»⁵⁰ delle scelte passate⁵¹.

Il *Green Deal* è definito – nei Considerando degli altri atti normativi europei⁵² – quale «nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'Unione in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva, che a partire dal 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse» – il cui obiettivo è raggiungibile inviando «agli investitori chiari segnali che li inducano ad evitare gli investimenti in attivi non recuperabili e a raccogliere finanziamenti sostenibili».

Invero, un tentativo di familiarizzazione⁵³ con la tematica della sostenibilità era stato fatto con l'*Emission Trading System (ETS)* avviato nel 2005 nell'ambito del c.d. *Pacchetto Fit for 55* in cui l'obiettivo è la riduzione delle emissioni entro il 2030 e di zero emissioni nette entro il 2050. Il sistema di scambio di emissioni è una misura rivolta specificamente alle realtà industriali, che vuole creare un mercato unico del carbonio che comprenda i mercati UE,

⁴⁶ COM(2019) 640 def. V. H. Dyrhauge, K. Kurze, H. Dyrhauge, K. Kurze, *Making the European Green Deal Word*, New York, 2023, 12 ss. Ad esso correlato, ma lambisce l'ambito finanziario tra cui *infra*, la comunicazione del 17 giugno 2019 dal titolo «Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima» («Orientamenti sulla comunicazione di informazioni relative al clima»), la Commissione ha messo in luce i benefici che le imprese traggono dalla comunicazione di informazioni relative al clima, in particolare aumentando all'interno dell'impresa la consapevolezza e la comprensione dei rischi e delle opportunità correlati al clima, diversificando la base di investitori, creando un costo inferiore del capitale e migliorando il dialogo costruttivo con tutti i portatori di interessi – oltre al fatto che «la diversità nei consigli di amministrazione delle imprese può influire sul processo decisionale, sul governo societario e la resilienza» (Considerando 3 alla Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022).

⁴⁷ D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2022, 297; S. Nespor, *La scoperta dell'ambiente. Una rivoluzione culturale*, Roma-Bari, 2020, 112; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 12.

⁴⁸ Per le difficoltà in passato v. E. Gerelli, *Economia e tutela dell'ambiente. Possibilità e problemi di uno sviluppo «pulito»*, Bologna, 1974, *passim*. Il tema si interseca con l'Emissions Trading System (ETS) su cui v. C. Kettner, D. Kletzan-Slamanig, A. Koppl, *The EU Emission Trading Scheme: Is There a Need for Price Stabilization?*, in L. Kreiser, L. Soocheol, K. Ueta, J.E. Mine, H. Ashiabor (a cura di), *Environmental Taxation and Green Fiscal Reform*, 2014, 113.

⁴⁹ M. van der Sluis, *The European Green Deal Paradox – remarkably successful, but falling short?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 30, 3, 2023, 232.

⁵⁰ Sulla difficoltà di adottare un approccio drastico v. N. Chomsky, R. Pollin, *Minuti contati. Crisi climatica e Green New Deal Globale*, 2020, 100.

⁵¹ G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 581 ss.; P. Dell'Anno, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Amb. svil.*, 2009, *passim*; M.C. Carta, *La Blue Economy dell'Unione Europea: evoluzione e prospettive di un nuovo modello economico «circolare» green e blue oriented*, in *Eurojus*, 2, 2024, 475.

⁵² Si veda, *ex multis*, il Considerando 2 del Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il Regolamento Delegato (UE) 2017/565.

⁵³ S. Moratti, *Green deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 4, 2020, 439.

l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia⁵⁴.

Orbene, in tale contesto il *Green Deal* si è posto in continuità con l'*ETS*, raccogliendone le previsioni e, soprattutto, l'approccio⁵⁵.

Invero, non può non riconoscersi come il limite dell'intervento normativo⁵⁶ sia di fornire una lettura parziale del fenomeno solo in termini climatici, in cui l'obiettivo è il raggiungimento della *climate neutrality* nel 2050. Gli obiettivi di dettaglio sono ancor più chiari: rendere più ambiziosi gli obiettivi europei per il clima; mobilitare l'industria per un'economia pulita e circolare; costruire e ristrutturare in modo efficiente sotto il profilo energetico e delle risorse; perseguire l'obiettivo del cd. inquinamento zero; risanare e ripristinare gli ecosistemi e la biodiversità; promuovere un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente, ispirato al principio «dal produttore al consumatore»; favorire la mobilità sostenibile.

I fattori *ESG* sono stati, poi, specificamente integrati nell'ambito finanziario. Il riferimento principale è al Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (c.d. *Sustainable Finance Disclosure Regulation – SFDR*).

Fino al momento dell'emanazione del Regolamento⁵⁷, apparivano infatti eccessivamente eterogenee – specie per la mancata armonizzazione degli obblighi, le informative destinate agli investitori finali sull'integrazione dei rischi di sostenibilità⁵⁸, sulla considerazione degli effetti negativi per la sostenibilità, degli obiettivi di investimento sostenibile, ovvero sulla promozione delle caratteristiche ambientali o sociali, nel processo decisionale e nei processi di consulenza⁵⁹. Il Regolamento impone ai partecipanti ai mercati finanziari e ai consulenti

⁵⁴ Le misure si basano sulla previsione di una soglia massima di quantità totali di gas ad effetto serra che le imprese coperte dal sistema possono emettere; tale soglia è poi oggetto di progressiva riduzione fino al completo azzeramento. Per un'analisi critica v. M. Pahle, S. Queminn, S. Osorio, C. Günther, R. Pietzcker, *The Emerging Endgame: The EU Ets on the Road Towards Climate Neutrality*, SSRN, 2024, disponibile all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=4707860>; per un'analisi ottimista sui risultati scientifici si veda P. Villoria-Sáez, V. W.Y. Tam, M. del Río Merino, C. Vinas Arrebola, C. Wang, *Effectiveness of greenhouse-gas Emission Trading Schemes implementation: a review on legislations*, in *Journal of Cleaner Production*, 127, 2016, 49-58.

⁵⁵ V. T. Treu, *Politiche europee e nazionali per la transizione verde*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2024, 1 ss.

⁵⁶ G. Claeys, S. Tagliapietra, G. Zachmann, *How to Make the European Green Deal Work*, Bruxelles, 2019, 3.

⁵⁷ T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 4, 2023, 607.

⁵⁸ J.C. Coffee, *The Future of Disclosure: ESG, Common Ownership and Systematic Risk*, in ECGI, Law Working Paper n. 541/2020, marzo 2021, 13 ss.; A.G.F. Hoepner, I. Oikonomou, Z. Sautner, L.T. Starks, X.Y. Zhou, *ESG Shareholder Engagement and Downside Risk*, in ECGI, Finance Working Paper N. 671/2020, aprile 2020; D.C. Esty, Q. Karpilow, *Harnessing Investor Interest in Sustainability: The Next Frontier in Environmental Information Regulation*, in *Yale JREG*, 36, 2019, 629; F. Fornasari, *Knowledge and Power in Measuring the Sustainable Corporation: Stock Exchanges as Regulators of ESG Factors Disclosure*, in *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 19, 2020, 208; S. Rossi, *Il diritto della Corporate Social Responsibility*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2021, 119; B. Caldecott, *Introduction. Stranded assets and the environment*, in *Stranded Assets and the Environment. Risk, Resilience and Opportunity*, New York, 2018, 5 ss.

⁵⁹ Come previste altresì dalle seguenti Direttive: Direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) (GU L 302 del 17 novembre 2009, 32); Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II) (GU L 335 del 17 dicembre 2009, 1); Direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sui gestori di fondi di investimento alternativi (GU L 174 dell'1 luglio 2011, 1); Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU L 176 del 27 giugno 2013, 338); Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE (GU L 173 del 12 giugno 2014, 349); Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, sulla distribuzione assicurativa

finanziari che forniscono consulenza in materia di investimenti o di assicurazioni riguardo ai prodotti di investimento assicurativi (IBIP), indipendentemente dalla progettazione dei prodotti finanziari e dal mercato di riferimento, di pubblicare politiche scritte sull'integrazione dei rischi di sostenibilità – inteso quale evento o condizione di tipo ambientale, sociale o di governance «che, se si verifica, potrebbe provocare un significativo impatto negativo sul valore dell'investimento»⁶⁰ – e assicurare la trasparenza di tale integrazione. In sostanza, tale intervento regolamentare si snoda attraverso l'imposizione di specifiche condotte – ivi compresa la necessaria consegna (o comunque messa a disposizione) di documenti al cliente – orientate all'integrazione dei rischi ESG nei processi di investimento.

Non può inoltre dimenticarsi in materia l'emanazione della Tassonomia europea⁶¹ del 18 giugno 2020, adottata con Regolamento UE 2020/852 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2022 – con la quale si è modificato il precedente Regolamento UE 2019/2088. L'importanza risiede nell'aver offerto una classificazione comune a livello europeo delle attività economiche considerate sostenibili dal punto di vista ambientale. Con essa si offre un ulteriore livello di trasparenza in merito alla collocazione delle imprese sui mercati finanziari, riconoscendo sei obiettivi ambientali specifici e agevolando il flusso di capitali verso la finanza sostenibile e i progetti verdi, proponendo la creazione di un linguaggio comune e standardizzato, di criteri e di un processo di due diligence (con garanzia di qualità) relativo all'identificazione delle attività economiche che si allineano agli obiettivi ambientali riconosciuti e condivisi dagli Stati membri⁶².

E con Regolamento Delegato (UE) 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il Regolamento Delegato (UE) 2017/565 circa «l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento».

Lo schema regolatorio si pone in perfetta continuità con i precedenti interventi. Vengono, infatti, responsabilizzati gli operatori economici – e, in particolare, le imprese di investimento – le quali sono chiamate a disporre di meccanismi adeguati «per garantire che l'inclusione dei fattori di sostenibilità nel processo di consulenza e nella gestione del portafoglio non porti a

(GU L 26 del 2 febbraio 2016, 19); Direttiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP) (GU L 354 del 23 dicembre 2016, 37). Come pure i Regolamenti e, in particolare: Regolamento (UE) n. 345/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013, relativo ai fondi europei per il venture capital (GU L 115 del 25 aprile 2013, 1); Regolamento (UE) n. 346/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013, relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale (GU L 115 del 25 aprile 2013, 18); Regolamento (UE) 2015/760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo ai fondi di investimento europei a lungo termine (GU L 123 del 19 maggio 2015, 98); e, infine, il Regolamento (UE) 2019/1238 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sul prodotto pensionistico individuale paneuropeo (PEPP) (GU L 198, 25 luglio 2019, 1).

⁶⁰ Considerando 14. La nozione, invero, rinvia alla definizione già presente nella legislazione settoriale, in particolare nelle Direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, (UE) 2016/97, (UE) 2016/2341.

⁶¹ V. *Report della Piattaforma sulla finanza sostenibile Platform Recommendations on Data and usability*, del 12 ottobre 2022. Cfr. D.A. Zetzsche, L. Anker-Sørensen, *Regulating Sustainable Finance in the Dark*, in *European Business Organization Law Review*, 2022, 48 ss.; I. Chiu, *The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics*, in *European Business Organization Law Review*, 2022, 87 ss.; A. Genovese, *Bilanci di sostenibilità, tassonomia UE delle attività economiche ecosostenibili e governo societario*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2022, 506 ss.; e A.M. Paces, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster Sustainable Corporate Governance?*, in *Sustainability*, 2021, 9 ss.

⁶² Cfr. F. Malzani, *Tassonomia UE e vincoli per l'impresa sostenibile nella prospettiva prevenzionistica*, in *Giorn. Dir. lav. e rel. ind.*, 177-178, 2023, 1-2.

pratiche di vendita impropria o all'errata rappresentazione di strumenti o strategie finanziari come rispondenti alle preferenze di sostenibilità laddove non lo sono».

Se l'approccio europeo non ha fornito sanzioni specifiche per tale ambito, esse sono state demandate dagli Stati membri. In particolare, la CONSOB ha integrato le disposizioni nel Regolamento n. 20307 del 15 febbraio 2018 (il c.d. Regolamento Intermediari) che adegua la normativa di rango secondario al rinnovato quadro di riferimento europeo.

Più in dettaglio, il Regolamento Intermediari, come modificato con delibera n. 2243 del 28 luglio 2022⁶³, ha integrato gli obiettivi di sostenibilità del Regolamento Delegato negli artt. 66, 68, 72, 75, c. 3, 175, 167, cc 2 e 5, 171, 175 e 177. Ad eccezione dei primi quattro, i restanti articoli sono direttamente correlati con l'art. 180 (Sanzioni). Si pensi alla mancata informazione da parte dei consulenti finanziari autonomi (o delle società di consulenza finanziaria) di fornire al cliente o al potenziale cliente – in tempo utile prima che questi sia vincolato da un accordo per la prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti o prima della prestazione di tale servizio, qualora sia precedente – specifiche informazioni riguardanti il contratto o il servizio di investimento tra cui, ove pertinente, «i fattori di sostenibilità presi in considerazione nel processo di selezione degli strumenti finanziari» – violazione che porta all'applicazione della sanzione della sospensione dall'albo ai sensi dell'art. 180, c. 2, lett. b). O, ancora, se il consulente non ha considerato le preferenze di sostenibilità nella valutazione dell'operazione da raccomandare (ai sensi dell'art. 167); o se ha violato il divieto di raccomandare strumenti finanziari come rispondenti alle preferenze di sostenibilità di un cliente se, invero, tale strumento non soddisfa tali preferenze (art. 171 sulla valutazione dell'adeguatezza); o se ha mancato di considerare i rischi di sostenibilità nel rendere informazioni su supporto durevole e mediante sito internet ai sensi dell'art. 175, è parimenti prevista la sanzione della sospensione dall'albo ai sensi dell'art. 180, c. 2, lett. b).

Il nuovo pilastro in materia di integrazione degli *ESG* nella *corporate governance* è tuttavia rappresentato dalla Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 «che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità». È la c.d. *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD).

L'intervento s'innesta sul precedente Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che impone agli enti di grandi dimensioni che hanno emesso valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato di comunicare informazioni sui rischi ambientali, sociali e di *governance* a decorrere dal 28 giugno 2022.

In tale provvedimento normativo il legislatore europeo ha utilizzato il *report* di sostenibilità come strumento per il perseguimento degli obiettivi generali. Infatti, il presupposto concettuale è rappresentato – come evidente dal Considerando 9 alla Direttiva – che una migliore rendicontazione di sostenibilità da parte delle imprese genera un vantaggio di consumatori, risparmiatori e cittadini, i quali «sarebbero adeguatamente informati e quindi in grado di impegnarsi meglio nel dialogo sociale» – intesa come migliore selezione dei prodotti cui investire. I destinatari cui la regolamentazione europea si rivolge sono sia gli investitori – i quali sono portati a «comprendere meglio i rischi e le opportunità che le questioni di sostenibilità presentano per i loro investimenti e l'impatto di tali investimenti sulle persone e sull'ambiente» –, sia gli attori della società civile, che confidano nella attenzione delle imprese alla sostenibilità. Questi sono sempre più consci dei rischi e delle opportunità che le questioni ambientali comportano.

Invero, come detto, tramite lo strumento della rendicontazione si vuole altresì accordare alle imprese una serie di benefici; non ultimo, l'accesso al capitale finanziario, visto che proprio

⁶³ In vigore dal 16 agosto 2022.

la rendicontazione può migliorare la comunicazione tra le imprese e i loro portatori di interessi, con effetti diretti sulla *reputation*.

Il sistema – strutturato già dalla Direttiva 2013/34/UE che la CSRD novella – si basa su una prospettiva di «doppia rilevanza», richiedendo che le informazioni da rendere abbiano ad oggetto sia l'impatto delle attività dell'impresa sulle persone e sull'ambiente, sia il modo in cui le questioni di sostenibilità incidono sull'impresa stessa – ad eccezione dei dati costituenti 'segreti commerciali' (capitale intellettuale, proprietà intellettuale, *know-how*, risultati dell'innovazione, anche di cui alla Direttiva (UE) 2016/943).

Il sistema si fonda sul ruolo della EFRAG, società privata istituita nel 2001, la quale supporta la Commissione europea anche per l'individuazione di principi di rendicontazione di sostenibilità standard – i quali, secondo quanto prevede la Direttiva – «dovrebbero specificare le informazioni che le imprese devono comunicare riguardo a fattori sociali, compresi le condizioni di lavoro, il coinvolgimento delle parti sociali, la contrattazione collettiva, l'uguaglianza, la non discriminazione, la diversità, l'inclusione e i diritti umani».

Orbene, la Direttiva impone a tutte le imprese di grandi dimensioni e le piccole e medie imprese (ma non le microimprese), che sono enti di interesse pubblico ai sensi dell'art. 2, p. 1), lett. a) della Direttiva 2013/34/UE⁶⁴, di includere nella relazione sulla gestione informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto dell'impresa sulle questioni di sostenibilità, nonché informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull'andamento dell'impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione. Questa viene inclusa, per l'appunto, nella relazione sulla gestione, che rappresenta il resoconto sull'andamento e sui risultati dell'attività dell'impresa e della sua situazione, e nella quale sono espressi gli indicatori di risultato finanziari e non finanziari; tale relazione indica anche l'evoluzione prevedibile dell'impresa, le attività svolte nella ricerca e nello sviluppo, l'utilizzo eventuale di strumenti finanziari, obiettivi e politiche in materia di gestione del rischio finanziario e l'esposizione dell'impresa al rischio di prezzo, di credito, di liquidità e di variazione dei flussi finanziari. In sostanza, dunque, la relazione di sostenibilità vuole innestare i fattori *ESG* nelle pieghe delle maglie finanziarie.

Più nel dettaglio, la relazione di sostenibilità deve fare comprendere quale sia il modello adottato dall'impresa e quali sia la relativa strategia in materia; deve indicare le opportunità per l'impresa connesse alle questioni di sostenibilità e i piani dell'impresa (ivi compresi i piani finanziari e di investimento) predisposti per garantire che il modello e la strategia aziendali siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C di cui all'*Accordo di Parigi*; nonché una «descrizione degli obiettivi temporalmente definiti connessi alle questioni di sostenibilità individuati dall'impresa, inclusi, ove opportuno, obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra almeno per il 2030 e il 2050, una descrizione dei progressi da essa realizzati nel conseguimento degli stessi e una dichiarazione che attesti se gli obiettivi dell'impresa relativi ai fattori ambientali sono basati su prove scientifiche conclusive» (lett. b).

A ciò si aggiungono le informazioni sulla *governance*: dalla descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e controllo per le questioni di sostenibilità alle relative competenze e capacità in relazione allo svolgimento di tale ruolo; dalla descrizione delle politiche dell'impresa in relazione alle questioni di sostenibilità all'analisi degli impatti negativi (anche potenziali) legati alle attività dell'impresa e alla sua *value chain* – informazioni queste

⁶⁴ «Disciplinate dal diritto di uno Stato membro e i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, punto 14, della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari».

che si aggiungono a quelle contenute nella relazione sul governo societario di cui all'art. 20 della Direttiva 2013/34/UE (come modificata, appunto, dalla CSRD)⁶⁵.

L'*enforcement* delle previsioni della Direttiva è garantito, nel rispetto di autonomia degli Stati Membri, da specifiche sanzioni che dovranno esser previste dalla legislazione nazionale. Tuttavia, è ben chiaro come la normativa europea non consenta alcuna modalità per sottrarsi all'emanazione e pubblicazione del *report* di sostenibilità: l'art. 51 prevede che «gli Stati membri prevedono sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate in conformità della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione», con sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive».

A ciò si aggiunge un ulteriore regime sanzionatorio. Tra le modifiche che la CSRD ha apportato alla Direttiva 2006/43/CE, infatti, vi è anche l'emendamento all'art. 30 secondo cui – fatti salvi i regimi nazionali in materia di responsabilità civile – gli Stati membri prevedono sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei revisori legali e delle imprese di revisione contabile, qualora le revisioni legali dei conti o l'attestazione della conformità della rendicontazione di sostenibilità non siano effettuate in conformità con la regolamentazione.

4. Brevi considerazioni conclusive. Le regolamentazioni statunitense ed europea dei fattori *ESG*⁶⁶ se da un lato condividono obiettivo, finalità e metodologia – ivi compresa l'azione sulle imprese, quali veicoli per la sostenibilità – dall'altro lato differiscono profondamente sull'approccio di *enforcement*.

La tripartizione di schemi di effettività – volontaria, *comply-or-explain* e obbligatoria – sembra riempirsi di significato, specie in chiave comparatistica.

In particolare, l'adeguamento spontaneo delle società all'uso dei fattori *ESG* e alla loro integrazione della *governance* appare allo stato non fattibile; i costi di *compliance*, infatti, non appaiono al momento bilanciati con le prospettive di guadagno, rendendo ancora conveniente sviluppare blandamente (o non sviluppare affatto) i fattori *ESG*.

Quanto alla *comply-or-explain*, l'ordinamento statunitense si fonda ancora convintamente su tale approccio. Invero, non è l'unico. La Singapore Exchange (SGX) ha introdotto regole di *reporting* sulla sostenibilità fondate su base *comply-or-explain* per sostituire il regime di *reporting* volontario, in vigore dal 2011, tipico del Singapore Code of Corporate Governance⁶⁷. L'intento è di incoraggiare più società quotate ad adottare questioni *ESG*, specificando le modalità di gestione dei *material ESG risk*.

Così anche nell'ordinamento di Hong Kong, ove il principio di *comply-or-explain* è stato implementato per rafforzare gli obblighi di reporting *ESG* delle società quotate dal 2016. Le modifiche alla *ESG Guide* e alle relative regole di quotazione richiedono che le società

⁶⁵ S. Fortunato, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in M. Castellaneta, F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019, 123 ss.

⁶⁶ Discorso parzialmente diverso, ma comunque connesso, è lo sviluppo delle società benefit: v. A. Candian, *Le Società Benefit in Italia*, in R.E. Cerchia (ed.), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, 2021, 28; D. Corapi, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note conclusive*, in B. De Donno, L. Ventura (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018, 111; L. Ventura, *Benefit corporation e società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in B. De Donno, L. Ventura (a cura di), cit., 101; nonché C. Angelici, *Società Benefit*, in B. De Donno, L. Ventura (a cura di), cit., 19 ss.

⁶⁷ *Practice Note 7.6 Sustainability Reporting Guide* (disponibile all'indirizzo <https://rulebook.sgx.com/rulebook/sgx-rulebooks>): «To achieve the additional transparency which encourages efficiency and innovation, SGX-ST requires each issuer to publish an annual sustainability report, describing the primary components on a 'comply or explain' basis, and in relation to the primary component in Listing Rule 711B(1)(aa) where the issuer is in any of the industries identified in paragraph 4.9 of this Guide, on a mandatory basis, in accordance with the Listing Rules. This Guide provides guidance to the issuer on compliance with the requirements under the Listing Rules».

quotate riferiscano se si sono conformate alle disposizioni e, se non si sono conformate, devono fornire ragioni ponderate per la loro non conformità.

Discorso diverso riguarda, invece, l'approccio obbligatorio-impositivo⁶⁸.

L'ordinamento europeo ha inteso imporre alle società il rispetto di obblighi e procedure definite sin dal principio; e in tal senso le previsioni della c.d. CSRD e il suo apparato sanzionatorio (pur implicito che sia) ne sono chiara manifestazione. Di recente, poi, si è assistito anche a un tentativo obbligatorio da parte dell'ordinamento di *common law* statunitense, il quale sembra virare verso previsioni 'forzose', con previsione di sanzioni di natura amministrativa.

Invero, se tale sistema consente una sicura rapidità applicativa, per i fattori *ESG* rivela altresì benefici di altra natura. *In primis*, un vantaggio strettamente economico, con diretta correlazione con la liquidità della stessa società⁶⁹. Di poi, in termini sociali, atteso che l'imposizione di regole obbligatorie impone agli operatori economici di concorrere tra loro e di fondare la concorrenza su elementi differenti rispetto alle regole minime di sostenibilità imposte dalla normativa.

Da quanto fin qui rilevato, in sostanza, il *trend* appare privilegiare tale approccio, con strumenti di *enforcement* consistenti nell'applicazione di sanzioni amministrative che contemplino una condanna al pagamento in misura percentuale rispetto al fatturato annuale. In questo non sembra difficile predire una convergenza dei due ordinamenti – statunitense ed europeo – sull'approccio obbligatorio.

Un indice di ciò è rappresentato dalla *resolution* approvata dal Parlamento Europeo il 24 aprile 2024 «on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and integrity of Environmental, Social and Governance (ESG) rating activities». Intervento, questo, che mira a implementare la divulgazione di rating *ESG* nelle comunicazioni di marketing degli strumenti finanziari e nelle pubblicazioni sul web, consentendo una separazione di rating per ognuno dei tre fattori e richiedendo che i fornitori di rating acquisiscano in precedenza una autorizzazione dall'ESMA – salvo che non si tratti di piccole imprese e i gruppi per cui si prevedono deroghe alla registrazione per un triennio.

D'altronde, se non può dubitarsi dell'urgenza di rispettare tempistiche sempre più ristrette, specie in ambito climatico, le alternative sistemiche non sembrano convincenti. Ampia è la letteratura che riconosce come le cause del fallimento delle politiche di sostenibilità⁷⁰ siano, tra le molte, tre: in primo luogo, il perdurante incentivo, anche di natura economica, ai fattori produttivi «tradizionali» o «non sostenibili», sia quando s'innestano sia in attività private sia in attività pubbliche; in secondo luogo, il difetto di comunicazione ai c.d. *key stakeholder* circa l'urgenza di modificare le strategie di sviluppo nonché le criticità che riguardano l'approccio vigente, pur se formalmente sostenibile; in ultimo, il disinteresse degli ordinamenti all'implementazione delle politiche per rendere effettivamente sostenibile lo sviluppo.

Dunque, se è vero che l'*enforcement* è una parte coessenziale del sistema normativo, è altrettanto vero che in materia di sostenibilità l'approccio volontario ha mostrato la sua ampia inefficacia – anche in ragione della scarsa attenzione presso l'utenza finale a selezionare i

⁶⁸ Con limiti: v. N. Ciocca, *Sostenibilità dell'attività di impresa e doveri degli amministratori*, in F. Massa (a cura di), *Profili giuridici, economici e manageriali delle PMI italiane*, Torino, 2019, 83 ss.

⁶⁹ «The effects are stronger if the mandatory disclosure requirements are implemented by government institutions, not on a comply-or-explain basis, and coupled with enforcement by informal institutions», cit. P. Krueger, Z. Sautner, D.Y. Tang, R. Zhong, *The Effects of Mandatory ESG Disclosure Around the World*, European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 754/2021, Swiss Finance Institute Research Paper No. 21-44, 40, 2024, disponibile su SSRN all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3832745>.

⁷⁰ M. Howes, L. Wortley, R. Potts, A. Dedekorkut-Howes, S. Serrao-Neumann, J. Davidson, T. Smith, P. Nunn, *Environmental Sustainability: A Case of Policy Implementation Failure?*, in *Sustainability*, 9, 2017, 165 ss.

prodotti sostenibili e a valorizzare la scelta virtuosa dell'impresa.

Orbene, le ragioni di una tal differenza di approccio nei due ordinamenti sembrano potersi sintetizzare in due aspetti: uno strutturale, l'altro culturale.

L'ordinamento statunitense sconta, in materia di *corporate governance* e di interventi sulle imprese, un rapporto tra Stato centrale e Stati federati in latente tensione, fondato su un modello neo-federalista di derivazione calvinista⁷¹. Lo Stato europeo, invece, nella riaffermazione dei valori di universalità e di solidarietà propri della tradizione cattolica sembra privilegiare un modello fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale⁷²; tali caratteri, infatti, discendono dalla dottrina sociale della Chiesa⁷³. Da ciò ne discende una maggiore ritrosia dello Stato centrale statunitense a disciplinare profili che incidono direttamente sulle *corporation* e che possano contrastare con quelle naturali politiche economiche che tendono all'abbattimento di barriere all'ingresso e alla diminuzione di oneri (anche fiscali) sulle imprese.

Dal punto di vista «culturale», l'approccio *comply-or-explain* è assai coerente con il liberismo economico di derivazione classica dell'ordinamento statunitense⁷⁴, che vuole condizionare l'attività economica privata senza utilizzare fattori impositivi⁷⁵. D'altronde, ciò si s'innesta con un altro profilo, parimenti determinante: è ben noto come la sensibilizzazione ai temi della sostenibilità si scontri con le difficoltà di coinvolgimento dell'azionariato. Coinvolgimento che, proprio su questi temi, sembra esser messo in discussione dal c.d. *shareholder engagement*, ove la sostenibilità porta con sé un costante dialogo, condivisione e allineamento di interessi, specie tra azionisti di maggioranza e minoranza; dialogo che vede quale obiettivo l'instaurazione di una 'governabilità sostenibile' in cui si confrontano «nella continua ricerca di un equilibrio, elementi economici, sociali, ambientali e di *governance* che richiedono una diffusa e larga partecipazione, un effettivo interesse ed un concreto impegno di tutti gli azionisti»⁷⁶.

In altri termini, il liberismo economico statunitense modera l'intervento statale nella consapevolezza di incidere sull'attività economica privata non già e non solo delle *corporation*

⁷¹ D. Velo, *Globalization and Welfare State Reform*, in *The European Union Review*, 1998, 17 ss.: «the spreading of non-profit institutions, for all their different shapes, focuses the debate on the possibility of identifying a new welfare State model. This corresponds to the role that non-profit institutions, being the expression of an innovative interlacing of choices of value and choices of organisational patterns, can play in implementing the principle of subsidiarity and neo-federalism». A. Ferrara, *Il principio di sussidiarietà come criterio guida nella riforma del regionalismo e del Welfare State*, in AA.VV., *Regionalismo. Federalismo e Welfare State*, Milano, 1997, 95 ss.

⁷² L. Antonini, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: a Welfare State a Welfare Society*, in Riv. dir. fin., 2000, 1, 103; D. Béland, F. Vergnolle de Chantal, *Fighting "Big Government": Frames, Federalism, and Social Policy Reform in the United States*, in *The Canadian Journal of Sociology*, 2004, 29, 2, 241-264.

⁷³ Cfr. G. Barberini, *Appunti e riflessioni sull'applicazione del principio di sussidiarietà nell'ordinamento della Chiesa*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, XXXVI, 1-2, 329.

⁷⁴ R. Baritono, «A New Deal for the World»: liberalismo e internazionalismo negli Stati Uniti post-1945, in M. Cau (a cura di), *L'Europa di De Gasperi e Adenauer. La sfida della ricostruzione (1945-1951)*, Bologna, 2011, 231 ss.

⁷⁵ Non senza una forte tutela del principio di libertà nella scelta: in tal senso, si veda la decisione – favorevole per i convenuti – della Corte Suprema di New York del 4 luglio 2024 tra la Teachers' Retirement System, il New York City Employees' Retirement System e il Board of Education Retirement System in cui il voto nel 2021 per fermare gli investimenti in publicly traded securities di riserve fossili venne contestato come violazione di fiduciary duty e, in particolare, essi «breached their fiduciary duties and abused their control over plan assets by divesting the Plans of approximately four billion dollars of holdings in companies involved in the extraction of fossil fuels, in a misguided and ineffectual gesture to address climate changes». Si veda altresì V. <https://corpgov.law.harvard.edu/2024/07/04/what-the-supreme-courts-loper-bright-decision-means-for-ESG-and-other-key-trends>.

⁷⁶ N. Cucari, *Lo shareholder engagement negli studi di corporate governance – Un'analisi empirica mediante la Qualitative Comparative Analysis*, Milano, 2018, 12 e 75.

bensi degli stessi *shareholder* e sul loro interesse⁷⁷.

Vi è, infine, un ulteriore elemento che sorge dalla normativa in analisi. Progressivamente i fattori *ESG* sembrano trovare una maggior specificazione e categorizzazione nella legislazione, che talvolta seleziona taluni fattori di sostenibilità (il fattore climatico su tutti), offrendone una disciplina di dettaglio.

Ciò rende ancor più urgente, nel percorso di sviluppo dei fattori *ESG*, la definizione dell'obiettivo finale, dello scopo ultimo dell'ordinamento (anzi, degli ordinamenti).

Se è vero, infatti, che l'idea di socializzazione dei mezzi di produzione, quale strumento per un'ideale redistribuzione della ricchezza, ha mostrato la sua incapacità di sopire o esaurire il conflitto sociale⁷⁸, come pure l'aumento dell'industrializzazione, la finalità degli *ESG* non potrebbe che rinvenirsi altrove. Eppure ad oggi pare indubbio che, al contrario, la finalità degli *ESG* non possa che essere economica – ricadendo nella *Genossenschaft* e nell'elaborazione ad opera di Savigny e Gierke⁷⁹. Il fenomeno del *greenwashing*, si ribadisce, in uno con la valorizzazione sui mercati regolamentati delle società quotate sostenibili, depone chiaramente in tal senso.

Così, se la funzionalizzazione della società a una rinnovata idea di capitalismo non può dirsi nuovo, è dagli albori del nuovo millennio che parte della dottrina ha rimarcato l'importanza che la programmazione economica sia inserita all'interno di confini «biofisici» e ch'essa si muova in sinergia con i ritmi della natura e nel rispetto dei cicli biogeochimici globali⁸⁰. Così, se il ruolo della natura è tradizionalmente stato quello di produrre valore economico, la sostenibilità non può rappresentare un limite esterno (e, dunque, un ostacolo) al sistema economico-finanziario capitalista, che ne argina gli obiettivi, bensì un fattore intrinseco alla produzione, che genera alternative finalistiche altrettanto soddisfacenti per la società, gli azionisti e gli *stakeholder*.

L'epoca della sostenibilità, dunque, rappresenta un'occasione per mutare lo stesso *corporate purpose*, inglobando e funzionalizzando lo stesso interesse individuale-egoistico degli *shareholder* nella società e, avvicinando i due interessi (sociale e particolare), è in grado potenzialmente di superare la *passive ownership*⁸¹.

Abstract. La sostenibilità rappresenta, per i legislatori nazionali e sovranazionali, una connotazione dell'impresa nella contemporaneità e nel futuro, a dispetto del carattere sfuggente dei suoi contenuti e degli obiettivi che si intende raggiungere. Il contributo analizza, a tal fine, le criticità del sistema degli *ESG* e i due principali approcci ordinamentali, europeo e statunitense, in materia, rimarcando le differenze e delineando i *trend* in materia.

Abstract. Sustainability is seen as a key feature of businesses now and in the future, despite the elusive nature of its contents and the objectives intended to be achieved. The essay looks

⁷⁷ M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, 192.

⁷⁸ N. Georgescu-Roegen, cit., 120.

⁷⁹ W. Hardtwig, *Genossenschaft, Sekte, Verein in Deutschland: Vom Spätmittelalter bis zur Französischen Revolution*, Monaco, 1977, *passim*.

⁸⁰ N. Georgescu-Roegen, *Bioeconomia*, Torino, 2003, 43; ivi, si veda la «spirale autoaccrescitiva dei consumi e del lavoro» in cui l'elemento fondante è l'angoscia (v. Drewermann 1982-84) e la strada maestra «con cui gli individui compensano l'angoscia e la solitudine che caratterizza le moderne società industriali è il lavoro inteso in termini *strumentali*, cioè come mezzo di affermazione sociale».

⁸¹ L. Yang, X. Huang, X. Song, *The Role of Passive Investors in Corporate Governance and Socially Responsible Investing: Evidence from Shareholder Proposals*, in *Sustainability*, 2024, 16, 1, 416. E ciò, ovviamente, al netto della stessa comprensione della *shareholder passivity*: I.R. Appel, T.A. Gormley, D.B. Keim, *Passive Investors, Not Passive Owners*, in *J. Financ. Econ.*, 2016, 121, 111-141; I.R. Appel, T.A. Gormley, D.B. Keim, *Standing on the Shoulders of Giants: The Effect of Passive Investors on Activism*, in *Rev. Financ. Stud.*, 2019, 32, 2720 ss.

at the challenges within the ESG system and compares the main European and American regulatory approaches, pointing out the differences and identifying emerging trends.

Parole chiave. Sostenibilità – ESG – report – comply-or-explain – CSRD.

Key words. Sustainability – ESG – *report – comply-or-explain* – CSRD.

ARE CROSS-BORDER WORKER PROTECTIONS UNDER CHALLENGE? INSIGHTS FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN ITALY AND THE NETHERLANDS *

di Marianna Russo**

Contents. 1. Introductory remarks on the aims, objectives, and methodology of this research. – 2. Brief overview of the free movement of workers in the EU legal framework. – 3. The risky position of cross-border workers within the European Union. – 4. Reasons for the gaps between theory and practice. – 5. Italian and Dutch situations compared. – 6. Implementation of EU provisions on the matter. – 7. Incoming and outgoing cross-border workers. – 8. Challenges in equal treatment between cross-border and domestic workers. – 9. The insidiousness of double taxation. – 10. Struggling with social benefits and working arrangements. – 11. The unknown of undeclared work. – 12. Concluding remarks.

120

1. Introductory remarks on the aims, objectives, and methodology of this research.

Freedom of movement for workers has always been one of the founding principles of the European Union (EU)¹. Although it is clearly established² and is based on the principle of non-discrimination on the grounds of nationality³, in practice not all workers are treated the same way. This is the case of cross-border workers, i.e. workers – both, employees and self-employed workers – who exercise their right of free movement to work in one EU Member State while remaining resident in another⁴. Indeed, the differential treatment of cross-border workers compared to domestic ones may occur when accessing work and social security and tax benefits⁵, as attested by numerous studies on the matter⁶, which report excessive working

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ See Regulation no. 1612/68 and Council Directive no. 68/360, which have been updated several times. See the first article of the Community Charter of the fundamental social rights of workers, which deals precisely with freedom of movement. The principles therein shaped the European social model in the following decades and are further developed in the Charter of Fundamental Rights of the EU, which was laid down in Nice on December 18, 2000 and became legally binding with the ratification of the Treaty of Lisbon on 1 December 2009. In particular, see art. 15 (2), of the EU Charter of fundamental rights, which establishes for every EU citizen «the freedom to seek employment, to work, to exercise the right of establishment and to provide services in any Member State».

² See art. 45 (1) TFEU: «Freedom of movement for workers shall be secured within the Union».

³ According to art. 18 TFEU, «any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited». Moreover, art. 45 (2) TFEU establishes that «such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment».

⁴ This definition can be found at the following link: https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/cross-border-worker_en. It is essential that cross-border workers retain their normal place of residence outside the State of employment. If they move to the State of employment, they become migrant workers. The term «normal» place of residence does not exclude the possibility that the cross-border worker, for practical reasons, also has temporary accommodation in the State of employment: K. Distler, G. Essers, *Guide for mobile European workers*, ETUC, 2011, 65.

⁵ See K. Distler, G. Essers, *Guide for mobile European workers*, ETUC, 2011, 8.

⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union. States' obligations and victims' rights*, Luxembourg, 2015; International Organization for Migration,

hours, lower salary, hazardous working conditions, and non-compliance with occupational health and safety standards.

In light of the above, this contribution aims to identify the most insidious challenges faced by cross-border workers in order to find the most effective remedies to guarantee the principle of equal treatment and non-discrimination on the basis of nationality. Therefore, the research focuses on three relevant issues: checking the correct transposition and effective compliance with the EU regulatory provisions, evaluating the real impact of cross-border workers in terms of number and relevance, and analysing some of the most significant critical issues, such as double taxation, accessing social benefits, and the risk of undeclared work.

Since the topic is broad and complex, some preliminary clarifications are necessary to circumscribe the action range of the research to obtain the most reliable results.

Firstly, it is useful to briefly outline the relevant EU regulatory framework on the matter and the very definition and extent of cross-border workers.

Next, it may be interesting to verify how the EU regulatory framework on cross-border commuters works in individual countries and whether it is enough to avoid all kinds of discrimination based on nationality. Therefore, this research is based not only on analytical methodology – i.e., examining the regulatory provisions and the data on the matter – but also on comparative methodology, bringing into focus suggestive similarities and contrasts between two Member States.

Finally, the main challenges faced by cross-border workers are pinpointed and possible future solutions are outlined.

2. Brief overview of the free movement of workers in the EU legal framework. Even though the free movement of workers is already evident in art. 3 of the Consolidated version of the Treaty on the EU (i.e. «the Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured»⁷), the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) clarifies and defines this right in more detail. It ensures the free movement of goods, persons, services, and capital within the internal EU market⁸ and art. 45 TFEU states that «freedom of movement for workers shall be secured within the Union»⁹. There are two important consequences of this declaration. Firstly, it abolishes discrimination based on member state nationality for employment, remuneration and other work conditions¹⁰. Secondly, it allows workers the right to move

Mapping risks to migrant workers in supply chains in Europe: Case studies and best practices from the agriculture, food-processing, manufacturing and hospitality sectors, Geneva, 2022.

⁷ Art. 3 (2) TEU.

⁸ See art. 26 (2), TFEU.

⁹ Art. 45 (1) TFEU. For an in-depth analysis, see E. Spaventa, *Free Movement of Persons in the European Union: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Milan, 2007; S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007; E. Spaventa, *The free movement of workers in the Twenty-first century*, in D. Chalmers, A. Arnall (edited by), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, 456; N. Girelli, A. Montanari, *Libera circolazione dei lavoratori*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Turin, 2021, 129; M. Aimò, D. Izzi, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Milan, 2023, 95; D. Diverio, *L'autosufficienza delle libertà economiche di circolazione e lo status (un po' meno) fondamentale del cittadino dell'Unione nel mercato interno*, in A. Di Stasi, M. C. Baruffi, L. Panella, *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Naples, 2023, 241; N. N. Shuibhne (edited by), *Revisiting the fundamentals of the free movement of persons in EU Law*, Oxford, 2023.

¹⁰ Art. 45 (2), TFEU.

freely between the Member States for work purposes, limiting it only for justified reasons¹¹, such as public policy, public security, or public health¹².

The Dir. 2004/38/CE of 29 April 2004¹³ and the Regulation EU no. 492/2011 of the European Parliament and of the Council of April 5th, 2011, confirm that the freedom of movement constitutes a fundamental right of workers and their families and provide for equal treatment of employment within the EU. Indeed, within the EU, labour mobility is one of the most relevant ways to give workers the opportunity to improve their living and working conditions and to promote social advancement¹⁴.

Free movement of workers entails all aspects of the employment relationship, from hiring to termination, with particular attention to the social security system. Regulations exist that entitle all workers in the EU to social security benefits, regardless of the place where the activity is carried out¹⁵, as long as it does not prejudice the autonomy of each Member State to determine the types of social benefits and services¹⁶. This coordination of social security rules within the EU exemplifies how EU countries harmonise their social services. The EU did not create a single social security system; rather it established links among the various and distinct social security systems already present in each Member State.

The phenomenon of labour mobility within the EU is also significant in numerical terms. According to the Annual Report on intra-EU Labour Mobility 2023¹⁷, the number of working-age EU citizens¹⁸ living in an EU country other than that of their citizenship remained stable in 2022, at 9.9 million, despite the slowdown caused by the Covid-19 pandemic. The share of mobile EU citizens varies greatly between Member States, ranging from 0.8% for Germany to 18.6% for Romania.

The potential impact of these data should not be overlooked, and their relation to the possible discriminatory treatment of mobile EU citizens in the workplace should be examined attentively. Therefore, on July 31, 2019, the European Labour Authority (ELA) was established precisely to guarantee that freedom of movement works in practice and provides fair mobility to individuals and companies¹⁹.

The ELA has four principal aims. The first is to ensure better implementation of EU rules on labour mobility and social security coordination. The second is to provide support services for mobile workers and employers. The third is to sustain cooperation between

¹¹ Art. 45 (3), TFEU.

¹² Consider the restrictions on freedom of movement during the Covid-19 pandemic in the years 2020-2021. According to measures introduced to contain the spread of the contagion, border controls were reintroduced: see Council Recommendation EU 2020/1475 in a coordinated approach to the restriction of free movement in response to the Covid-19 pandemic.

¹³ It is a tool for harmonising entry and residence requirements (even permanent) of a Union citizen and their family members in a Member State other than that of their origin or provenance.

¹⁴ C. Raucea, *Quo vadis? La libera circolazione come chiave di volta del godimento reale ed effettivo dei diritti del cittadino dell'Unione*, in *I Quaderni Europei*, 2014, 62.

¹⁵ J. Paju, *The European Union and Social Security Law*, London, 2017.

¹⁶ Regulation no. 883/2004 on the coordination of social security systems. See also regulation no. 987/2009, laying down the procedure for implementing Regulation no. 883/2004. Obviously, the worker must be a citizen of a Member State.

¹⁷ Published by the EU Commission on March 12, 2024.

¹⁸ Between 20 and 64 years.

¹⁹ On the ELA see P. van Nuffel, *The European Labour Authority; Missing Link in the Cross-Border Enforcement of EU Labour Law*, in Z. Rasnača, A. Koukiadaki, N. Bruun, K. Lörcher (edited by), *Effective Enforcement of EU Labour Law*, London, 2022, 385.

Member States in cross-border enforcement, including joint inspections²⁰ to tackle undeclared work²¹. Finally, it provides mediation to resolve possible disputes and to promote collaboration between Member States to ensure that EU rules on labour mobility are enforced in a fair and effective way.

3. The risky position of cross-border workers within the European Union. An important part of the discussion of securing freedom of movement and fair labour mobility are the cross-border workers themselves.

The concept of cross-border workers covers different circumstances, and the definition may vary from one field to another²², thus creating confusion and uncertainties in its application. Often «cross-border workers» and «frontier workers» are considered synonyms. However, cross-border commuters are distinct from frontier workers to the extent that they do not necessarily work in the frontier zone of the host country. Indeed, frontier workers – as the word itself indicates – are workers who are employed in the frontier zone of an EU Member State but who return each day or at least once a week to the frontier zone of a neighboring country in which they reside and of which they are citizens.

However, sometimes, these terms overlap. The reason is that bilateral tax agreements – which determine the tax arrangements applicable to cross-border workers²³ – use restrictive definitions and additionally impose a spatial criterion²⁴.

Furthermore, there are a number of other terms whose meanings overlap or coincide with the definition of «cross-border worker». One example is the term «posted workers»²⁵. These are employees who are sent by their employer to carry out a service in another EU Member State on a temporary basis²⁶. Such situation may happen in the context of a contract of

²⁰ Joint inspections are inspections carried out in a Member State with the participation of the national authorities of one or more other Member States, and supported, where appropriate, by the staff of the Authority. They are different from concerted inspections, that are carried out in two or more Member States simultaneously regarding related cases, with each national authority operating in its own territory, and supported, where appropriate, by the staff of the Authority: art. 8 (2) of the EU Regulation 2019/1149, establishing the ELA.

²¹ See ELA Consolidated Annual Activity Report 2022.

²² For instance, tax law, right of residence, welfare entitlements.

²³ In order to avoid double taxation.

²⁴ I.e. living and working in a frontier zone.

²⁵ See EU Directive 2018/957 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. For further information see, *ex multis*, M. Fuchs, *Distacco – Il quadro normativo di diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, I, 3; B. Rombouts, M. Houwerzijl, *Promoting or controlling cross-border temporary agency work*, in J. Pichrt, K. Koldinská (edited by), *Labour law and social protection in a globalized world: changing realities in selected areas of law and policy*, Alphen, 2018, 127; A. Allamprese, S. Borelli, G. Orlandini, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2019, I, 133; M. Houwerzijl, L. Berntsen, *Posting of workers: From a blurred notion associated with 'cheap labour' to a tool for 'fair labour mobility'?*, in J. Arnholtz, N. Lillie (edited by), *Posted work in the European Union, the political economy of free movement*, London, 2020, 147; M. Corti, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'U.E.: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2021, 47.

²⁶ Even though the definition, the scope, the terms, and the conditions of posted work have been identified by the Directive (at that time, Directive 96/71/CE), some authors highlight that it is not enough to prevent possible abuse and to distinguish it clearly from other types of labour mobility: M. Houwerzijl, A. A. H. van Hoek, *'Posting' and 'posted' workers: the need for clear definitions of two key concepts of the posting of workers directive*, in C. Barnard, M. Gehring, I. Solanke (edited by), *Cambridge yearbook of European legal studies*, Oxford, 2012, 419.

services, an intra-group posting, or hiring through a temporary agency²⁷. Another example is the term «seasonal workers». These include EU and third-country nationals travelling to a Member State to temporarily live and carry out an activity dependent on the passing of the seasons²⁸.

It is possible to say that the expression «cross-border work» is the «genus», which includes different species, represented by frontier work, posted work and seasonal work. It is worth specifying that, for the purpose of this research, the expression «cross-border workers» is used in its broadest sense, including its various facets.

It should be stressed that most cross-border workers carry out essential activities in key economic sectors, such as agriculture and food production, transport, logistics, construction, social services (including care homes, social work, healthcare, etc.), tourism, food processing and packaging, research, IT and pharmaceutical industries, critical infrastructure industries, etc.²⁹. The health emergency caused by the Covid-19 infection and its mobility restrictions shed light on the strategic role played by cross-border commuters, as the European Parliament pointed out³⁰.

Even though no EU-wide systematic data-gathering or digital tracking system currently exists to provide adequate data on the total numbers of cross-border workers, their presence in the EU and EFTA³¹ countries is estimated at approximately 1.7 million. It is a remarkable number and deserves significant attention, especially because European labour inspectorates repeatedly reported violations of the labour rights of cross-border workers³². For instance, in 2017, more than 700,000 people may have been engaged in some form of undeclared cross-border work. This figure could increase with rising labour mobility and the growth of new forms of work³³. Furthermore, the consequences of the pandemic crisis may exacerbate existing problems in their treatment³⁴, increasing risks of social dumping and law shopping³⁵.

²⁷ «Despite the more favourable position of ‘recruited’ transnational temporary agency workers on paper, the gap with ‘posted’ temporary agency workers is not so wide in reality»: M. Houwerzijl, *The working conditions of cross-border temporary agency workers on paper and in reality*, in *European Labour Law Journal*, 2024, 1.

²⁸ See the final report written in March 2021 by the European Commission on *Intra-EU mobility of seasonal workers. Trends and challenges*, in <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8400&>.

²⁹ Just think about mobile workers engaged in interoperable cross-border services in the railway sector: see dir. 2005/47/CE.

³⁰ European Parliament resolution of June 19, 2020, on European protection of cross-border and seasonal workers in the context of the Covid-19 crisis.

³¹ European Free Trade Association, which is an intergovernmental organisation set up for the promotion of free trade and cooperation between the Member States (Iceland, Liechtenstein, Norway, and Switzerland).

³² The last ELA Activity Report shows that, during the 37 concerted and joint inspections organised in 2022, more than 350 infringements were identified. Most irregularities concerned violations related to posted workers, undeclared work, driving and resting times, low wages and possible bogus self-employment: ELA, *Consolidated Annual Activity Report 2022*, 2023, 11.

³³ R. Stefanov, D. Mineva, L. Schönenberg, P. Vanden Broeck, *Cross-border sanctions in the area of undeclared work*, European Platform Tackling Undeclared Work, 2020, 2.

³⁴ «Rights for all seasons» was the slogan of the campaign promoted by ELA in the autumn 2021 to inform cross-border workers about their rights and duties, to raise awareness of the employers about the benefits connected to compliance with the rules, and to draw attention to specific safety-measures: <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/ELA-national-communication-plan-2021.pdf>.

³⁵ For instance, the above-mentioned final EU report 2021 on intra-EU seasonal workers highlights that the most alarming critical issues are represented by the lack of access to information about their rights, inadequate social protection, poor accommodation, low pay, and challenging working conditions. These challenges were aggravated during the COVID-19 pandemic, since many seasonal workers could not carry out their work, but, at the same time, they were trapped in their countries of work and could not return home.

4. Reasons for the gaps between theory and practice. It is clear that the protection of cross-border workers is guaranteed – in theory – by general rules on the right to freedom of movement within the EU. This is constitutionalised in the Treaties and progressively interpreted by the EU Court of Justice. Nevertheless, in practice, there are still many challenges to be overcome.

The reasons for the gaps between theory and practice are numerous. Firstly, from a political viewpoint, the last two decades have seen increased labour mobility become more heterogeneous³⁶. Much of this is due to Eastern enlargements³⁷ that have led to migration flows from East to West³⁸.

Secondly, from a sociological perspective, an obstacle to full integration may be due to public perception of cross-border workers. Studies on the issue show that less educated persons consider the free movement of workers as a threat to their jobs³⁹.

Moreover, from a legal viewpoint, the complexity of harmonising national legislations cannot be underestimated, above all in the field of social security, which has remained a national competence.

In addition, the labour market position of cross-border workers is often weakened by their lack of host country context specific knowledge, including language⁴⁰.

5. Italian and Dutch situations compared. In order to verify whether and how the EU regulatory framework on cross-border commuters works in an effective way, it may be useful to examine its implementation in some individual Member States.

The countries selected for this comparative survey are Italy and the Netherlands: the first is located in the Southern Europe, the second in the Northwestern Europe. They are different not only from a geographical point of view but also from a socioeconomic context. As most of Italy's national territory borders the Mediterranean Sea⁴¹, only the northern Italian regions border other European countries⁴². This geographical formation makes the presence of cross-border workers⁴³ particularly difficult because they can only easily reach the limited territories along the northern border⁴⁴. Conversely, the Netherlands is more than half surrounded by Belgium and Germany and most of the country can be accessed effortlessly⁴⁵. Furthermore, from a socioeconomic perspective, according to the data from 2022⁴⁶, the gross domestic product per capita in Italy is slightly below the European average, whereas the Netherlands is at the fifth highest position on the list. Moreover, Eurostat data for the third

³⁶ For instance, regarding wage levels and working conditions.

³⁷ Poland, Hungary, Slovenia, the Czech Republic, Slovakia, Latvia, Estonia, Lithuania, Cyprus, and Malta joined the EU in 2004. In 2007 Bulgaria and Romania were added. The last entry was Croatia in 2013.

³⁸ C. Roos, *The (de-) Politicization of EU Freedom of Movement: Political Parties, Opportunities, and Policy Framing in Germany and the UK*, in *Comparative European Politics*, 2019, 5, 631.

³⁹ D. Toshkov, E. Kortenska, *Does Immigration Undermine Public Support for Integration in the European Union?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2015, no. 4, 910; S. Vasilopoulou, L. Talving, *Opportunity or Threat? Public Attitudes Towards EU Freedom of Movement*, in *Journal of European Public Policy*, 2019, 6, 805.

⁴⁰ N. Lillie, K. Karkkainen, Q. Ndomo, *Posting, short term labour migration, and social rights access: How to rework an alienating system?*, in *Policy Brief*, 2022, 10, 9.

⁴¹ Bordering the Ligurian Sea, the Tyrrhenian Sea, the Ionian Sea and the Adriatic Sea.

⁴² Specifically, France, Switzerland, Austria, and Slovenia.

⁴³ Especially frontier workers.

⁴⁴ However, Italy's geographical position attracts many third-country nationals, especially from the African continent.

⁴⁵ While the remaining part borders the North Sea.

⁴⁶ See <https://tradingeconomics.com/>.

quarter of 2022 show that the unemployment rate in Italy⁴⁷ is among the highest in the EU⁴⁸, while the Dutch unemployment rate is among the lowest⁴⁹.

These differences may represent an interesting starting point for comparison of the safeguards of cross-border workers, also considering that «the main purpose of comparative law is a better understanding of one's labour law system»⁵⁰.

6. Implementation of EU provisions on the matter. Even though there are some differences in the formulation of the regulatory provisions, the Constitutions of Italy⁵¹ and the Netherlands⁵² both recognise protections for all workers, regardless of nationality. Indeed, work is one of the pillars of the Italian Constitution since, in the first paragraph of the first article⁵³ and in several other provisions, workers⁵⁴ are highly protected⁵⁵. Furthermore, the second paragraph of art. 35 «promotes and encourages international agreements and organisations which have the aim of establishing and regulating labour rights».

Although the Dutch Constitution devotes less space to specific provisions on work, leaving it to ordinary law⁵⁶, it recognises the legal status and protection of «working persons», without any distinctions. Moreover, the Dutch Constitution opens with a fundamental right, which can easily be defined in its working dimension: «all persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted».

The Italian Constitution contains a similar provision⁵⁷, but it is only aimed at citizens⁵⁸. This divergence is likely a result of the different periods in which these two constitutional provisions were issued. The Italian one has been the same since 1947, while the Dutch one was modified in 1983. Obviously, at that time anti-discrimination sensitivity was more mature and European legislation was already extensive.

However, in other articles, the constitutional text ensures that «the Italian legal system conforms to the generally recognised rules of international law. The legal status of foreigners

⁴⁷ 8.3%.

⁴⁸ About 2.2% higher than the European average (6.1%).

⁴⁹ 3.7%.

⁵⁰ B. Weiss, *The Future of Comparative Labour Law as an Academic Discipline and as a Practical Tool*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2003, 169. See also R. Blanpain, *Comparativism in Labor Law and Industrial Relations*, in R. Blanpain (edited by), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Economies*, Alphen, 2010, 3.

⁵¹ The Italian Constitution was approved by the Parliament in December 1947 and came into effect on 1 January 1948. The English version adopted in this contribution is published in https://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ENG.pdf.

⁵² The Dutch Constitution dates from 1814. The version of the Constitution currently in force dates from 1983. The English translation adopted in this essay is published in <https://www.government.nl/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands>.

⁵³ «Italy is a Democratic Republic, founded on work».

⁵⁴ Without any kind of distinctions.

⁵⁵ Regarding the fair pay (art. 36 (1)), the maximum working hours and the weekly and annual paid vacation (art. 36 (2, 3)), protection of women and of minors on the job (art. 37), social insurance for old age, illness, invalidity, industrial diseases, and accidents (art. 38), freedom of association (art. 39) and right to strike (art. 40).

⁵⁶ See art. 19 (2).

⁵⁷ See art. 3 of the Italian Constitution.

⁵⁸ «All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, personal and social conditions».

is regulated by law in conformity with international provisions and treaties»⁵⁹ and «Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations [and] promotes and encourages international organisations having such ends»⁶⁰.

Moreover, both countries' safeguards against discrimination have been ensured in more detail at the ordinary level of legislation.

In Italy, the Workers' Statute⁶¹ (WS) bans any kind of discrimination⁶² for the following reasons: sex, race, language, religion, political or trade union or personal opinion, age, handicap, sexual orientation, and nationality⁶³.

The Equal Treatment Act (ETA), enacted on September 1, 1994, in the Netherlands, introduced the general principle of equality in ordinary legislation⁶⁴. It protects all individuals from direct and indirect unequal treatment based on religion or belief, political orientation, race, gender, nationality, sexual orientation, and marital status⁶⁵.

The formulation of Italian and Dutch regulatory provisions is very similar. Both incorporate inputs from the Constitutional Charter, which, as seen, presents strong similarities on this point, and from international and European anti-discrimination legislation.

Nevertheless, there are some interesting differences. Firstly, the Italian WS is expressly and exclusively devoted to workers, whereas the Dutch ETA is aimed at everyone, and only in section five it regulates the prohibition of discrimination in employment⁶⁶. Secondly, the ETA does not use the term «discrimination», but rather the word «differentiation». This is not merely a question of semantics. In fact, even in the absence of an intention to discriminate, differential treatment can be unlawful. Under Dutch criminal law, however, the intention to discriminate must be proven. Thirdly, regarding employment, the ETA provides some specific exceptions to the rule of equal treatment. For instance, in cases where nationality is deemed a deciding factor, such as athletes who wish to play for the national team or when casting an actor to fit the role of a defined character, corresponding citizenship may be required⁶⁷. Finally, art. 15 of the WS sanctions discriminatory acts and pacts with

⁵⁹ Art. 10 (1, 2).

⁶⁰ Art. 11 (2, 3). The European Union is one of the international organisations that ensure peace and justice among the Nations.

⁶¹ Law 20 May 1970, no. 300. It is one of the most relevant Italian regulatory provisions regarding labour and worker protection.

⁶² The sanction is the nullity of any agreement or action of the employer.

⁶³ Art. 15 Law no. 300/1970. More recently, see the legislative decree 9 July 2003, no. 216, issued in implementation of the European directive no. 2000/78/CE and updated in light of the directive no. 2014/54/EU. In doctrine, see, *ex multis*, M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milan, 1991; M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2003, 401; D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Naples, 2005; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milan, 2007.

⁶⁴ Before then, special civil law only protected discrimination on the grounds of sex. See J. R. Dierx, P. R. Rodrigues, *The Dutch Equal Treatment Act in theory and practice*, in <http://www.errc.org/roma-rights-journal/the-dutch-equal-treatment-act-in-theory-and-practice>, 2003.

⁶⁵ R. Ben-Israel, P. Foubert, *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment*, in R. Blanpain (edited by), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Countries*, Alphen, 2004.

⁶⁶ In Italy, general anti-discrimination provisions based on the race and ethnic background for all individuals are included the legislative decree 9 July 2003, no. 215, issued in implementation of the European directive no. 2000/43/CE.

⁶⁷ While art. 15 of the WS does not provide exceptions, art. 3 (2), of the legislative decrees no. 215/2003 and no. 216/2003 introduces a regime of exceptions to general discrimination rule, according to art. 4 (1), of the

nullity, while the ETA establishes invalidity only in the case of discriminatory dismissals⁶⁸, while in other cases of a breach of the equal treatment law compensation is the only available remedy.

Therefore, free movement of workers and protection against discrimination based on nationality are guaranteed in both countries. This is true despite the inevitable practical difficulties in complying with legislation⁶⁹, especially regarding the state of play in the implementation of the EU regulatory provisions on cross-border workers.

Both Member States attempt to implement the EU directives on the matter. However, occasionally, there are critical issues and delays, *a fortiori* because this field is particularly complex and involves many aspects and interests⁷⁰.

Regarding one of the latest directives on the matter, no. 2020/1057⁷¹, ruling the posting of lorry drivers, Italy approved the implementing decree on February 23, 2023, just one year after the deadline expired⁷². However, on 19 April 2023, the European Commission decided to refer the Netherlands to the Court of Justice for failing to transpose that directive into their national legislation⁷³. Meanwhile, the Dutch legislation to implement EU Directive 2020/1057 entered into force⁷⁴. Even though this EU directive is essential not only to ensure social protection for drivers and to improve their working conditions, but also to guarantee fair competition between operators by eradicating illicit employment and business practices, 22 out of 27 EU Member States have implemented it late or have not yet implemented it. Despite the good-will among the parties, it appears that the time is not yet ripe for effective implementation of non-discriminatory and consistent enforcement of road transport social rules across the EU.

7. Incoming and outgoing cross-border workers. In 2022, foreigners resided in 27 countries of the EU and accounted for 37.8 million, or 8.5% of the total population. According to the Ministry of Labour and Social Policies' Annual Report of 2023 regarding

European directive no. 2000/78: «Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Art. 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate».

⁶⁸ Actually, invalidity of discriminatory dismissal is rarely invoked: see J. R. Dierx, P. R. Rodrigues, *The Dutch Equal Treatment Act in theory and practice*, in <https://www.errc.org/>.

⁶⁹ For instance, H. G. Wells, *The limits of tolerance: the Equal Treatment Act and discrimination in the Netherlands*, in *Young Historians Conference*, 2015, 8: «Known for legalized marijuana and prostitution, acceptance of same-sex relationships, and tolerance of medical processes like euthanasia and abortion, at first glance the country appears to be an idyllic haven for open-mindedness. However, when analyzing the cultural traditions, politics, education, and other aspects of everyday life in the country, a long-lasting history of racism and prejudice is revealed. Those of minority religions or of certain origins different than that of the typical Dutch citizen (often stereotyped as tall, white, and blonde) face a challenging life in the country» (1).

⁷⁰ See M. Houwerzijl, *The analysis of the posting of workers directive(s) with a specific focus on EU cross-border road transport*, in B. Zwanenburg, A. Bednarowicz (edited by), *Cross-border employment and social rights in the EU road transport sector*, The Hague, 2019, 71.

⁷¹ This directive modifies the former no. 2006/22/CE. It institutes new posting rules specifically addressing international road transport drivers and the companies that employ them. For further information, see ELA, *Cooperation obligations and practices in the enforcement of EU rules on International Road Transport in the EU*, 2023, ELA publications, 8 ff.

⁷² The deadline was 2 February 2022.

⁷³ See <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/>.

⁷⁴ On 1 June 2023.

foreigners in the Italian labour market⁷⁵, over 70% of foreigners resided in four countries: Germany⁷⁶, Spain⁷⁷, France⁷⁸ and Italy. In Italy there were 5 million resident foreigners, of which 2.3 million were employed⁷⁹. Even though the presence of foreign workers in Italy is varied and a significant number of them comes from non EU-countries, the report shows that citizens from eastern EU countries, especially those from Romania⁸⁰, Poland, and Bulgaria, form a considerable portion. A large number of cross-border workers come from Slovenia and Croatia, which is reasonable given the geographical proximity to Italy⁸¹.

Although occupations vary in terms of tasks performed and skills required, the sectors with the highest incidence of foreign workers are agriculture, construction, catering, tourism, road transport, and domestic work⁸².

However, besides the high number of incoming cross-border workers⁸³, there are also outgoing frontier commuters from Italy, especially towards Switzerland⁸⁴.

In contrast, the incoming and outgoing labour flows in the Netherlands are quite different to Italy's. According to data from the Dutch Statistics Office⁸⁵, there are more incoming workers – especially from Belgium – than outgoing ones. In fact, frontier workers make up a significant part of the workforce in the Netherlands, ranging from 15% to about 40%, especially for companies located near the border. In 2019, cross-border workers accounted for at least 1% in many regions, with significant peaks in Zuid-Limburg⁸⁶, Zeeuws-Vlaanderen⁸⁷, Noord-Limburg⁸⁸, Midden-Limburg⁸⁹, and Zuidoost-Noord-Brabant⁹⁰. For certain sectors, border locations are often the best places to settle in Dutch regions. For multinational companies, locations on the border are advantageous for recruiting international and multilingual staff with the best skills.

In almost all sectors of the Dutch labour market, qualified foreign personnel are needed because of the insufficiency of the native Dutch workforce. According to statistical data, in the Netherlands there are 133 vacancies for every 100 unemployed people⁹¹. The

⁷⁵ See <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita-immigrazione/focus/xiii-rapporto-mdl-stranieri-2023>.

⁷⁶ 10.9 million.

⁷⁷ 5.4 million.

⁷⁸ 5.3 million.

⁷⁹ Which is 10% of the total number of employees in Italy.

⁸⁰ With an increase of 0.7% compared to the previous year.

⁸¹ For an analysis of the situation in the border region of Friuli-Venezia Giulia, see R. Nunin, *Legalità e regolarità nel lavoro transfrontaliero*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini (edited by), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, 2016, 259.

⁸² See also European Commission, 2017 *Annual Report on Intra-EU Labour Mobility*, in https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/2017_report_on_intra-eu_labour_mobility.pdf.

⁸³ In the absence of a structured system for tracking cross-border workers, the estimated number, based on detection of passages at the Transalpina station and foreign mobile telephone users, varies between 15,000 and 18,000 cross-border workers per day: see Regione Friuli Venezia Giulia, *Mobilità transfrontaliera del Friuli Venezia Giulia. Italia-Slovenia e Italia-Austria*, 2020, in www.regione.fvg.it. See also the most recent data published in <https://www.rainews.it/tgr/fvg/video/2022/10/gorizia-transalpina-confronto-lavoro-transfrontaliero-dede4f1c-e1be-47a1-ba05-baa918a6f397.html>.

⁸⁴ Data published in <https://www.bfs.admin.ch/news/it/2023-0507>. See M. Bigotta, C. Pellegrin, *Oltre le frontiere statistiche. Il mercato del lavoro transfrontaliero*, in *ExtraDati*, gennaio 2021, 1.

⁸⁵ <https://www.cbs.nl/en-gb>.

⁸⁶ 5.5%.

⁸⁷ 4.1%.

⁸⁸ 4.6%.

⁸⁹ 3.7%.

⁹⁰ 2.2%.

⁹¹ <https://www.dutchnews.nl/2022/05/shortage-of-staff-begins-to-bite-133-vacancies-for-every-100-unemployed/>.

overabundance of open positions compared to the labour force is a driving reason for the lower-than-average unemployment rate.

8. Challenges in equal treatment between cross-border and domestic workers. Despite the differences in geographical and socio-economic factors, the challenges for cross-border workers in Italy and the Netherlands are similar. For example, both countries have problems with social dumping, or the practice of sourcing foreign employees who work for a lower salary or poorer working conditions compared to domestic ones.

Although this is a recurring term in debates related to worker mobility and security, social dumping does not have a generally accepted definition. It is often considered as a «vague concept» and it is also argued that «legal experts, economists, social scientists all have their own conception»⁹². Even though there are different perspectives on the term, there is a common agreement that it has a «negative connotation». The phenomenon also signifies the exploitation of mobile workers and unfair competition between companies. It is a set of practices carried out on an international, national, or inter-corporate level. It aims to gain an advantage over competitors due to the application of different wages and social protection rules to different categories of workers⁹³. In some cases, it might consist of differential or discriminatory treatment based on nationality. As such it contributes to the vulnerability of cross-border workers⁹⁴.

For cross-border workers, the issue of social dumping is linked to other critical problems with higher taxation, difficulties in accessing social benefits and adequate working arrangements, and their risk for engaging in undeclared work.

9. The insidiousness of double taxation. Due to the lack of a regulatory framework, cross-border workers risk double taxation. In fact, their income from work could be taxed both in their country of residence and in the country where the work is carried out. Not only is it an economic burden on workers, but it also is an obstacle to free movement within the EU. The European Court of Justice has intervened several times⁹⁵ on the taxation of cross-border workers⁹⁶, since «the risk of penalties from a fiscal point of view could constitute a brake on these forms of mobility, effectively creating a form of discrimination»⁹⁷.

⁹² Y. Jorens, *Cross-border EU employment and its enforcement. Analysis of the Labour and Social Security Law Aspects and a Quest for Solutions*, Berlin, 2022, 375.

⁹³ M. Bernaciak (edited by), *Market expansion and social dumping in Europe*, London, 2015; J. Buelens, M. Rigaux (edited by), *From Social Competition to Social Dumping*, Intersentia, 2016; M. Kiss, *Understanding Social Dumping in the European Union*, European Parliament Research Service, 2017.

⁹⁴ A clear example may concern companies who engage cheaper and more vulnerable agency workers or relocate production to lower wage and less regulated locations. Social dumping may take different forms in different sectors.

⁹⁵ For an in-depth analysis of recent developments of the case law of the EU Court of Justice regarding the notion of «worker» and «mobility» in order to guarantee free movement within the EU, see E. ALES, *'Worker' (and) 'Mobility' in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal*, in R. A. Müller, R. Rudolph, A. K. Schnyder, A. von Kaenel, B. Waas (edited by), *Festschrift für Wolfgang Portmann*, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, 31.

⁹⁶ *Ex multis*, CJEU 14.02.1995, C-279/93 (Finanzamt Köln-Altstadt versus Roland Schumacker); CJEU 11.08.1995, C-80/94 (Wielockx / Inspecteur der directe belastingen); CJEU 12.06.2003, C- 234/01 (Gerritse); CJEU 9.11.2006, C- 520/04 (Turpeinen), in <https://curia.europa.eu>.

⁹⁷ R. Nunin, *Legalità e regolarità nel lavoro transfrontaliero*, cit., 259.

The only way to avoid double taxation and its consequences is through the signing of bilateral taxation agreements. Italy has just revised its agreement with Switzerland⁹⁸. It contains the definitions⁹⁹ of «frontier area»¹⁰⁰ and «frontier workers»¹⁰¹, establishes the prohibition of double taxation¹⁰², and reaffirms the principle of non-discrimination¹⁰³. Even the Netherlands has just updated its double taxation treaty with Belgium¹⁰⁴. However, it still needs to be approved by both Parliaments to become effective¹⁰⁵. The revision of the existing treaty concerns a simplification of applicable rules and aims at combating abuse. In essence, the treaty prevents workers from paying taxes in both countries. According to the new treaty, income from work must be taxed in the country where the work was carried out¹⁰⁶.

All agreements on the matter have similar purposes, i.e. avoiding double taxation and preventing exploitation. However, the sheer number of existing treaties and different modalities of their discipline may create great confusion and uncertainty. Therefore, a multiplicity of bilateral agreements can be only a temporary solution.

10. Struggling with social benefits and working arrangements. Under no circumstances should access to social benefits be more difficult for cross-border workers than domestic ones. If so, it would be an obstacle to equal treatment and a failure of the principle of free movement within the EU. Even though rules have been established, sometimes they do not work in practice, as attested by the lively case law in both countries.

A recent episode concerning the accessing of social benefits can be found in foreign lecturers working in Italian universities. Although Italian law provides an acceptable framework for the so-called reconstruction of careers of foreign lecturers¹⁰⁷, in practice, most universities do not adequately respect the EU rules on free movement and non-discrimination based on nationality. They do not provide for a correct reconstruction of foreign lecturers' careers, including the adjustment of their salary, seniority and corresponding social security benefits to those of a researcher with a part-time contract. Therefore, most foreign lecturers have not received the money and benefits to which they are entitled. Consequently, the European Commission decided to refer Italy to the Court of Justice of the European Union¹⁰⁸. It claimed that Italy violated the principle of non-discrimination due to nationality in another EU Member State with regard to employment access and conditions of work¹⁰⁹.

⁹⁸ Bilateral taxation agreement between Italy and Switzerland was ratified in Italy with law 13.06.2023, no. 83, and has been in force since July 1, 2023. There is also a bilateral agreement with Slovenia, in force since 2002.

⁹⁹ Art. 2 of the agreement.

¹⁰⁰ Regarding Italy, frontier areas are considered the Regions of Lombardy, Piedmont, Valle d'Aosta and the Autonomous Province of Bolzano.

¹⁰¹ Frontier workers must be tax resident in a municipality whose territory is located, totally or partially, in the area 20 km from border with the other contracting State and should come back daily to its own principal domicile in the State of residence.

¹⁰² Art. 3.

¹⁰³ Art. 4.

¹⁰⁴ On June 21, 2023, the relevant Ministers of the two Countries signed the new tax treaty. The previous treaty, still in force, was signed in 2001 and modified in 2009.

¹⁰⁵ This is not expected to be until 2025.

¹⁰⁶ Nevertheless, there are some exceptions in specific situation: for instance, working for government, working in education, working on board a ship or aircraft, etc...

¹⁰⁷ As recognised by the Court of Justice of the European Union in case C-119/04, settled on 18.07.2006, in <https://curia.europa.eu>.

¹⁰⁸ See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3480.

¹⁰⁹ Art. 45 TFEU and art. 7 of Regulation EU no. 492/2011.

This is not an isolated case. In one of the Italian regions with the greatest presence of cross-border workers, Friuli Venezia Giulia, a regional law breached the principle of equal treatment¹¹⁰. It reserved sick benefits only for those residents in Italy for at least ten years, of which five needed to be specifically in the Region. Restricting access to social benefits favors those who are native and most deeply rooted in the region. This constitutes indirect discrimination based on nationality¹¹¹.

Similarly, on this issue, the EU Court of Justice ruled against the Netherlands for requiring foreign workers and their dependent family members to comply with residence conditions. In particular, this pertains to the «three out of six years» rule, which conflicts with obligations under art. 45 TFEU and art. 7(2) of Regulation no. 1612/68 on the freedom of movement for workers within the EU¹¹².

Because of the lack of a single social security system valid throughout the EU area, case law plays a fundamental role in protecting cross-border rights and ensuring the principle of equal treatment in accessing social benefits, both at national and supranational levels¹¹³. As noted, the implementation of these rights «became a matter of jurisdiction rather than legislation»¹¹⁴. The number and variety of controversies on the matter are the clearest sign that the freedom of movement and its effects¹¹⁵, although generally transposed into national legislation, are not yet sufficiently internalised.

Digital transformation of the labour market, especially due to the Covid-19 pandemic and its impact on the increase in remote working, may also affect the working conditions of cross-border workers. Accessing remote work may be a bone of contention between cross-border and domestic workers. While national employees can easily take advantage of remote work¹¹⁶, frontier workers would be cut off from this possibility in order to comply with the strict provisions of bilateral agreements on the matter.

Art. 13 of Regulation no. 883/2004, which is applicable legislation for cross-border workers¹¹⁷, establishes that an employee who normally pursues an activity in two or more Member States shall be subject to the legislation of the Member State of residence if they pursue a substantial part of their work¹¹⁸ in that Member State¹¹⁹. During the Covid-19

¹¹⁰ According to art. 117 of the Italian Constitution, regional normative provisions must respect not only the Constitution itself, but also the constraints of the EU regulatory system.

¹¹¹ See Court of Udine 29.06.2010, in *D&L*, 2010, 874, which disappplied the regional law November 7, 2006. On a similar topic, see, recently, CJUE 29.07.2024, C-112/22 and C-223/22, CU and ND v. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze, INPS, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62022CJ0112>.

¹¹² See CJEU 14.06.2012, C-542/09, European Commission v. Kingdom of the Netherlands, in <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹¹³ It is appropriate to point out a recent CJEU ruling on the matter: 15.06.2023, C-411/2022, Thermalhotel Fontana Hotelbetriebsgesellschaft m.b.H. v. Bezirkshauptmannschaft Südoststeiermark, in <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹¹⁴ D. Grimm, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, 2015, 4, 467.

¹¹⁵ I.e. equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality.

¹¹⁶ This modality of carrying out working performance may allow reduction in commuting time, better work-life balance, more flexibility in working time organisation, and higher productivity.

¹¹⁷ E. van Ooij, *Highly mobile workers challenging Regulation 883/2004: Pushing borders or opening Pandora's box?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, 5, 573.

¹¹⁸ According to art. 14 (8) of the Implementation Regulation no. 987/2009, substantial part is more than 25% of the activity.

¹¹⁹ So-called *lex loci domicilii*.

pandemic, a Guidance Note¹²⁰ clarified that telework in a Member State other than the usual Country of employment due to the health emergency should not change the applicable legislation, even when working from home exceeds 25% of the activity. Considering the changed post-pandemic social context, where telework has become a structural way of working for many employees, the greater difficulty in using remote work for cross-border employees would have represented an obstacle to free movement and equal treatment in employment. Therefore, a framework agreement for habitual cross-border telework has recently been promoted by the Administrative Commission for the coordination of social security systems¹²¹. It entered into force on July 1, 2023, in 18 Member States, included the Netherlands, while Italy signed the agreement on December 28, 2023, with effect as of 1st January 2024.

This agreement¹²² – which implements art. 16 (1) of Regulation no. 883/2004¹²³ – only disciplines cross-border telework and constitutes an exception to art. 13.

Although the purpose of the framework agreement is to identify applicable legislation and simplify procedures, some critical issues are recognizable. Firstly, both the Member State of residence and of employment must have signed it¹²⁴. Secondly, according to art. 3 of the agreement, cross-border telework should be carried out in the State of residence less than 50% of the total working time. Therefore, unlike with national workers, cross-border employees' flexibility is strongly constrained. Although «considered a reasonable compromise»¹²⁵, this agreement is yet another demonstration of the urgency for a true harmonisation between national regulations¹²⁶. Remote work presents opportunities as well as challenges for all employees, especially in the areas of occupational health and safety, including psychosocial issues related to hyperconnection, overwork, blurred boundaries between personal and professional life, etc... Challenges related to cyber security and data protection must also be addressed. In the case of cross-border workers these issues may be amplified due to the possible differences in various national regulatory provisions.

11. The unknown of undeclared work. As the movement of cross-border workers is frequently unmonitored, their risk of doing undeclared work is even more likely than national workers. Despite being a topic of great media interest, it is not easy to define irregular work according to traditional legal categories. It is a complex phenomenon¹²⁷. Not only is it

¹²⁰ For the period between 1.02.2020 and 30.06.2022: see the revised version as of 25/11/2021 - AC 074/20REV3 in <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&langId=en>.

¹²¹ For a comment on the agreement see F. Aceto, *Cross-border telework and social security: A new multilateral Framework Agreement*, in *Global Workplace Law & Policy*, Wolters Kluwer, 25.09.2023, in <https://global-workplace-law-and-policy.kluwerlawonline.com/2023/09/25/cross-border-telework-and-social-security-a-new-multilateral-framework-agreement>.

¹²² Entered into force on 1.07.2023.

¹²³ Art. 16 (1) establishes the possibility that two or more Member States, or the competent authorities of these Member States or the bodies designated by these authorities may, by common agreement, provide for exceptions to conditions in artt. 11-15 of Regulation no. 883/2004, in the interest of certain persons or categories of persons.

¹²⁴ Art. 2 of Framework Agreement.

¹²⁵ F. Aceto, *Cross-border telework and social security*, cit.

¹²⁶ From a tax perspective, circular no. 25/E of 18.08.2023 issued by the Italian Tax Agency provided clarifications on use of remote working and consequent tax regulation for cross-border workers, also to counter abuse of fictitious residences abroad.

¹²⁷ A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Turin, 2000, 2; M. Dell'Olio, *Il lavoro sommerso e la lotta per il diritto*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2000, 1, 43; A. Viscomi, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2000, 2, 379.

widespread but it is varied because «irregular work» as a genus presents numerous species. It can be difficult to distinguish what constitutes undocumented¹²⁸, illegal¹²⁹, and informal employment¹³⁰.

Undeclared work is the definition adopted by the European Union for the first time in 1998¹³¹. It means «any paid activities that are lawful as regards their nature, but not declared to public authorities, taking into account differences in the regulatory systems of the Member States»¹³². Not all EU Member States have an express regulatory reference to undeclared work or even use the same term. Depending on regulatory provisions, Italy uses the term «irregular work»¹³³ to mean the employment relationship for which the obligations in civil, administrative, fiscal, social security and insurance matters have not been fulfilled, in whole or in part, or «black work»¹³⁴, when the violation is total. Conversely, the Netherlands prefers the term «illegal employment» for all types of worker exploitation (i.e. dangerous and unhealthy working conditions, underpayment, working without income tax and social security registrations, etc...)¹³⁵. This phenomenon is a challenge that negatively affects workers, companies, and governments across Europe, but in different ways¹³⁶. It may have far-reaching consequences, including breaching workers' rights, unfair competition, and reduced tax revenues¹³⁷.

At the EU level, the most effective measure towards reducing the negative effects of undeclared work was the creation of the European Platform. It made a permanent working group of the European Labour Authority to tackle undeclared work since May 26, 2021. At the national level, the fight against undeclared work relies primarily on the actions of labour inspectorates¹³⁸. However, besides deterrent measures, preventive policies – such as tax incentives, amnesties, and awareness raising – may be helpful in decreasing the incidences of undeclared work and facilitating compliance with existing rules¹³⁹.

Undeclared work is a serious issue both in Italy and in the Netherlands. Evidence of the problem can be seen in the annual reports on supervisory activity in labour and social security

¹²⁸ L. Calafà, *Undocumented work (by foreigners) and sanctions. The situation in Italy*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 2017, 321.

¹²⁹ This expression generally refers to irregular work carried out by individuals illegally present on the national territory (European Commission, *Undeclared Work in the European Union*, Special Eurobarometer 402, 2011, 8) or to illegal activity in itself (A. VISCOMI, *Lavoro e legalità: 'settori a rischio' o 'rischio di settori'? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 2015, 253, 2).

¹³⁰ G. Vermeulen, *Informal employment in the European Union*, in *wiego.org*.

¹³¹ European Commission, *Communication on Undeclared Work*, 7.04.1998.

¹³² See opinion of the European Economic and Social Committee no. 2014/C - 177/02 on *A strategy to combat the black economy and undeclared work*, in *eur-lex.europa.eu*.

¹³³ Art. 1 of law 18.10.2001, no. 383.

¹³⁴ Art. 36-bis of decree-law 4.07.2006, no. 223, converted by law 4.08.2006, no. 248.

¹³⁵ See <https://www.nllabourauthority.nl/topics/illegal-employment>. See also the factsheet on undeclared work in the Netherlands in www.europa.eu.

¹³⁶ See characteristics of undeclared work across all 27 EU Countries, and the institutions and policy responses in <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1322&langId=en>.

¹³⁷ On the topic, M. Russo, *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, in M. Confortini (edited by), *Giuseppe Santoro Passarelli Giurista della contemporaneità*, vol. II, Turin, 2018, 876.

¹³⁸ M. Esposito (edited by), *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act*, Turin, 2017.

¹³⁹ On the topic, A. Bellavista, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in V. Pinto (edited by), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, 2008, 20; A. Bellavista, A. Garilli, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, 2, 274.

written by the Italian Labour Inspectorate¹⁴⁰ and the Dutch documents on the matter¹⁴¹. The data show that cross-border workers are one of the most vulnerable categories. Italy's latest reports highlight alarming incidences of illicit transnational posting in the northern Italian regions, especially in transport, construction, and health services¹⁴². Domestic work is another sector characterised by a high rate of irregularities¹⁴³. However, since this area lacks good data, it is often overlooked by supervisory reports. In the Netherlands, the Dutch Labour Inspectorate carefully monitors compliance with the Posted Workers in the European Union Act (*Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie*). It provides better protection for these workers and combats unfair competition based on employment conditions¹⁴⁴, especially in the construction, maritime/shipbuilding and transportation industries¹⁴⁵.

The sector-specific data provided for by a research project conducted by the University of Leuven revealed irregularities in the employment conditions of 60% of posted workers in 2019 in Italy, especially in the construction sector, while in the Netherlands, in 2020, 107 inspections related to the Posting of Workers Directive were carried out, with an infringement found in 27 cases (25%)¹⁴⁶.

12. Concluding remarks. Ensuring fairness for companies and workers to operate on a level playing field across borders is essential to a well-functioning internal market and, therefore, is one of the core values of the EU. Nevertheless, the labour market position of the cross-border workers is rather challenging, as attested by the general overview from the EU perspective and, even more, by the outcomes of the comparative analysis between Italy and the Netherlands. Indeed, the large amount of data emerging from the comparison show that, despite the geographical and socioeconomic differences between the two countries, the critical issues on the matter are similar. This confirms that the complexity of the European legal framework on the matter affects its concrete implementation in the national provisions. Because of this contentious framework, it is no wonder that there were a significant number of infringement procedures initiated by the EU Commission against both the countries examined in this study¹⁴⁷. Without going into detail, they concern both the late communication to the EU Commission about the measures chosen to implement the

¹⁴⁰ See <https://www.ispettorato.gov.it/attivita-studi-e-statistiche/monitoraggio-e-report/rapporti-annuali-sullattivita-di-vigilanza-in-materia-di-lavoro-e-previdenziale/>.

¹⁴¹ See <https://www.cbs.nl/en-gb> and <https://www.nllabourauthority.nl/>.

¹⁴² Ispettorato Nazionale del Lavoro, *Rapporto annuale delle attività di tutela e vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale – anno 2022*, in www.ispettorato.gov.it, 40.

¹⁴³ R. Nunin, *Legalità e regolarità nel lavoro transfrontaliero*, cit., 263.

¹⁴⁴ See <https://www.government.nl/topics/foreign-citizens-working-in-the-netherlands/employment-conditions-for-posted-workers-in-the-eu>. M. Houwerzijl, *Regulations (and practice) regarding wages and compensation for posted workers to the Netherlands: Country report*, in K. Alsos, A.M. Ødegård (edited by), *Reguleringer for utsendte arbeidstakere*, Oslo, 2018, 22.

¹⁴⁵ Road transportation is one of the riskiest sectors, as shown by the results of the joint and concerted inspections conducted by the ELA. During checks in March 2023 in Belgium, Luxembourg and the Netherlands, the three countries' inspection agencies found that almost half the trucks checked were in violation. Sixty trucks were checked of which 26 were found to be in breach. A total of 41 offences was detected. On the point see ELA, *Cooperation obligations and practices in the enforcement of EU rules on International Road Transport in the EU*, 2023, ELA publications, 132.

¹⁴⁶ F. De Wispelaere, L. De Smedt, *Posting.Stat: Cartographie de la mobilité intra-Européenne de la main-d'œuvre par le détachement*, in *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 2023, 1, 123-124.

¹⁴⁷ In the first half of 2020, 22 infringement procedures against Italy and 5 against the Netherlands were promoted. See www.openpolis.it.

directives and the failure or the incorrect application of the EU regulatory provisions. Such procedures could involve the Court of Justice and lead to the decision to inflict economic penalties that, over time, could become a great cost to the State.

As no EU-wide systematic data-gathering or digital tracking system currently exists to provide adequate data on cross-border workers, it is tough to acquire reliable and up-to-date information on ingoing and outgoing flows. This adds to the difficulties in accessing information on terms and conditions of employment on official channels. This lack may be the reason why existing rules are not applied by service providers. Consequently, this grey area may become a risk of exploitation, as attested by the numerous violations reported by inspection bodies.

Since the free movement of workers cannot be taken for granted, what measures could be the most effective at strengthening it and protecting cross-border workers?

At the EU level, the first point to address should be the simplification of the relevant legislation to avoid confusion or exploitation. As cross-border workers are pioneers of European integration and effective compliance with the principle of equal treatment, the implementation of EU provisions in the national regulatory frameworks should be a priority. Moreover, it is vital to provide information on terms and conditions

of employment of cross-border workers in a clear, transparent, comprehensive, and easily accessible way. Member States should ensure that the information published on their single official national website is accurate and updated on a regular basis¹⁴⁸.

Furthermore, greater cooperation on the parts of European and national authorities to supply proper information and verify rule compliance should be included in the agenda. In order to avoid the dangerous consequences of undeclared work and social dumping on cross-border employees, the most useful remedies may be implementing labour inspections both at national and EU levels and promoting a culture of integration and legality for more decent and safer work, regardless of borders and nationality.

Only with these essential tools will it be possible to guarantee the free movement of workers, which is the cornerstone of European citizenship.

Abstract. Is it possible to take the principle of the free movement of workers within the EU for granted? This paper aims to identify the most insidious challenges and the most effective remedies to guarantee the principle of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality. It does so by analysing regulatory frameworks, case law and data on cross-border workers from European and comparative perspectives, with special focus on Italy and the Netherlands.

Abstract. È possibile dare per scontato il principio della libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea? Al fine di individuare le sfide più insidiose e i rimedi in grado di garantire la parità di trattamento e il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, questo saggio analizza il quadro normativo, la giurisprudenza e i dati sui lavoratori transfrontalieri da una prospettiva europea e comparata, con particolare attenzione all'Italia e ai Paesi Bassi.

Parole chiave. Free movement of workers – cross-border workers – equal treatment – non-discrimination based on nationality – comparison.

¹⁴⁸ F. De Wispelaere, L. De Smedt, *Access to information on the posting of workers: Are we blinded by the importance given by EU legislation to the single official national website?*, in *Policy Brief*, 2023, 5, 2.

Key words. Libera circolazione dei lavoratori – lavoratori transfrontalieri – parità di trattamento – divieto di discriminazione in base alla nazionalità – comparazione.

LA PRODUZIONE INTELLETTUALE DELL'IA GENERATIVA TRA ETICA E DIRITTO*

di Gisella Pignataro**

Sommario. 1. L'energia creativa dell'IA generativa: *deep learning* e produzione intellettuale. – 2. Creatività artificiale e diritti connessi: l'*escamotage* a sostegno dell'innovazione. – 3. Il discrimine tra creatività e creazione nella *digital art*: la breccia in un *obiter dictum*. – 4. Addestramento dell'IA generativa e violazione del diritto d'autore: Europa e Usa a confronto. – 5. *Content moderation*: interrogativi sui diritti della persona e prospettive regolamentari. – 6. Etica dell'algoritmo: la sfida del XXI secolo.

138

1. L'energia creativa dell'IA generativa: deep learning e produzione intellettuale. Il costante incremento delle potenzialità dei sistemi di intelligenza artificiale, specie generativa, ha determinato nel lavoro intellettuale trasformazioni analoghe alla rivoluzione industriale per il lavoro manuale, reso meno alienante. Alla macchina viene affidata una crescente mole di attività creative, una volta appannaggio esclusivo della persona e delle sue abilità intellettuali; se e finché la tecnologia coadiuva e non sostituisce il lavoro intellettuale, non muta il rapporto uomo-macchina e il suo ruolo di ausilio e potenziamento delle abilità individuali, proiettate verso obiettivi più stimolanti¹.

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale si avvale della circolazione dei dati, processati direttamente dalla macchina e trasformati in informazioni utili. Il passaggio dalla tecnologia algoritmica tradizionale alla tecnologia *machine learning* basata sulle reti neurali, ovvero la progressione dalla fedele esecuzione delle istruzioni del programmatore alla capacità di apprendimento automatico della macchina, è all'origine dell'emancipazione dell'intelligenza artificiale verso l'autonomia. Alle indispensabili istruzioni chiare, univoche e finite degli algoritmi subentra l'abilità di apprendere dall'esperienza fino alla possibilità di inventare soluzioni inedite². Al computer viene fornita una serie di dati reali da cui imparare, per poi

* Sottoposto a referaggio.

** Professore Associato di Diritto privato comparato – Università degli Studi di Salerno.

¹ S. Amato, *Biodiritto 4.0, Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 42: «oggi le macchine sono evase dai loro ristretti confini e hanno iniziato a svolgere attività che sinora erano state di esclusivo appannaggio degli esseri umani».

² Negli anni l'intelligenza artificiale è riuscita ad emulare un significativo novero di attività intellettuali, da sempre prerogativa degli esseri umani come tradurre testi, scrivere articoli o poesie, comporre musica, dipingere, dare soluzione a problemi tecnici; difficile è pertanto una sua definizione se non per grandi linee, per comprendere sia sistemi deboli, dove il software apprende per poi svolgere un compito, sia sistemi autocoscienti, capaci di sviluppare una propria intelligenza utilizzando reti neurali artificiali progettate *ad hoc* (CNN e RNN). L'*AI Act*, approvato in via definitiva dal Parlamento europeo il 14 marzo 2024 e dal Consiglio UE il 24 maggio 2024, opta per un'accezione ampia, che non si riferisce né alla nozione di prodotto, né a quella di servizio digitale. Per sistema di intelligenza artificiale si intende «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come genera output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»: art. 3, Reg. (UE) 2024/1689, del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013,

essere processati e applicati a situazioni nuove, al pari delle attività cognitive degli esseri umani. Le reti neurali artificiali permettono alla macchina di imparare e riconoscere relazioni tra i dati; il *deep learning* e la rete stratificata di neuroni artificiali (algoritmi ispirati alla struttura neurale coadiuvati dai *big data*) ha dato accesso a modelli complessi di decodifica di una quantità ingente di dati per eseguire compiti sempre più difficili; l'IA «generativa» utilizza la tecnica di apprendimento automatico per sviluppare modelli linguistici progettati per comprendere e generare nuovi contenuti in modo coerente e contestualizzato a seconda della richiesta formulata dall'utente.

Si parla di tecnologia GPT, dove GPT è l'acronimo di *Generative Pre-Trained Transformer*, di cui il termine *Generative* evidenzia la capacità di generare un testo secondo il linguaggio umano, il sintagma *Pre-Trained* il pregresso addestramento su un set di dati determinato e *Transformer* il ricorso alla tecnologia di *machine learning* per elaborare un risultato inedito tramite la ricombinazione dei dati utilizzati per addestrare l'algoritmo³. Per funzionare, l'intelligenza artificiale generativa recupera dati ricavati da fonti disponibili in rete mediante la tecnica dell'*on line data scraping*, ovvero il prelievo massiccio di dati tramite un *software* che consente di reperire informazioni dai siti per poi riutilizzarle per l'addestramento⁴.

(UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828, in G. U. UE, 12 luglio 2024.

³ Sui rischi di strumentalizzazione della tecnologia, Y. Meneceur, *Artificial intelligence on trial. Plea for international and European adjustment*, Bruylant, 2020. Sottolinea l'Autore «*Je crains qu'avec certaines applications de l'IA, on se retrouve malheureusement avec un moyen qui s'est, quelque part, approprié les fins. Le problème d'ailleurs ne vient pas de la technologie mais bien de ceux qui s'en sont emparés pour réaliser du profit en l'habillant parfois d'une volonté de rendre le monde meilleur. Ce double discours, ces doubles finalités, doivent être réfutés si l'on veut réellement créer de la confiance.*».

⁴ In genere gli interessati raramente si aspettano che un terzo raccolga i loro dati personali liberamente accessibili su Internet, ma ciò avviene tramite i motori di ricerca o i *social network*, che consentono un massiccio travaso di dati personali e un'analisi dettagliata delle persone trattate. La tecnica di rastrellamento automatico delle informazioni in rete ha diversificate applicazioni, a giudicare dei diversi interventi del Garante della privacy dal 2022 per il sindacato la liceità. Diversi sono i provvedimenti nei confronti di *Clear View AI*, un motore di ricerca che consentiva il riconoscimento facciale con tecniche di *web scraping* di immagini, rendendo così possibile individuare persone, e dati biometrici o legati alla geolocalizzazione, data di nascita, e via dicendo, con semplici sistemi di *matching* (nel solo anno 2022 la società americana ha subito diverse sanzioni per violazione del GDPR: in Italia il 9 marzo 2022 per 20 milioni di euro; in UK il 18 maggio 2022 per 9 milioni di euro; in Grecia il 13 luglio 2022 per 20 milioni di euro; in Francia il 17 ottobre 2022 per 10 milioni di euro); segue la sanzione di 60 mila euro e il divieto al titolare del sito web *www.trovanumeri.com* di costituire e diffondere *on line* un elenco telefonico formato rastrellando i dati tramite *web scraping*, in contrasto con il vigente quadro normativo che non consente la creazione di elenchi telefonici generici non estratti dal data base unico che contiene i numeri telefonici e i dati identificativi dei clienti di tutti gli operatori nazionali di telefonia fissa e mobile, a seguito di numerose richieste di intervento del Garante per la pubblicazione non autorizzata di nominativi, indirizzi, numeri di telefono, anche di titolari di utenze riservate (in contrasto con la normativa in tema di trattamento dei dati, sul sito mancavano indicazioni sul titolare del trattamento, sull'intestatario del sito nella breve informativa privacy pubblicata, sulla possibilità di ottenere la cancellazione dei dati in caso di mancato funzionamento dell'apposito *form*); più recente, nei confronti di *OpenAI L.L.C.*, società statunitense che ha sviluppato e gestisce *ChatGPT*, è il divieto di trattare dati personali di persone stabilite nel territorio italiano: provv. 30 marzo 2023, n. 112, poi sospeso con provv. 11 aprile 2023, n. 114. L'impegno assunto è di adottare le misure proposte per porre rimedio alle carenze rilevate, in particolare la trasparenza tramite informativa agli utenti sulla finalità del trattamento di addestramento degli algoritmi, le modalità, la sua necessità per il funzionamento del servizio, i diritti spettanti in qualità di interessati; la semplificazione delle modalità di esercizio dei diritti di opposizione, di correzione di dati inesatti, di visione dell'informativa; di accertamento dell'età degli utenti e limitazione di accesso agli infrasedicenni. La società risulta attenzionata anche dall'Autorità tedesca, spagnola e francese a seguito di denunce: F. Mattatia, *Can ChatGPT be banned for non-compliance with the GDPR?*, in *JCP*, 15, 2023; nel Continente americano, K. Hill, *The secretive company that might end privacy as we know it*, in *New York Times*, 18 gennaio 2020, sempre su *Clearview AI* che commercializzava una soluzione di riconoscimento facciale dopo aver creato un *database* di volti: operando sul *web scraping*, aveva scaricato fotografie

Palese è dunque il discrimine rispetto alla c.d. *AI assisted*, sistema di intelligenza artificiale di ausilio all'attività creativa, che resta sotto il controllo della persona che se ne avvale: l'AI generativa opera in modo indipendente rispetto all'uomo ed è in grado di conseguire risultati da lui non prevedibili né governabili se non nell'*input* iniziale. Nonostante la netta distinzione concettuale, risulta non sempre agevole definire il ruolo del fattore umano, all'apice della controversa ammissibilità di tutela autoriale del prodotto, secondo l'approccio antropocentrico al requisito della creatività che connota la disciplina positiva⁵. Algoritmi avanzati sono in grado di generare la c.d. arte algoritmica, dove è difficile escludere una componente creativa per i risultati sorprendenti di processi decisionali complessi.

Le potenzialità sostitutive hanno travolto *in primis* la proprietà intellettuale. Dalla difficoltà condivisa di estendere ai prodotti dell'intelligenza artificiale i principi delle privative industriali o comunque la tutela della proprietà intellettuale, in quanto prodotti non umani seppur originali, lo scontro di recente investe la valorizzazione autoriale delle fonti di addestramento della macchina e la correlata tutela dei diritti personali e patrimoniali. La poliedricità del «giocattolo» ha dimostrato però una tale forza pervasiva da interferire con tutti i diritti della persona, a partire dall'acquisizione illecita di dati personali fino alla lesione di diritti costituzionali democratici. Tale è il coinvolgimento dei dati personali da indurre l'Autorità garante italiana a suggerire una serie di accorgimenti a quanti pubblicano in rete dati in qualità di titolari del loro trattamento, con l'effetto non trascurabile di integrare le valutazioni da effettuare secondo il principio di *accountability*. Trattasi di cautele volte a ostacolare l'utilizzazione non autorizzata dei dati da parte di terzi⁶, un *work in progress* connesso alla proliferazione dei sistemi di intelligenza artificiale sui *devices* e alla semplificazione dell'accesso a questa tecnologia per un pubblico sempre più vasto⁷.

Governare questa proprietà è obiettivo comune ai sistemi giuridici; la direzione da impartire al regolatorio dipenderà dal concetto di etica dell'algoritmo e dunque dall'approccio prescelto. Attraverso l'analisi dei possibili contenuti si conferma quanto il confine tra pubblico e privato sia sottile nell'ambiente digitale e l'inagibilità di soluzioni uniformate.

di persone liberamente accessibili su Internet e aggregate in un sistema di riconoscimento facciale. Sul tema, C. Crichton, *Le principe de loyauté dans la collecte de données personnelles*, in *Dalloz actualité*, 28 maggio 2024.

⁵ Il riferimento al lavoro intellettuale dell'uomo all'art. 2576 c.c. e all'art. 6, l. dir. aut. suffraga la tradizionale lettura che identifica soltanto nell'uomo l'autore di un'opera suscettibile di protezione autoriale. Sull'approccio antropocentrico della disciplina del diritto d'autore, S. Ricketson, *People or Machines: the Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, in *Colum.- VLA J. L. & Arts*, 1991, 1 ss.; J.C. Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC*, 2018, 131 ss.; A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 504 ss.; Corte di Giustizia UE, C-310/17, 13 novembre 2018, *Levola Hengelo v. Smilde Foods*, par. 36, secondo cui l'originalità richiede non solo che l'opera dell'ingegno non sia copiata, ma che costituisca una creazione intellettuale dell'autore, espressione della sua creatività e di scelte personali.

⁶ Garante Privacy, provv. 20 maggio 2024, n. 329, in *G. U.*, Serie generale, 7 giugno 2024, n. 132, che rinvia alla nota informativa, 30 maggio 2024. In tale documento l'Autorità suggerisce alcune misure concrete da adottare: la creazione di aree riservate, accessibili solo previa registrazione, in modo da sottrarre i dati dalla pubblica disponibilità; l'inserimento di clausole *anti-scraping* nei termini di servizio dei siti; il monitoraggio del traffico verso le pagine web per individuare eventuali flussi anomali di dati in entrata e in uscita; interventi specifici sui bot utilizzando, tra le altre, le soluzioni tecnologiche rese disponibili dalle stesse società responsabili del *web scraping* (es: l'intervento sul file *robots.txt*). L'intera nota informativa è reperibile al seguente indirizzo: *Web scraping ed intelligenza artificiale generativa - nota informativa e possibili azioni di contrasto.pdf*.

⁷ Si pensi all'App. *Apple intelligence*, in procinto di sbarcare anche in Europa: M. Ebreo, *Apple Intelligence. L'Europa può attendere - Intervista a Guido Scorza*, in *L'Espresso*, 28 giugno 2024, dove si sottolinea tra l'altro che, finché *Open AI* non aveva uno stabilimento principale in nessun Paese europeo, qualunque Autorità poteva intervenire per il principio di prossimità; ora che ha aperto una sede a Dublino come anche Apple, ogni azione istruttoria spetterà all'Autorità dell'unico Paese competente.

2. Creatività artificiale e diritti connessi: l'escamotage a sostegno dell'innovazione. I prodotti creativi realizzati in autonomia da sistemi di intelligenza artificiale di regola hanno ricevuto tutela tramite le procedure tipiche dei brevetti, con l'attribuzione surrettizia della creazione agli utilizzatori⁸: svincolata la linea di demarcazione della creatività dal suo lemma, l'originalità viene ancorata alla capacità di innovazione, che ricorre in un prodotto inusuale, imprevedibile, mentre è assente nella copia, riproduzione o imitazione di modelli preesistenti. La stessa disciplina della proprietà intellettuale valuta l'originalità del risultato più che il processo creativo, nella consapevolezza che ogni opera deriva dalla manipolazione di elementi preesistenti, combinati in modo originale⁹. In questi termini l'innovazione *computer generated*, di regola estranea ad un procedimento rigidamente algoritmico, appare incontestabile se i risultati del processo algoritmico risultino sorprendenti; le perplessità di protezione autoriale riguardano adesso la difficoltà di riscontrare nell'opera il riflesso della personalità dell'autore o la capacità di compiere scelte libere.

Su quest'ultimo aspetto, la libertà di azione, irrompe l'IA generativa: l'attenuazione della relazione tra comportamento della macchina e istruzioni immesse con gli algoritmi attribuisce al risultato i tratti tipici della creatività, allorché è preclusa agli stessi programmatori la prevedibilità *ex ante* delle soluzioni¹⁰, quale esito inatteso e sorprendente dell'idea originaria¹¹. L'autoapprendimento evolutivo differenzia l'IA generativa dalle

⁸ R. Abbot, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, in *Boston College Law. Rev.*, vol. 57, 4, 2016, 1087 s.; il pragmatico ordinamento britannico da tempo riconosce tutela autoriale alle opere *computer-generated* con questa tecnica, ma la titolarità è della persona fisica: *Sec. 9, (3) Copyright, Designs and Patents Act 1988*: «In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken», in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. La Federal Court of Australia, *Thaler v. Commissioner of Patents* [2021] 30 luglio, FCA 879, in una domanda di brevetto internazionale aveva invece consentito di indicare come inventore il sistema di intelligenza artificiale *Dabus*, domanda invece respinta da diversi uffici IP in tutto il mondo, compreso negli Stati Uniti, Regno Unito (High Court of Justice, *Business and Property Courts of England and Wales*, Patent Court, BL 0741/19), Germania, l'ufficio europeo (28 gennaio 2020) e anche quello australiano, il cui rigetto viene temporaneamente ribaltato dalla citata pronuncia. Per la Corte il dott. Thaler, sviluppatore e proprietario di *Dabus*, è da considerare titolare del brevetto, mentre il sistema *Dabus* è l'inventore. Impugnata la decisione, la Full Federal Court of Australia, *Commissioner of Patents v. Thaler*, [2022] 13 aprile, FCAFC 62 at [107] – [109] ribalta nuovamente e all'unanimità il verdetto, in quanto soltanto una persona fisica può qualificarsi inventore secondo il *Patents Act 1990*, Section 15(1): «the Act provides that a patent for an invention may only be granted to a person who (a) is the inventor; (b) would, on the grant of a patent for the invention, be entitled to have the patent assigned to the person; (c) derives title to the invention from the inventor or a person mentioned in paragraph (b); or (d) is the legal representative of a deceased person mentioned in (a) (b) or (c)».

⁹ Si pensi alla creatività delle banche dati riscontrata nella scelta o nella disposizione del materiale: Corte Giustizia UE, 16 luglio 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, in *Dir. aut.*, 2009, 640 ss., concetto estensibile alle opere collettive dove la selezione è il risultato del coordinamento ad un fine letterario, scientifico, didattico, artistico. La preesistenza di una soluzione tecnica non esclude la brevettabilità dell'invenzione quando ad esserle nuova e originale sia l'idea stessa di traslazione, e dunque la combinazione tra una soluzione e un settore della tecnica cui originariamente era estranea: M. A. Boden, *The creative mind. Myths and mechanism*, New York, Routledge, 2004, 58 ss.

¹⁰ Si parla di un processo celato in una *black box*, tale da rendere difficile fornirne una descrizione chiara e completa anche ai fini di un brevetto: M.A. Boden, *Intelligenza artificiale*, in J. Al-Khalili (a cura di), *Il futuro che verrà*, Milano, 2017, 134 s.; M. Gabbrielli, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Torino, 2021, 21 ss.

¹¹ Si è detto di come i sistemi di intelligenza artificiale basati su metodi di *machine learning* e di *deep learning* apprendono elaborando i dati immessi nel sistema, processandoli, per poi associare o ricombinare gli elementi appresi per produrre risultati nuovi e non prevedibili grazie soprattutto ai *big data*, ovvero alla possibilità di addestrarsi su enormi quantità di dati e in un arco di tempo notevolmente inferiore a qualsiasi intelligenza umana, seppur con modalità settoriali. Di diverso avviso, P. Gitto, *New York Times vs. OPEN AI, Microsoft et al.: conflitti attuali fra intelligenza artificiale e diritto d'autore*, in *Giust. civ.*, 1, 2024, 195, per il quale «i programmatori delle intelligenze artificiali privilegiano l'efficienza del sistema informatico rispetto alla sua intelligibilità: invece di

tradizionali tecnologie *software*: la macchina apprende non soltanto dai dati con cui viene addestrata, ma dall'esperienza accumulata con la concreta operatività. L'unico ostacolo all'estensione della protezione resta il difetto di paternità umana dell'opera, elusa dall'attribuzione agli utilizzatori nei sistemi di AI *assisted*¹².

Il modello proprietario applicabile sconta la contrapposizione tra tesi utilitariste e personaliste: per le prime la protezione della proprietà intellettuale trova fondamento nel bisogno di difesa degli investimenti necessari per l'innovazione¹³; per le altre, nella tutela della personalità dell'autore¹⁴; la coesistenza di entrambi i fattori si riscontra invero nella disciplina delle banche dati, dove al diritto d'autore viene affiancato un diritto *sui generis*, quale strumento giuridico diverso per tutelare soggetti e tipologie di attività distinte. La discussa tesi che l'opera creata da un sistema di IA diventi di pubblico dominio¹⁵ si è arenata di fronte all'obiezione dell'assenza di incentivi alla creazione, diffusione e miglioramento del prodotto, oltre al rischio di dissuasione di sviluppatori e imprese per un'attività non sostenibile: le incognite e gli oneri finanziari che l'innovazione comporta o, all'opposto, la propensione alla

concepire algoritmi semplici, comportanti passaggi progressivi e anticipabili con precisione, programmano intelligenze artificiali che sviluppano i dati forniti in modi che diventano troppo complessi per essere compresi dai programmatori stessi. Di conseguenza, molte IA soffrono di quello che alcuni definiscono il «problema della scatola nera» o *black-box problem*: esse sono così complesse che persino i loro creatori non sanno spiegare dettagliatamente come o perché il programma informatico sia in grado di svolgere il proprio compito con precisione e giunga a un determinato risultato». Scelta che non annulla il legame causale tra programmatore, *input* dell'utente e *output* generato dalla macchina.

¹² A conferma della difficoltà di distinguere la natura umana o artificiale dell'invenzione si richiama la brevettabilità di invenzioni realizzate da un sistema di intelligenza artificiale riconosciuta dall'ufficio brevetti statunitense, inconsapevole della sua origine: R. Abbot, *I Think, Therefore I Invent*, cit., 1087 ss.; laddove invece l'origine venga dichiarata, per ottenere protezione giuridica gli utilizzatori o programmatori sono indotti ad assumere la paternità del prodotto creativo.

¹³ Promuovono l'utilità sociale gli incentivi alla creazione, proteggendo i risultati dall'appropriazione altrui e garantendo un utile apprezzabile: M. Libertini, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2014, 302; Id., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 2010, 204: «è opinione largamente prevalente che i diritti di proprietà intellettuale, se razionalmente disciplinati, costituiscono strumenti indispensabili per il sostegno dell'innovazione e quindi del dinamismo concorrenziale; [...] essi sono strumenti di sostegno dell'investimento imprenditoriale in innovazioni piuttosto che della creatività individuale». Si considerino altresì le norme che attribuiscono *ope legis* i diritti di sfruttamento economico al soggetto che investe nell'ambito del rapporto di lavoro, salvo eventualmente un riconoscimento economico di natura indennitaria: art. 64, cod. propr. ind.

¹⁴ Vi è chi definisce diritto naturale il diritto d'autore a partire dalle teorie di Locke e chi, con riferimenti filosofici a Kant e Hegel, individua la *ratio* della tutela nella protezione della personalità dell'autore: V. Falce, *Sulle fondazioni filosofiche delle moderne dottrine economiche dell'innovazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 125 ss.; per una completa analisi, G. Spredicato, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, *ivi*, 2019, 4-5, 277 ss.: la possibilità di proteggere le sole opere di un essere umano si desume dall'art. 2576 c.c., che nella creazione dell'opera identifica il titolo di acquisto a titolo originario, oltre che dal riferimento al lavoro intellettuale e alla titolarità degli autori e suoi aventi causa, che implicitamente esclude persone giuridiche e agenti artificiali. La stessa giurisprudenza europea collega la protezione dei diritti morali ed economici allo sforzo intellettuale che imprime al lavoro creato un tocco personale, nonostante il ricorso ad un ausilio tecnico (nella specie, una macchina fotografica): Corte di Giustizia UE, C-145/10, 1° dicembre 2011, *Painer v. Standard Verlags GmbH e altri*, par. 92. Anche una combinazione di idee non protette potrebbe condurre a un risultato creativo se nel loro complesso evidenziano una certa originalità.

¹⁵ A. Ramalho, *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status Creations by Artificial Intelligence Systems*, in *Journal of Internet Law*, 2017, 41: «from the analysis of the elements of originality is the finding that AI-generated works cannot be considered original for purposes of copyright protection. There is no human author in cases of machine creation, and it can be disputed whether AI-generated works are truly creative: the range of choices of an Ais is predetermined, but perhaps more importantly Ais lack the specific blend of spontaneity and rational choices that composes creativity. Short of originality, AI-generated works should be considered part of the public domain (without prejudice, of course, of AI-aided works being copyright protected depending on the human intervention therein)».

segretezza, influenzerebbero le decisioni con relativo pregiudizio per l'interesse collettivo al progresso della scienza, delle arti e della cultura¹⁶.

I prodotti dell'intelligenza artificiale amplificano la dicotomia interna alla disciplina della proprietà intellettuale, non più limitata alla natura dell'interesse, personale e patrimoniale. Ad essa si aggiunge il rapporto tra processo creativo e dinamiche di mercato, tra stimolo alla creatività e tutela degli investimenti, che condizionano le valutazioni di opportunità nella concessione del diritto dominicale su tali prodotti¹⁷ e sulla titolarità in assenza di una soggettività giuridica della macchina¹⁸. Il tema è stabilire cosa si intenda per decisivo contributo umano richiesto allo stato per ottenere protezione di attività giuridicamente rilevanti¹⁹. Si consideri che un sistema di intelligenza artificiale generativo, a dispetto dei beni immateriali oggetto di appropriazione esclusiva, affianca allo *ius utendi* e *abutendi* la potenzialità generativa del bene, interesse che contrappone lo sviluppatore all'investitore, interessato a immettere sul mercato i prodotti creativi e a considerare il sistema di intelligenza artificiale acquisito come bene fruttifero, i cui frutti appartengono al proprietario *ex art.* 821 c.c., o tutt'al più al licenziatario quale possessore in buona fede *ex art.* 1148 c.c. Il diritto di esclusiva, a dispetto della disciplina repressiva degli atti di concorrenza sleale, ha natura reale ed è opponibile *erga omnes* e non soltanto a imprenditori o concorrenti²⁰.

Premesso il tratto qualificante dell'IA generativa, l'autonomia del processo creativo e dunque l'indipendenza della soluzione prodotta da attività umane di addestramento o da modelli di ispirazione, il riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale presuppone il superamento del necessario apporto creativo dell'essere umano in funzione di tutela del solo investimento economico, una delle tante forme di adattamento della normativa ad esigenze di protezione

¹⁶ S. Guizzardi, *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale*, in *AIDA*, 2018, 49.

¹⁷ G. Spedicato, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, cit., 281: «incorporando al loro interno dicotomie — tra *utilitarian* e *personality theories*, tra dinamiche dei processi creativi e dinamiche di mercato, tra stimolo della creatività e tutela degli investimenti — con cui occorre confrontarsi al momento di valutare l'opportunità della concessione di un diritto di tipo dominicale rispetto a prodotti realizzati da un sistema di intelligenza artificiale».

¹⁸ In assenza di una persona fisica, sarebbe indispensabile una disposizione normativa che attribuisca alla macchina capacità giuridica (P. Rescigno, *Capacità giuridica*, in *Dig. civ.*, II, 1988, 218 ss.), assente nel nostro ordinamento. Peraltro, nonostante i dubbi sollevati a seguito della Risoluzione del Parlamento europeo 2018/C 252/25, 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, in *G. U. UE*, C 252, 18 luglio 2018, 239 ss., l'invito risulta già superato dal Parlamento Europeo con la Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile sull'intelligenza artificiale (2020/2014-INL) del 20 ottobre 2020, opzione confermata dal Reg. (UE) 2024/1689, cit. Minoritaria è la tendenza a riconoscere in prospettiva uno *status* giuridico specifico per i robot e in generale per i sistemi di IA: L. Arnaudo, R. Pardolesi, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp.*, 4, 2023, 409 ss.; M.A. Lemley, B. Casey, *Remedies for Robots*, in *The University of Chicago Law Review*, col. 86, 5, 2019, 1392 ss.

¹⁹ La creatività computazionale comprende applicazioni con diverso grado di difficoltà, da quelle più semplici di traduzione ad applicativi più complessi da tempo in uso per la redazione di articoli di cronaca, rassegna stampa o notizie di agenzia. Risulta spesso difficile distinguere il prodotto umano da quello della macchina se si pensa al romanzo *The day a computer writes a novel*, scritto in giapponese da un sistema di A.I., risultato finalista di un noto premio giornalistico giapponese; al dipinto *Ritratto di Edmond Belamy*, creato dal collettivo *Obvious* (opera progettata e diffusa *on line* dal programmatore informatico Robbie Barrat e appropriata dal collettivo, secondo quanto da lui dichiarato), anch'esso prodotto della tecnologia generativa allenata su ritratti realizzati tra il XIV ed il XX secolo con meccanismo di addestramento reciproco di due reti neurali e impresso poi su tela, acquistata all'asta nel 2018, per 432.500 dollari; al *The Next Rembrandt*, dipinti nuovi e non mere copie riprodotti dalla macchina, dopo aver appreso lo stile del pittore olandese; alle *Memories of Passersby*, una serie infinita di ritratti di personaggi inesistenti creati in tempo reale e a flusso continuo da un'intelligenza artificiale, opera presentata nel 2019 dall'artista tedesco Mario Klingemann, pioniere nell'uso del sistema di reti neurali nelle arti e venduta da Sotheby's, importante casa d'aste del Regno Unito.

²⁰ A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale*, cit., 300.

emergenti (come per l'organizzatore di manifestazioni sportive²¹ o di tutela del software²²). Da questo apporto, seppur limitato, non sembrano prescindere neppure gli ordinamenti di *common law*²³; la novità è nel privilegiare il riscontro di un'idea manifestata anche in uno stadio puramente preparatorio, piuttosto che la capacità di elaborazione delle conoscenze, per le inevitabili conclusioni speculari di regolare brevettabilità o sistematico rigetto a seconda del termine di confronto (le capacità umane o analoghi sistemi di IA)²⁴. Con i diritti connessi, deputati alla protezione dell'investimento imprenditoriale in innovazione, il bilanciamento delle opposte esigenze è stato semplificato dalla connotazione esclusivamente patrimoniale dell'interesse²⁵.

Nati come diritto a un compenso annesso al diritto d'autore, i diritti connessi attribuiscono facoltà esclusive di autorizzare o vietare attività di sfruttamento dell'opera e dunque di controllare l'allocazione delle attività produttive e distributive delle prestazioni o utilizzazioni

²¹ A. Stazi, *La disciplina dei diritti audiovisivi sportivi*, in *Dir. prat. soc.*, 2010, 43.

²² V. Franceschelli, *La Direttiva Cee sulla tutela del software: trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 1991, 169 ss.

²³ U.S. District Court Northern District of California, 2016, *Naruto v. Slater*, Case No. 15-cv-04324-WHO, U.S. Dist., sul selfie scattato da un macaco in Indonesia con una macchina fotografica, appositamente lasciata incustodita dal proprietario, che il fotografo David Slater successivamente pubblica vantando i diritti d'autore. La PETA, acronimo di *People for the Ethical Treatment of Animals*, a nome del macaco convoca in giudizio Slater e la casa editrice che aveva pubblicato il libro. La Corte federale della California dà ragione al fotografo, perché le leggi statunitensi sul copyright non erano applicabili ad una scimmia e, in sede di impugnazione, le parti avevano optato per un accordo transattivo. La *United States Court of Appeals*, Ninth Circuit, *Naruto v. Slater*, No. 16-15469, 16-15469 invece, citata in giudizio a nome della scimmia Naruto dalla PETA, con decisione del 23 aprile 2018, in VLEX 892692299, esclude la legittimazione in giudizio per conto di animali. Per tale motivo si ritiene la foto caduta in pubblico dominio, nel rispetto della legge sul *copyright* che protegge le sole «opere d'autore originali» e create da esseri umani. Come per le creazioni di animali, la negazione è estensibile ai contenuti generati dall'IA: S. Yanisky-Ravid, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in The 3A Era. The Human-Like Authors Are Already Here. A New Model*, in *Michigan State Law Review*, 2017, 659 ss., in assenza di *input* creativi di un autore umano. La conferma è nel recente provvedimento con cui il Copyright Office di Washington DC il 14 gennaio 2022 respinge la domanda di registrazione del *copyright* su un prodotto artistico non ascrivibile all'essere umano; analogamente US District court for the District of Columbia, 18 agosto 2023, *Stephen Thaler c/ Shira Perlmuter*, n° 22-1564, BAH nega qualsiasi protezione del *copyright* su un'immagine interamente generata da uno strumento di IA; distingue l'opera creativa dall'immagine sottostante generata dal sistema Midjourney per limitare la protezione solo alla prima, il Copyright Review Board, 5 sept. 2023, che rigetta la richiesta di registrazione dell'immagine *Théâtre D'opéra Spatial* dopo il rifiuto del ricorrente che non intendeva rinunciare alla tutela dell'immagine sottostante. Le decisioni attualmente fanno riferimento alle linee guida sulle opere con contenuti generati dall'IA (*Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, *Federal Register*, vol. 88, n. 5188, 16 marzo 2023). Nel sistema inglese il *Copyright, Designs and Patents Act 1988* riconosce tutela alle opere generate dal computer, escluso i diritti morali i cui caratteri di inalienabilità, imprescrittibilità e irrinunciabilità sono incompatibili con l'opera creata dall'IA. Per gli esperti del WIPO (*World Intellectual Property Organization*) «*Since computer-produced works have no identifiable authors, it is necessary to include specific provisions in the possible Protocol concerning original ownership and the term of protection of copyright in such works; for the same reasons, moral rights would not be applicable in the case of such works*»: Doc. No. BCP/CE/I/2, 1991. A maggior ragione il limite vale per l'IA generativa: S. Yanisky-Ravid, *Generating Rembrandt*, cit., 659 ss.

²⁴ Non è corretto negare la possibilità di un apporto creativo soltanto perché si utilizzi un'IA, apporto da identificare nelle fasi precedenti la realizzazione dell'opera, di programmazione per lo sviluppatore e di immissione dei *prompt* per l'utente, attività rispetto alle quali è indiscutibile il pieno controllo della persona fisica che interagisce con la macchina: P. Gitto, *New York Times vs. OPEN AI, Microsoft et al.*, cit., 196.

²⁵ Nella Risoluzione del Parlamento europeo 16 febbraio 2017 relativa a *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* ricorre, tra l'altro, l'invito non raccolto a elaborare criteri per disciplinare la creazione di opere prodotte dalla macchina. In attesa di un eventuale intervento del legislatore, suggerisce come quadro normativo di riferimento più che il sistema del diritto d'autore i diritti ad esso connessi, in quanto funzionali alla tutela e all'incentivo degli investimenti e non della creatività nelle sue diverse declinazioni, N. Muciaccia, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. comm.*, Vol. I, 4, 2021, 789.

secondarie; con la direttiva europea 2019/790 e relativa attuazione²⁶ i diritti connessi, pur sempre un *numerus clausus*, sono stati potenziati ed è stato ampliato in modo esponenziale il novero dei titolari con la valorizzazione delle intermediazioni artistiche ed imprenditoriali legate allo sfruttamento dell'opera in aggiunta al ricavo delle vendite o del *cachet* artistico. In assenza di un diritto *sui generis*, analogo a quanto previsto per le banche-dati per le opere create dai sistemi di AI generativa, il generico riferimento ad altre persone che «eseguano in qualunque modo opere dell'ingegno» è stato letto come dato normativo idoneo a privilegiare il dato oggettivo della produzione di un'opera creativa, a dispetto del dato soggettivo: secondo questa interpretazione evolutiva il rafforzamento dei diritti connessi riconosce un ruolo centrale all'organizzazione imprenditoriale, capace di offrire una fruizione più ampia delle opere dell'ingegno. La conclusione è estensibile alle opere create dai sistemi di IA generativa, con il riconoscimento di diritti connessi a produttori e utilizzatori, mentre lo sviluppatore può usufruire della tutela del brevetto²⁷.

3. Il discrimine tra creatività e creazione nella digital art: la breccia in un obiter dictum. La rilevanza della creazione indipendentemente dalle modalità trova conferma nel caso Banský, un noto *brand* il cui marchio è depositato e registrato quale diritto di privativa a livello europeo. In occasione di una mostra ad esso dedicata, la società Pest Control Office Limited, titolare del marchio e di registrazioni figurative di talune opere dell'artista, instaura un giudizio cautelare contro la società organizzatrice della mostra, in quanto non autorizzata²⁸. La collocazione permanente delle opere in luoghi pubblici sarebbe indice di volontà abdicativa dei diritti d'autore, è l'obiezione della società resistente²⁹. Ad essa si aggiungono una serie di considerazioni ulteriori, relative all'esposizione di sole riproduzioni delle opere, legale data la previa autorizzazione dei legittimi proprietari, alla funzione descrittiva dell'utilizzo dei marchi denominativi e figurativi, alla copertura dell'eccezione di cui all'art. 70, l. dir. aut. per il catalogo della mostra³⁰, alla nullità dei marchi registrati in mala fede al solo fine di ostacolare l'attività dei terzi³¹.

²⁶ Alla Direttiva (UE) 2019/790 del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, il legislatore italiano ha dato attuazione con d. lgs. n. 117/2021, in G.U., del 27 novembre 2021, n. 283. In tema, S. Lavagnini (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Torino, 2022.

²⁷ N. Muciaccia, *op. cit.*, 782 ss.

²⁸ La Pest Control Office Limited contesta numerose violazioni: contraffazione dei marchi, concorrenza sleale, la confusione rispetto alla fonte di provenienza dei prodotti e servizi, la contrarietà alla correttezza professionale e la violazione delle norme sul diritto d'autore e del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria.

²⁹ Più che di rinuncia abdicativa, discutibile rispetto al diritto morale d'autore che è diritto personale, sarebbe preferibile parlare di concessione di una licenza «non esclusiva senza limiti temporali e territoriali e a titolo gratuito» delle facoltà patrimoniali dello *street artist* per le opere realizzate in un luogo pubblico, assimilabile alla licenza *open source*. V. Zeno-Zencovich, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, in *AIDA*, 2004, 262 ss.; F. Benatti, *La street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, in *Giur. comm.*, 2017, 781 ss.; M.R. Marella, *Le opere di Street Art come Urban Commons*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 471 ss.

³⁰ Art. 70, c. 1, l. dir. aut.: «Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera».

³¹ Ufficio europeo della proprietà intellettuale (EUIPO), 14 settembre 2020, azione n. 33843, ha sancito la nullità del marchio per l'opera *Flower Thrower* di Banský, registrato dalla società Pest Control Office Limited, ex art. 59 Reg. (UE) 1001/2017, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, perché marchio registrato in mala fede: secondo la decisione, Banský non aveva alcuna intenzione di utilizzare il marchio al momento del deposito e il lancio del negozio, avvenuto pendente la lite, se non quella di aggirare i requisiti del diritto dei marchi.

La pronuncia del Tribunale di Milano³² in effetti riscontra soltanto la violazione del marchio riprodotto sui *gadget* venduti nel *bookshop* del museo, con conseguente inibitoria alla loro commercializzazione; l'esclusione della violazione del diritto d'autore con le riproduzioni utilizzate per pubblicizzare la mostra, ipotizzabile in astratto, viene invece ascritta all'anonimato del suo autore. La tutela del diritto d'autore dunque non è preclusa, ma subordinata alla condizione della rivelazione della propria identità e alla rivendicazione della paternità delle opere, condizione impossibile considerato che la notorietà del *brand* dipende soprattutto dall'anonimato dell'autore³³. Nonostante l'implicito riscontro di una condotta obiettivamente *contra legem*, il giudice esclude anche la pronuncia accertativa dell'illecito concorrenziale di cui all'art. 2598, n. 3, c.c.: la riproduzione non autorizzata delle immagini fotografiche dell'artista Banksy nel catalogo della mostra non è sanzionabile in assenza di prova dell'effettiva potenzialità di un danno a carico del soggetto ricorrente e causalmente collegabile all'illecito. La riproduzione delle immagini delle opere dell'artista nel catalogo non interferisce con ipotetiche prerogative commerciali della ricorrente, in assenza della titolarità di un concorrente diritto di riproduzione che sarebbe stato pregiudicato dall'attività contestata. La pronuncia è interessante non soltanto perché riconosce il diritto d'autore sulla *street art*, a lungo considerata attività illecita, ma per le affinità con i prodotti dell'AI generativa in relazione alla tutelabilità oggettiva dell'atto creativo a prescindere dalla titolarità.

A questa logica si aggancia la richiesta di accertamento della paternità di un'opera figurativa generata dalla macchina, occasione di ulteriori precisazioni sul rapporto tra opere dell'ingegno e AI generativa, a prescindere dal carattere processuale della pronuncia³⁴. Il concetto giuridico di creatività, a dispetto della creazione, non si limita all'idea, ma esprime la soggettività dell'autore, la sua personalità, costitutiva del diritto anche morale oggetto di protezione. Il ricorso ad un software per generare l'immagine non è sufficiente per escludere la configurabilità di un'opera dell'ingegno³⁵; il discrimine è nel tasso di creatività riscontrabile, da valutare con maggior rigore al cospetto della *digital art*, quando la tecnologia digitale

³² Trib. Milano, ord. 15 gennaio 2019, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2019, f. 1, 496 ss.; in *AIDA*, 2019, f. 1, 695 ss.; in *Riv. dir. ind.*, 2020, 3, II, 219 ss. e in https://iusletter.com/wp-content/uploads/Ordinanza-15.01.2019_Banksy.pdf.

³³ L'art. 156, l. dir. aut. riconosce legittimazione attiva al titolare del diritto che si assume violato per le azioni a tutela del diritto d'autore; l'art. 12, l. dir. aut. attribuisce all'autore dell'opera sia il diritto esclusivo di pubblicare la stessa, sia di utilizzare economicamente l'opera; l'art. 13, l. dir. aut. considera il diritto di riprodurre l'opera il principale tra i diritti patrimoniali dell'autore. Diritto che l'autore può cedere a terzi, ma ex art. 109, l. dir. aut. la cessione di un esemplare dell'opera non implica la cessione dei diritti di utilizzazione economica; l'art. 110, l. dir. aut. richiede infine la forma scritta *ad probationem tantum* per gli atti di trasmissione dei diritti d'autore. Sul tema, F. Ferrari, *La tutela autoriale dell'opera d'arte creata dall'intelligenza artificiale: qualche considerazione introduttiva*, in *Arte e Diritto*, 1, 2022, 95 ss.

³⁴ La controversia, sorta tra un architetto e la RAI, verte sulla violazione del diritto d'autore per aver la Rai utilizzato un'opera grafica digitale a soggetto floreale come scenografia per il Festival di Sanremo 2016, opera di cui l'architetto si dichiara creatrice. Trib. Genova, 6 giugno 2018, riconosciuta la paternità dell'opera e il suo carattere creativo, sanziona la violazione del diritto d'autore e condanna la RAI al risarcimento del danno, alla rimozione del programma dal sito internet e alla pubblicazione della sentenza; App. Genova, 11 novembre 2020, in *AIDA*, 2021, f. 1, 970 ss., conferma la pronuncia di primo grado. Impugnata la sentenza della Corte d'Appello, Cass., ord. 16 gennaio 2023, n. 1107, in *Foro it.*, 6, 2023, 1874 ss., pur rigettando il ricorso - inammissibile perché volto ad introdurre per la prima volta in sede di legittimità una questione nuova non trattata nel giudizio di merito - conferma la lettura tradizionale che subordina la tutela autoriale al positivo riscontro di un atto creativo dell'autore, ma sconfessa l'incompatibilità tra il contributo generativo e la configurabilità di un'opera dell'ingegno tutelabile.

³⁵ In sede di impugnazione la RAI obiettava che il software e non la persona aveva elaborato forma, colori e dettagli dell'immagine tramite algoritmi matematici, mentre l'architetto si era limitata a scegliere l'algoritmo da applicare e ad approvarne il risultato. La qualificazione del prodotto come opera dell'ingegno era erranea, in quanto frutto non del lavoro umano, ma dell'utilizzo del *software*, il cui apporto è stato pressoché esclusivo.

partecipa al processo creativo³⁶. Ma il giudizio sulla creatività, in quanto valutazione di merito, non può essere affrontato in sede di legittimità.

La pronuncia, pertanto, pur confermando l'approccio antropocentrico del diritto d'autore, suggerisce di rifuggire dagli automatismi. Anche laddove l'atto creativo sia totalmente automatizzato, non va esclusa in astratto la possibilità di tutela; distinta è la verifica del ruolo dell'elaborazione personale dell'idea e l'idoneità a interrompere il processo creativo imputabile esclusivamente al sistema di AI, aggiungendosi al dato oggettivo della creazione, ovvero all'originalità del prodotto. La sua tutelabilità presuppone il solo dato oggettivo, il contenuto creativo dell'opera; unica indicazione è un diverso e più elevato *standard* di originalità, ovvero la necessità di maggior rigore nella verifica di sussistenza del requisito rispetto alle tradizionali opere dell'ingegno, non escluso dalla rielaborazione o manipolazione automatizzata di elementi preesistenti³⁷. Seppur con un *obiter dictum*, la giurisprudenza rimarca come l'apporto umano nella realizzazione dell'opera *computer generated* non condiziona più la configurabilità di un'opera dell'ingegno; il contributo fornito dal programmatore o dall'utente rileva invece per l'attribuzione soggettiva dei diritti morali e patrimoniali³⁸, mentre risulta irrilevante il momento in cui intervenga nel processo di realizzazione dell'opera, in fase preparatoria o esecutiva.

4. Addestramento dell'IA generativa e violazione del diritto d'autore: Europa e Usa a confronto. Al tema della proprietà intellettuale si aggancia la *class action* proposta dalla *New York Times Corporation* contro *Open AI Inc., Microsoft Corporation et al.* ancora in fase embrionale, incentrata sulla funzione genetica dell'opera dell'ingegno, l'addestramento della macchina, per vantare il diritto alla protezione autoriale delle fonti indipendentemente da un conflitto sulla titolarità, nella specie non contesa. La dettagliata esposizione del funzionamento del sistema di intelligenza artificiale ha evidenziato la sistematica e istituzionale violazione del diritto d'autore, in quanto dai testi del giornale la macchina trae la linfa vitale per l'allenamento e la riproduzione, talvolta pedissequa, di articoli, peraltro a titolo gratuito³⁹. La richiesta è di cessazione della condotta illecita, condanna al risarcimento del danno e distruzione del meccanismo a tutela della parte danneggiata.

La questione giuridica verte sulla configurabilità del *fair use*, istituto che consiste nella legittima utilizzazione di opere protette da *copyright* per finalità di critica, commento, cronaca, insegnamento e ricerca, esteso con interpretazione giurisprudenziale al *transformative use*, ovvero alla rielaborazione dei contenuti⁴⁰. Secondo le ragioni opposte dalle resistenti, la

³⁶ Evidenzia P. Gitto, *New York Times vs. OPEN AI, Microsoft et al.*, cit., 197, che l'apporto creativo è riscontrabile, oltre che in fase preparatoria, nella rielaborazione e modifica degli *output*, quale modalità personale di esprimere idee e stati d'animo. Sulla differenza di approccio al tema tra il sistema statunitense ed europeo, N. Enser, *IA générative: le début des difficultés, ou quand l'IA et l'humain concourent à la création*, in *Dalloz actualité*, 13 ottobre 2023, dove ciò che conta, in linea di principio, è la proporzione degli elementi creati dall'autore rispetto alla componente «grezza» iniziale, la cui presenza non esclude la tutela.

³⁷ A. Amidei, *La tutela autoriale dell'opera generata dall'A.I. (o da un semplice software?)*, in *Giur. it.*, 2024, 576.

³⁸ Maggiori sono gli *input*, maggiore è la capacità di influenzare il funzionamento dell'IA; ma in mancanza di creatività, non vi è alcun diritto d'autore tutelabile.

³⁹ Nell'istanza presentata alla *United States District Court for the Southern District of New York*, n. 1:23-cv-11195 del 27 dicembre 2023, in *nytimes.com*, § 83-91, vengono illustrate le modalità di reperimento gratuito delle informazioni da banche dati gestite da enti privati senza scopo di lucro. Peraltro la soluzione adottata da Bing Chat di citare le fonti utilizzate per produrre testi con i contenuti annessi disincentiva la visita diretta dei siti da parte degli utenti, con ulteriore danno per gli editori.

⁴⁰ Titolo 17, § 107 del *Copyright Act* del 1976, istituto ampliato dalla U. S. Supreme Court, caso *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 7 marzo 1994, no. 92-1292, con nota di G. Myers, *Trademark Parody: Lessons from the Copyright Decision in Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, n. 2, 181 ss. Le rielaborazioni di cui all'art. 41, l. 22 aprile 1941, n. 633 rappresentano la figura corrispondente nell'ordinamento

compressione dei diritti d'autore viene giustificata da un interesse generale, prevalente rispetto a quello personale del titolare ed equivalente alle finalità elencate al § 107; poiché gli articoli del *New York Times* non sono messi a disposizione del pubblico *tout court*, ma sono utilizzati per addestrare i sistemi di AI, tale modalità di utilizzo rientra nell'uso trasformativo e non espressivo, legittimo e senza necessità di licenza del proprietario.

Ma l'uso strumentale di opere dell'ingegno – obietta la parte attrice – seppur non mette in discussione la titolarità del diritto in assenza di apporto creativo nella progettazione del programma o nell'immissione di *input*, è comunque attività giuridicamente rilevante come fonte di danno tutelata dall'ordinamento.

In Europa il tema è stato indirettamente sollevato dall'AGCM francese nel sanzionare Google per violazione dei diritti connessi degli editori di stampa con trattative contrarie a buona fede e sottovalutazione della remunerazione⁴¹. Tra i motivi contestati, l'Autorità critica Google per non aver informato in modo trasparente gli editori della stampa sull'uso che potrebbe essere fatto dei loro articoli nell'ambito del servizio di IA generativa sviluppato dalla società Google Bard (oggi Gemini)⁴². Il sistema raccoglie da Internet una grande quantità di contenuti, inclusi articoli di stampa, per addestrare il suo modello. In assenza di regolamentazione dell'ipotesi, all'epoca non disponibile, se tale uso comporti o meno remunerazione per diritti connessi diversi dalla mera indicizzazione, l'Autorità decide di sanzionare Google ma ricorrendo alla violazione dell'obbligo di trasparenza. Gli editori e le agenzie di stampa erano stati privati della possibilità di conoscere con precisione gli usi fatti dei loro contenuti e la durata, e dunque erano all'oscuro della gestione di un nuovo servizio. Separando la questione dell'esistenza di diritti connessi dal rispetto degli impegni, l'Autorità attribuisce autonoma rilevanza al dovere trasversale di trasparenza, altrimenti la pronuncia sarebbe illogica nel sanzionare la reticenza su un diritto di cui ignora l'esistenza⁴³.

La modalità di addestramento della macchina in sé non viola il diritto d'autore secondo la normativa europea. Apprendere leggendo anche articoli di stampa è la tipica modalità di arricchimento della conoscenza e di formazione delle opinioni, che adesso accomuna l'intelligenza dell'uomo e quella artificiale; ad entrambe sono applicabili i limiti imposti dal rispetto del *copyright*. Il discrimine è sempre da identificare nella creatività del risultato: finché l'utilizzatore può vantare la titolarità di un distinto diritto d'autore, la rielaborazione creativa è legittima; ricorrendo invece, la mera riproduzione di opere creative altrui per finalità di allenamento destinato peraltro ad un impiego per finalità commerciali, come si afferma nella controversia statunitense *in itinere*, la lesione del diritto d'autore ricorre laddove l'operazione si avvalga di copie non autorizzate. La disciplina europea vigente prevede che l'uso di opere

giuridico italiano: non sono lesive del diritto d'autore in presenza di un apporto creativo riconoscibile in sede di rielaborazione. La giurisprudenza differenzia l'elaborazione creativa dalla contraffazione: quest'ultima ricorre in presenza di una sostanziale riproduzione dell'opera originale nonostante differenze di dettaglio, mentre l'elaborazione creativa prevede una rivisitazione dell'opera originale con un apporto creativo riconoscibile: Trib. Milano, Sez. impr., 13 ottobre 2015, n. 11416, annotata da G. Foglia, *Lay-out di un negozio: una chiara tutela tra diritto d'autore e concorrenza sleale*, in *Dir. ind.*, 2016, f. 3, 271 ss.; Cass., 30 aprile 2020, n. 8433, con nota di M. Papa, *Tutelabilità autorale del progetto di architettura d'interni tra completezza espressiva, creatività e stile personale*, *ivi*, 2021, f. 4, 355 ss.

⁴¹ Aut. conc. 15 mars 2024, n. 24-D-03, con nota di O. Wang, *Droit voisin des éditeurs de presse: Google de nouveau sanctionné par l'Autorité de la concurrence*, in *Dalloz actualité*, 23 avril 2024. Con l'iniziativa, anomala perché il rispetto degli impegni doveva essere monitorato da un agente indipendente che invece non aveva segnalato alcuna violazione, l'AGCM sembra voler riservare a sé un ruolo regolamentare in materia.

⁴² L'Autorità ritiene che Google abbia sottovalutato le entrate indirette, confinandole a una parte marginale nella determinazione delle sue proposte finanziarie e violando l'art. L. 218-4 del codice della proprietà intellettuale (la remunerazione dovuta quali diritti connessi si basa sui proventi di sfruttamento di qualsiasi tipo, diretti o indiretti), oltre ad escludere le riproduzioni dei titoli degli articoli dalla base di calcolo.

⁴³ O. Wang, *Droit voisin des éditeurs de presse*, cit.

protette da parte degli sviluppatori di intelligenza artificiale rientra nell'ambito dell'eccezione al diritto d'autore per le operazioni di *text e data mining* di cui alla dir. (UE) 2019/790 e l'equilibrio dei diritti tra sviluppatori di intelligenza artificiale e autori sarebbe rispettato con la procedura di *opt-out* che consente ai titolari dei diritti di impedire che le loro opere vengano utilizzate nelle basi di formazione dell'IA⁴⁴. Lo stesso regolamento europeo, il c.d. *AI Act*, si preoccupa di garantire la qualità dei dati utilizzati per lo sviluppo degli algoritmi, il rispetto delle norme sul diritto d'autore e la trasparenza a tutela di chi interagisce con un sistema di IA.

Diversa è la lettura nel sistema statunitense con la proposta di legge *Generative AI Copyright Disclosure Act*, che irrompe nel dibattito giuridico in corso e potrebbe avere un rilevante impatto sulla regolamentazione dei modelli di intelligenza artificiale generativa⁴⁵. Il fulcro della proposta ruota intorno all'obbligo delle aziende di divulgare i dati di formazione derivanti dai loro modelli di intelligenza artificiale generativa e alla sua retroattività, che consentirebbe di includere nell'obbligo i dati già immessi sul mercato. Le denunce e le proposte di intervento normativo hanno già indotto *OpenAI* a stipulare numerose *partnership* con grandi gruppi di stampa in diversi Paesi (*Axel Springer* in Germania, *Financial Times* in Inghilterra, *Le Monde* in Francia) per attingere legalmente ai contenuti e migliorare la qualità delle risposte del modello *ChatGPT*, oltre ad aspirare ad un elevato standard di trasparenza e di rispetto dei diritti d'autore. Un *revirement* che, non si esclude, possa avere un impatto anche in Europa e rendere operativi obblighi pur già normati.

L'obbligo di trasparenza è stato regolamentato dall'*AI Act*, ma nel disegno di legge americano l'Autorità destinataria per la divulgazione dei dati di addestramento sarebbe l'*American Copyright Office*, quale organo deputato al monitoraggio del rispetto delle leggi sul diritto d'autore. Nel regolamento europeo sull'Intelligenza artificiale invece la sintesi sufficientemente dettagliata dei dati di addestramento dei modelli va trasmessa all'Ufficio europeo dell'AI, cui spetta verificare il rispetto dell'obbligo di comunicazione dei dati, non anche delle disposizioni in materia di diritto d'autore⁴⁶. Inoltre, il disegno di legge statunitense recepisce la prassi per cui le aziende che addestrano i modelli non sempre sono le stesse che modificano i dati di addestramento. Le prime sono responsabili della scelta dei dati e del processo di formazione, ma anche chi modifica i database di formazione deve essere responsabile dell'integrità dei dati, distinguo che consente di ampliare il novero degli obbligati a dispetto del Regolamento europeo che limita l'obbligo di comunicazione ai fornitori⁴⁷; l'efficacia retroattiva della disposizione risolve inoltre in modo perentorio la spinosa questione relativa al destino dei miliardi di dati già utilizzati e investe i metodi di *machine unlearning* per dimenticare i dati di allenamento senza compromettere le prestazioni del modello di IA generativa, allo stato tecnicamente difficoltoso ma importante rispetto al

⁴⁴ Sulla limitata efficacia del sistema, O. Wang, *Le SNE diffuse une clause type d'opposition à l'utilisation des contenus par les LA*, in *Dalloz actualité*, 26 giugno 2023.

⁴⁵ *Generative AI Copyright Disclosure Act of 2024*, H.R.7913 — 118th Congress (2023-2024), del 9 aprile 2024, in <https://www.congress.gov/bills/118th-congress/house-bill/7913/text>.

⁴⁶ B. Jeulin, *Analyse du projet de loi américain sur la divulgation des données d'entraînement des IA génératives*, in *Dalloz actualité*, 27 marzo 2024.

⁴⁷ L'art. 3, c. 1, n. 3, Reg. (UE) 2024/1689 definisce il «fornitore» come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

rischio di concorrenza sleale⁴⁸.

La novità dei problemi e la frammentazione delle soluzioni confermano come l'IA generativa si sottragga a ogni forma di automatismo.

5. Content moderation: interrogativi sui diritti della persona e prospettive regolamentari. Le implicazioni della generazione di nuovi contenuti affidata alla macchina sono ben più incisive delle tematiche connesse alla proprietà intellettuale. Il rifiuto del totalitarismo tecnologico impegna il legislatore europeo nell'individuazione di direttive che aiutino a conformare i sistemi di intelligenza artificiale secondo il prescelto approccio antropologico. Premessa l'esigenza di non porre impedimenti irragionevoli allo sviluppo delle tecnologie, spetta all'etica e al diritto guidare l'innovazione nel rispetto della persona e dei suoi diritti, nonché dei valori costituzionali ed europei tipici di una società democratica⁴⁹, perché alla macchina manca la capacità di discernimento, ovvero la capacità umana di valutazione e adattamento alle molteplici variabili, spesso imprevedibili, talvolta soltanto non previste.

Con riferimento ai diritti della persona non è opinabile la necessaria affidabilità dei sistemi di IA, sia in termini di sicurezza che di trasparenza delle modalità di utilizzo, considerata la rivoluzione che la transizione digitale comporta sul piano formativo, operativo ed economico. La formazione tecnologica diventa imprescindibile per evitare che le innovazioni siano dannose per l'individuo e la collettività, nonché per guidarli verso un uso consapevole delle innovazioni, dei rischi e delle correlate responsabilità, oltre a garantire l'accesso a chiunque. Il concreto accesso diffuso ai vantaggi dell'IA costituisce condizione necessaria seppur non sufficiente per l'uguaglianza sociale come valore democratico, tanto più determinante quanto maggiore sarà l'affidamento alla tecnica per lo svolgimento di attività fisiche o cognitive. L'alfabetizzazione del XXI secolo, quella digitale, concorre all'uguaglianza sociale e richiede la consapevolezza delle potenzialità della macchina e del suo livello di autonomia; spetta al diritto garantire l'accesso diffuso, altrimenti il divario sarà più grave, se non incolmabile, rispetto a quanto registrato nel XIX secolo per i Paesi non industrializzati, oltre che definire i livelli di controllo adeguati al tipo di utilizzo per uno sviluppo dell'IA a servizio dell'uomo. A livello operativo, dalla correttezza del programmatore dipende la salvaguardia da pregiudizi, che si traducono in criteri discriminatori nella costruzione dell'algoritmo. Non basta preoccuparsi che la macchina abbia immagazzinato ed elaborato un elevato numero di immagini per ridurre i margini di imprevisto o regolamentare il settore; occorre fissare limiti di ordine etico allo sviluppo della tecnologia e predisporre un controllo anche etico dell'algoritmo, da congegnare in funzione dello scopo prefissato ma in modo contestualizzato. Linee guida europee per scrivere algoritmi basati su principi etici condivisi potrebbe diventare un veicolo efficace di circolazione e diffusione della cultura e dei valori del Continente europeo⁵⁰.

Particolare è la sfida posta all'iniziativa economica privata dallo sviluppo dell'IA: in linea con

⁴⁸ A. Golatkar, A. Achille, S. Soatto, *Eternal Sunshine of the Spotless Net: Selective Forgetting in Deep Networks*, in *arXiv*, 2020, 1911.04933 e in <https://arxiv.org/abs/1911.04933>; Y. Cao, J. Yang, *Towards Making Systems Forget with Machine Unlearning*, in 2015 *IEEE Symposium on Security and Privacy* e in <https://ieeexplore.ieee.org/document/7163042>.

⁴⁹ Tra i propositi del G7 nel Codice di Condotta (elaborato nell'ambito del Processo di Hiroshima sull'IA) è emerso come i modelli di IA debbano essere addestrati secondo un approccio antropocentrico, perché sia la tecnologia al servizio dell'uomo e non viceversa. Accessibilità, trasparenza, affidabilità, non discriminazione, dignità delle persone, riservatezza, identità, coesione sociale e pluralismo sono i valori che esprimono altrettanti diritti di cui occorre garantire l'effettività: L. Violante, A. Pajno, *Diritto ed etica dell'Intelligenza artificiale*, in *Biolan Journal*, 3, 2019, 180.

⁵⁰ S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, 1787 ss.

l'art. 41, c. 2, Cost., la conformità all'utilità sociale implica garanzia di sicurezza dei sistemi anche rispetto alla conservazione dei dati personali; il rispetto della libertà e dignità umana include la fruizione dei sistemi per tutte le categorie di utenti, specie non autosufficienti, disabili o minori, nonché la prevenzione dei danni con procedure di *risk assessment e management* idonee a prevedere situazioni critiche o procedure alternative a tutela dei diritti, anche per correggere decisioni sbagliate automatizzate. Il trasferimento esponenziale di rilevanti funzioni dai pubblici poteri ad operatori privati che utilizzano algoritmi e sistemi di IA solleva interrogativi di ordine costituzionale in assenza di un sistema di garanzie analogo quello predisposto per difendersi dall'esercizio illegittimo di un pubblico potere⁵¹. Con la delega già attuale di importanti funzioni e decisioni, i privati sono destinati a godere di un potere infrastrutturale, nel senso che da esso dipende l'accesso a beni e servizi essenziali o la possibilità di condizionare la volontà dei cittadini⁵².

Un primo argine allo strapotere delle piattaforme lo pone il GDPR e il rigore con cui le Autorità garanti impongono l'anonimizzazione dei dati personali, la loro trasportabilità, la possibilità di negoziare la profilatura, il rispetto del consenso informato; più difficile è rispettare la correttezza ed esattezza dei dati a fronte del continuo sviluppo dei sistemi di IA. Nella successione dei Regolamenti con cui l'Unione europea si propone di governare le innovazioni⁵³, palese è l'intento di regolazione della tecnologia e di definire la propria strategia di *digital future* con regole che consolidano l'applicabilità dei principi generali dell'azione amministrativa ai privati che esercitano pubbliche funzioni, quale corollario del principio costituzionale di sussidiarietà⁵⁴.

Ne deriva l'obbligo di motivazione contro il rischio di decisioni arbitrarie, necessaria per la verifica *ex post* degli atti adottati, particolarmente avvertito per le decisioni algoritmiche⁵⁵; di

⁵¹ Si pensi alla varietà degli ambiti di applicazione: sanità, medicina, istruzione, agricoltura, ambiente, finanza, informazione, impresa, sicurezza, trasporti, dove in nome dell'efficacia ed efficienza (si pensi all'ape drone, resiliente a qualsiasi forma di veleno o anticrittogamico, capace di riconoscere i frutti da impollinare; ai droni che, con l'ausilio un sistema satellitare, selezionano le parti dei terreni da irrigare e la frequenza; la possibilità di riprogrammare il sistema immunitario per sconfiggere le malattie con una cura personalizzata) e dello snellimento delle procedure si rischiano stravolgimenti o un aggravio delle disparità. Le Autorità antitrust di tutto il mondo hanno a lungo tollerato questa concentrazione di potere sia per il carattere gratuito dei servizi erogati, ritenuto coerente con il benessere dei consumatori, sia per l'innovazione apportata al mercato: E. Cremona, F. Laviola, V. Pagnanelli, *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino 2022, *passim*; A. Marciano, A. Nicita, G.B. Ramello, *Big data and big techs: understanding the value of information in platform capitalism*, in *European Journal of Law and Economics*, 16 novembre 2020, 345 ss.

⁵² P. Stanzione (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022.

⁵³ Tali sono il *Data Governance Act*, Reg. (UE) 2022/868, 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724; il *Digital Services Act*, Reg. (UE) 2022/2065, 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE; il *Digital Markets Act*, Reg. (UE) 2022/1925, 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828; l'*AI Act*, Reg. (UE) 2024/1689, del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828.

⁵⁴ G. Pastori, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, 1787.

⁵⁵ L'obbligo non è estraneo neppure agli atti di diritto privato: nelle delibere assembleari per prevenire il conflitto di interessi; per le decisioni di rigetto della domanda di ammissione alle associazioni; nel GDPR è regolamentato il diritto dell'interessato ad ottenere informazioni sulla logica utilizzata nel trattamento (artt. 13 e 14) come il diritto a non essere assoggettato a decisioni derivanti unicamente da un trattamento automatizzato (art. 22), nonostante l'ampiezza delle eccezioni. Sul punto, interessante è la contrapposizione tra S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 76 ss. e G. Malgieri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy*

trasparenza, per bilanciare l'asimmetria e non negoziabilità della soggezione al processo algoritmico di trattamento dei dati con la consapevolezza della natura non umana del soggetto con cui si interagisce e la controllabilità. Su questo punto va rilevato che le imprese e le grandi organizzazioni, per motivi commerciali, hanno avuto sempre interesse a mantenere segreti i criteri con cui i dati vengono elaborati e trattati; lo stesso vale e si complica ulteriormente con riferimento agli algoritmi, rispetto ai quali entra in conflitto la tutela dell'opera dell'ingegno con il diritto di accesso al software per comprendere la formazione della decisione amministrativa. Diritto che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto prevalente e a tal fine ha legittimato la conoscibilità del meccanismo con una declinazione rafforzata del principio di trasparenza⁵⁶, in quanto la mera descrizione dell'algoritmo e del suo funzionamento non assolve alla medesima funzione conoscitiva derivante dalla diretta acquisizione anche del linguaggio informatico sorgente. La trasparenza implica dunque un procedimento algoritmico conoscibile e anche comprensibile.

L'IA generativa impone anche un più rigoroso concetto di correttezza nell'esercizio di funzioni nell'ambiente digitale e l'estensione di principi da cui sono generalmente esclusi i rapporti tra privati. Si pensi all'imparzialità: essa confligge con la legittima tutela di interessi di parte nelle relazioni private, ma nella gestione dei social network la registrazione dell'utente non può essere assoggettata alla discrezionalità del gestore per il ruolo che svolge, non equiparabile ad un'ordinaria relazione tra privati⁵⁷. Discorso analogo vale per l'obbligo di *net neutrality*, a garanzia di un trattamento equo e non discriminatorio nell'accesso alla rete e nell'esercizio dei diritti degli utenti. Dal dovere di non discriminazione esteso ai privati, quali sono le piattaforme, deriva altresì una generale soggezione ai vincoli tipici dei servizi pubblici essenziali sia rispetto alle scelte con effetto discriminatorio per ragioni etniche o di pari

Law, *ivi*, 2017, 224 ss. Analogamente nel *Digital Services Act*, dove una motivazione specifica è imposta per restrizioni, sospensioni o impedimenti nell'uso dei servizi (art. 17).

⁵⁶ TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769 con riferimento alle controversie innescate dall'assegnazione automatizzata delle sedi di servizio degli insegnanti immessi in ruolo. Il *software*, di rilevanza essenziale nel procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di un atto a elaborazione informatica, viene qualificato in termini di atto amministrativo informatico di ausilio all'attività del funzionario pubblico e non un mero prodotto della macchina. Per il giudice può essere tutelato ai sensi della disciplina sul diritto d'autore, avuto riguardo al modo in cui questo viene sviluppato, organizzato ed elaborato, il che implica l'acquisizione del diritto allo sfruttamento economico dell'opera e dei diritti morali. Ma la qualifica del software come opera dell'ingegno «non assume la rilevanza dirimente che l'amministrazione intenderebbe attribuirgli, come emerge dal verbale impugnato; e, infatti, in materia di accesso agli atti della P.A., a norma dell'art. 24, l. n. 241/1990, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso; in particolare, la disciplina dettata a tutela del diritto di autore e della proprietà intellettuale è, come in precedenza brevemente rappresentato, funzionale a garantire gli interessi economici dell'autore ovvero del titolare dell'opera intellettuale, mentre la normativa sull'accesso agli atti è funzionale a garantire altri interessi e, in questi limiti, deve essere consentita la visione e anche l'estrazione di copia; né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono la semplice riproduzione, ma precludono, invece, al massimo, soltanto la riproduzione che consenta uno sfruttamento economico e, non essendo l'accesso lesivo di tale diritto all'uso economico esclusivo dell'opera, l'ostensione deve essere consentita nelle forme richieste da parte dell'interessato, ossia della visione e dell'estrazione di copia, fermo restando che delle informazioni ottenute dovrà essere fatto un uso appropriato, ossia esclusivamente un uso funzionale all'interesse fatto valere con l'istanza di accesso che, per espressa allegazione della parte ricorrente, è rappresentato dalla tutela dei diritti dei propri affiliati, in quanto ciò costituisce non solo la funzione per cui è consentito l'accesso stesso, ma nello stesso tempo anche il limite di utilizzo dei dati appresi, con conseguente responsabilità diretta dell'avente diritto all'accesso nei confronti del titolare del software».

⁵⁷ Trib. Roma, ord. caut., 12 dicembre 2019 dove, nella controversia tra *Facebook* e Casapound per aver oscurato la pagina dell'associazione politica in ragione dell'asserita violazione degli Standard della *Community*, il giudice riscontra una violazione del pluralismo, uno dei principi cardine del nostro ordinamento. Non mancano però opinioni discordi: Trib. Roma, ord. caut. 23 febbraio 2020, stavolta tra *Facebook* e Forza Nuova, invece riconosce la legittimità dell'esclusione.

opportunità⁵⁸, sia contro il rischio di interruzione delle prestazioni in ragione della funzione perseguita⁵⁹.

L'ipotesi di creazione di un'Autorità indipendente, garante dello sviluppo dei sistemi di IA in conformità ai valori condivisi a livello sovranazionale, ispirati alla centralità della persona e dei suoi diritti fondamentali, probabilmente risponde a ragioni di efficacia, per adattare gli obiettivi regolatori alla rapidità dei mutamenti tecnologici⁶⁰, esponenziali con l'IA generativa. Tali valori devono concorrere alla definizione del rischio elevato e al novero delle pratiche vietate dall'*AI Act*.

6. Etica dell'algoritmo: la sfida del XXI secolo. I limiti regolatori per una programmazione etica dell'algoritmo sono esigibili laddove la piattaforma è funzionale all'esercizio di una funzione di interesse generale. Ma quando i contenuti generati hanno una valenza meramente privata, in quanto consultati come fonte di informazione, la sanzionabilità di dati erronei, falsi o anche volutamente sanzionatori si scontra con il principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero. I *big data* hanno ancora un alto margine di errore e distorsione dei dati in ingresso se si considera che sulle risposte della macchina influiscono non soltanto le istruzioni correttamente incorporate *by design*, ma le domande e risposte ricevute che concorrono a formare e sviluppare il *deep learning*. Considerate le modalità di addestramento della macchina, l'IA potrebbe apprendere da informazioni non

⁵⁸ Sul problema della discriminazione algoritmica, Supreme Court of Wisconsin, *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, Case no. 2015AP157-CR, 5 Aprile - 13 Luglio 2016, dove una organizzazione indipendente senza fine di lucro ha dimostrato che le decisioni giudiziarie si avvalevano di algoritmi con un *bias* discriminatorio collegato all'etnia di provenienza nel calcolo della percentuale delle probabilità di recidiva dei condannati. Viene così riscontrato che gli imputati neri avevano avuto il doppio delle probabilità rispetto a quelli bianchi di essere erroneamente classificati a maggior rischio di recidiva violenta, mentre i recidivi bianchi erano stati erroneamente classificati come a basso rischio il 63,2% in più degli imputati neri; analogamente, algoritmi di riconoscimento facciale di *Google*, *Microsoft* e *Amazon* operavano discriminazioni in danno delle donne e delle persone di colore: C. Schwemmer, C. Knight, E.D. Bello-Pardo, S. Oklobdzija, M. Schoonvelde, J.W. Lockhart, *Diagnosing Gender Bias in Image Recognition Systems*, in *Socius*, 2020: <https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/211415468/2378023120967171.pdf>; Trib. Bologna, ord., 31 dicembre 2020, in *Dir. relazioni ind.*, 2021, f. 1, 204 ss., ha rivelato il ranking reputazionale della piattaforma *Deliveroo* con cui aveva penalizzato i *riders* che si assentavano dal lavoro, indipendentemente dalla validità delle motivazioni. Lo stesso GDPR, Considerando n. 71, seconda parte, dispone «Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

⁵⁹ In genere è la legge che affida ai privati l'esercizio di un pubblico servizio in regime di monopolio o di oligopolio, il che legittima la soggezione al potere regolatorio e a un regime diverso da quello del libero mercato; il ricorso generalizzato a piattaforme digitali in settori nevralgici della vita civile e sociale, nonostante l'omesso previo affidamento pubblicistico, rende questi servizi di interesse generale essenziali, per cui «occorre prendere sempre più sul serio – come si è qui tentato di fare – la possibilità di una loro considerazione alla stregua di servizi di interesse generale. Non per l'assetto proprietario, quanto appunto per la funzione perseguita»: E. Cremona, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giur. cost.*, 1, 2023, 489 ss.

⁶⁰ L. Violante, A. Pajno, *Diritto ed etica dell'Intelligenza artificiale*, cit., 182; S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, cit.

corrette da cui deriveranno inevitabili decisioni fallaci, con il rischio di generare un circolo vizioso di operazioni o trattamento dati errato⁶¹. Per non parlare del pericolo di errori conseguenti ad imprecisioni del *prompt*, ovvero della domanda che, se inquinata da errori o dal carattere offensivo o intenzionalmente discriminatorio dei dati, produce *fake informations*. Il rischio di errori inconsapevoli è rilevante in ambito giuridico. L'IA generativa applicata al diritto ha evidenziato una sorprendente capacità di ragionamento, ma con il limite del livellamento delle fonti: l'allenamento sui testi giuridici implica attenzione alla regolarità statistica nel prevedere gli eventi, ma rischia l'elaborazione fantasiosa delle fonti che dovrebbero corroborare il ragionamento⁶². Maggiori sono i dubbi connessi all'interrogativo se per le comunicazioni lesive sia ipotizzabile una tutela risarcitoria ed entro che limiti fruiscono della copertura costituzionale offerta dalla libertà di espressione e manifestazione del pensiero, volta a proteggere chi comunica ma anche la libera circolazione delle idee, determinante per la formazione del convincimento individuale.

Il tema si sottrae agli automatismi di soluzioni precostituite. *In primis*, più che la titolarità, uomo o macchina, investe la tipologia di comunicazione, libertà di espressione, corrispondenza o erogazione di un servizio e ciò dipende dal contesto in cui è utilizzata⁶³; il problema della titolarità è relativo, se la tutela degli articoli di stampa non varia a seconda della redazione, umana o *AI generated*⁶⁴. Di regola la tutela costituzionale va limitata alle manifestazioni di opinioni, mentre ha natura contrattuale se è di esclusivo ausilio all'attività professionale⁶⁵. Discriminante diventa la verifica in concreto se il testo contribuisce al mercato delle idee, da sottrarre a censure o condizionamenti; diversamente se si limita a fornire informazioni *ad personam*⁶⁶. Ma la libertà di parola non può proteggere la

⁶¹ S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, f. 10, 1787 ss.; G. De Minico, *Too many rules or zero rules for the ChatGPT?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2023, 491 ss.; L. Arnaudo, R. Pardolesi, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, cit., 409 ss.

⁶² Ne ha fatto le spese un esperto avvocato di New York, Steven Schwartz, sotto accusa per aver abusato della chatbot ChatGPT in una causa contro una compagnia aerea, in quanto la giurisprudenza richiamata a supporto della propria tesi non esisteva e l'assicurazione del robot di aver trovato le pronunce in due rinomati database era semplicemente menzognera: G. Thierry, *Comment ChatGPT pourrait changer le métier des avocats*, in *Dalloz actualité*, 29 giugno 2023. Ma anche altre piattaforme tematiche, come Ordalie.tech e LegiGTP, due chatbot basati su *GPT-3.5* lanciate in Francia, confermano i loro limiti se testate da specialisti su argomenti tecnici, riconoscono un'utilità in test a risposte secche o nella ricerca di specifici riferimenti, e dunque soltanto come strumento al servizio e non sostitutivo degli specialisti di settore.

⁶³ Se il sistema di IA è utilizzato per redigere articoli di quotidiani, è invocabile la tutela costituzionale nei limiti deontologici imposti all'esercizio della libertà; se la macchina coadiuva chi l'interpella e produce i contenuti della prestazione professionale, i risultati rientrano nell'erogazione di un servizio su cui più ampio è il potere regolamentare.

⁶⁴ Nel provvedimento del Garante della *privacy*, 30 marzo 2023, n. 112, cit., con cui è stata disposta, in via d'urgenza, la misura della limitazione provvisoria, del trattamento dei dati personali degli interessati stabiliti nel territorio italiano nei confronti di *OpenAI L.L.C.*, società statunitense sviluppatrice e gestrice di *ChatGPT*, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali effettuato attraverso tale applicazione, non sono stati sanzionati i contenuti, ma richiesto di provvedere ai dovuti adempimenti in tema di predisposizione di idonea informativa, di limitazione dell'accesso ai minori e identificazione della base giuridica del trattamento dei dati utilizzati per l'addestramento degli algoritmi.

⁶⁵ Si pensi a forme di GPT professionali che erogano un servizio agli abbonati per pareri, suggerimenti legali, commerciali, pubblicitari, bozza di un atto difensivo, schema di verbale di c.d.a., dichiarazione dei redditi: U. Ruffolo, *Piattaforme, A.I. generativa e libertà di (formazione e) manifestazione del pensiero. Il caso ChatGPT*, in *Giur. it.*, 2024, 475.

⁶⁶ «A poterci dire quando siamo di fronte ad una mera attività di fornitura di servizi, oppure di 'corrispondenza' individuale, e quando invece al cospetto di una nuova modalità di produzione e 'manifestazione' di pensiero [...] sarà allora, volta a volta, la tipologia di contesto comunicativo (se, ad esempio, pubblicitario o 'critico'), la sua gratuità o meno e generalità o meno d'accesso; e poi la tipologia generale o settoriale, "commerciale" o "culturale", dei quesiti ammessi alla risposta, e così via»: U. Ruffolo, *Piattaforme, A.I. generativa*, cit.

disinformazione, censurabile sul piano giudiziale o regolamentare con provvedimenti inibitori nei rapporti tra singoli, o comunque con l'imposizione di doveri di *warning* o di *labelling* dai soggetti deputati al controllo dei contenuti nelle comunicazioni al pubblico, per neutralizzare abusi o effetti disinformativi.

Più velata è la disinformazione effetto di *bias* formativi, dovuta alla distorsione dei dati cui ha accesso la macchina o all'erronea formulazione dei *prompt*, dove l'imposizione di meccanismi correttivi potrebbe trovare fondamento nei limiti alla libera iniziativa economica *ex art. 41 cost.*⁶⁷. Se invece il contenuto ingannevole è confezionato con ricorso all'IA generativa in comunicazioni *peer-to-peer*, la protezione si muove sul terreno della reciproca libertà di manifestazione del pensiero che consente di qualificare come *fake news* comunicazioni intenzionalmente disinformati; non vanno però esclusi spazi per una tutela cautelare o inibitoria che trovi fondamento in regole etiche, argine indispensabile a prevedibili prospettive distopiche.

In ambito civilistico, un esempio paradigmatico è offerto dagli *smart contract*. Si discute se siano veri e propri contratti o protocolli di transazione computerizzati, che eseguono le clausole di un contratto con ricorso alla tecnologia *blockchain*. Questo sistema di registrazione informatica di ogni operazione, che forma un blocco della catena, consente agli altri operatori che accedono alla piattaforma di inserirsi nella catena e di archiviare le operazioni validate in modo da impedire di annullare o modificare le precedenti. La trasparenza delle operazioni è garanzia di certezza dei dati ivi contenuti perché, oltre a richiedere un'inesigibile capacità computazionale, il dato originale viene acquisito in modo diffuso da tutti gli operatori⁶⁸.

Le istruzioni dell'algoritmo sono basate sulla logica *if-then*: al verificarsi di un dato evento secondo le modalità prestabilite segue l'effetto programmato, senza che le parti possano annullare o modificare l'operazione. L'esigenza di rendere più flessibile lo strumento con l'inserimento di condizioni (sospensive o risolutive) o di un termine (iniziale o finale) introduce elementi di incertezza se l'evento è esogeno e i fattori esterni sono da verificare tramite un *internet oracle*. Palese appare il contrasto con il tratto caratteristico degli *smart contracts*, prevenire comportamenti contrattuali scorretti o intenti variamente interpretabili, che proprio l'applicazione dello strumento algoritmico al rapporto contrattuale garantisce. In quanto ontologicamente antitetico a comandi ambigui, l'algoritmo accetta soltanto direttive certe e lineari, con vantaggi palesi in termini di riduzione dei rischi di frode *on line*, di certezza della data, di inutilità delle clausole per normare la patologia del contratto, come le clausole penali, superflue⁶⁹. Vantaggi che ne limitano l'utilizzo a rapporti essenziali e ripetitivi, a dispetto della complessità delle relazioni giuridiche, della difficoltà di traduzione dei concetti tecnici in una stringa informatica in assenza di competenze trasversali o dell'impossibilità di autotutela negoziale in ragione dell'operatività di un'implicita clausola *solve et repete*. Ad una maggiore flessibilità potrebbe contribuire lo sviluppo dei sistemi di IA generativa, data la capacità di apprendere dall'esperienza.

Compito del diritto è governare la formazione di questa esperienza nel rispetto di principi etici che consentano di bilanciare la complessità della robotica con il dinamismo della realtà sociale, considerate le numerose implicazioni giuridiche, mediche, bioetiche della progettazione degli algoritmi. La «coscienza» della macchina dipende dai modelli normativi elaborati dall'uomo; il funzionamento, dalla capacità del gestore di riservarsi un potere di controllo, determinante per sottrarre agli automatismi le sfumature di una realtà complessa e

⁶⁷ U. Ruffolo, *op. cit.*, 476 ss.

⁶⁸ P. Cuccuru, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2017, 109.

⁶⁹ S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, cit.

potenziare le abilità intellettuali, da sottrarre ad ogni tentativo di dominio.

Abstract. Le applicazioni settoriali dell'Intelligenza artificiale generativa rappresentano soltanto il sintomo della rivoluzione che investirà le prestazioni intellettuali, ben oltre l'ambito della proprietà intellettuale con gli interrogativi sulla titolarità dei diritti d'autore, dei diritti connessi o dell'impiego non autorizzato di opere protette da *copyright* per finalità di addestramento. La crescente autonomia decisionale, alimentata dall'abilità di apprendere dall'esperienza con progressione esponenziale, sorprende per i risultati inediti e invita a riflettere sulle implicazioni dell'opacità degli algoritmi. Spetta pertanto al diritto e all'etica governare l'innovazione nel rispetto della persona, dei suoi diritti, dei valori costituzionali ed europei tipici di una società democratica, in coerenza con l'approccio antropologico prescelto dalle istituzioni europee con l'*AI Act*.

Abstract. The applications of generative artificial intelligence represent only the symptom of the revolution that will affect intellectual performance, not only on intellectual property and the questions about the ownership of copyright, related rights or unauthorized use of works protected by copyright for training purposes. The growing decision-making autonomy, fueled by the ability to learn from experience with exponential progression, is surprising due to the outputs and invites us to reflect on the implications of the opacity of algorithms. Law and ethics have to govern innovation: in the anthropological approach chosen by the European institutions with the AI Act the person, his rights and the constitutional and European values are on the top.

Parole chiave. IA generativa – proprietà intellettuale – etica – diritti fondamentali.

Key words. Generative AI - intellectual property – ethics – fundamental rights.

RECENSIONE A M. LUCIANI, *OGNI COSA AL SUO POSTO*, MILANO, 2023,
XV – 269

di Armando Lamberti*

157

I lavori del prof. Massimo Luciani si caratterizzano tutti per chiarezza, straordinario rigore, originalità, cultura enciclopedica. Coordinate, queste, che caratterizzano anche il suo ultimo volume, *Ogni cosa al suo posto*, il quale rappresenta un raffinato affresco della crisi di identità della scienza giuridica e costituzionalistica nell'epoca delle trasformazioni della post-modernità, le quali pongono in crisi quel fondamentale principio di certezza del diritto, che non soltanto non può non annoverarsi tra i principi cardine dello Stato costituzionale di diritto ma che risulta ontologicamente ed epistemologicamente connaturato all'idea stessa di diritto.

È un'idea, questa, che traspare sin dalle prime pagine del volume, centrate sul legame tra diritto e ordine, tra diritto e certezza, che l'Autore definisce «consustanziale al fenomeno giuridico» (p. 4) e – il che è lo stesso, avrebbe detto Salvatore Satta – «alla sua scienza»: è per questo, continua l'A., che «una rinuncia della scienza giuridica a fornire prestazioni di ordine e di certezza sarebbe non soltanto un suo fallimento, ma anche un fallimento del diritto oggettivo».

È in nome di questa consapevolezza, la quale affonda le sue radici in un preciso riconoscimento dello statuto epistemologico della scienza giuridica, che l'Autore mostra tutto il suo scetticismo rispetto a quelle recenti letture «fluide» del reale: che si tratti del «diritto liquido» di Quiroz Vitale¹ o di Messina², della prospettiva «quantistica» di Bin³ o della metaforica «struttura a rete» di Teubner⁴ (che, peraltro corrisponde ad una nozione di costituzione spontanea la quale si risolve in un sociologismo descrittivo suscettibile di dare spazio ad un periglioso «neomedievalismo istituzionale», come lo definiva Rodotà⁵), tutti sembrano – a ben vedere – proiezioni del paradigma sociologico della «liquidità» di Bauman⁶ alla scienza giuridica, così però minando alla sua capacità di proporre sistemazioni ordinanti. Come ricorda opportunamente l'Autore, lo stesso termine «ordinamento» esprime mirabilmente un tratto distintivo del diritto e della sua scienza, anzi ne disvelerebbe «la pretesa ultima» (p. 11), che è quella, al tempo stesso statica e dinamica, «della 'costruzione' di un 'ordine' delle relazioni umane, affidata non più alla soggettività delle determinazioni individuali, ma all'oggettività delle determinazioni collettive».

Significa, tutto ciò, essere forse formalisti? No, di certo. Anzi, ricorda l'A., proprio colui il quale, più di tutti, ha acceso il movimento antiformalista, e cioè Rudolf von Jhering, nella

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Salerno.

¹ M.A. Quiroz Vitale, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012.

² G. Messina, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.

³ R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2014.

⁴ Cfr. G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996; Id., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012.

⁵ S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3, 2010, 353 ss.

⁶ Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 1999.

sua prolusione viennese del 1868, avvertiva fortemente l'esigenza di un «ordine» e la correlata fiducia che la scienza giuridica potesse soddisfarla: certo, in forme diverse da quelle del giurisprudenzialismo allora imperante, ma non per questo abbandonandosi all'arbitrio della giurisprudenza caso per caso (di quella «giustizia del caso concreto» che in nome dell'equità dimentica la certezza), semmai rivendicando il ruolo della dottrina giuridica nell'elaborazione teorica generale «che avrebbe dovuto ricondurre a sistema le sparse membra di un ordinamento altrimenti lacerato dalle individualistiche e frammentate determinazioni giudiziali» (p. 16). Un ruolo, questo, la cui necessità e indefettibilità sono avvertite ogni giorno sempre di più, e al quale la dottrina sembra progressivamente abdicare, talora senza accorgersene...

Si tratterebbe, in fondo, di «prendere sul serio» il diritto e la sua pretesa, ontologica ed epistemologica, alla prevedibilità, intesa – per dirla con le parole di Gometz riprese dall'A. – come «possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti».

Ordine e certezza, quindi, sono esigenze connaturate al diritto, nella dialettica imprescindibile col potere («il potere senza diritto è cieco, il diritto senza potere è vuoto», avrebbe detto Norberto Bobbio riecheggiando Kant⁷). E di ciò l'Autore traccia un raffinato affresco genealogico, a partire da Aristotele, nella cui *Politica* traspare chiara la convinzione che il diritto «sia il grande trasformatore logico e pragmatico della violenza in potere regolato e – dunque – sublimato dalla giustizia» (pp. 20-21). Il vero diritto, quindi, è «ragione e prevedibilità» – ci ricorda Luciani – ed è «lo strumento che nel periglioso mondo degli uomini rende possibile l'avvento dell'ordine» (p. 27).

E particolarmente evocativo appare, in tal senso, l'accostamento, nel biblico libro di Giobbe, tra «il *nullus ordo*» e il «*sempiternus horror*»: la mancanza di ordine (e, cioè, del diritto che di esso è fondamento e condizione di possibilità) corrisponde all'orrore. Là dove c'è il *chaos*, la terribile anomia, v'è il brivido raccapricciante dell'*umbra mortis*. Forse per questo – sia detto incidentalmente – il Vangelo di Giovanni si apre con l'affermazione «In principio era il *logos*» (capovolgendo il mito greco, che in principio vedeva il *chaos*).

E, questa, una consapevolezza che attraversa, secondo un lungo e sottile filo rosso, la riflessione medievale e giunge sino all'età moderna. E qui appare straordinariamente rilevante il duplice riferimento che l'Autore opera a Spinoza e ad Hobbes: due filosofi diversissimi tra loro – l'uno teorico del panteismo e dell'immanentismo, l'altro teorico del Leviatano e della trascendenza politica della sovranità (aprendo due vie chiaramente alternative della modernità politica) – ma entrambi consapevoli del nesso costitutivo irrinunciabile tra diritto, ordine e certezza. *Imperii virtus est securitas*, diceva Spinoza. E certamente anche per Hobbes non si può pensare l'ordine moderno senza l'ordine e la sicurezza, costruiti dal diritto, e a cui è funzionale, in ultima istanza, l'intero edificio del Leviatano (e, con esso, dello Stato moderno). Se il *protego, ergo obligo* è il *cogito, ergo sum* dello Stato, come scriveva Carl Schmitt⁸, ci si avvede che, nella prospettiva dello Stato moderno, la certezza del diritto altro non sia che la proiezione sul piano giuridico di quella «sicurezza»/«protezione» per la quale lo Stato stesso è sorto (o, se si vuole, per la quale i consociati si sono riuniti con quel «*pactum unionis* con effetto immediato di *pactum subiectionis*», secondo la formula di Giovanni Chiodi⁹ cara al nostro Autore, che della sovranità moderna rappresenta il fondamento).

Diritto dello Stato, sicurezza e certezza, dunque, sono consustanziali alla modernità – rileva con nettezza Luciani –, secondo precise ragioni «storiche, logiche, politiche, sociali e

⁷ N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 186.

⁸ C. Schmitt, *Il concetto di politico*, in Id., *Le categorie del politico*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 136.

⁹ G.M. Chiodi, *Legge naturale e legge positiva nella filosofia politica di Tommaso Hobbes*, Milano, 1970, 22.

antropologiche».

«Ogni colpo inferto alla certezza e all'affidamento» – afferma l'Autore in alcune pagine di cristallina chiarezza – «deve dunque essere inteso come una violazione – oltre che dei principi dello Stato di diritto – dello stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani» (pp. 53-54). Ciò implica, quindi, venendo all'esperienza dello Stato costituzionale di diritto, che l'intero ordinamento debba «funzionare come macchina generatrice di certezza», che la realizzazione delle esigenze di giustizia materiale connesse al singolo rapporto giuridico non possono valere «il sacrificio della legalità e della sicurezza» e che tanto l'attuazione quanto l'applicazione dei principi costituzionali «devono avvenire senza sacrificio di certezza o almeno assicurando degli interventi remediali adeguati quando questo non è possibile» (pp. 58-59).

Questa raffinata ricostruzione viene così a correlarsi, a partire dal terzo capitolo, con le riflessioni sull'essenza propria del costituzionalismo, la cui originaria preoccupazione è giustamente identificata – e qui si scorgono punti di contatto anche con quanto hanno affermato, in momenti e luoghi diversi delle proprie produzioni, Mario Dogliani¹⁰, Gaetano Azzariti¹¹ e Roberto Bin¹² – con il problema della «fondazione» e della successiva «limitazione» del potere legittimo (limitazione che, a sua volta, passa attraverso limiti esterni e interni al potere).

Ma Luciani va oltre questa pur essenziale puntualizzazione, e intende dimostrare la centralità del principio della certezza del diritto anche nello Stato costituzionale. Certamente, la prima operazione intellettuale fondamentale in tal direzione è la confutazione della tesi che considera il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto alla stregua di un rovesciamento dei paradigmi classici – e, con essa, delle tesi del «necostituzionalismo» e delle «teorie dei valori» –: per l'Autore tali affermazioni rappresentano sia una forzatura teorica – in quanto la Costituzione non è la sede di «valori in quanto tali», ma di «principi» (che pur sempre sono «un prodotto 'a posteriori' dell'artificialità della decisione politica costituente»: p. 102) – sia una forzatura storica – giacché, se è vero «che lo Stato costituzionale di diritto non possa intendersi come la naturale evoluzione dello Stato di diritto» (p. 106), nondimeno «la legalità costituzionale non si sostituisce, ma si sovrappone, alla legalità legale, con la quale deve dunque convivere» (p. 109). Ne è dimostrazione, d'altronde, l'esistenza di un «duplice circuito delle legalità, presiedute da due custodi diversi (la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, i cui punti di intersezione devono essere regolati da appositi istituti e meccanismi di composizione del conflitto» (p. 109). Ciò significa anche – ed è questa una puntualizzazione decisiva nell'economia del volume – che «nello Stato costituzionale di diritto [...] la legge conserva ancora una sua 'sfera' e non è riducibile a mero svolgimento della Costituzione, sicché la salvaguardia dei suoi tratti caratterizzanti continua a essere un requisito essenziale del mantenimento dell'ordine dei poteri e della certezza dei diritti» (pp. 109-110).

Di qui la preoccupazione dell'A., rispetto alla tenuta complessiva dello Stato costituzionale di diritto, di fronte alle trasformazioni patologiche che hanno interessato la legislazione ordinaria. Da tempo, avverte Luciani, «la legge oscilla fra il ripiegarsi sulla regolazione minuta di fattispecie frammentate» (come non pensare alle famose «leggine») e «il rifugiarsi in vaghe clausole generali» (p. 125). In buona sostanza, si assiste ad un fenomeno che si potrebbe definire «bidirezionale»: da una parte, l'espandersi della legge nel dominio dell'amministrazione (e non è un caso che l'A. dedichi ampio spazio alle leggi-

¹⁰ M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994.

¹¹ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

¹² R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

provvedimento), dall'altra, l'amministrativizzazione della legge – già preconizzata da Carl Schmitt¹³ – che si realizza in varie forme, tra cui la crescente applicazione dello schema amministrativistico della discrezionalità tecnica anche alla legislazione (sol se si pensi al dibattito sulla ragionevolezza scientifica e sulla c.d. riserva di scienza, sviluppatosi in dottrina alla luce di un'ormai consistente giurisprudenza costituzionale, da ultimo anche in tema di vaccinazioni obbligatorie anti-Covid¹⁴), aspetto che Vincenzo Baldini ha interpretato come uno dei segni più significativi della «trasformazione costituzionale» in corso¹⁵.

Ma la debolezza del legislatore rappresenta altresì il terreno fertile per la pervasività della giurisdizione: come scrive acutamente l'Autore, «l'incapacità della legge di esprimere strategie politiche di lungo periodo e la volontà del legislatore di non volere, il suo desiderio di non assumersi una responsabilità politica che non è in grado di sostenere, stimolano la ricerca di sedi alternative alle quali attingere per la regolazione della convivenza civile», *in primis*, appunto, la giurisdizione, che «tende a farsi onnipervasiva, uscendo dal terreno dell'applicazione della legge, che le sarebbe proprio, per addentrarsi in quello della mediazione [...] e della regolazione del conflitto sociale» (pp. 149-150). In fondo, restano attuali, sul punto, alcune considerazioni che Geminello Preterossi sviluppava nell'ultimo capitolo del suo volume del 2015, evidenziando che le istanze democratiche inevase finiscono col politicizzare «oggettivamente» la giurisdizione¹⁶.

E a queste riflessioni si legano strettamente quelle sull'interpretazione della legge: per esempio, in tema di interpretazione conforme a Costituzione, pare assai acuta la puntualizzazione per la quale essa giammai equivale «ad autorizzazione all'interprete a discostarsi dal testo, proponendo significati che eccedano i limiti semantici che lo segnano» (p. 157). Vale sempre, in buona sostanza, il «limite del testo»: l'interpretazione della legge, difatti, è necessariamente un'attività ancillare, sul piano logico e cronologico, rispetto a quella della sua produzione. E non è perciò un caso che, tornando – ancora una volta – alla centralità del principio di certezza –, «la confusione fra legislazione e giurisdizione», riprendendo la lezione di Jemolo, «è l'atto massimamente 'disordinante' che si possa concepire» (p. 178).

E ciò vale anche per la dialettica tra legislatore e Corte costituzionale, là dove «certezza» significa anche salvaguardia e non alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri: sicché, se da una parte rigidità e controllo di costituzionalità non sono espressione di una legittimazione «altra» da quella democratica, giacché «servono a preservare la volontà democratica manifestatasi col patto costituzionale, patto che la stessa volontà democratica ha destinato alla prevalenza sulle contingenti manifestazioni di volontà legislativa» (p. 187), dall'altra i «confini» tra sfera politico-legislativa e intervento della Corte costituzionale deve essere chiaramente connotata, a meno di non voler assistere, di fronte alla sempre più manifesta debolezza del circuito democratico-rappresentativo (espressione di una «crisi del rappresentato», prima ancora che del «rappresentante», come Luciani ha avvertito già in alcuni risalenti saggi¹⁷), a quella «giuristocrazia» delle Corti descritta da Ran Hirschl¹⁸.

Ecco perché l'Autore opportunamente insiste sulla permanente attualità della dottrina delle «rime obbligate», la cui profonda motivazione costituzionale attiene proprio alla forma di

¹³ Cfr., in argomento, M. Nigro, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 1986, 461 ss.

¹⁴ In argomento, sia consentito rinviare ad A. Lamberti, *Consulenza tecnica, ragionevolezza scientifica e pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2024, 263 ss.

¹⁵ V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023, 117 ss.

¹⁶ G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, 2015, spec. 166.

¹⁷ M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Pervorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Milano, 2001, 109 ss.

¹⁸ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge (Massachusetts), 2004.

governo e all'ordine costituzionale dei poteri. E le stesse ragioni spingono Luciani a sottoporre ad un'acuta disamina critica lo schema processuale prescelto dalla Corte nella decisione sul c.d. caso Cappato, cioè quello delle ordinanze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata con rinvio a data fissa (schema replicato, lo ricordo a beneficio degli studenti, nel 2020 e nel 2021 in relazione alla censura sul delitto di diffamazione a mezzo stampa e sul c.d. ergastolo ostativo), di cui sono sottolineate le contraddizioni e le aporie: per esempio, è difficile immaginare che un'ordinanza possa vincolare una successiva sentenza (peraltro, col rischio di ledere il principio del libero convincimento del giudice, specie laddove, nelle more, dovesse mutare la composizione del collegio), così come è assai dubbia la configurabilità di un giudicato interno (non contemplato da alcuna norma sul processo costituzionale) o di rimedi alla violazione di tale preteso vincolo giuridico. Sembrano, perciò, decisamente condivisibili le proposte «alternative» prospettate da Luciani: dalla declaratoria di incostituzionalità secca ad efficacia differita (secondo il noto modello inaugurato dalla sentenza n. 10/2015 sulla c.d. *Robin Hood Tax*) alle declaratorie ad efficacia differita additive o sostitutive, e così via.

Avviandoci alle conclusioni, appare evidente che, per l'Autore, la certezza del diritto si salda all'ordine costituzionale dei poteri: se ne trae un invito ad «aggiustamenti» (p. 237 ss.) e «ripensamenti» (p. 246 ss.) che richiedono uno sforzo per la cultura politica così come per la cultura giuridica. Ne va non soltanto della forza ordinante del diritto costituzionale (di cui Luciani lamentava la crisi già nel fortunatissimo saggio del 1996 sull'antisovrano¹⁹), ma del diritto *tout court*, ché altrimenti rischia di non fornire quelle prestazioni di certezza e prevedibilità che ne rappresentano costitutivamente la «missione», sul piano ontologico ed epistemologico.

Ma, volendo collegare l'*omega* con l'*alfa* (e, segnatamente, alla densa prefazione dell'Autore), Certezza del diritto e salvaguardia dell'ordine costituzionale dei poteri implicano anche un esercizio di verità sul tema delle riforme costituzionali, come quello al quale ci invita Massimo Luciani.

È più di mezzo secolo, ormai, che si parla di revisione costituzionale, dal dibattito ospitato sulla Rivista *Gli Stati* nel '73 alla stagione delle Bicamerali, dall'insistenza sull'equivoco della razionalizzazione sino alle più recenti proposte di riforma: ma, avverte l'A., è sempre rimasta indimostrata la premessa, cioè «il nesso di causalità che avrebbe legato il generale impianto istituzionale della Costituente e la debolezza del sistema politico-partitico» (p. XI). E qui vale riportare le ficcanti domande retoriche che si pone l'A.: «era stato forse un difetto di regole istituzionali che consentissero l'alternanza o era stata la *conventio ad excludendum* (giustificata o meno che fosse) ad aver tenuto bloccato per anni il sistema politico? Era stato un difetto di poteri costituzionali o era stata la conflittualità interna al partito di maggioranza relativa (prima) e alla coalizione vittoriosa (dopo) ad aver determinato la breve vita dei Governi? Era stato un difetto di chiarezza del progetto costituzionale o era stato un abbassamento della qualità media della classe politica ad aver reso incomprensibili i modelli di sviluppo di volta in volta perseguiti dalle maggioranze parlamentari?» (pp. XI-XII).

E sono queste, a ben vedere, le ragioni per le quali, anche in altra sede, non ho potuto esimermi dall'esprimere un certo disagio rispetto al dibattito sulle riforme²⁰, nella misura in cui, su questi temi, sembra sovente prevalere quella che ho definito una sorta di «fallacia illuministica», vale a dire la pretesa che, con una riforma costituzionale si possano correggere

¹⁹ M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.

²⁰ A. Lamberti, *Forma di governo e crisi del sistema politico tra riforme a costituzione invariata e "razionalizzazione del parlamentarismo"*, in *Federalismi.it*, paper, 7 giugno 2023, 1-8, e anche in F. Fabrizzi, G. Pitruzzella, A. Poggi, V. Tondi della Mura, F. Vari (a cura di), *Riforme istituzionali e forme di governo*, Torino, 2023, 235-244.

le disfunzioni del sistema politico e sciogliere, così, i nodi che attengono al rapporto «rappresentanza-governabilità». Il sistema politico non è un *posterius*, ma un *prius* rispetto all'assetto costituzionale della forma di governo: se il primo è in crisi, per ragioni endogene, non ci si può illudere che, modificando l'assetto della forma di governo intervenendo sulla Costituzione, si possano correggere – per ciò solo – le disfunzioni dei partiti e si possa superare, più in generale, la crisi del sistema della rappresentanza politica.

E qui non possiamo non riproporre alcune domande: come restituire dignità alla rappresentanza politica? Come rigenerare il sistema politico? Come restituire alla forma-partito la sua centralità come luogo di aggregazione, territorialmente radicato, di idee e di interessi? Orbene – pur con le ricordate cautele (si diceva, per l'appunto, che il sistema politico è un *prius*, non un *posterius*) – un contributo importante sul piano della «politica del diritto» non può essere affatto obliato: sarebbe necessario, in luogo di avventurarsi verso i mari sconosciuti del premierato elettivo, apprestare – innanzitutto – una modifica alla legge elettorale, dopo che – ormai da tempo – il diritto di voto nella sua pienezza è stato «coartato» da abnormi premi di maggioranza, da collegi elettorali mal congegnati e, soprattutto, dalle indicazioni etero-imposte dalle segreterie di partito attraverso le liste bloccate. In altre parole, si sarebbe dovuto (e si dovrebbe) affrontare seriamente il tema della «crisi della rappresentanza politica», che è strettamente collegato alla «crisi della qualità della rappresentanza politica», entrambe determinate anche da una legislazione elettorale che ha mortificato il diritto di voto (art. 48 Cost.)²¹.

Peraltro, del fatto che non ci si possa illudere che con una revisione costituzionale possano, per ciò solo, «correggersi» le disfunzioni del sistema politico, ne offre una prova autorevole e significativa proprio il dibattito ospitato su *Gli Stati* nel 1973: ci si riferisce alla voce, forse non a caso rimasta isolata, di un Maestro spesso dimenticato, qual era Giuseppe Ferrari.

«Il risultato di quest'incontro» – dichiarava Ferrari in relazione al confronto sulle riforme istituzionali – «non può dirsi confortante. Ed io rimango scettico, perché, in fondo, l'intesa è stata raggiunta solo relativamente alla parte critica, mentre non mi pare che sia emersa la stessa concordia in ordine alla parte costruttiva. Per mio conto, non credo nelle soluzioni che sono state proposte; non credo, cioè, che siano realizzabili, e non credo neppure che costituiscano la terapia adatta ai nostri mali. Istituti che altrove funzionano da noi s'incepiano, e quanto più s'incepiano, tanto più riteniamo di vivere in perfetta democrazia [...]. A mio avviso, trattandosi di crisi di responsabilità, il problema da risolvere è quello di responsabilizzare governanti, amministratori e giudici. [...] A nulla varrebbe qualsiasi riforma del potere politico, se non venissero seriamente e concretamente responsabilizzate, tanto la pubblica amministrazione, quanto la magistratura»²².

Un'assunzione di responsabilità, dunque.

Ed è quanto si avverte oggi, sempre di più: l'impellente necessità di un'assunzione di responsabilità dell'intera classe dirigente del Paese.

E quei «ripensamenti» della cultura politica e della cultura giuridica ai quali invita, nelle pagine finali del suo prezioso volume, il Prof. Massimo Luciani, sono diretti – in ultima istanza – proprio a questo obiettivo: una responsabilità culturale, etica, civica, degli operatori del diritto e della classe dirigente del Paese, come ultima «chiamata» per non sprofondare nel *sempiternus horror* del *chaos* e dell'anomia.

²¹ Da ultimo, sia consentito il rinvio ad A. Lamberti, *Democrazia e Costituzione: attualità, disfunzioni, prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2024, spec. 61 ss.

²² G. Ferrari, intervento in *La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, 1/1973, ora disponibile al sito <http://www.dircost.unito.it/altriDocumenti/docs/gliStati1973.pdf>, 53, ricordato, da ultimo, da P. Piluso, *Alcune considerazioni critiche intorno al dibattito sul premierato elettivo. Tra falsi esempi e nuovi squilibri*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2024, 19-20.

IL PARADIGMA DEI BENI COMUNI TRA DEMOCRAZIA DEL CONFLITTO E RUOLO DEL GIUDICE. IL MARE LIBERO E IL CASO NAPOLI*

di Andrea Eugenio Chiappetta**

163

Sommario. 1. Premessa metodologica: il contesto costituzionale teorico-applicativo. – 1.1. L'invisibilità dei cittadini e l'espansione del sindacato giurisdizionale nei conflitti. – 2. L'ordinanza del TAR Campania n. 1499/2024 e i conflitti sociali alla base di questa. – 2.1. La vicenda inerente la spiaggia libera di *Donn'Anna*: il primo giudizio. – 2.2. Ancora sulla spiaggia libera di *Donn'Anna*: il secondo giudizio. – 2.3. La spiaggia libera *Delle Monache* e l'ordinanza n. 1499/2024. – 3. Profili costituzionali a margine dei giudizi. – 4. Una possibile implicazione di diritto amministrativo. – 5. Coordinate conclusive.

1. Premessa metodologica: il contesto costituzionale teorico-applicativo. La tematica dei beni comuni ha da tempo trovato ampio spazio nelle riflessioni della dottrina, nell'attività politica e amministrativa delle Regioni, degli enti locali e notevole interesse nella giurisprudenza, sia civile che amministrativa¹. Più di recente, l'utilizzo della teoria dei beni comuni, in chiave prospettica, ha incontrato nuove frontiere applicative e di conflitto sociale, dirompendo nella dialettica cittadino – potere pubblico, soprattutto sul piano della tutela dei diritti fondamentali.

È questo il caso dei giudizi che in questa sede si analizzeranno, vicende originatesi a seguito delle istanze della collettività per le questioni inerenti al libero accesso al mare e, dunque, al godimento del bene spiaggia pubblica.

In questa chiave di lettura è doverosa una premessa.

La teoria dei beni comuni, di antica tradizione, lungi dall'essere uno strumento di esercizio accademico recepisce l'esigenza percepita dai cittadini di trasformare bisogni collettivi in azione giuridica, in modo da incidere sull'agenda politica. Essa nasce dal conflitto, dalla prassi e dall'elaborazione giuridica, diventando una leva pratica attraverso cui rivendicare diritti e interessi pubblici diffusi, soprattutto in chiave di limitazione del potere amministrativo di provvedere.

Si tratta per alcuni di una *species* giuridica, ovvero di una declinazione variabile del concetto di proprietà pubblica² che trova la sua genesi nei conflitti sociali quotidiani, nelle esigenze

* Sottoposto a referaggio.

** Dottorando di ricerca in Diritti umani – Università di Napoli Federico II.

¹ *Ex multis*, Cons. Stato, ord. n. 2543/2015; Cass., SS.UU. civili, sent. n. 3665/2011; CGA per la Regione siciliana, sent. n. 990/2022. In particolare, in riferimento alla sentenza della Cass. SS.UU civili n. 3665/2011, si veda l'illuminante commento di S. Lieto, *Beni comuni, diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, 2, 2011, 331-350.

² Per il dibattito categoriale sui beni comuni si veda A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione variabile*, in *Nomos*, 2, 2017; sempre A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014; S. Rodotà, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, 2018; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma – Bari, 2011; da una prospettiva differente D. Mone, *La categoria dei*

concrete dei cittadini che inevitabilmente evidenziano le contraddizioni orbitanti attorno al modello dominicale pubblicistico, così come classicamente inteso, disvelandone la crisi.

In questo senso, un'interpretazione teleologica delle norme costituzionali finisce per agire come attenuazione della «violenza» dell'autorità³, facendo giustizia del diritto⁴.

Difatti, se in passato la presenza della tematica inerente ai beni comuni⁵ era dato più frequente all'interno del dibattito politico, locale e nazionale, oggi tale tensione appare essersi trasferita verso nuovi centri di decantazione. Anche oltralpe il dibattito sui beni comuni si è imposto sulla scorta di un nuovo protagonismo della collettività in relazione a diverse forme di organizzazione e partecipazione alle politiche economiche e sociali⁶, nella consapevolezza che una democrazia deliberativa⁷ partecipata dai cittadini, di corredo alle politiche pubbliche, non sia da sola sufficiente a risanare l'equilibrio rappresentativo⁸.

A questo proposito, da una parte è possibile rinvenire, all'interno dell'ordinamento (pur in assenza di una legislazione di settore)⁹, strutture giuridiche e interventi che ormai legittimano, a seguito dei filoni di ricerca precedenti e degli interventi giurisprudenziali successivi, l'inquadramento e la tutela della categoria di beni anzidetta, mentre, da un altro versante, tale prospettiva politica pare essersi rallentata, non trovando sfogo nella rappresentanza classica¹⁰. Ciò diventa la conseguenza, più in generale, della crisi relativa al rapporto rappresentante – rappresentato, la quale, applicata alla tematica in oggetto, conduce ad un modello da inquadrare, se si desidera, nella crisi di un nuovo binomio, quale quello del contrasto

beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione, in Le trasformazioni della democrazia, Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online, 2, 2014.

³ Per l'interpretazione giuridica quale strumento di attenuazione dell'Autorità pubblica, definita violenza nel senso dell'imposizione autoritativa, si rimanda a G. Vattimo, J. Derrida (a cura di), *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Roma – Bari, 1998.

⁴ Sul punto, G. Vattimo, *Come fare giustizia del diritto? Per una filosofia del diritto di impianto nichilistico. Intervista di Santiago Zabala*, in *Il Mulino – Rivisteneb*, 1, 2001, 123. L'Autore assume che: «far giustizia del diritto qui era un'espressione usata in modo da utilizzare il duplice senso dell'espressione in italiano: rendere il diritto giusto, facendone giustizia; ma anche, sebbene in modo solo vago, anche giustiziarlo, cioè in qualche modo sbarazzandosi delle sue pretese di sacralità, ultimità, fondatezza. E così anche rendendogli giustizia».

⁵ Sulle resistenze teoriche verso la categoria dei beni comuni si segnalano, con intensità tra loro differenti e diverse prospettive, tra gli altri, E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma – Bari, 2013; S. Staiano, *Beni comuni categoria ideologicamente estenuata*, in *Diritto e Società*, 3, 2016, 415 – 432; G. Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rassegna di Diritto civile*, 1, 2022, 137-164; P. Maddalena, in riferimento alla concezione di bene comune emancipata dalla logica statale proprietaria, così come strutturata dalla Commissione Rodotà, ha dedicato ampi interventi critici ospitati sul sito dell'associazione di cui è fondatore, disponibili al seguente link: <https://www.attuarelacostituzione.it/tag/commissione-rodota/>.

⁶ B. Coriat, *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire, Les liens qui libèrent*, Paris, 2015.

⁷ C. Girard, A. Le Goff. (a cura di), *La démocratie délibérative*, Parigi, 2010.

⁸ A. Lucarelli, *Beni comuni e diritti fondamentali*, in M. Cornu, J. Rohefeld, F. Orsi (a cura di), *Dizionario dei beni comuni*, Parigi, 2017. Nella voce del volume si rappresenta un modello proprietario differente, attraverso un nuovo approccio alla categoria dei beni comuni, con una visione critica verso la concezione individualista della proprietà e verso il relativo potere discrezionale della pubblica amministrazione, permettendo un nuovo paradigma fondativo dello Stato sociale.

⁹ A questo proposito si rimanda agli atti della Commissione sui Beni Pubblici (c.d. Commissione Rodotà) che, istituita presso il Ministero della Giustizia nel 2007, ebbe il compito di elaborare uno schema di legge delega per la riforma del codice civile in materia di beni comuni. La proposta della Commissione rimase alla fine inattuata, nonostante seguì ai suoi lavori anche una legge d'iniziativa popolare: sul punto, diffusamente, R. Briganti, *Dimensione costituzionale dei beni comuni, tra principi, regole e prassi*, in *Nomos*, 2, 2019, 34 ss.

¹⁰ Sulla crisi della rappresentanza partitica attuale, seppur con diversità di vedute, efficacemente S. Gambino, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del paese e attualità*, in *Rivista AIC*, 2, 2013. Ancora, A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020. Più di recente, in riferimento al difficile equilibrio tra rappresentanza dei cittadini e corpi intermedi, si veda S. Passigli, *Rappresentanza politica e rappresentanza di interessi. Partiti e corpi intermedi: un rapporto complesso*, in *Astrid Rassegna*, 11, 2024.

comunità – rappresentante.

L'argomento «spalanca» le porte a discussioni precipue circa una lettura non parziale dell'art. 1 Cost. e alla portata significativa di tale disposizione nella sua interezza. Da questo punto di vista, occorre mettere in risalto come la sovranità popolare, intesa quale sovranità basta su modelli rappresentativi, non sia l'unica declinazione possibile del principio di sovranità popolare di cui al primo articolo della Carta.

Piuttosto, la sovranità popolare viene integrata anche da strumenti partecipativi agiti dalla comunità politica, in una spinta sociale che pone il precetto costituzionale nella realtà socioeconomica di riferimento¹¹. Appare di enorme attualità, a questo proposito, la teoria mortatiana per cui il principio di sovranità popolare debba essere integrato, in termini di effettività, oltre che dalle norme costituzionali, anche da processi partecipativi che siano in grado di incidere sulle decisioni politiche¹².

Una spinta centrifuga, proveniente dalla realtà sociale e dalla comunità politica dei cittadini, si abbatte in questi termini sul funzionamento della forma di governo, determinando mutamenti sullo stesso rapporto intercorrente tra Autorità e comunità, trasportando le forme di esercizio del potere politico verso nuovi modelli di gestione delle scelte amministrative, politiche e sociali.

La sovranità, dunque, non è immobile. Il suo esercizio cambia, la sua ampiezza si restringe e si rispande su fronti differenti e con diverse sfumature applicative che incidono sui fondamenti teorici della forma di Stato delle c.d. democrazie occidentali.

La sovranità popolare, nelle realtà multilivello e nelle società «liquide»¹³, assume un significato anche nelle partecipazioni occasionali, non per forza organizzate e permanenti, proprio perché rappresenta un «processo aperto, inclusivo ed in continua trasformazione»¹⁴.

Anche il piano di godimento dei diritti costituzionali e della fruizione dei beni pubblici da parte dei cittadini è interessato da tale evoluzione. Una corretta applicazione dei valori costituzionali, un'attuazione della Costituzione nell'ordinamento, all'interno del recinto definito dalla Costituzione stessa, impone di ampliare processi e logiche partecipative anche accogliendo le istanze dei singoli e delle nuove formazioni spontanee, non per forza strutturate e, dunque, a-tipiche e a-classiche.

Questi modelli viventi richiedono rivoluzioni culturale all'interno del diritto, sia pubblico che privato, passando per una valorizzazione dei beni pubblici e un differente paradigma della loro gestione¹⁵. In questo contesto, i beni comuni, quali beni atti a soddisfare esigenze di carattere superindividuale della comunità, rappresentano il grimaldello attraverso cui viene scassinata la resistenza burocratica nei processi partecipativi. Pertanto, essi assurgono a terreno di coltura e sperimentazione di nuove dinamiche alternative alla democrazia della sola rappresentanza.

¹¹ Sul tema sovranità popolare e comunità si veda G. Ferrara, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di Diritto pubblico*, 2, 1965.

¹² C. Mortati, *Principi fondamentali* (art. 1-12), in G. Branca (a cura di), *Commento alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, 26. Mentre sulla combinazione tra parlamentarismo e strumenti di democrazia diretta, cfr. R. Carré De Malberg, *Consideration théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l'Institut International de droit public*, II, 1931, 277.

¹³ Z. Bauman, *Communitas. Uguale e diversi nella società liquida*, Roma, 2013; Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma – Bari, 2011.

¹⁴ A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, 1, 2015.

¹⁵ In parte cfr. P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post unitaria*, Milano, 1977, in cui viene auspicato un nuovo modello di partecipazione (non solo parlamentare) della società civile al governo della cosa pubblica.

1.1. L'invisibilità dei cittadini e l'espansione del sindacato giurisdizionale nei conflitti. Le diffuse agitazioni del sistema democratico e rappresentativo, sicuramente anfibologiche per origine, sono prioritariamente da ricercarsi nel sentimento di emarginazione politica e sociale delle classi economiche medio-basse della società, le quali percependosi dimenticate dalle politiche pubbliche generano ulteriore distacco dal meccanismo della rappresentanza classica¹⁶.

La difficoltà di attuazione, da parte dell'apparato statale, nell'esecuzione delle sue politiche, della regola di uguaglianza sostanziale contenuta nell'art. 3, c. 2, Cost., crea dunque il terreno fertile per l'insorgere di meccaniche che acuiscono il conflitto democratico, generando direttamente fenomeni costanti ed intensi di rottura costituzionale¹⁷, a causa dell'inadempienza legislativa ed amministrativa sul tema. Da qui il richiamo frequente a sostegno della categoria dei beni comuni all'interno della Costituzione.

L'osservanza del principio di uguaglianza sostanziale, oltre a rappresentare precetto necessariamente vincolante per il legislatore nei suoi obiettivi normativi, dovrebbe anche rappresentare il primo contrappeso necessario ad attenuare la *fictio iuris* contenuta nell'art. 1 Cost. Si afferma questo poiché, la sovranità popolare, se intesa nella sua visione formalistica, e non sostanziale, rappresenta propriamente una finzione, «giacché il popolo è differenziato in classi e gruppi minori, portatori di diversi e contrastanti interessi, il tutto secondo una ferrea logica escludente e gerarchica»¹⁸. E, difatti, alla democrazia della sola rappresentanza, le Costituzioni e i legislatori, così come la P.A. e, dunque, i decisori locali, spesso accostano strumenti idonei a coinvolgere, nei processi decisionali e politici¹⁹, anche i cittadini, i quali, altrimenti, nella democrazia della sola rappresentanza, «subirebbero» la decisione finale senza concorrere alla sua costruzione. Già questo dato, da solo considerato, sarebbe sufficiente ad instradare la dinamica del conflitto nel solco della democrazia rappresentativa: un conflitto che dirompe nel rapporto pubblico tra Autorità e cittadini ma, al tempo stesso, lo riequilibra. Anche le rivendicazioni sui diritti, d'altro canto, osservano le medesime dinamiche degli altri reclami politici nel circuito democratico e, così, si finisce per percepire mutati gli attori della tensione democratica. Il conflitto politico si allarga e si sposta dal classico binario della rappresentanza a quello della giurisdizione²⁰. I fenomeni di giurisdizionalizzazione inglobano non più soltanto la politica di per sé stessa, ma i diritti che il circuito politico smette di rivendicare. È l'eterno ritorno del conflitto tra rappresentanza e democrazia.

La società si attrezza, si organizza, e ritrova nell'ordinamento gli strumenti di garanzia più utili a tutelare le tematiche civili e sociali che avverte come essenziali per la soddisfazione dei bisogni collettivi.

Da questo punto di vista, le politiche liberiste locali, nazionali ed europee, pur con le loro particolarità storiche da contestualizzare, finiscono per cozzare, in alcuni momenti, con il diffuso sentimento di garanzia sociale e con il fondamento costituzionale dello Stato sociale di diritto, alla base della costruzione giuridica della nostra Carta.

¹⁶ Sulla tematica dell'invisibilità delle istanze dei cittadini puntualmente A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 57 ss.

¹⁷ Esprime magistralmente il fenomeno di rottura della Costituzione F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011.

¹⁸ A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma – Bari, 2013, 60.

¹⁹ Ad esempio, sulla partecipazione alle politiche pubbliche in materia ambientale cfr. M. Morisi, *Ambiente e partecipazione. Un eccentrico elenco di questioni aperte*, in *Federalismi.it*, 13, 2023, 367.

²⁰ Sul binomio decisione politica e decisione giudiziaria e, più in generale, sulla tensione del menzionato rapporto A. Lucarelli, *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, 3, 2024.

L'attrito che si origina da tale scontro²¹, all'interno del circuito della rappresentanza, svuota le urne ma, delle volte, riempie le piazze e gli spazi pubblici di rivendicazione, creando dinamiche alternative di sfogo²² degli interessi collettivi, indirizzandoli verso l'organo che storicamente viene individuato, secondo il racconto del mugnaio di Potsdam, come il guardiano dei diritti: il Giudice. I tribunali diventano allora intermediari dei conflitti pubblici, non solo politici in senso stretto. Ciò, ovviamente, comporta rischi di non poco momento e che, anzi, incidono in maniera dirompente sul sistema giuridico e sociale, come più avanti si cercherà di argomentare.

È così che le teoriche di coinvolgimento democratico originate sulla tutela dei diritti fondamentali creano una democrazia quasi parallela, che si muove al di fuori dei binari della lotta parlamentare: per un verso si restringe la crisi rappresentativa, venendo le istanze pubbliche soddisfatte in modi differenti da quelli politici tradizionali (poiché le richieste dei cittadini finiscono per deviare destinazione ed essere rappresentate da un organo – il Giudice – il quale non dovrebbe essere deputato a tale *munus*, ma limitarsi al solo *ius dicere*); viceversa finiscono per riassetarsi i poteri dello Stato, incidendo la giurisdizionalizzazione del conflitto attinente al circuito rappresentativo sui caratteri della forma di governo classica, dando origine a nuovi innesti giuridici, interessanti da analizzare nei loro svolgimenti ed effetti. Secondo un'equazione che si può assumere in: sfaldamento della rappresentanza = nuove dinamiche di rappresentanza informale.

È una moderna maniera di intendere la democrazia partecipativa.

In questo senso, una «democrazia dei beni comuni» (quale nuova frontiera del diritto pubblico)²³ rappresenta un argine all'esercizio del potere pubblicistico, limitando la discrezionalità del legislatore e della pubblica amministrazione nel governo dei beni pubblici. Allo stesso modo, una lettura socialmente adeguata e corretta dell'art. 42 Cost. contribuisce a porre limiti precisi a capitali e potere pubblico sul governo dei beni²⁴.

Sul punto, l'innovazione non risiede solo nella tutela dei diritti fondamentali e nel diverso meccanismo rappresentativo e partecipativo che si innesca²⁵, quanto nell'irraggiamento dei principi generali da ciò emergenti all'interno di tutto l'ordinamento giuridico, originando tematiche di non poco rilievo e questioni innovative in tutte le branche del diritto, sia pubblico che privato.

In questa gradazione, le politiche liberiste che immaginano lo Stato quale detentore di diritti dominicali nell'esercizio della pubblica potestà, e il territorio e i suoi beni quali elementi utili al solo sfruttamento economico, impattano e crollano al cospetto dell'argine rappresentato dai diritti fondamentali e dalla democrazia partecipativa, baluardo delle fasce più deboli della cittadinanza e, dunque, anche meno rappresentate.

La creazione di strumenti innovativi e meno liturgici, nella collettività che si autorganizza per garantire il rispetto dei diritti utili al soddisfacimento dei bisogni fondamentali, favorisce

²¹ Sulle tensioni innovatrici di derivazione machiavellica che possono nascere dalla crisi rappresentativa cfr. M. Della Morte, *Populismo e rappresentanze: considerazioni a margine di un recente saggio di Alberto Lucarelli*, in *Nomos*, 3, 2020, 4.

²² Sui possibili tentativi di ricucire la rappresentanza attraverso la partecipazione, anche per il tramite delle politiche pubbliche, si veda M. Morisi, C. Perrone, *Giochi di potere. Partecipazione, piani e politiche territoriali*, Novara, 2013.

²³ A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 2013.

²⁴ M. C. Girardi, *La funzione sociale nella proprietà pubblica. Comuni, attività regolamentare e diritto alla città*, in *Nomos*, 1, 2020, 6 ss.; per un'analisi della proprietà pubblica in chiave incidente sulla forma di Stato sempre M. C. Girardi, *La proprietà pubblica. Percorsi costituzionali nell'evoluzione della forma di stato*, Napoli, 2023.

²⁵ Per una concezione della crisi della rappresentanza come innesco per differenti metodi di rappresentanza politica, non incompatibili con la democrazia, cfr. A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 61 ss.

l'implosione della *bubble democracy*²⁶ a vantaggio dell'espansione di una democrazia vivente. Per certi versi una modifica dei meccanismi di governo, senza revisioni formali della carta fondamentale.

Del resto, è proprio attraverso le vicende alla base dei provvedimenti giudiziari in questo contributo richiamati che si comprende quanto poc'anzi riferito in relazione all'origine e all'applicazione della teoria dei beni comuni.

È l'esigenza pratica che ha dato origine alla tematica in rilievo, in cui i bisogni dei cittadini hanno incontrato ed incarnato il bisogno di tutela che deriva dall'applicazione della categoria giuridica anzidetta. I beni comuni nascono unitamente all'idea di collettività e si accrescono attraverso la coscienza civica e l'impegno dei cittadini, i quali diventano consapevoli e disposti, attraverso il senso di comunità, a preservare ed estendere la fruibilità dei beni pubblici, anche attraverso forme democratiche di scontro.

Le vicende giudiziarie qui rappresentate, come in premessa evidenziato, diventano la prova tangibile di quel conflitto tra comunità e rappresentanza, tra regole della democrazia ed esigenze della politica. Un conflitto in cui i cittadini esprimono bisogni e le Amministrazioni rimangono inerti e, anzi, in alcuni casi, avviano politiche pubbliche e scelte amministrative del tutto contrapposte ai bisogni espressi dal basso, nonostante questi stessi bisogni vengano rivendicati in maniera chiara.

I fatti in commento riproducono, a giudizio di chi scrive, modelli plastici di protagonismo della cittadinanza e di antagonismo della politica: uno schema contraddittorio che la cultura dei beni comuni riesce efficacemente ad evidenziare. Testimonianza di come detti beni si rinnovino nelle esigenze della comunità essendo una categoria più che mai attuale.

Così, le esigenze della comunità anzidette assumono vigore nelle interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme giuridiche alla base dei conflitti tra politica e cittadinanza e impongono la loro tutela, anche per via giurisprudenziale.

2. L'ordinanza del TAR Campania n. 1499/2024 e i conflitti sociali alla base di questa.

Con l'ordinanza n. 1499/2024 il TAR Campania ha ripreso a pronunciarsi (successivamente ad una lunga serie di giudizi) sulla fruibilità di una parte del litorale partenopeo, insistente nella località di Posillipo (Napoli), in relazione al libero accesso ad una parte di spiaggia pubblica confinante con un'area data in concessione. L'ordinanza appare pregevolmente motivata e decisamente piena di considerazioni d'assoluto rilievo che meritano di essere approfondite nelle loro fondamenta ed implicazioni.

In realtà, il Tribunale Amministrativo Regionale è stato adito, per ragioni simili, in relazioni a due vicende: la libera fruizione delle spiagge demaniali, libere da concessioni, quali le spiagge di *Donn'Anna* e *Delle Monache*, entrambe ricadenti nel territorio di Posillipo (Napoli) e presenti in successione lungo il medesimo tratto di costa.

Le vicende, complesse e decisive, sono per l'appunto il frutto di una serie di giudizi avviati dal Coordinamento Mare Libero, un comitato di cittadini organizzati che si batte per l'accesso libero e gratuito al mare, secondo i principi dell'agonismo e dell'antagonismo politico.

2.1. La vicenda inerente la spiaggia libera di Donn'Anna: il primo giudizio. Il primo giudizio rilevante per il presente contributo è risalente al 14.07.2023, data in cui il TAR Napoli si pronunciava in merito al ricorso proposto dal Coordinamento Mare Libero, avverso una serie di provvedimenti ed atti amministrativi. In particolare, ad essere gravata era l'ordinanza n. 8372022 del Presidente della Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale.

²⁶ D. Palano, *Bubble democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, 2020. Secondo l'Autore la *bubble democracy* è un nuovo assetto in cui la dimensione pubblica si dissolve lasciando spazio a «bolle» autoreferenziali.

Il provvedimento amministrativo prescriveva alla concessionaria che occupava la porzione di litorale prossimo a quello libero che «il cancello [di accesso alla spiaggia dovesse] essere chiuso mediante apposito lucchetto di sicurezza [...] con apertura nel periodo di] luglio-agosto-settembre [...] dalle ore 08.00 alle ore 19.00, per consentire l'accesso alla spiaggia libera ivi esistente alla collettività, in conformità con i protocolli di intesa stipulati con il Comune di Napoli [...] e che] le relative operazioni di chiusura e di apertura [sarebbero dovute essere] effettuate a cura della [concessionaria]». Dunque, l'Autorità portuale prescriveva in senso opposto a quanto stabilito con la propria originaria ordinanza di regolamentazione dell'apertura del cancello. Difatti, con l'ordinanza presidenziale n. 6 del 30 luglio 1999, la l'Autorità portuale di Napoli prevedeva la disciplina d'uso «del cancello ubicato in Napoli, alla via Sermoneta 19D, delimitante l'area demaniale marittima da quella di pertinenza comunale», stabilendo che questo dovesse essere «chiuso, mediante apposito lucchetto di sicurezza, nel periodo giugno/settembre dalle ore 20.00 alle ore 08.00 e nel periodo ottobre/maggio dalle ore 17.00 alle ore 09.00» e che «le relative operazioni di chiusura e apertura [dovessero] essere effettuate a cura della [concessionaria]»²⁷.

Il primo giudizio si concludeva con la caducazione dell'impugnata ordinanza dell'Autorità portuale, avendo rilevato il Giudice la presenza di vizi relativi allo sviamento di potere, illogica motivazione e difetto di istruttoria del provvedimento, adottato sulla scorta del supposto rischio idrogeologico.

Il TAR rilevò, in quella circostanza²⁸, come le Regioni, nell'ambito della predisposizione di piani di utilizzazione delle aree afferenti al demanio marittimo, abbiano l'obbligo di provvedere ad un corretto equilibrio tra le zone devolute in concessione e quelle liberamente fruibili. Anche provvedendo all'indicazione di varchi di accesso per garantire la piena ed effettiva fruibilità della costa.

Il TAR ritenne, infine, che l'ordinanza dell'Autorità portuale fosse stata adottata solo al fine di evitare il degrado ambientale dell'area, non anche al prospettato rischio idrogeologico di cui ad una parte della motivazione amministrativa. Difatti, la medesima Autorità, con l'ordinanza impugnata, procedette alla chiusura del tratto di spiaggia destinata al libero godimento, per il periodo da ottobre a giugno, «nelle more della definizione del piano di gestione del sistema costiero», per tutelare la collettività «da eventuali rischi di natura idrogeologica». Purtuttavia, il Giudice adito statui che l'Autorità portuale non avesse motivato in maniera adeguata la circostanza dell'assunto rischio idrogeologico, limitandosi a richiami generici, senza indicare le fonti che avrebbero determinato la valutazione estrinsecata.

2.2. Ancora sulla spiaggia libera di Donn'Anna: il secondo giudizio. Il secondo giudizio (reso in relazione alla fruizione del medesimo tratto di costa) prendeva le mosse dal proseguo della prima questione.

I fatti erano però nel frattempo mutati in sede di riedizione del potere amministrativo.

Ebbene, in questa circostanza, l'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale aveva proceduto ad adottare un nuovo provvedimento, in uno ad una serie di ulteriori atti amministrativi, i quali incidevano nuovamente sui fatti dedotti in sede di prima impugnativa.

Il nuovo provvedimento veniva emanato non più sulla base del supposto rischio idrogeologico, ma sull'assenza del piano di difesa della costa.

²⁷ La vicenda viene ricostruita puntualmente in un articolo di A. Lucarelli, apparso sul quotidiano *La Repubblica*, edizione di Napoli, dal titolo *Bagno Elena, quel cancello chiuso*, di giorno 11.11.2023. In sostanza, l'ordinanza del 1999 dell'Autorità portuale era rimasta, per oltre ventitré anni, completamente inattuata. Difatti, la mancata conoscenza del provvedimento da parte della cittadinanza determinava illegittimamente la chiusura del cancello di accesso, nei mesi non estivi, con lucchetto e catene.

²⁸ Cfr. TAR Campania – Napoli, sent. n. 4282/2023.

Nello specifico, l'Amministrazione portuale, nel nuovo provvedimento oggetto di gravame cautelare, ordinava alla società concessionaria, «stante il rappresentato timore per la pubblica incolumità riguardo l'assenza della pianificazione comunale di difesa della costa e di sistemi di allerta e protezione civile [...] la chiusura ed apertura del cancello pubblico di accesso all'arenile di Posillipo disciplinato con ordinanza A.P. n. 6/99». Prescrivendole, inoltre, di astenersi, «a decorrere dal 31 ottobre p.v., dall'apertura del predetto cancello fino all'esito della emanazione della pianificazione»²⁹.

Si determinava, ancora una volta, la sospensione del diritto dei cittadini al libero e gratuito accesso all'arenile pubblico non devoluto in concessione, per via della mancata attività di programmazione, da parte dell'Amministrazione, relativa all'emanazione degli atti di pianificazione.

Diveniva così palese l'impossibilità per la collettività di poter esercitare il diritto alla fruizione di un bene pubblico di assoluta rilevanza, condizionando la godibilità dell'arenile a fatti loro non imputabili, ma correlabili unicamente all'azione amministrativa incompleta.

Difatti, per l'effetto del nuovo ricorso proposto dalle medesime parti che avevano adito il Giudice amministrativo nel procedimento precedente, il Tribunale Amministrativo accoglieva l'istanza cautelare, statuendo come «la giurisprudenza [abbia oramai] sancito la riconducibilità del demanio marittimo alla categoria dei beni pubblici il cui libero godimento afferisce alla tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, e l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare a una prospettiva personale-collettivistica, alla luce degli articoli 2, 9 e 42 della Costituzione»³⁰.

L'ordinanza cautelare in questione è stata poi integralmente confermata con la sentenza di merito, in cui il Tribunale, definitivamente pronunciandosi sul ricorso proposto, dichiarava cessata la materia del contendere, condannava l'Autorità Portuale al versamento in favore dei ricorrenti del contributo unificato e, infine, procedeva a nominare in via preventiva commissario *ad acta* il Prefetto di Napoli, per il caso di perdurante inottemperanza³¹.

2.3. La spiaggia libera Delle Monache e l'ordinanza n. 1499/2024. In relazione alla fruizione della porzione di spiaggia libera denominata spiaggia Delle Monache, afferente alla medesima porzione di costa ma delimitata dalla presenza di altri concessionari, si è espresso sempre il TAR Campania, rendendo l'ordinanza n. 1499/2024.

In questa vicenda, il comitato Mare Libero ricorreva al Giudice amministrativo per vedere censurate «le impugnate delibere n. 140 del 10 maggio 2024 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale e n. 241 del 18 giugno 2024 della Giunta del Comune di Napoli, [con cui] è stato approvato l'Accordo di collaborazione per la fruizione della Spiaggia delle Monache e il tratto di spiaggia libera ricompresa tra il Palazzo Donn'Anna ed il limite della concessione demaniale»³².

L'accordo lamentato illegittimo dalla parte prevedeva, in dettaglio, il contingentamento dell'accesso alla spiaggia libera, fino ad un numero massimo di presenze; l'orario di accesso alla spiaggia dalle ore 8.30 alle ore 17.30; un sistema di prenotazione *on-line*, con la possibilità di un numero massimo di tre prenotazioni giornaliere, nonché l'utilizzo dei servizi igienici e delle docce; obblighi gravanti tutti sulla concessionaria confinante.

Il Giudice amministrativo, anche in questo caso, accoglie il ricorso cautelare richiamando il

²⁹ V. il provvedimento emanato dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale, prot. n. U.0028791 del 30 ottobre 2023.

³⁰ TAR Campania – Napoli, ord. n. 242/2024.

³¹ TAR Campania – Napoli, sent. n. 04651/2024.

³² TAR Campania – Napoli, ord. n. 1499/2024.

filone giurisprudenziale citato nelle ulteriori e precedenti pronunce, e arricchendo il fatto con ulteriori spunti giuridici.

Ancora una volta, nella finalità di sottrarre il godimento dei beni pubblici a dinamiche securitarie ed escludenti, il TAR Campania rileva come i provvedimenti debbano considerare la «necessità di garantire condizioni di fruizione in sicurezza dell'arenile pubblico, ad accesso libero e gratuito, a causa del sovraffollamento, senza che ciò venga messo in correlazione né con il numero chiuso, né con l'orario di accesso e di chiusura»³³.

Invero, palesando la totale irragionevolezza della parte motiva del provvedimento gravato, nella misura in cui il richiamo a generali esigenze di sicurezza non permettono di individuare le cause specifiche che impediscono il godimento del bene e, per l'effetto, ostano alla possibilità di approntarvi rimedi alternativi e idonei che garantiscano la tutela del diritto conculcato.

Nel caso in esame, non appariva neppure chiaro se le suindicate ragioni di sicurezza fossero da ricondurre alla morfologia della spiaggia e a questioni di ordine pubblico (pertanto superabili tramite gli ordinari strumenti di controllo, come i presidi di polizia), ovvero ostassero ragioni di igiene pubblica (anche in tal caso egualmente sostenibili attraverso azioni amministrative efficaci ed interventi pubblici di tipo sociale). Il Giudice amministrativo è sul punto netto: «l'Amministrazione non può giustificare la scelta di adottare un provvedimento che riduce sostanzialmente, per i privati, il godimento di un bene connesso a un interesse di rilevanza costituzionale, anziché farsi carico, con gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione, di individuare le modalità con cui la fruizione del mare possa essere accessibile a tutti, garantendo contemporaneamente la tutela del paesaggio e dell'ambiente»³⁴.

Di più, l'irragionevolezza spropositata e, volendo utilizzare una categoria amministrativa pur non menzionata nel corpo dell'ordinanza, la manifesta ingiustizia del provvedimento gravato, risiederebbero ancora nel fatto che proprio le fasce più deboli della popolazione verrebbero attinte dall'illegittimo agire: «le persone che non hanno accesso alle tecnologie; gli anziani e i bambini, che non possono stare in spiaggia nelle ore più calde (mentre il limite orario è posto alle 17:30); i minori di età, precludendo loro l'accesso alla spiaggia libera pure se già in età per circolare o persino viaggiare da soli»³⁵.

In sede di riesame, l'Amministrazione comunale aveva provveduto, poi, a modificare l'accordo precedentemente censurato, ma unicamente in riferimento alla posizione degli anziani e dei soggetti fragili. Difatti, rimaneva il contingentamento con obbligo di prenotazione dell'accesso alla spiaggia libera, esonerando da tale onere unicamente le persone con oltre 70 anni e coloro i quali appartenessero alle categorie protette.

Per l'effetto, il comitato Mare Libero adiva nuovamente il Giudice amministrativo, attraverso la presentazione di motivi aggiunti al ricorso principale già pendente, corredati da una nuova richiesta, avente ad oggetto misure cautelari monocratiche, in riferimento alla menzionata modifica dell'accordo di collaborazione tra l'Autorità portuale, il Comune di Napoli e i concessionari.

Il Tribunale questa volta rigettava la richiesta cautelare monocratica, sulla scorta di due argomentazioni stringate: il supposto corretto bilanciamento operato dall'Amministrazione tra le ragioni di sicurezza pubblica e fruibilità della spiaggia e la mancanza del *periculum in mora*, «essendo ormai decorsa la parte più rilevante della stagione balneabile». Infine, veniva

³³ *Ivi*.

³⁴ *Ivi*.

³⁵ *Ivi*.

fissata la trattazione collegiale della richiesta di misure cautelari a stretto giro³⁶.

Nella trattazione collegiale della richiesta di misure cautelari avverso il nuovo accordo di collaborazione tra gli enti per la fruizione del litorale, il Tribunale Amministrativo partenopeo ha rilevato come il ricorso per motivi aggiunti difettesse, sostanzialmente, del *periculum in mora* «atteso che il predetto Accordo di collaborazione ha durata fino al 30 settembre 2024, la quale circostanza rende anche – allo stato – priva della necessità di un immediato riscontro l'ulteriore domanda»³⁷.

Pertanto, lungi dallo sconfiggere il precedente orientamento in tema di beni pubblici e della loro libera fruizione da parte dei cittadini, il Giudice amministrativo ha provveduto a rilevare un dato meramente temporale: la già menzionata sopravvenuta inefficacia dell'accordo impugnato (nelle more della pubblicazione del provvedimento cautelare³⁸), unitamente alla cessazione del periodo balneare e, dunque, all'insorgere dell'insussistenza di elementi tali da giustificare un pregiudizio grave e irreparabile.

Difatti, a testimonianza della perdurante necessità di definire la vicenda con provvedimento stabile e da trattare congiuntamente agli altri motivi, in conformità a quanto stabilito con l'ordinanza n. 1499/2024, il TAR ha invece avvertito l'esigenza di differire la trattazione del merito dell'intero giudizio, «(non apparendo opportuna una trattazione separata di ricorso introduttivo e motivi aggiunti) all'udienza pubblica del 27 febbraio 2025 (in luogo dell'udienza pubblica del 18 dicembre 2024 già fissata con l'ordinanza 30 luglio 2024, n. 1499), rinviando a tale sede anche la pronuncia sulle spese della presente fase»³⁹.

Un rigetto, pertanto, che apparirebbe di mero rito e non di merito, non afferente alla bontà delle argomentazioni utilizzate, quanto, invece, relativo alle contingenze temporali già sopra menzionate, le quali hanno interferito, nelle more della pronuncia, con la perdurante sussistenza degli elementi giustificativi dell'emissione di misure cautelari, monocratiche e collegiali.

3. Profili costituzionali a margine dei giudizi. È evidente come l'orientamento giurisprudenziale richiamato, quale da ultimo la pronuncia in commento si raccorda, esprime forte la necessità che i beni pubblici (*rectius* comuni) vengano sottratti, nel loro godimento, a logiche di mercato privatistiche ed escludenti, valorizzando la via della non rivalità⁴⁰ e della logica di governo a fruibilità diffusa.

Parimenti, ad essere affermata è la primazia delle ragioni di tutela dei diritti fondamentali al cospetto della maschera rappresentata dalle esigenze securitarie, spesso evocate dalle Amministrazioni come utile strumento per non garantire servizi essenziali ed erogazioni sociali necessarie al soddisfacimento dei bisogni collettivi.

È in questo paradigma che avviene il passaggio da un inquadramento dominicale⁴¹ e

³⁶ Cfr. il decreto presidenziale cautelare del TAR Campania – Napoli, n. 1566/2024, in cui veniva rigettata la richiesta di misure monocratiche e fissata la trattazione collegiale dell'istanza cautelare alla camera di consiglio del 25.9.2024.

³⁷ TAR Campania – Napoli ord. n. 01893/2024.

³⁸ Pubblicazione del provvedimento collegiale (TAR Campania, ord. n. 01893/2024) avvenuta il giorno 1.10.2024 a fronte della camera di consiglio per la trattazione della domanda fissata in data 25.09.2024, su rinvio del provvedimento monocratico di diniego di misure cautelari precedentemente adottato.

³⁹ TAR Campania – Napoli, ord. n. 01893/2024.

⁴⁰ Sulla rivalità ed escludibilità come concetto economico si veda J. E. Stiglitz, *Economia del settore pubblico*, Milano, 1989, 135 ss., mentre, sulla loro applicazione giuridica, cfr. M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 33.

⁴¹ Sulla concezione dominicale dei beni, che solo in quanto appropriabili potrebbero essere suscettibili di inquadramento giuridico, si veda F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 55 ss.

personale dei beni dello Stato, ad altro che ne valorizzi la tensione collettiva e comune⁴², in una dinamica di scollamento da logiche contrarie all'assolvimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. È il passaggio dal bene, in quanto entità materiale economicamente sfruttabile, alla persona, in quanto centro di diritti, aspettative e interessi che non possono essere compressi o condizionati da esigenze di carattere lucrativo, finanziario o organizzativo.

Anche la giurisprudenza costituzionale, con la storica sentenza n. 24/2011, ha fissato dei punti fermi, in questi termini, che hanno contribuito a rafforzare la tutela dei beni comuni e il loro inquadramento sistemico, pure alla luce del diritto pubblico europeo dell'economia⁴³, al di fuori di un possibile carattere lucrativo di tale categoria.

In quella occasione, la Corte costituzionale affermò come, in riferimento alla disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali (i quali soddisfano interessi generali e hanno riguardo, molto spesso, a beni comuni come l'acqua) gli Enti territoriali non potessero essere obbligati ad una decisione mercantilistica ma che, nell'erogazione e gestione del servizio, dovessero sempre rispettare principi generali, interni e di derivazione europea, come quelli di legalità, sussidiarietà di tipo verticale, neutralità e, soprattutto, di coesione economico - sociale. Da questo punto di vista, qualunque norma in contrasto con tali principi sarebbe da considerarsi ampiamente illegittima.

D'altronde, la Commissione Rodotà si era occupata proprio di rifondare la categoria dei beni comuni ponendo al centro la funzione del bene più che la sua titolarità proprietaria.

La classificazione di tali beni come di appartenenza collettiva, nei lavori della Commissione, prospettava l'emancipazione da uno schema proprietario statale (e, dunque, demaniale).

La pubblicità dei beni veniva così sganciata da un rapporto dominicale con un Ente pubblico e, in forza della propensione alla soddisfazione di esigenze costituzionalmente protette, sarebbe gravato sugli stessi un vincolo oggettivo che li avrebbe ancorati alla loro appartenenza collettiva, senza dipendenza da poteri di disposizione pubblici. E, infatti, tali beni, nei lavori della Commissione, venivano individuati come fuori da ogni commerciabilità, salva la possibilità di procedere ad assegnazione in concessione.

Nella teorizzazione della Commissione Rodotà, lo Stato avrebbe vantato una tendenziale indisponibilità sul bene stesso, a differenza di quanto ora accade con il governo dei beni demaniali. Ciò, ovviamente, rendeva possibile immaginare, in termini processuali, che chiunque avrebbe potuto adire un Giudice al fine di consentire la tutela di posizioni giuridiche, poiché l'interesse ad agire, essendo il bene funzionale alla soddisfazione di bisogni coperti costituzionalmente, apparteneva a tutta la comunità.

Allora emerge qui un ulteriore elemento: nel campo dei diritti costituzionalmente protetti e fondamentali, posti a presidio della personalità umana e della sua piena e completa evoluzione, non possono essere fatte valere, in assoluto, esigenze di carattere economico – finanziario.

La medesima logica è espressa ad, esempio, nella sentenza della Corte costituzionale n. 309/1999, in cui il Giudice delle leggi tiene ad evidenziare come, diritti funzionali all'arricchimento e allo sviluppo della personalità, in particolari circostanze, non possano subire limitazioni di godibilità.

⁴² Per una visione del bene comune sganciata dal regime dominicale, a favore di un suo fondamento su interessi collettivi, *ex multis*, U. Mattei, E. Roviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

⁴³ La vicenda viene ricostruita e analizzata diffusamente da A. Lucarelli, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2011.

Il paradigma dei diritti finanziariamente condizionati⁴⁴ nelle scelte di politica economica adottate dal legislatore, con i relativi vincoli di bilancio, non può assumere una valenza «talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁴⁵. Il riferimento, nel caso citato, era alle spese sanitarie sostenute all'estero dai cittadini italiani e, dunque, alla loro rimborsabilità⁴⁶. Pertanto, laddove trattasi di diritti finanziariamente condizionati, questi devono trovare un limite invalicabile nel nucleo irriducibile dei diritti fondamentali⁴⁷ della personalità umana e nella sua garanzia.

Piuttosto, deve essere il bilancio condizionato ai diritti e non i diritti condizionati al bilancio. Senza però dare avvio ad argomentazioni ampie e che porterebbero lontana la trattazione, ciò che appare rilevante è che, nel campo dei diritti fondamentali, non è possibile, da parte dello Stato, negare il godimento di quel diritto e, allo stesso modo, pure l'inerzia delle Amministrazioni coinvolte, non può, in casi siffatti, essere da sola causa sufficiente ed evitare l'esercizio dei diritti correlati al godimento di un bene comune.

Infatti, come indicato dal TAR, spetta alla P.A., nella cornice fissata dalle norme di legge che ne determinano e limitano il canale d'attività, «garantire condizioni di funzione in sicurezza dell'arenile pubblico, ad accesso libero e gratuito»⁴⁸.

All'Amministrazione viene allora demandato il compito di studiare e costruire formule alternative di governo dei beni in questione, secondo la logica propria dei beni comuni, i quali non accettano governo esterno, se non a pena della perdita del valore dell'inclusività (il che finirebbe per falsificare la natura stessa della categoria giuridica in rilievo).

È una forma democratica e partecipativa differente, paradigma sperimentato in maniera sparsa in molte realtà⁴⁹ e che dà prova della vitalità dello Stato sociale di diritto.

Esempi pregevoli in tal senso, nello stesso territorio partenopeo, sono, per citarne alcuni: l'Azienda speciale ABC (acqua bene comune) che ha garantito la pubblicità di un bene necessario e fondamentale alla vita, come l'acqua pubblica, sottraendola da logiche affaristiche e proponendo modelli partecipati di gestione e bilancio; ancora si pensi al godimento, da parte della collettività, dell'ex Asilo Filangieri, restituito al territorio napoletano come centro di aggregazione di idee e persone, attraverso una delibera di Giunta⁵⁰, secondo la logica dei beni comuni.

⁴⁴ La locuzione viene per la prima volta utilizzata dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 248/2011, proprio in riferimento alla materia sanitaria. La Corte costituzionale, in tale frangente, configura, in generale, il diritto alle prestazioni sanitarie come finanziariamente condizionato poiché, il sistema sanitario universale, è da bilanciare con «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario».

⁴⁵ Così Corte Cost., sent. n. 309/1999, al punto 3 del considerato in diritto; sul tema del diritto alla salute, in situazioni di indigenza, come situazione soggettiva che deve essere sganciata da limiti finanziari condizionati, cfr. L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione*, Vicenza, 1967-1969.

⁴⁶ Per un approfondimento sul diritto alla salute nella sua duplice veste di diritto finanziariamente condizionato o sciolto dai limiti finanziari, cfr., A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 11.

⁴⁷ È stato peraltro la stessa Corte costituzionale, attraverso la sentenza n. 509/2000, da indicare come la salvaguardia del diritto alla salute (quale diritto irriducibile), in particolari circostanze «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto».

⁴⁸ Cfr. TAR Campania – Napoli, ord. n. 1499/2024.

⁴⁹ Secondo i dati consultabili sul sito dell'associazione *Labsus. Laboratorio per la sussidiarietà*, sono circa 316 i Comuni che hanno proceduto, nel tempo, ad adottare un regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni. Sono segnalate anche varie leggi regionali sul tema. I dati sono disponibili al seguente link: <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

⁵⁰ V. la Delibera di Giunta del Comune di Napoli n. 400 del 25.05.2012.

Inoltre, nei processi partecipativi pubblici è necessario prevedere (per evitare che la facoltà di partecipazione rimanga solo su carta e non sia destinata all'ineffettività) un relativo obbligo incombente sulla P.A., in modo da poter contenere l'esercizio del suo potere discrezionale. A questo proposito, sempre l'Amministrazione comunale napoletana, con la deliberazione consiliare n. 8 dell'8 aprile 2012, istituiva il regolamento per una Costituente dei beni comuni. All'interno del citato regolamento, veniva previsto che l'Amministrazione dovesse garantire una fase di partecipazione pubblica in ogni momento, dando la possibilità ai cittadini di presentare osservazioni e altri documenti, coinvolgendoli nella fase politica e innescando una dialettica virtuosa nel confronto pubblico – privato e nella genesi dei processi decisionali. Da questo percorso venne approvato il Regolamento delle Consulte per la disciplina dei beni comuni, improntato al principio secondo cui «ogni cittadino deve concorrere al progresso naturale e spirituale della Città»⁵¹

Da quanto menzionato si originò un'eredità raccolta poi da due successive Delibere di Giunta della medesima Amministrazione locale⁵², in cui si tentava di continuare nel percorso di gestione autonoma da parte dei cittadini dei beni stessi, secondo quanto sperimentato nei percorsi partecipativi, al fine di garantire la più ampia fruibilità dei beni di appartenenza collettiva, osservando logiche non escludenti e sottratte al profitto⁵³.

Dunque, dinanzi alla dialettica dei beni comuni a crollare sono le classiche categorizzazioni giuridiche, troppo limitanti per trovare applicazione nei rapporti di godimento che si originano tra i beni e la comunità.

È chiaro come nei giudizi richiamati, emerga una visione prospettica consapevole di tale *tertium genus* giuridico, che più che al rapporto tra individuo – bene pone lo sguardo alla finalità di soddisfacimento delle esigenze costituzionali degli individui, iperqualificando la tutela giuridica ed ammettendone un suo rafforzamento rispetto ai rapporti giuridici ordinari.

È, invero, la medesima giurisprudenza amministrativa ad indicare come «il godimento dei beni appena citati, come il mare, [sia] funzionale a consentire il compiuto sviluppo della persona umana [...] proprio in tale materia assume ancora maggiore rilievo normativo l'assunto che debba essere la pubblica amministrazione a farsi carico, con gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione, di individuare le modalità con cui la fruizione del mare possa essere accessibile a tutti, garantendo contemporaneamente la tutela del paesaggio e dell'ambiente»⁵⁴.

La funzione solidaristica prende allora il sopravvento sulla dinamica di soddisfacimento individuale dei bisogni e degli interessi, rendendo inutilizzabili, ai fini di un possibile inquadramento giuridico, le classiche situazioni soggettive come diritti o interessi legittimi. Più che di situazioni giuridiche soggettive, si potrebbe in questo caso discorrere di situazioni giuridiche collettive, assumendo rilievo la tutela di un bene della vita a necessario godimento collettivo e costituzionale, *ex artt.* 2 e 42 Cost.

In questi termini, si verifica il rafforzamento della capacità d'irraggiamento dei principi costituzionali all'interno dei codici prerepubblicani, anche in campo civilistico, aprendo le maglie a nuove interpretazioni, pur a disposizioni invariate, creando un rapporto servente degli istituti classici del diritto civile alla funzione solidaristica che informa il nostro Stato sociale di diritto, imponendo una rilettura della loro ordinaria applicazione.

Difatti, la Carta fondamentale persegue come scopo teleologico anche quello di integrare e

⁵¹ Cfr. Delibera di Giunta del Comune di Napoli n. 17 del 18.01.2013.

⁵² Ci si riferisce alle Delibere di Giunta n. 893 del 2015 e n. 446 del 2016.

⁵³ Ciò era il frutto di quanto individuato dagli studi condotti dall'Osservatorio Permanente sui Beni Comuni della Città di Napoli, istituito con Decreto Sindacale n. 314 del 24.06.2013, con funzioni di studio, analisi, proposta e controllo sulla gestione dei beni comuni.

⁵⁴ CGA per la Regione siciliana, sent. n. 990/2022.

mutare l'interpretazione delle disposizioni presenti nell'ordinamento e ad essa precedenti, modulando la comunicazione tra i vari gradi dello *Stufenbau*, in una visione giuridica d'insieme che tenga in considerazione la necessità di tutela dei bisogni della comunità, della persona umana e della sua stessa dignità all'interno del contesto sociale di appartenenza.

In merito a ciò, occorre rammentare che, seppur la Costituzione non rechi all'interno del suo dettato normativo una categorizzazione di bene pubblico, la stessa può essere ricavata attraverso un'opera ermeneutica di sistema e di applicazione diretta ed effettiva dei principi fondamentali espressi nella Carta. È solo in questi termini che l'obbligo statale di protezione, radicato nel compito della Repubblica di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, può ritenersi soddisfatto⁵⁵.

Come ricorda la giurisprudenza civile, per il tramite dei principi espressi negli artt. 2, 3, 9 e 42 Cost. «si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del paesaggio, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa – codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della proprietà dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»⁵⁶.

Ulteriore aspetto, tipico della categoria dei beni in commento, è la loro naturale propensione verso la conservazione a garanzia di godimento nell'interesse delle future generazioni⁵⁷.

Nel nostro ordinamento, tale dato appare essersi rafforzato in virtù del riformato art. 9 Cost., il quale ora reca nel suo dettato dispositivo la novella relativa alla tutela dell'ambiente⁵⁸, della biodiversità e degli ecosistemi, nell'interesse, appunto, delle generazioni future.

Precedentemente, la tutela dell'ambiente più che valore in sé stesso, era da identificarsi come bene da tutelare attraverso l'imposizione di obblighi e vincoli, al fine di impedire lo sfruttamento della risorsa ambientale o la sua degradazione attraverso condotte che non ne

⁵⁵ Tema centrale in M. C. Girardi, *La proprietà pubblica*, cit.

⁵⁶ Cfr. Cass., SS.UU. civili, sent. n. 3665/2011.

⁵⁷ La Commissione Rodotà, all'art. 1, c. 3, lett. c) della sua proposta, definiva i beni comuni come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dati dall'ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o soggetti privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge devono esser tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future».

⁵⁸ La categorizzazione valoriale dell'ambiente è di particolare interesse anche nello studio dei beni comuni poiché, proprio come questi, finisce per svolgere una funzione altamente incidente sulla forma di Stato. A questo proposito, A. Cardone, *Territorio e ambiente: la dimensione fisica dell'ordinamento nella prospettiva delle trasformazioni della forma di Stato*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Attualità di diritto pubblico*, I, Napoli, 2021, 24, ha affermato: «a ben vedere, però, la dimensione fisica e spaziale dell'ordinamento non vede del tutto eclissata la propria essenzialità nelle dinamiche della forma di Stato. Come si accennava in apertura, infatti, nel contesto dello Stato costituzionale pluralista la centralità dell'elemento naturale diventa protagonista di una nuova e diversa tematizzazione, che ruota intorno alla nozione di ambiente e non più di territorio, proprio a segnare il distacco, sempre più evidente, dalla retorica dello Stato-nazione e dalla forma dello Stato liberale di diritto. A tale conclusione è dato pervenire se si pone mente alla considerazione che l'ambiente diventa il crocevia di alcune delle più essenziali manifestazioni del modo d'essere dello Stato costituzionale pluralista, ossia che esso concorre ad integrare alcune delle più rilevanti manifestazioni del pluralismo costituzionale, svolgendo anche qui una funzione costitutiva della forma di Stato, per quanto in un senso molto diverso da quanto abbiamo avuto modo di evidenziare in relazione allo Stato assoluto e a quello liberale di diritto. La trasfigurazione in senso pluralistico dell'elemento naturale dell'ordinamento trova una sua prima circostanza d'emersione nella qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale».

tenessero in considerazione la rilevanza sociale⁵⁹ e, prima ancora, come mero valore estetico⁶⁰. In parte, può dirsi che fino ad ora lo stesso approccio sia stato adottato dai decisori pubblici per la tutela dei beni comuni, senza visioni sostanziali di tutela collettiva in termini di fruibilità⁶¹. D'altronde, la vicinanza sempre più stretta tra le due categorie è stata già da tempo percepita anche dalla giurisprudenza, che ha ad esempio affermato come le associazioni ambientaliste, in sede di gravame di ordinanza paesaggistica, non possano far valere censure attinenti a motivi di tipo edilizio o proprietario «potendosi invece far rilevare vizi dell'autorizzazione paesaggistica con riguardo agli interessi dell'ambiente o del paesaggio, intesi quali beni comuni»⁶².

Applicando tale costruzione ai casi *de quo*, diventa un interessante esercizio quello di immaginare, anche in ottica di tutela in sede civile e amministrativa, il libero accesso al mare, l'integrità delle acque e, dunque, la costante preservazione del bene, sia in ottica di progressiva sottrazione alle logiche «estrattive» di mercato, sia in chiave di garantismo dei diritti.

Il rimedio immaginato assumerebbe una forte valenza protettiva non solo con riguardo ai diritti inviolabili della personalità collegati alla piena fruibilità del bene demaniale rispetto agli individui presenti in questo tempo, quanto, soprattutto, per coloro che nasceranno nei tempi futuri. Per l'effetto, discenderebbe un conseguenziale obbligo conservativo gravante sullo Stato e sulle Amministrazioni pubbliche, con divieto assoluto di alterabilità delle qualità materiali e immateriali del bene, come si verifica già ora per i beni culturali. Si sancisce, così, un diritto di altri individui, nel futuro, a poter godere del bene allo stesso modo di coloro i quali ne hanno fruito in tempi precedenti⁶³. Insomma, lo Stato si trasformerebbe da *dominus* a mero gestore di beni di tipo comune.

In tale contesto prospettico, diviene di tutta evidenza il superamento della regola di dualismo tra patrimonio e individualismo⁶⁴, nella funzione satisfattiva del bene, per una non dualità di difficile compressione e di stampo sociale, che valorizza la dinamicità funzionale dell'oggetto a scapito della sua staticità satisfattiva. D'altronde, ciò dovrebbe essere l'essenza ultima dello Stato sociale che, tramite le norme di tutela dei beni pubblici, anche immateriali, garantisce la primazia dei bisogni e degli interessi collettivi sulle situazioni giuridiche dei singoli, promuovendo i caratteri della solidarietà, della partecipazione e della non economicità.

Altro tema su cui riflettere, a questo proposito, sarebbe quello collegato alla vendita di beni di appartenenza pubblica, attraverso atti di sdemanializzazione, al fine di ripianare le casse delle Amministrazioni. Quanto tale dato appaia essere conforme alle prescrizioni costituzionali sulla funzione sociale della proprietà pubblica è in dubbio, specie se si considera che, laddove l'Amministrazione proceda ad atti ablativi della proprietà nei confronti dei privati è tenuta ad indennizzare equamente per l'espropriazione, mentre, per la vendita di beni pubblici, ai cittadini non viene assicurata alcuna compensazione, né ai fini della persistente e vincolata pubblica utilità del bene, né a fini economici. Difatti, la funzione sociale della proprietà, nei beni pubblici, null'altro è che elemento fondativo e irrinunciabile

⁵⁹ G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, 1121 ss.

⁶⁰ Sull'intersezione tra valori estetizzanti e valori materiali, cfr. A. Lucarelli, *La legge Croce del 1922 ed il Convegno Internazionale di Capri sul paesaggio*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, 1, 2023, 268 – 275.

⁶¹ Per una disamina esaustiva e interessante, anche dal punto di vista economico, si rimanda a M. Cafagno, *Beni comuni, norme, comportamenti*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 2022, 181 ss.

⁶² Cfr. Cons. Stato, sent. n. 769/2015.

⁶³ Sul *cultural heritage* si rimanda a G. Morbidelli, *I confini della tutela: il vincolo culturale di destinazione d'uso. Della progressiva estensione della componente immateriale nei beni culturali e dei suoi limiti*, in *Aeodon*, 1, 2023, 3.

⁶⁴ In riferimento alla condizione d'isolamento determinata dall'attuale quadro sociale c'è chi ha parlato di «folla solitaria». Si rimanda, dunque, a D. Riesman, *The Lonely Crowd*, New Haven CT, 2001, trad. it. *La folla solitaria*, Bologna, 1973.

del diritto stesso; la proprietà pubblica è funzione sociale, a differenza della proprietà privata, la quale deve solo svolgere una tale funzione e che diviene limite all'esercizio del diritto stesso⁶⁵. Su questo versante, centrale è la distinzione tra regime di proprietà pubblica e regime di proprietà privata, in riferimento al tipo di beni che vengono coinvolti, al fine di individuare l'applicazione al caso di specie del regime proprietario pubblicistico o di diritto privato⁶⁶. Ciò esprime la stretta relazione intercorrente tra beni pubblici e dimensione d'esercizio della sovranità da parte dello Stato⁶⁷.

L'argomento porterebbe, anche in questo caso, verso implicazioni costituzionali e amministrative che per esigenze di trattazione non possono essere in questa sede esaurientemente affrontate. Quello che qui viene in rilievo, invece, è più profondamente la continua possibilità, attraverso il percorso della proprietà pubblica, di contribuire alla modificazione della realtà sociale, attraverso lo sviluppo della personalità umana e, per l'effetto, alla partecipazione del singolo al potere pubblico⁶⁸.

In termini di diritto vivente, secondo l'insegnamento autorevole della Corte di legittimità, «ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato – apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato – collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) – privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati»⁶⁹.

Quanto appena argomentato apre la strada ad un concetto proprietario differente, ricavabile, se si vuole, dall'art. 42, c. 2, Cost., superando una nozione di proprietà privatapregna di elementi di accumulo e rendendo accessibili a tutti i beni funzionali all'esercizio dei diritti di rilevanza costituzionale. Si delinea, dunque, un quadro in cui la proprietà individuale non scompare, ma da mero diritto del singolo essa viene trasformata in vera e propria funzione sociale⁷⁰.

Quanto affermato pone le basi giustificative ad interposizioni legislative finalizzate ad aumentare i singoli «proprietari» delle entità in rilievo, attraverso norme che regolino i beni comuni, con l'effetto di restringere il regime di proprietà privata dei singoli⁷¹, viceversa modellando la tecnica proprietaria, così da garantirne la loro funzione e godibilità collettiva in chiave socialmente adeguata.

Una visione, questa, che fa fatica ad affermarsi nei modelli normativi, sicché ai *policymaker* «la componente cognitiva, emozionale e corporea non interessa in quanto è trattata solo come effetto trascurabile di disturbo» rispetto al modello di *Homo economicus*⁷² adottato come

⁶⁵ M. Nigro, *Trasferimento di beni pubblici e successione nella funzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1977, 30 ss.; M. Renna, *Beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 714 ss.; In maniera netta M. C. Girardi, *La proprietà pubblica*, cit., 101.

⁶⁶ Per i beni pubblici, infatti, non si applica il regime di diritto privato, cfr. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 70 ss.; G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017.

⁶⁷ M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio*, Torino, 2018, 165 ss.

⁶⁸ A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 48.

⁶⁹ Cfr. Cass., SS.UU. civili, sent. n. 3665/2011.

⁷⁰ Sul binomio sovranità – proprietà, così auspicava L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1922, 52 ss.

⁷¹ Sul punto si rinvia interamente a S. Rodotà, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

⁷² In questi termini, R. Viale, *Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, Bologna, 2021, 22.

riferimento per la normazione.

Di contro, compito dello Stato dovrebbe essere quello di assicurare una presenza poliforme, nel mercato e nella società, orientando i flussi economici verso la pubblica utilità, così da arginare l'influenza delle spinte proprie dell'*homo economicus* sull'*homo civicus*⁷³.

4. Una possibile implicazione di diritto amministrativo. Nel caso in commento e nelle vicende che ne sono alla radice, emerge già *prima facie* la problematica inerente l'effetto conformativo delle statuizioni espresse dai giudicati amministrativi rispetto alla manifestazione del potere pubblico e al suo esercizio nell'ottica di provvedere, tanto in fase genetica (durante l'esercizio del primo potere provvedimentale), quanto nella fase successiva ed eventuale (di riedizione del potere amministrativo), nella logica della riconsiderazione degli interessi pubblici coinvolti e di bilanciamento del fatto con le norme vigenti, unitamente alla coerenza di principi e delle disposizioni costituzionali.

In questo segmento si intrecciano le considerazioni costituzionali e le regole amministrative. L'impossibilità di configurare nel nostro ordinamento una regola di *one shot* secco per l'Amministrazione (dato ricavabile dall'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990) apre la strada ad un nuovo modo di atteggiarsi dell'obbligo conformativo alle decisioni giudiziali, e al principio di legalità, qui da intendersi più correttamente come legalità finalit  o indirizzo⁷⁴.

Difatti, se non ogni caducazione impone il divieto per l'Amministrazione di riadottare l'atto annullato, la P.A. ha invece il dovere di conformarsi alla decisione resa sull'invalidit  del provvedimento censurato, senza possibilit  di elusione o inottemperanza, almeno a pena di emersione di un vizio genetico del nuovo atto adottato: la nullit .

L'Amministrazione, insomma, non ha altra strada se non quella di rispettare l'arresto giudiziale, potendo riadottare provvedimenti sul medesimo fatto, ma solo attraverso un nuovo giudizio di bilanciamento che tenga conto della *regula iuris* enunciata.

Il riesercizio del potere amministrativo appare temperato⁷⁵, in casi simili, dai limiti costantemente indicati dalla giurisprudenza amministrativa, qualora residui una discrezionalità non colmabile e non sostituibile per via giudiziale.

A questo proposito, il giudicato amministrativo precedentemente emesso non si estende alle sopravvenienze non considerate nel giudizio; il giudicato si estende, invece, al fatto, in relazione alla pretesa fatta valere dall'istante e all'accertamento del rapporto o della situazione giuridica cristallizzata nel provvedimento decisorio. In ogni caso, l'Amministrazione nell'eseguire la regola cautelare   vincolata al rispetto della corretta osservanza della decisione espressa, da adempiere secondo parametri di buona fede e leale collaborazione⁷⁶.

Allora, la strada costituzionale dei beni comuni diviene un modo per limitare il perimetro di esercizio del potere dell'Amministrazione, tanto nella fase del primo esercizio del potere che, maggiormente, in quello della sua riedizione, attraverso una modalit  *bottom-up*.

Come la pronuncia in commento dimostra (e anche le precedenti vicende asseverano), sottoponendo l'azione amministrativa alle regole e ai principi cogenti enucleati dalla

⁷³ C. Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du n olib ralisme*, Paris, 2007.

⁷⁴ Sulla legalit  indirizzo E. Casetta, *Compendio di Diritto amministrativo*, Milano, 2023, 23 ss.

⁷⁵ Per Cons. Stato, sent. n. 3480/2022 «in applicazione del principio del c.d. one shot temperato, per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale,   dovere della stessa pubblica amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato; tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilit  del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi».

⁷⁶ A questo proposito, cfr. Ad. Plen. Cons. Stato., sentenze n. 2/2013 e n. 11/2016.

giurisprudenza e dalla dottrina in materia, i beni comuni possono agire in ottica di tutela ascendente (attraverso lo stimolo alle amministrazioni di prevedere nuove forme di godimento dei beni in questione) e in fase discendente (in sede di limitazione del potere amministrativo già esercitato), al fine di rivendicare i diritti fondamentali e restringere enormemente il potere discrezionale pubblico.

Secondo la regola del *one shot* temperato, allora, la discrezionalità amministrativa diviene discrezionalità limitata al solo *modus* e non anche all'*an* del diritto. Dovendosi interessare la P.A. coinvolta non del riconoscimento del diritto, quanto della sua modalità di godimento, comunque ancorata a parametri stringenti che fanno degradare la discrezionalità amministrativa residua quasi ad una discrezionalità di tipo tecnico, decisiva al solo fine di dare attuazione alla soluzione migliore possibile, a patto che non emergano elementi nuovi.

Il limite strutturale al riesercizio del potere amministrativo, successivamente ad una pronuncia demolitoria delle motivazioni alla base del provvedimento gravato, risiede proprio nella salvaguardia del rapporto fiduciario tra P.A. e cittadini. In questi termini, il principio del *one shot* temperato è utile ad evitare che l'Amministrazione possa reiterare, nei successivi provvedimenti, in sede di riesercizio del potere, le medesime motivazioni assunte in quelli precedenti⁷⁷, dando origine ad un contenzioso pressoché incalcolabile e ad una relativa parcellizzazione processuale pericolosa per la tutela dei diritti.

È l'effetto amministrativo, discendente dalla 'rottura costituzionale', della divaricazione tra comunità e rappresentanza.

D'altronde, è lo stesso Consiglio di Stato ad asseverare che «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri»⁷⁸.

Tale limitazione, applicabile ad ogni giudizio simile a quello in commento, discende dal fatto che, essendo il godimento dei beni comuni un diritto costituzionalmente protetto, questo può essere sacrificato solo per un medesimo di diritto di pari rango, secondo le ordinarie tecniche di bilanciamento, così come utilizzate anche dal Giudice delle leggi⁷⁹.

Viene per questa via a profilarsi l'evocazione di nuovi principi direttamente applicabili nei giudizi che vertono su questioni attinenti a tematiche simili, generando commistioni categoriali tra principi – regola (relativi ad una fattispecie determinata) e principi – valore (relativi all'assenza di una fattispecie determinata)⁸⁰.

Anche non presentando i beni comuni necessariamente un regime giuridico tra loro uniforme (come invece avviene per beni culturali, ambientali e paesaggistici)⁸¹, guardando alla funzionalizzazione degli stessi, sia nella fase ascendente che discendente dell'azione amministrativa, attraverso la diretta applicazione della sistematica costituzionale originatasi sul tema, tale disomogeneità di regime giuridico diviene quasi irrilevante ai fini della tutela collettiva del bene. Ciò che importa, allora, non è il regime giuridico di per sé stesso, quanto la funzione costituzionalmente orientata del bene a soddisfare bisogni superindividuali e la necessità che questo venga conservato da *governance* esterne, influenzate da logiche private.

⁷⁷ L'esigenza è quella di impedire che l'Amministrazione possa tornare a decidere sfavorevolmente per il privato, portando ad equilibrio la garanzia d'inesauribilità del potere amministrativo di provvedere e l'effetto conformativo del giudicato caducatorio. Sul punto, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, sent. n. 660/2017.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1321/2019.

⁷⁹ Emblematica in questi termini è la Corte cost. nella sent. n. 85/2013, resa sul discusso caso Ilva.

⁸⁰ Secondo la distinzione di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 93 ss.

⁸¹ Così R. Lombardi, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva di indagine sui beni comuni*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Volume II, Napoli, 2015, 1451-1478.

Di più, lo strumento partecipativo diviene essenziale nei procedimenti amministrativi che hanno riguardo alla regolamentazione dei beni comuni: è necessario, a questo proposito, che Pubblica Amministrazione e cittadini collaborino nella predisposizione del miglior modo di tutela possibile, con obblighi partecipativi che gravino sull'Amministrazione.

Sul punto, è la stessa struttura del procedimento amministrativo a domandare maggiore democrazia partecipativa, poiché il procedimento è la sede naturale di raccoglimento degli «interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibile l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione»⁸².

Tale dato rappresenta l'ulteriore testimonianza di come i valori costituzionali vivano nel *law in action*, più che nel *law in the books*, e continuino l'opera di irraggiamento all'interno dei settori dell'ordinamento più disparati, finendo per fungere da recinto all'esercizio dei pubblici poteri e al faccitolante indirizzo di mercato.

L'aumento dei diritti costituzionalmente garantiti, ad assunti invariati, favorisce, in questo modo, il restringimento della possibilità d'intervento della pubblica autorità sui temi collettivi e sulla vita dei singoli.

5. Coordinate conclusive. In definitiva, la sistemica dei beni comuni non solo presenta dei risvolti sostanzialistici tali da generare spinte innovatrici nelle classiche categorie dell'ordinamento, ma diviene un modo per indicare nuovi percorsi di sviluppo democratico, della rappresentanza e della tutela dei diritti, con ricadute interessanti anche in termini di giustizia processuale.

Nuove forme di partecipazione alla vita pubblica, nuovi percorsi democratici di rappresentanza e sperimentazione sociale possono essere tracciati utilizzando gli strumenti esaminati, attraverso la leva giuridica costituita dagli artt. 9, 42, 43⁸³ e 46 Cost⁸⁴, in combinato disposto con i principi di uguaglianza e solidarietà.

L'implementazione di tale tematica forma un canale per strutturare una democrazia del conflitto che superi, nei risvolti sociali, la mera applicazione del principio di sussidiarietà, principio che, analizzato e applicato in via meramente formale, può generare derivate escludenti tra i membri della società.

Difatti, se molti intendono la sussidiarietà, nella sua versione orizzontale, come un modo attraverso cui «la società civile [partecipa] attivamente alla creazione di uno spazio pubblico, in un'ottica di solidarietà», dove gli organi dello Stato non [agiscano] con atti autoritari, bensì con spirito collaborativo»⁸⁵, sul punto bisogna ragionare con estrema cautela.

È necessario, infatti, che l'affidamento al principio di sussidiarietà e alla sua applicazione non sia esclusivo, dovendo sempre essere accompagnato da una cogenza stringente (come già ricordato) del principio di uguaglianza sostanziale, così evitando degenerazioni individualiste che possono nascondersi nei gangli dell'«agire solidale» quando questo avviene solo «per il

⁸² Corte cost., sent. n. 116/2020.

⁸³ In senso aderente all'analisi qui condotta A. Lucarelli, *Commento all'art 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006. Per inquadramenti con sfumature differenti, per citarne solo alcuni, cfr. S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960; A. Catelani, S. Labriola (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; A. Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Milano, 1982. Invece, riteneva che successivamente al processo normativo europeo l'art. 43 Cost. fosse destinato all'inapplicabilità N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998.

⁸⁴ S. Lieto, *La partecipazione dei lavoratori ai processi decisionali. Il difficile processo di democratizzazione per un'impresa al plurale*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 1-2.

⁸⁵ A. Lucarelli, *Beni comuni*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 2021, 27.

proprio interesse»⁸⁶.

In ogni caso, nella democrazia del conflitto, con riguardo ai beni comuni, non vi è bisogno assoluto di sussidiarietà in senso tecnico, poiché il paradigma di partenza è del tutto differente: i cittadini obbligano lo Stato ad agire, al fine di garantire la tutela e la fruibilità dei beni in questione e, solo successivamente, partecipano alla politica pubblica in termini di esercizio del potere in modo «condiviso», garantendo la gestione del bene secondo logiche democratiche diffuse e di controllo sull'operato dell'Ente.

In questo sistema è il conflitto che rivendica la partecipazione e non la partecipazione ad originare il conflitto.

La complessità del tema, però, richiede uno sforzo non solo al legislatore e alle Amministrazioni periferiche e centrali, ma principalmente allo stesso giurista, il quale non può «illudersi di poter svolgere il suo mestiere conoscendo esclusivamente il diritto. Egli deve innanzitutto conoscere i fenomeni che dovrà trattare con gli strumenti del suo mestiere»⁸⁷.

Invero, l'ordinamento dei beni comuni, più che una «implicita proposta politica»⁸⁸, figura l'obbligo di una decisa attuazione delle norme costituzionali e della sistematica teleologica che informa la nostra Repubblica, in un emergere dirompente di quello che sembrava un concetto di *communitas* oramai sopito, unitamente ad un rinnovato sistema delle fonti e a modalità di governo partecipative⁸⁹.

La finalizzazione naturale di tali beni a soddisfare diritti fondamentali crea una condizione di indifferenza sia rispetto al potere sovrano sia, per logica consequenziale, rispetto al soggetto che risulta esserne formalmente titolare: «appartengono a tutti e a nessuno [...] tutti possono accedervi, nessuno può vantare diritti esclusivi»⁹⁰.

Come già evidenziato, l'interazione tra i principi, regole giuridiche sparse per l'ordinamento nei suoi vari settori e prassi, in uno alle interpretazioni sistematiche della giurisprudenza, ha dato origine a nuove formule di garanzia e partecipazione, riempiendo di contenuto la rete di principi presente in Costituzione, garantendone la loro applicabilità⁹¹.

Ad essere coinvolta, nel processo giuridico evidenziato, è la stessa «interazione dello Stato apparato sullo Stato comunità, come norma che realizza valori meramente economicistici in posizione di supremazia rispetto ai valori meramente economici, come strumento di azione sulla società, in quella prospettiva di impegno alla sua trasformazione, compito funzionale della Repubblica per la sua Costituzione formale non meno che per la sua costituzione materiale»⁹².

Di certo, non si può continuare ad approcciare la tematica qui trattata secondo indicazioni e prospettive economiche anacronistiche, proprio per via della non utilizzabilità dei tradizionali concetti di escludibilità e rivalità che tralasciano la funzionalità di tale categoria⁹³. L'economia

⁸⁶ K. Bayertz, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in K. Bayertz, M. Baurmann, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Torino, 2002, 8.

⁸⁷ D. Sorace, *Considerazioni conclusive*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e Diritto*, Firenze, 1999, 125.

⁸⁸ In questo senso M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, in *Diritto e società*, 3, 2016, 375.

⁸⁹ A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici*, in *Diritto e società*, 3, 2016, 454 ss.

⁹⁰ È questo il pensiero relativo al binomio sovranità – beni comuni ripreso da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2020, 125.

⁹¹ Sul concetto di valore normativo dei principi costituzionali V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

⁹² Utilizzava con lungimiranza e maestria queste parole, già tempo addietro per un diverso studio sulla norma costituzionale a tutela del paesaggio, A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969, 428.

⁹³ M.T. Paola Caputi Jambrenghi, *Note minime sui beni comuni e funzione amministrativa* in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 95.

e il diritto hanno bisogno, in questi tempi, sì di una forte «cooperazione sociale»⁹⁴ ma, laddove occorra, anche di conflitto, il quale nonostante termini in un aumento della tensione rappresentativa, assicura un equilibrio nella dialettica tra potere pubblico e comunità, aprendo strade alternative per influenzare le scelte politiche con strumenti democratici che agiscono dal basso.

Abstract. La democrazia della rappresentanza appare in profonda crisi. Al crollo del sistema dei partiti è oramai accompagnato uno scollamento più generale del sistema democratico: la crisi del sistema comunità – rappresentante. L'attrito che si genera da tale accadimento costruisce un nuovo sistema giuridico, ovverosia quello della democrazia del conflitto. I cittadini trovano nel mondo del diritto nuovi strumenti democratici di partecipazione e rivendicazione delle loro istanze, il conflitto politico si sposta dall'arena parlamentare a quella giurisdizionale. In questo panorama i beni comuni rappresentano il terreno di elezione in cui si sviluppa una nuova dialettica tra cittadino, potere pubblico e ruolo del Giudice. Questo conflitto viene plasticamente rappresentato nelle vicende giudiziarie e amministrative avvenute in territorio napoletano, ove un gruppo di cittadine e cittadini organizzati si è battuto per il libero accesso al mare, riuscendo a far affermare in provvedimenti giudiziari principi relevantissimi in tema di beni pubblici e libera fruizione delle spiagge, costruendo una dialettica che ha al centro il mare come bene comune.

Abstract. The democracy of representation appears to be in deep crisis. The collapse of the party system is now accompanied by a more general breakdown of the democratic system: the crisis of the community – representative system. The friction generated by this event builds a new legal system, that is to say, the democracy of conflict. Citizens find in the world of law new democratic instruments for participation and vindication of their demands, the political conflict moves from the parliamentary arena to the judicial one. In this panorama the common goods represent the chosen ground in which a new dialectic develops between citizen, public power and role of the Judge. This conflict is plastically represented in the judicial and administrative events that took place in Neapolitan territory, where a group of organized citizens fought for free access to the sea, affirming, in judicial measures, very relevant principles on public goods and free use of beaches, building a dialectic that has at its center the sea as common good.

Parole chiave. Mare – Libero accesso al mare - Rappresentanza – Beni Comuni– Conflitto – Diritti fondamentali – Democrazia dal basso.

Key words. Sea – Free access to the sea – Representation – Common Goods – Conflict – Fundamental rights – Democracy from below.

⁹⁴ L. D'Andrea, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *Diritto e società*, 3, 2016, 433 ss.

IDENTITÀ DI GENERE E TUTELA DEI MINORI *

di Maria Teresa Cutolo**

Sommario. 1. Identità di genere e orientamento sessuale: delimitazione del piano di indagine. – 2. La tutela giuridica del minore: da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità. – 3. *Segue.* L'art. 315-bis, c. 3, c.c. e la centralità propulsiva del diritto all'ascolto del minore. – 4. Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale: il cambio di sesso. – 5. Rilievi conclusivi.

184

1. Identità di genere e orientamento sessuale: delimitazione del piano di indagine. La persona minore di età con disforia di genere – che ricorre quando un individuo non si identifica con il sesso enunciato nell'atto di nascita –, con la possibilità di sottoporsi ad un procedimento di rettificazione del sesso, anche in caso di conflitto con i genitori, ha ricevuto soltanto di recente una tutela effettiva, quale portato di un lungo percorso evolutivo per il riconoscimento e l'attuazione concreta di un diritto fondamentale, di carattere personalissimo.

Sul piano definitorio, l'identità sessuale è configurata come una «sottostruttura del funzionamento sessuale», rappresentata in diversi modi, che contengono consistenti sovrapposizioni¹ e correlata a: – sesso biologico (essere maschio o femmina); identità di genere (la propria personale percezione di essere maschio o femmina); orientamento sessuale e a valori e desideri (così si intende fare dei propri desideri, alla luce dei propri valori)².

L'orientamento sessuale è descritto come l'insieme dei fattori emotivi, sessuali e relazionali che indirizzano l'interesse verso un individuo di uno stesso sesso (omosessualità) del sesso opposto (eterosessualità) o di entrambi i sessi (bisessualità). È bene precisare, tuttavia, che molto spesso l'orientamento sessuale non è inseribile in una delle suddette categorie così delineate e non è sempre stabile, potendo cambiare nel corso della vita di una persona. Proprio per tali ragioni alcuni discorrono di orientamento sessuale fluido³. Va, inoltre,

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in Personta, Mercato, Istituzioni – Università del Sannio Benevento.

¹ S. Althof, *Erectile Dysfunction: Psychotherapy with Men and Couples*, in Leiblum S. editor. *Principles and Practice of Sex Therapy*, 4., New York, 2007; M. Yarhouse, *Sexual Identity Development: The Influence of Valuative Frameworks on Identity Synthesis*, in *Psychotherapy*, 38, 2001, 331 ss.

² M. Selvaggi, *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, *Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Hernandez-Truyol Berta Esperanza, R. Virzo, collana *Quaderni di Diritto delle successioni e della famiglia*, 11, Napoli, 2016, 15; P. Valerio, C. Scandurra, *Pluralità identitarie, questioni di genere e orientamenti sessuali: tra bioetica e biodiritto*, in Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, *Quaderni di bioetica*, 2016, 35, precisa che «l'identità sessuale non è qualcosa di già dato, ma si costruisce nel tempo attraverso un lungo e complesso processo interattivo dove si intrecciano, in maniera imprevedibile, aspetti biologici, psicologici, socioculturali ed educativi»; I. Schinella, *Identità sessuata, identità sessuale*, in (a cura di) L. Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio, *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., p. 245 ss.; M.G. Shively, J. De Cecco, *Components of sexual identity*, in *Journal of Homosexuality*, 3 (1), 1977, 41-48.

³ American Psychological Association, *Report of the Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, Washington DC, 2009, in www.apa.org.

sottolineato che l'orientamento sessuale è diverso dall'identità di genere⁴. Quest'ultima si riferisce, infatti, alla concezione e alla percezione di sé come uomo, donna o transgender.

Non vi è dubbio che il diritto all'identità di genere vada considerato come fondamentale ed espressione della più ampia figura del diritto all'identità personale. Ne consegue che la nozione di sesso di appartenenza risulta da una valutazione complessa, comprendente non soltanto il patrimonio cromosomico e i caratteri sessuali, ma anche l'orientamento psicologico e il comportamento sociale della persona⁵.

Per quanto concerne il profilo delle tutele e il pieno riconoscimento di tale diritto, la giurisprudenza delle Corti Europee ha contribuito in modo determinante⁶, incidendo anche sulla normativa nazionale.

Più nel dettaglio, nell'ordinamento interno, la l. n. 164/1982, modificata con d.lgs. n. 150/2011⁷, rappresenta un passo importante nella tutela giuridica delle persone in condizione di disforia di genere⁸, in quanto stabilisce i presupposti e regola il processo che consente

⁴ I. Schinella, *Identità sessuata, identità sessuale*, o.c. 248, chiarisce che «l'identità di genere è la modalità soggettiva con cui viene percepita e vissuta l'identità sessuata e la differenza genital-sessuale. E si costruisce in connessione con l'identità sessuata, da cui non si può prescindere e che in ogni caso può essere assunta, negata e rifiutata a motivo della vicenda autobiografica della persona nella sua interazione con l'ambiente vitale che la circonda, ovvero con la cultura».

⁵ M. Botton, *Sesso, identità di genere e nome nel mondo transessuale*, in commento a Corte di Giustizia Comunità Europea, 27 aprile 2006, n. 423, in *Famiglia e Diritto*, 2, 2007, 113; P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, Napoli, 1970, 154, sottolinea come questa opinione trova conferma, in sede costituzionale, nel giudizio sulla legittimità della l. n. 164/1982, là dove si è osservato che il legislatore italiano ha accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni [...], ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale», e quindi una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori»: Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur.it.*, I, 1986, 1, c. 806; Id, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. Situazioni soggettive*, III, Napoli, 2020, 48, evidenzia che nella maggior parte delle ipotesi è il profilo psicologico, ancor più di quello strutturale e biologico, a prevalere come criterio qualificante la disciplina dei rapporti. Ogni componente del sesso è giuridicamente rilevante; di volta in volta, secondo le circostanze alle quali le disposizioni fanno riferimento, sarà prevalente l'una rispetto a un'altra.

⁶ C.G.C.E., 30 aprile 1996, in causa C-13/14, in *Racc.*, 1996, I, 2143-2167. La Corte di Giustizia della Comunità europea, già nel 1996, aveva ritenuto che il tollerare discriminazioni nei confronti dei transessuali equivarrebbe «a porre in non cale il rispetto della dignità e della libertà che la Corte deve tutelare»; C.G.U.E. Sez. I, 27 aprile 2006, in *Famiglia e Diritto*, con nota di M. Botton, *Sesso, identità e nome nel mondo transessuale* e di S.A.R. Galluzzo, *L'osservatorio comunitario*, in *Fam., pers., succ.*, 8-9, 2006, 763. Secondo tale sentenza una normativa nazionale che impedisca ad un transessuale, in ragione del mancato riconoscimento del suo sesso acquisito, di soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dalla normativa UE deve essere considerata in linea di principio incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario.

⁷ Sul possibile mutamento del profilo sessuale di un individuo v. P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 8, 1970, 5 ss.; id, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, Napoli, 2020 43 ss. Per un approccio della materia dal punto di vista sostanziale cfr. S. Celentano, *La Legge 164/1982. La rettificazione di attribuzione del sesso*, in L., Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di), *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., p. 297 ss.; T. Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1475 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/1982*, in *Dir. fam.*, 2009, 713 ss.; P. Stanzione, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in L. Ferraro, F. Dicè, A. Postigliola, P. Valerio (a cura di), cit., 279 ss.; v. altresì le considerazioni di B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 465 ss.

⁸ In argomento, v. P. D'Addino Serravalle, P. Perlingieri e P. Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 461 ss.; P. Stanzione, *Transessualismo e tutela della persona: la L. n. 164 del 1982*, in *Legal. giust.*, 1984, 762 ss.; S. Patti e M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986; M. Dogliotti, *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Noviss. dig. it., Ap.*, VII, Torino, 1987, 786 ss.; M. Vecchi, *Transessualismo*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; P. Stanzione e G. Sciancalepore, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002. Sulle posizioni della giurisprudenza interna ed europea, v. anche A. Pinori, *Aspetti giuridici connessi ad interventi di modificazione dei caratteri sessuali*, in *Rass. Dir.*

all'interessato di addivenire ad un riallineamento tra sesso fisico e sesso psichico, oltre a far conseguire una rettificazione dell'identità anagrafica mediante un provvedimento giudiziale, che ordina all'ufficiale di stato civile di procedere alle necessarie modifiche⁹.

Il problema di siffatta normativa, come evidenziato nei successivi paragrafi, concerne l'ambito applicativo, dal momento che non considera specificamente le persone minori di età, creando così un vuoto di tutela e rimettendo alla decisione del caso concreto la scelta della soluzione più idonea a garantire una tutela piena ed effettiva. Tutela che dipende dalla sensibilità dell'autorità giudiziaria nel temperare gli indirizzi espressi dagli esercenti la responsabilità genitoriale – o da un curatore speciale – con gli interessi del minore, secondo la sua capacità di discernimento, in presenza di un diritto personalissimo che non può né deve essere pregiudicato dal dato della mancanza della capacità di agire in capo al minore non emancipato.

In assenza di una specifica normativa di riferimento, sulla questione in esame non vi è mai stata un'univocità di vedute, pregiudicando, in tal modo, lo sviluppo armonico della personalità del minore e l'attuazione del superiore interesse dello stesso.

2. La tutela giuridica del minore: da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità.

Il minore è soggetto titolare di diritti e portatore di interessi qualificati, ma non ha la capacità di agire, che acquista con il compimento della maggiore età. Secondo l'art. 2 c.c., soltanto da tale momento il minore consegue la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa (c.d. capacità generale dell'agire).

Nell'impianto tradizionale e patrimonialistico del codice civile¹⁰, che dà rilevanza non tanto alla persona quanto al suo patrimonio, la circostanza che il minore non sia in grado di compiere atti negoziali non rappresenta un problema perché l'esercizio degli stessi avviene mediante l'istituto della rappresentanza.

Nello specifico, il minore, considerato incapace di agire e soggetto debole da tutelare, è sottoposto alla potestà dei genitori (art. 316 c.c.) o del tutore (art. 357 c.c.) e, pertanto, in questo modo si sono da sempre considerati pienamente soddisfatti gli interessi patrimoniali dell'incapace, giudicando essenzialmente irrilevante, sul piano del diritto, l'esercizio dei diritti

civ., 1995, 621; P. Capitelli, *Mutamento di sesso e riconoscimento della pensione di reversibilità nel diritto inglese. Riflessioni sull'evoluzione dell'«acquis communautaire» in tema di diritti fondamentali*, *ivi*, 2006, 1129 ss.; cfr. anche A. Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, *ivi*, 2008, 732; P. Stanzone, *Transessualismo e sensibilità del giurista, una rilettura attuale della l. n. 164/82*, in *Dir. fam. Pers.*, 2009, 713; M. Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, in *Fam. dir.*, 2012, 184 ss.; M. Pucci, *Il mutamento del sesso e la tutela dell'identità personale*, in *Corti ombre*, 2013, 84; A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 50 ss.; G. D'Amico, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad. cost.*, 2015, 419 ss.; S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, 643 ss.; A. Cordiano, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 762 ss.; L. Bardaro, *La transizione sessuale: stato dell'arte e prospettive evoluzionistiche*, *ivi*, 33 ss.; C. Cicero, *Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 86 ss.; C. Angiolini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Eur. Dir. priv.*, 2017, 262 ss.

⁹ P. Perlinger, *Diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, *cit*, 51, sottolinea che il sesso è, come tale, posto a fondamento di un'ampia disciplina giuridica che va applicata o disapplicata in seguito al suo mutamento. Esso, dunque, «è un elemento che qualifica ed integra la situazione del soggetto influenzando sul suo concreto regolamento giuridico specie per quanto attiene all'effettivo esercizio dei diritti e dei doveri». In tale prospettiva, il transessualismo non può e non deve costituire un pretesto per imporre trattamenti discriminatori, in contrasto non soltanto con la *ratio* della l. n. 164/1982, come modificata dal d.lgs. n. 150/2011 – tendente da inserire pienamente nel contesto sociale il soggetto transessuale come appartenente al sesso nel quale s'identifica –, ma anche e soprattutto con il dettato costituzionale (artt. 3, c. 1, e 51 Cost.).

¹⁰ Impostazione dominante all'entrata del codice civile del 1942 e tramandata dal *Code civil*.

personali.

Tali considerazioni sono confermate dall'art. 320 c.c. che, attribuendo ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni dei figli, sino alla loro maggiore età, sul presupposto della loro incapacità d'agire (art. 2 c.c.), si riferisce esclusivamente ad atti aventi contenuto squisitamente patrimoniale.

Questa impostazione si rivela, tuttavia, gravemente insufficiente quando si discorre di diritti della personalità. In quest'ambito, infatti, titolarità ed esercizio del diritto tendono a coincidere perché si esprimono soprattutto nelle scelte esistenziali. Ne deriva che il fatto di non poter esercitare il diritto equivale in sostanza a non averlo¹¹.

La necessità di dare maggiore importanza al minore e di riconoscergli un ruolo attivo nelle scelte riguardanti la propria sfera giuridica ha ricevuto una spinta decisiva per effetto della sempre maggiore importanza assunta dalle fonti internazionali e, in particolare, dalle Convenzioni a tutela dei diritti del fanciullo¹², che hanno rivoluzionato la concezione del minore¹³, visto non più come incapace di provvedere a se stesso, ma protagonista delle scelte della propria vita, titolare di interessi suoi propri, distinti da quelli del nucleo familiare di appartenenza.

Più nello specifico, allo stesso deve essere riconosciuta la possibilità di esercitare personalmente i propri diritti, nella misura in cui lo consenta la sua capacità di discernimento, anche per mezzo dell'ascolto, che costituisce un diritto del fanciullo¹⁴.

Tutte queste soluzioni trovano conferma con la Riforma della filiazione del 2012¹⁵, che finalmente introduce una disciplina generale in cui al minore viene riconosciuta, anche se non pienamente, una maggiore rilevanza giuridica.

Questo cambio di impostazione si deduce, in modo particolare, dalla diversità lessicale utilizzata dal legislatore, il quale ha sostituito la nozione di potestà, evocativa di un potere su un minore, con quella di responsabilità genitoriale¹⁶. Tale modifica assume una valenza culturale profonda, segnando un radicale mutamento di prospettiva operato dalla riforma: nel rapporto genitori-figlio, l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse del quale questi è portatore¹⁷.

3. Segue: L'art. 315-bis, c. 3, c.c. e la centralità propulsiva del diritto all'ascolto del

¹¹ F. Agnino, *Il minore nel nuovo processo familiare*, in *Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, Rel. n. 113 del 15 dicembre 2022, 110.

¹² Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176; Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo in data 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la l. 20 marzo 2003, n. 77.

¹³ Sul punto v. M. Giorgianni, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 103 ss., che ridimensiona il concetto di capacità di agire, riportandolo appunto nell'area in cui storicamente si è sviluppato, ossia in quella dell'attività negoziale. Secondo l'Illustre a., «le attività che – pur rientrando nell'ambito del diritto privato – non riguardano l'area dell'autonomia negoziale, per la quale vale la regola dell'art. 2 c.c., ma quella relativa all'esercizio di diritti fondamentali, rispetto ai quali la incapacità di agire non può costituire alcun ostacolo».

¹⁴ Art. 12 Convenzione New York del 20 novembre del 1989: «1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».

¹⁵ L. n. 219/2012.

¹⁶ Così la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/13.

¹⁷ A. Morace Pinelli, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore di età*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4-5, 2023, 966 (commento alla normativa).

minore. In tale nuovo contesto assume fondamentale importanza l'art. 315-bis c.c., che enuncia lo statuto dei diritti fondamentali del figlio inteso come persona, diversamente da quanto accadeva in precedenza, quando la sua posizione veniva identificata solo in relazione ai doveri dei genitori e agli obblighi delle prestazioni alimentari¹⁸.

Il passaggio cruciale di tale processo evolutivo si rinviene nella circostanza che il minore/figlio non è più visto come un soggetto debole che necessita di protezione. Egli è piuttosto considerato come individuo, titolare di diritti soggettivi che devono essere garantiti da parte dell'ordinamento giuridico¹⁹.

Disposizione essenziale dell'art. 315bis c.c. è il c. 3 che, per la prima volta, disciplina il diritto all'ascolto del minore, quale diritto fondamentale della persona umana, in base al disposto dell'art. 24 della Carta di Nizza e, prima ancora di tale atto normativo, sul piano costituzionale interno, in virtù di numerose norme di riferimento.

Nello specifico, il diritto all'ascolto è riconducibile a quell'insieme di situazioni giuridiche di natura esistenziale afferenti alla persona umana (art. 2 Cost.) e per le quali l'ordinamento non ammette deroghe né discriminazioni sulla base delle condizioni personali (art. 3 Cost. e art. 21 Carta di Nizza, che contempla l'età nel novero dei divieti di discriminazione), nonché alle garanzie dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.).

Ponendo attenzione al contenuto del diritto all'ascolto, questo va individuato nella libertà di ciascuno di esprimere la propria opinione, e, pertanto, sotto tale angolo prospettico, trova fondamento nella libertà di manifestazione del proprio pensiero (art. 21 Cost. e art. 11 Carta di Nizza).

Il diritto all'ascolto, se considerato come funzionale a garantire il sano e armonico sviluppo psicofisico del minore, rinviene le norme di riferimento negli art. 32 Cost. e nell'art. 3 della Carta di Nizza²⁰.

Sulla base delle considerazioni che precedono il riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.) implica la possibilità del loro diretto esercizio da parte del minore. L'autodeterminazione, tuttavia, dipende dalla sua capacità di discernimento, ossia dall'attitudine del soggetto alla formulazione di un giudizio valutativo in ordine all'atto da compiere, da verificare in concreto, caso per caso. Si tratta di una capacità diversa da quella di agire²¹, espressione della graduale maturazione della persona²², che – ai sensi dell'art. 315-

¹⁸ M. Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 3, 2013, 509.

¹⁹ Su tale processo evolutivo cfr. M. Bianca, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, 173 (e in *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, 117 ss.); M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, 162 ss., secondo il quale «si è oramai affermata una nuova considerazione della condizione del minore, non più soggetto incapace mero destinatario di protezione, ma individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere»; P. Zatti, *Famiglia, familiae - Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 38, il quale pure pone l'accento sui diritti della personalità del minore; A. Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 326 ss., la quale richiama la nuova concezione «tesa a considerare il minore come vero "soggetto" di diritto e non più come "oggetto" della potestà dei genitori»; In argomento, cfr. le chiare note di P. Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 95 ss.. Sul fondamento della superiorità dell'interesse del minore, G. Ballarani, *La capacità autodeterminativa del minore*, in G.L. Falchi, A. Iaccarino (a cura di), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIV Colloquio Giuridico internazionale, Città del Vaticano, 2012, 465 ss.

²⁰ G. Ballarani, *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336 bis c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.* 847.

²¹ Sull'idea che la legittimazione o l'esclusione dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione – nella specie il riferimento è a quella terapeutica – non possono trovare il loro campo d'elezione nella riduttiva dicotomia capacità-incapacità: P. Perlingieri, *Dignità della persona e questioni di fine vita*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1, 2017, 81 ss.

²² P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, 949.

bis c.c.- nei minori di età superiore ai dodici anni si presume mentre con riguardo a quelli di età inferiore deve essere accertata dal giudice.

Preme evidenziare, tuttavia, che l'autodeterminazione del minore deve porsi necessariamente in bilanciamento con quanto previsto dall'art. 30 Cost., in virtù del quale l'interferenza dei genitori si giustifica in funzione di salvaguardia dei suoi interessi, personali e patrimoniali. La necessità di tale contemperamento viene meno man mano che si accresce l'autonomia del minore.

A tale riguardo, assumono valore fondamentale i principi affermati dalla Corte di Cassazione²³, in tema di fine vita, nel chiarire che l'esercizio del diritto-dovere di agire nell'interesse dell'incapace non si traduce nel potere di sostituirsi alla sua persona ma si sostanzia nella funzione di decidere insieme con lui, tanto più quando il minore sia prossimo alla maggiore età (i c.dd. grandi minori), man mano che l'incapacità svanisce.

Diversamente da quanto statuito dalle Convenzioni internazionali²⁴, per l'ordinamento interno il riconoscimento del diritto del minore ad essere ascoltato prima del compimento dei dodici anni di età è subordinato alla rilevazione della sua effettiva capacità di discernimento. Oltre tale soglia di età, la sussistenza del presupposto del discernimento si presume.

Il diritto all'ascolto è, dunque, la situazione soggettiva attiva attraverso la quale acquista espressa rilevanza giuridica la capacità di discernimento del minore, assunta a presupposto per l'applicazione e la effettiva operatività delle norme che attribuiscono questo diritto.

Alla luce delle considerazioni esposte si desume come l'art. 315-*bis* c.c. abbia riconosciuto al minore la posizione formale e sostanziale di titolare di diritti soggettivi da promuovere, più che di interessi da amministrare da parte degli adulti.

Il principio è stato ripreso dalla recente Riforma Cartabia²⁵, che, al dichiarato scopo di valorizzare la centralità dell'interesse del minore, ha inserito il diritto all'ascolto nel codice di procedura civile e in particolare all'art. 473-*bis*.4.

Tra le novità più significative della nuova riforma del processo civile vi è il rafforzamento e la valorizzazione della figura del curatore speciale. In particolare, sono state introdotte ulteriori ipotesi di nomina obbligatoria *ex lege*, e sono state attribuiti maggiori poteri processuali e compiti extraprocessuali al curatore, al fine di garantire una tutela effettiva alla persona di età minore, predisponendo uno strumentario giuridico adeguato, soprattutto in caso di contrasto con i genitori. Il nuovo articolo 473.8-*bis*, c. 1, lett. d), c.p.c.²⁶, in particolare,

²³ Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748: il tutore «*deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per l'incapace", ma "con" l'incapace*».

²⁴ La Convenzione europea del 1996 garantisce una partecipazione più incisiva del minore, finalizzata alla manifestazione del suo pensiero e della sua personalità e non soltanto strumentale alle esigenze istruttorie del giudice. L'art. 3 stabilisce, infatti, che al fanciullo considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente, sono conferiti, nelle procedure che lo riguardano, i seguenti diritti: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

²⁵ Il D.lgs 10 ottobre 2022, n.149, che attua la delega ricevuta dal Governo con la l. 26 novembre 2021, n. 206, per l'efficienza del processo civile, oltre che per la revisione degli strumenti alternativi delle controversie e misure di razionalizzazione in materia di famiglia, nonché in materia di esecuzione.

²⁶ Il 17 ottobre 2022, in attuazione della legge delega, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.lgs. n. 149/2002. L'art. 3, c. 33, d.lgs. n. 149/2022, introduce il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile relativo al rito unificato di famiglia; l'art. 3, c. 5, d.lgs. n. 149/2022, abroga il terzo ed il quarto comma dell'art. 78 c.c. ed il terzo comma dell'art. 80 c.c. inseriti dalla legge delega n. 206/2021, alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 1, c. 23, lett. a), ultima parte, della stessa legge delega, laddove si fa presente che l'introduzione di un rito unitario per le persone, per i minorenni e le famiglie comporterà la prevedibile necessità di «abrogazione, riordino, coordinamento, modifica ed integrazione delle disposizioni vigenti»; le disposizioni relative al curatore speciale del minore sono trasposte all'interno del corpo di norme sul rito unitario,

prevede, che il minore che abbia compiuto gli anni quattordici è legittimato a nominare un curatore speciale in caso di conflitto con i propri genitori.

La suindicata norma - che riconosce al minore un rimedio di carattere generale per la tutela dei diritti fondamentali dei quali è titolare - segna il passaggio dal mero diritto all'ascolto attivo (ex art. 315-*bis*, c. 3 c.c.) all'effettivo esercizio dei diritti a carattere personalissimo tramite l'intervento del curatore speciale.

4. Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale: il cambio di sesso. La posizione giuridica del minore, titolare di diritti soggettivi che vanno rispettati, va temperata con l'interesse protettivo dei genitori, che si attenua gradualmente in corrispondenza allo sviluppo della personalità del figlio, sino a svanire, di regola, nell'imminenza della maggiore età.

L'equo bilanciamento di tali interessi diviene complesso, soprattutto con riguardo ad atti di natura personale, quando sorge un conflitto tra figli, titolari del diritto, e genitori, tenuti alla cura e all'educazione dei primi. Si pensi all'ipotesi in cui il minore intenda perseguire il percorso propedeutico al mutamento del sesso (assunzione di medicinali che bloccano lo sviluppo, cure ormonali, interventi demolitori), senza il consenso dei propri genitori. In mancanza di una generale normativa di riferimento, la giurisprudenza è giunta spesso a soluzioni contrastanti.

Più nel dettaglio, proprio nel caso di transessualismo, considerato il carattere personalissimo del diritto al mutamento del sesso, la giurisprudenza ha negato l'esercizio dello stesso al minore d'età ritenendo, da un canto, che esso non fosse suscettibile di rappresentanza da parte dei genitori, trattandosi di azione strettamente personale, e, dall'altro, che il figlio, titolare del diritto, in quanto incapace, dovesse attendere la maggiore età per attuarlo²⁷. Contrariamente, in altra pronuncia, i giudici hanno ritenuto che siffatto diritto possa esercitarsi con il consenso dei genitori, legittimati ad agire quali rappresentanti del minore²⁸. Infine, secondo altre sentenze, in caso di conflitto, il minore, considerato capace di discernimento, può agire direttamente in giudizio ovvero può richiedere la nomina di un curatore speciale, cui demandare la proposizione dell'azione²⁹.

Diversamente è accaduto con riguardo al consenso informato dei minori al trattamento sanitario, in quanto è intervenuto direttamente il legislatore, con l'art. 3, l. n. 219/2017, prevedendo che esso «è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». In caso di rifiuto delle cure, ritenute appropriate e necessarie dal medico curante, può essere adito il giudice tutelare, anche direttamente dal figlio, minore d'età.

Dall'analisi svolta si deduce che, salvo le ipotesi in cui interviene direttamente l'ordinamento a regolamentare specifiche fattispecie, la decisione in merito alle scelte che può compiere o meno il minore vengono rimesse alla discrezionalità e alla sensibilità del giudice che decide sul caso concreto, con il rischio di generare disparità di trattamento, pregiudicando così la posizione giuridica soprattutto dei c.dd. grandi minori.

La riforma del processo civile del 2022, come già evidenziato, ha novellato la tutela del minore

segnatamente nel nuovo art. 473-*bis*.8 c.c. Resta la modifica al primo comma dell'art. 80 c.c. introdotto dalla legge delega n. 206/2021.

²⁷ Trib. di Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1107.

²⁸ Trib. Lucca 28 agosto 2021 iscritta al n. 1525 Reg. Gen. anno 2021, Presidente rel. Giuntoli.

²⁹ Decreto, Trib. min., Milano 30 marzo 2010, R.g. 579/10, Giudice rel., G. Mastrangelo.

introducendo l'art. 473-*bis*.8, c. 1, lett. d), c.p.c.³⁰, ai sensi del quale il minore che abbia compiuto gli anni quattordici è legittimato a nominare un curatore speciale in caso di conflitto con i propri genitori.

La norma riveste un'importanza dirompente perché quei diritti fondamentali che la riforma sulla filiazione ha riconosciuto al minore, accentuando il rilievo della sua personalità, acquistano effettività. Titolarità ed esercizio di diritti fondamentali si coniugano indissolubilmente³¹. Il curatore speciale, quanto più è sviluppata la capacità di discernimento del minore e la sua maggiore età è prossima, tanto più è chiamato a decidere con lo stesso, tenendo conto delle sue aspirazioni e inclinazioni³².

Preme rilevare, altresì, che con riguardo al diritto di ascolto del minorenne, il terzo comma della disposizione in esame riprende il contenuto del terzo comma dell'art. 80 c.p.c. ormai abrogato. Rispetto a quest'ultimo, sono state apportate integrazioni, prevedendo che «il curatore speciale del minore procede al suo ascolto ai sensi dell'articolo 315-*bis*, c. 3, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473-*bis*.4 c.p.c.».

La norma ha previsto espressamente il dovere del curatore di ascoltare il minore. Come evidenziato nei paragrafi che precedono, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo del 1996, hanno sempre garantito al minore capace di discernimento il diritto a essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano.

La riforma, pertanto, non ha fatto altro che riconoscere il diritto del minorenne di essere ascoltato dal «suo» curatore in modo conforme agli obblighi internazionali.

Con riguardo al profilo sostanziale, la riforma ha previsto, nel nuovo terzo comma dell'art. 473 *bis*.8 c.p.c., la possibilità di attribuzione al curatore, da parte del giudice, nel corso del giudizio e con provvedimento non impugnabile, di specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Trattasi del recepimento di un potere rappresentativo non solo processuale, ma a tutto campo, già riconosciuto al curatore dalla legge, e segnatamente dagli artt. 320, c. 6 c.c. e art. 321 c.c., limitatamente al caso di conflitto di interessi patrimoniali tra i genitori e i loro figli minori e dalla giurisprudenza in fattispecie quali, ad esempio, l'iscrizione scolastica, la scelta del medico curante o la sottoposizione a particolari trattamenti medici³³.

In definitiva, sembra possa assumere un ruolo di primo piano nei procedimenti di rettificazione la nomina del curatore speciale che, nella nuova prospettiva, potrà vedersi attribuite anche la rappresentanza e la difesa tecnica del minore, potendo altresì essere investito di specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore.

5. *Rilievi conclusivi.* Alla luce delle considerazioni esposte e a fronte della complessità degli

³⁰ Il 17 ottobre 2022, in attuazione della legge delega, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149. L'art. 3, c. 33, d.lgs. n. 149/2022, introduce il titolo IV *bis* del libro II del codice di procedura civile relativo al rito unificato di famiglia; l'art. 3, c. 5, d.lgs. n. 149/2022, abroga il terzo ed il quarto comma dell'art. 78 c.c. ed il terzo comma dell'art. 80 c.c. inseriti dalla legge delega n. 206/2021, alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 1, c. 23, lett. a), ultima parte, della stessa legge delega, laddove si fa presente che l'introduzione di un rito unitario per le persone, per i minorenni e le famiglie comporterà la prevedibile necessità di «abrogazione, riordino, coordinamento, modifica ed integrazione delle disposizioni vigenti»; le disposizioni relative al curatore speciale del minore sono trasposte all'interno del corpo di norme sul rito unitario, segnatamente nel nuovo art. 473-*bis*.8 c.c. Resta la modifica al primo comma dell'art. 80 c.c. introdotto dalla legge delega n. 206 del 2021.

³¹ A. Morace Pinelli, *Curatore speciale e autodeterminazione del minore di età*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4-5, 2023, 966 (commento alla normativa).

³² *Ibidem*.

³³ D. D'Adamo, *Il curatore speciale del minore alla luce della riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 4, 2022, 1315 (commento alla normativa).

argomenti trattati è possibile rassegnare alcune conclusioni.

Il filo conduttore delle riflessioni svolte concerne il complesso rapporto tra identità di genere e tutela del minore, la cui posizione giuridica, nell'ambito dell'ordinamento interno e sovranazionale, deve essere pienamente riconosciuta. Il passaggio, invero, da una visione patrimonialistica alla valorizzazione della personalità del minore ha consentito di riconoscere quest'ultimo non come un mero soggetto debole che necessita di protezione, ma piuttosto come individuo titolare di diritti soggettivi che devono essere garantiti da parte dell'ordinamento giuridico.

Il procedimento di rettificazione del sesso consente, a chi soffre di disforia di genere, un riallineamento tra sesso fisico e psichico. L'accesso a tale soluzione deve essere consentito anche al minore di età, in particolare ai c.dd. grandi minori, soprattutto in caso di conflitto con i genitori. Se il mutamento di sesso concorre a porre il minore nelle migliori condizioni per il suo sviluppo psicofisico, accedere al trattamento chirurgico significa attuare il suo *best interest*.

L'art. 473-bis.8, c. 1, lett. d), c.p.c., dunque, attribuendo al minore che abbia compiuto i quattordici anni la legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale, in caso di conflitto con i propri genitori, rappresenta un ulteriore passo avanti nell'evoluzione delle tutele del minore stesso. Più nel dettaglio, la norma in esame ha un valore culturale profondo in quanto, potendo trovare spazio in ogni giudizio civile in cui si delinei una contrapposizione di interessi tra genitori e minore, riconosce a quest'ultimo un rimedio, di carattere generale, per la tutela dei diritti fondamentali dei quali è titolare.

In definitiva, la nomina del curatore speciale – atteso anche l'intervenuto riconoscimento delle funzioni di rappresentanza e difesa tecnica del minore, nonché di «specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore» ex art. 80, c. 3, c.p.c. – rappresenta un'importante svolta nel procedimento di rettificazione del sesso.

Va, tuttavia, rilevato, senza smentire in alcun modo quanto asserito nei paragrafi che precedono, che tale strumento di garanzia, attuazione di un diritto fondamentale quale l'identità personale, non deve prestarsi ad abuso da parte degli stessi minori i quali, seppur capaci di discernimento, possono non avere una piena consapevolezza di determinate scelte che, una volta prese, sono irreversibili. La possibilità per un minore di procedere alla rettificazione del sesso comporta rischi significativi che richiedono un'attenta analisi, considerando la complessità dello sviluppo psicologico e le influenze ambientali tipiche di questa fase della vita.

L'adolescenza rappresenta un periodo di crescita e di esplorazione dell'identità, non solo in relazione al genere, ma anche in altri ambiti come la personalità, le preferenze e le relazioni sociali. Intervenire in modo definitivo su un aspetto così delicato potrebbe esporre il minore al pericolo di decisioni premature o condizionate da circostanze esterne, prima che abbia raggiunto una consapevolezza matura di sé. Inoltre, in caso di ripensamenti, il minore potrebbe affrontare un profondo disagio psicologico o fisico, con conseguenze difficilmente reversibili.

L'impiego del condizionale si rende necessario, poiché vi sono casi in cui tale maturità risulta già acquisita. In tali circostanze, la procedura di rettificazione del sesso si configura come uno strumento essenziale per consentire al minore una piena realizzazione ed espressione della sua personalità, allineando l'identità sessuale a quella psicologica.

Per questi motivi, è fondamentale che ogni richiesta di rettificazione del sesso da parte di un minore sia valutata con estrema attenzione, non soltanto dall'autorità giudiziaria, ma soprattutto da un'équipe multidisciplinare composta anche da medici e psicologi. Tale valutazione deve tenere conto non solo della maturità del minore, ma anche del contesto familiare e sociale, garantendo un percorso che sia il più possibile tutelante e rispettoso del

suo benessere.

È opportuno, dunque, operare un attento ed adeguato bilanciamento secondo ragionevolezza degli interessi coinvolti, analizzando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto, al fine di evitare che una simile tutela rischi di tradursi (o di trasmodare) in un abuso ai danni di quello stesso minore che si intende garantire. L'equilibrio tra il rispetto dell'identità di genere di un minore e la possibilità che questi possa cambiare idea richiede, pertanto, un approccio accurato e su misura, favorendo un dialogo costante e continuo il soggetto coinvolto.

Abstract. L'identità di genere è un diritto della persona, anche minore di età, che esige tutela soprattutto in relazione alla possibilità, riconosciuta al titolare, di autodeterminarsi, secondo le sue personali convinzioni.

Il profilo dell'autodeterminazione solleva, tra le numerose problematiche connesse alla pienezza ed effettività del diritto in esame, la questione del rilievo giuridico della capacità di discernimento del minore, che richiede una tutela maggiormente differenziata quando è prossimo al raggiungimento dei diciotto anni (c.dd. grandi minori).

Il presente contributo si propone di esaminare l'evoluzione del sistema giuridico, da una visione patrimonialistica, tipica del diritto privato, in cui risultava irrilevante, sul piano del diritto, l'esercizio dei diritti personali del minore, a un riconoscimento della sua capacità di autodeterminazione, specialmente quando si tratta dei c.dd. grandi minori.

In tale prospettiva, assume una significativa importanza l'art. 473-bis.8, c. 1, lett. d), c.p.c., recentemente introdotto con la riforma del processo civile, che attribuisce al minore che abbia compiuto i quattordici anni la legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale, in caso di conflitto con i propri genitori. La norma, attribuendo al minore un rimedio, di carattere generale, per la tutela dei diritti fondamentali di cui è titolare, ha un importante rilievo e impatto culturale e sociale.

Abstract. Gender identity is a fundamental right of the individual, including minors, which requires protection, particularly in relation to the recognized right of the individual to self-determination based on their personal beliefs.

The issue of self-determination raises, among the numerous challenges linked to the full and effective exercise of this right, the legal relevance of a minor's capacity for discernment. This aspect calls for more nuanced protection, especially when the minor is close to reaching the age of majority (so-called «older minors»).

This contribution aims to examine the evolution of the legal system, transitioning from a patrimonial perspective – typical of private law – where the exercise of a minor's personal rights was legally irrelevant, to a framework recognizing their capacity for self-determination, particularly in the case of older minors.

In this context, significant importance is attributed to art. 473-bis.8, par. 1, lett. d), c.p.c., recently introduced by the civil procedure reform. This provision grants minors aged fourteen and above the right to request the appointment of a special curator in cases of conflict with their parents. By providing a general remedy for the protection of a minor's fundamental rights, this rule has considerable cultural and social significance.

Parole chiave. Tutela del minore – identità di genere – autodeterminazione – discernimento – cambio di sesso – art. 473-bis.8, c. 1, lett. d), c.p.c.

Key words. Protection of minor - gender identity – self determination – self restraint – sex change – art. 473-bis.8, para. 1, d), c.p.c.

RECENSIONE A G. SCACCIA, *DIRITTI FONDAMENTALI, LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE. SCRITTI SCELTI*, NAPOLI, 2024, PP. 264

di Armando Lamberti*

194

Nella sua vasta e apprezzata produzione scientifica, Gino Scaccia ha dedicato la sua attenzione a molti campi del diritto pubblico e costituzionale, coniugando una precisione e una finezza dommatica ed ermeneutica da positivista puro con una grande apertura intellettuale.

Ne è ulteriore testimonianza e conferma la raccolta *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione. Scritti scelti*, edita per i tipi delle Edizioni Scientifiche Italiane.

Essa rivela, sin dalla densa Introduzione, che l'Autore è un costituzionalista consapevole della ineliminabile realtà della «politicità» dei diritti, che rigetta le «delizie dell'illimitata acconfittuale espansione delle libertà individuali» per sottolineare con forza il «primato della democrazia politica», quale sembra invece ridursi ad un «fastidioso colpo di tosse nel coro monocorde del post-moderno costituzionalismo dei diritti oltre lo Stato» (p. 12).

Il presupposto teorico fondamentale da cui muove l'Autore mi sembra, in effetti, delineato magistralmente nel primo saggio (*Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, pubblicato nel 2003 e in questa sede ripresentato ai lettori).

Occorre, difatti, cogliere la irriducibile «dualità» – così verrebbe da definirla – dei diritti fondamentali: da una parte, nella loro valenza difensiva rispetto agli atti del potere, impongono al legislatore di non assumere contenuti lesivi di posizioni, interessi, beni dotati di protezione costituzionale – e in ciò, in effetti, si ravvisa la missione primigenia del costituzionalismo: la limitazione del potere legittimo¹ –; dall'altra, la legislazione è «essenziale per conformare i contenuti concreti delle libertà, individuando le condizioni e i presupposti che ne rendono possibile il pieno dispiegamento e foggando gli istituti processuali necessari a garantirne la tutela». E, puntualizza l'Autore, «la ricerca del difficile equilibrio fra completa 'legalizzazione' dei diritti e indipendenza dei diritti dalla legge e, in definitiva fra politica e giurisdizione, ruota attorno alla nozione di 'contenuto essenziale', che assolve alla funzione di baluardo estremo rispetto alla libertà di apprezzamento politico del legislatore, ma anche di fondamento e al contempo di limite allo sviluppo in via ermeneutica dei diritti dell'uomo». Di qui anche la conseguente affermazione della necessità di una distinzione dommatica tra il contenuto essenziale dei diritti fondamentali e i «livelli essenziali» delle prestazioni (di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.).

Queste riflessioni mi sono parse da tempo assai convincenti tanto sul piano teorico, quanto sul piano dommatico: non a caso, in un lavoro monografico in corso di pubblicazione che intende rappresentare un «bilancio» costituzionale dell'esperienza dell'emergenza pandemica (e nei saggi che ne anticipano alcuni risultati²), ho voluto soffermarmi proprio sulla differenza, dommatica e positiva, tra le due espressioni.

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Salerno.

¹ In tema, sia consentito rinviare ad A. Lamberti, *Democrazia e Costituzione: attualità, disfunzioni, prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2024, 38 ss.

² Cfr., in particolare, A. Lamberti, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 6, 2022, 159 ss.

Il contenuto essenziale dei diritti, difatti, costituisce un limite che i giudici (costituzionali e comuni) fanno valere nei confronti della discrezionalità del legislatore, dell'azione delle amministrazioni e dell'esercizio dei poteri privati, laddove invece la definizione dei livelli essenziali è il risultato di decisioni eminentemente politiche a contenuto normativo (generale e astratto) con le quali viene effettuata una ripartizione delle risorse disponibili nelle casse dello Stato erogatore onde determinare la misura minima di talune prestazioni inerenti al godimento di diritti che debbono essere indifferentemente garantite sull'intero territorio nazionale³.

Se differenti sono i concetti, mi è parso importante sottolinearne il ruolo che essi rispettivamente (hanno assunto e) assumono nel contesto emergenziale: da una parte, infatti, la normativa emergenziale a tutela della salute pubblica, nel restringere altri diritti fondamentali, non può spingersi sino al punto di varcare la soglia del «contenuto essenziale» dei suddetti diritti, a pena di incostituzionalità diretta; dall'altra parte, le istituzioni pubbliche sono chiamate a garantire i livelli essenziali determinati con legge dello Stato ai sensi dell'articolo 117, c. 2, lett. m), Cost., nei limiti di quel «contenuto essenziale».

Se è vero, quindi, che si ravvisa una discrezionalità del legislatore statale nell'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, d'altro canto ciò non impedisce la configurazione di un limite a questa stessa discrezionalità, dato, appunto, dal rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali.

Per dirla altrimenti, l'essenzialità del livello di prestazioni è fissata dal legislatore entro il limite dell'essenzialità del diritto che quelle prestazioni sono chiamate a rendere effettivo: ecco, quindi, che su questo terreno emerge la differenza qualitativa e quantitativa dei concetti di «contenuto essenziale» e di «livello essenziale delle prestazioni», nel senso che la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni deve avvenire in maniera uguale o maggiore al contenuto essenziale dei diritti civili o sociali di cui si tratta.

Non a caso, si osserva che «una legge statale che determinasse i livelli essenziali delle prestazioni in maniera deficitaria potrebbe essere dichiarata illegittima per lesione del contenuto essenziale dei diritti cui le prestazioni si riferiscono»⁴.

Il contenuto essenziale è, dunque, un criterio di giudizio (anche) dei livelli essenziali.

Eppure – segnale criticamente – non sono mancati taluni arresti della Corte Costituzionale che, in maniera poco convincente, hanno affermato la coincidenza tra le nozioni di livelli essenziali e di contenuto essenziale dei diritti sociali (cfr. sent. n. 166/2008), con connesse ricadute applicative di non poco momento.

Molto ci sarebbe da dire intorno agli altri saggi raccolti da Gino Scaccia in questo volume, a cominciare dalla densa relazione su *Valori e diritto giurisprudenziale*, che prende le mosse dal celebre libretto schmittiano sulla «tirannia dei valori» e propone una riflessione sulla problematicità e sulla conflittualità interna dei valori (ne è espressione proprio la dignità – pur riconosciuta unanimemente come presupposto assiologico dei diritti fondamentali, per dirla con Silvestri⁵ –, che nondimeno ha una natura intrinsecamente controversistica, potendo essere ora interpretata in termini soggettivi, di autodeterminazione, ora in termini oggettivi, di limite all'autodeterminazione, con ricadute applicative anche opposte).

Così come appare denso di spunti di riflessione il saggio dedicato all'etica della funzione

³ Si v. D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, 274-275.

⁴ *Ivi*, p. 276.

⁵ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.

giudiziaria tra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri.

E decisamente significativi appaiono i saggi concentrati nella sezione seconda e nella sezione terza, che affrontano problematicamente il tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alle questioni teoriche e dommatiche relative all'impatto che questa implica sul sindacato accentrato di costituzionalità (di qui l'analisi, criticamente condotta in senso adesivo, della storica sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale sull'inversione della doppia pregiudizialità).

Proprio nella seconda e nella terza sezione, a mio avviso, è possibile apprezzare ancor meglio il tratto dell'approccio di Gino Scaccia, contrario ad illusioni ireniche e deciso a non accontentarsi del racconto delle «magnifiche sorti e progressive» del costituzionalismo cosmopolitico e multilivello né ad arrendersi al fatto della trasformazione costituzionale.

Un approccio, quindi, lontano dalle «sirene» che vorrebbero ormai superata la teoria dualista degli ordinamenti nel nome di un diritto costituzionale cosmopolitico dai tratti invero vaghi e sfumati, al punto da rivelarsi intrinsecamente monco e strutturalmente incompleto (nella misura in cui pretende di dissolvere in un «costituzionalismo dei diritti oltre lo Stato» la componente, decisiva e irriducibile, del «costituzionalismo dei poteri»).

Ciò non significa, però, chiudersi in un anti-storico sovranismo, che difatti l'Autore respinge con chiarezza, quanto piuttosto applicare correttamente le premesse dell'impianto teorico e dommatico delineato sin dalla sentenza *Granital* e, più in generale, rivendicare l'imprescindibilità del sindacato accentrato di costituzionalità, quale strumento ineliminabile di garanzia della rigidità della costituzione (e dell'«identità costituzionale») e, aggiungerci, anche di unità del diritto (oggettivo).

Non soltanto, infatti, la massimizzazione della tutela dei diritti (al plurale) non coincide sempre e ineluttabilmente – come sostiene l'A. (p. 25) – con la massimizzazione della tutela costituzionale (in quanto «l'interesse individual-soggettivo all'incremento di protezione giuridica va, infatti, bilanciato con principi istituzional-organizzativi che possono opporsi a tale incremento di tutela»), ma – soprattutto – la liquidazione dell'identità politica e culturale della Costituzione non può essere condotta surrettiziamente, attraverso decisioni giurisdizionali che, pur nel buon nome dell'espansione dei diritti soggettivi, espandono oltremodo l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (e, in particolare, della Carta dei diritti fondamentali), ma «richiede passaggi democratici di natura costituzionale, se non addirittura costituente» (così ancora l'A., a pag. 222).

Chi scrive ha sempre dedicato molta attenzione – e certo anche entusiasmo – al tema della tutela multilivello dei diritti, ora con riferimento alla libertà di informazione⁶ ora con riguardo ai diritti delle persone con disabilità⁷, ma non si può non esprimere la consapevolezza – che ora si arricchisce anche del sapiente contributo di Gino Scaccia – che una tutela multilivello o, come si dice, a «cerchi concentrici», funziona davvero se questi cerchi abbiano effettivamente lo stesso centro.

Oververosia, se si vuole, lo stesso punto di riferimento.

Ma ciò non è sempre vero, sol se si pensi alla problematica dei diritti sociali e alla tensione che non di rado si manifesta tra un ordinamento euro-unitario ancora troppo spesso permeato da una prevalente connotazione economicistica e un ordinamento costituzionale orientato intorno all'idea-forza (mortatianamente intesa) del lavoro *fundamentum rei publicae*

⁶ Tra i lavori più recenti, mi limito a segnalare A. Lamberti, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in *Consulta Online*, 2, 2022, 875 ss. e Id., *Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2023, 22 ss.

⁷ A. Lamberti, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *Consulta Online*, 3, 2022, 1031 ss.

(ex art. 1 Cost.)⁸.

Il volume di Scaccia, dunque, affronta il tema dei diritti fondamentali nel prisma del rapporto tra legislazione e giurisdizione secondo un approccio critico ai problemi.

E lo fa, in ultima istanza, accogliendo di fatto quell'invito formulato già in tempi, per così dire, non sospetti, da Luciani: «in queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi 'a rete' o 'multilivello'. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere. È davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide»⁹.

Ed è proprio quanto il volume di Gino Scaccia ci aiuta a fare.

⁸ Spunti in tal senso provengono, per esempio, da P. Piluso, "Costituzione economica" e teoria della costituzione materiale, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, 357 ss. e spec. 410 ss.

⁹ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 ss. e spec. 1667-1668.

SULLA AUTONOMIA «ULTERIORE» NELLE REGIONI A STATUTO ORDINARIO (O DEL REGIONALISMO «DIFFERENZIATO» VOLUTAMENTE «FRAINTESO»)*

di Francesco Gabriele**

198

Sommario. 1. Note introduttive. – 2. La politica, l'autonomia, l'unità: un groviglio inestricabile, tuttora precario. La politica. – 2.1. (segue) L'autonomia e l'unità. – 3. Sul (presunto) regionalismo «differenziato»: un dialogo «a briglie sciolte», senza oggetto e senza (veri) dialoganti. – 4. La portata «reale», non competitiva, della differenziabilità nella Costituzione. – 5. Esperienze in corso: senza ostacoli verso una «differenziazione» senza differenze? – 6. La legge *Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario*. Qualche osservazione «a prima lettura». Rassicurazioni poco rassicuranti? – 6.1. Il ruolo del Governo. – 6.2. I LEP: un'occasione importante, ma già perduta?

1. Note introduttive. La recente approvazione al Senato (ma l'atto, S 615, divenuto C 1665 e «licenziato» dalla Commissione affari costituzionali della Camera è già in Aula)¹ del disegno di legge testualmente specificato in nota², a prescindere dalla necessità, o dalla «strumentalità», o dalla stessa «utilità» strettamente giuridica, e da ogni altra considerazione, anche sotto il profilo delle fonti, su una tale legge³, che, se ordinaria, potrebbe essere considerata, almeno in gran parte, giuridicamente inutile, o scarsamente significativa⁴,

* *Riceriamo e volentieri pubblichiamo.*

** Già Professore Ordinario – Università di Bari Aldo Moro.

¹ Dove, si prevede, sarà approvato così com'è «per effetto dell'ormai vigente monocameralismo di fatto»: N. Colaiani, *Autonomia differenziata: ovvero "privilegiata"*, in *Questione giustizia*, 2024.

² Disegno di legge recante *Disposizioni per l'attuazione della autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, ormai divenuto, con una rapida promulgazione, senza rinvio e senza alcuna osservazione, come non di rado è avvenuto, la l.n. 86/2024.

³ Basti solo rilevare, almeno per il momento, che, all'opinione per cui il terzo comma dell'art. 116 della Costituzione non richiede una legge-quadro attuativa, né sarebbe lacunoso, e che, quando si vuole rinviare un adempimento alle calende greche, si fa una legge-quadro (M. Bertolissi, *Testi normativi e contesti costituzionali. Cose vere e meno vere a proposito della autonomia finanziaria*, in *Consulta on line*, 2, 2023, 495 ss.) si oppone quella secondo la quale una legge-quadro sarebbe, invece, molto opportuna, se non proprio necessaria, sia per disciplinare alcuni vuoti, sia per una disciplina comune che metta nei giusti binari procedure e contenuti, ivi compresa, «questione delle questioni», l'indicazione dell'ambito materiale delle richieste (A. Poggi, *Risposta alla IV domanda nel Forum intitolato "Riaprire il discorso sul regionalismo italiano tra istanze cooperative e prospettive di differenziazione"*. Introduzione di Marialisa d'Amico, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 142; v. anche, tra gli altri, M. Podetta, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in *Consulta on line*, 2, 2023, 353 ss., nonché, più di recente, e per le ulteriori indicazioni bibliografiche, G. Starrantino, *Prime considerazioni a margine della legge Calderoli: un'occasione di riforma perduta*, *Consulta on line*, 2, 2024, 862 ss.

⁴ V., sul punto, F. Pallante, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2023, 31 ss.

costituisce un passo comunque importante ai fini della possibile, concreta realizzazione, invero da alcuni attesa e perseguita, da altri temuta ed avversata, del non ancora meglio, anche se prevalentemente definito, «regionalismo differenziato» o «asimmetrico»⁵ (anche perché, magari, non è proprio identico l'oggetto cui si intende dare il nome⁶). Anche se previsto, ma non nominalmente, dall'art. 116, c. 3, Cost., questo nuovo «ramo» del nostro regionalismo non lo è, infatti, né obbligatoriamente, né necessariamente e/o contemporaneamente per tutte o, in ipotesi, almeno per un numero minimo di regioni ordinarie, ma solo come possibilità e, per l'appunto, caso per caso, e regione per regione. Potrebbe avvenire, pertanto, che il regionalismo *de quo* rimanga previsto, ma presente, nel nostro ordinamento, solo in astratto, o «sulla c(C)arta», per così dire, così da essere meglio definito, *pro tempore*, solo differenziabile, o, se anche realizzato, e nella misura in cui lo sia, integrale, o parziale in quanto semplicemente «incrementabile»⁷, nonché, eventualmente, con altre specificazioni (per es., se condizionato da alcunché, se diverso regione per regione o per gruppi, ecc.)⁸. La previa approvazione di una legge del tipo di quella predetta, deve dirsi, non ha condizionato, peraltro, né alcune Regioni, né il Parlamento, né il Governo. In sua assenza, e, per così dire, *medio tempore*, alcune delle prime, infatti, non hanno mancato, singolarmente, di assumere una

⁵ Non è facile, in effetti, e non lo è stato sinora, trovare, senza dubbi e contrasti, un termine, o un'espressione per indicare ciò che si intende rappresentare. E si confermerebbe, così, ancora una volta, che «lo spirito umano inventa più facilmente le cose che le parole: da ciò deriva l'uso di tanti termini impropri e di espressioni incomplete» (A. de Tocqueville come ricordato da M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2021, 125). Sembra interessante, peraltro, anche l'osservazione secondo la quale, con riferimento al nostro ordinamento, e al caso che ci riguarda, si dovrebbe, in realtà, dire il contrario. Da noi, infatti, non sarebbe tanto la parola a far sentire la sua mancanza quanto la «cosa», cioè la regione, che avrebbe ancora un contenuto notevolmente indeterminato (A. D'Atena, *Le Regioni fra crisi e riforma*, 1997, come richiamato da V. Tondi della Mura, *La strumentalità delle Regioni dall'unità in poi*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. D'Atena*, IV, Milano, 2015, 3094). Per un gran numero di qualificazioni, variamente proposte anche perché ciascuna rivolta ad accentuare, o evidenziare, questo o quell'aspetto, v., per es., M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 3-4.

⁶ Con riferimento alle due considerazioni sopra riportate, per es., si potrebbe trovare un buon terreno di incontro ove si pensi, come anche si dirà meglio in seguito, che, spesso, da noi, si è parlato, e, magari, ancora si parla, per es., e non immotivatamente, tra l'altro, di «regioni senza regionalismo» e di «regionalismo senza modello» (G. Pastori e M. Luciani), come è noto e come è ricordato, per es., da A. Morelli, *La differenziazione di un regionalismo senza identità*, in *Diritti Regionali*, 3, 2023, 704-705.

⁷ V. al riguardo, già dal titolo, R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata, aspettative ed incognite dell'incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 635 ss. C'è anche chi sembra preferisca parlare di «clausola di asimmetria»: v., per es., A. D'Atena, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116, u. c., Cost.)*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 313 ss.

⁸ Tra le condizioni, una, espressa, indicata dallo stesso articolo 116, c. 3, Cost., è il procedimento ivi stabilito (in sintesi: iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti, intesa, legge ordinaria variamente *rinforzata*); un'altra, già prevista dalla legge di bilancio per il 2023 (art. 1, commi 791-798, l.n. 197/2022) e, ora, anche da quella approvata, per ora, solo al Senato, di cui si diceva poc'anzi, che stabilisce la necessità della previa determinazione, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti «i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, c. 2, lett. m), Cost.), ai fini della individuazione dei quali un Comitato tecnico-scientifico con funzioni istruttorie appositamente istituito ha già svolto i suoi lavori presentandone i risultati in un ampio Rapporto finale (30 ottobre 2023). Tale Comitato, istituito con d.P.C.M. 23 marzo 2023 su proposta del Ministro per gli Affari regionali, presieduto dal prof. Sabino Cassese e composto di 61 membri tra «le massime autorità del campo amministrativo e economico, del diritto costituzionale, europeo ed internazionale, dell'economia e della matematica», come si legge nell'annuncio del Ministro riportato dall'Ansa, era incaricato di fornire supporto alla «Cabina di regia», prevista e disciplinata dall'art. 1 della predetta legge di bilancio per il 2023, presieduta dal Presidente del Consiglio, che può delegare il Ministro per gli Affari regionali. Può solo aggiungersi, «per la cronaca», che del Comitato appena 8 erano donne e che, sotto altro profilo, nel corso dei suoi lavori hanno presentato le loro dimissioni 11 componenti (tra i quali, cofirmatari della stessa lettera, G. Amato, F. Bassanini, F. Gallo e A. Pajno) e sono stati nominati 6 nuovi componenti.

iniziativa rivolta a conseguire «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» (o, come vedremo, comunque presunte tali), né il legislatore (*rectius*, la legge) di disporre, sia pure in misura minima, in qualche aspetto di esse, né il Governo (e/o sue articolazioni) ad operare di conseguenza. Non mancano, insomma, come può notarsi, già comportamenti ed atti, e quindi anche prime, ma concrete «esperienze» in corso ed in fase magari più o meno «avanzata», che, sia pure in ritardo rispetto ad un avvio possibile già dal 2001, con intensità varia, ma notevole e crescente a partire da un certo momento in poi, pur se varie e di varia provenienza (regionale, parlamentare e governativa), sono comunque molto importanti, ed interessanti, perché, con le sembianze ed i tratti, cominciano a delineare, ed anticipare anche la pluralità e la complessità dei non pochi problemi che l'attuazione del regionalismo in questione nella viva realtà inesorabilmente pone squarciando veli ed intenti, che pure la fantasia istituzionale più attenta non sempre riuscirebbe ad immaginare. Sembrano ancora più attuali ed interessanti, pertanto, anziché stanche e ripetitive, alcune riflessioni, di carattere anche generale, che il tema comunque già poneva e che ora, magari, più chiaramente svela. E ciò, naturalmente, non senza considerare né la quantità e la qualità dei numerosi contributi scientifici via via apparsi, anche del nostro «onorato» odierno⁹, ed i pareri espressi in audizioni parlamentari o in analoghe sedi istituzionali da «invitati» variamente «di fiducia», per così dire, né, e per certi versi soprattutto, per ovvi motivi, il sistema politico, e comunque il contesto socio-politico-parlamentare nel quale maggioranza ed opposizione, con i rispettivi argomenti, già in generale si fronteggiano anche aspramente e, per la verità, non senza spirito e/o interesse «di parte», mai trascurati, se non, spesso, anteposti, ma condizionando, pesantemente ed imprevedibilmente, ma strumentalmente, gli esiti di vicende già di per sé complesse e problematiche. Non potrebbe esserne immune, ovviamente, il nostro regionalismo, che, con le «sue» vicende, ne appare, anzi, «emblematico» ed induce, anzi, quasi a mo' di necessaria premessa, ed intanto, a qualche osservazione di ordine generale.

2. La politica, l'autonomia, l'unità: un groviglio inestricabile, tuttora precario. La politica. Una prima considerazione non può non riguardare il fatto che, anche per, e nei confronti di quello «differenziato», e per lo stesso Titolo V nel 2001 pressoché interamente riscritto, non sembra possa dirsi venuto meno, almeno nella sostanza, quella sorta di «irriducibile centralismo», di «centralismo ed improvvisazione», di «malcelata insofferenza nei confronti del sistema delle autonomie locali», della cultura politica italiana¹⁰ a causa del prevalere, peraltro diffuso nella stessa società nel suo complesso, di importanti e quasi istintive, molto risalenti, radicate «preoccupazioni» per i gravi e diffusi divari socio-economici, interpersonali e territoriali, e per l'unità nazionale sotto il profilo politico-istituzionale, da salvaguardare, ed economico-sociale, da promuovere e consolidare mediante la rimozione delle forti sperequazioni, o diseguaglianze, territoriali e sociali, che, magari, ne accentuano la percezione, ne abbassano la soglia della «tollerabilità» e ne rendono più alta ed avvertita la «pretesa» alla eliminazione. Non sembra, così, fuori luogo poter parlare ancora, con V. Crisafulli, più di «una» che «della» questione regionale («per sottolinearne, appunto, l'indeterminatezza, che si estende addirittura al suo termine di riferimento»)¹¹. Né sarebbe da

⁹ F. Abbondante, S. Prisco, *I nodi problematici nel processo di attuazione dell'autonomia regionale differenziata, tra questioni giuridiche e obiettivi politico-economici*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta on line*, 19 dicembre 2019; v., anche, S. Prisco, F. Abbondante, S. Parisi (a cura di), *Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale, secessione, referendum*, Napoli, 2020.

¹⁰ V., al riguardo, compreso il virgolettato, anche di recente, A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 197 ss.

¹¹ V., in tal senso, V. Crisafulli, *Vicende della "questione regionale"*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Vol. III, Milano, 1984, 521 ss.

trascurare, in aggiunta, ed in linea generale, una sorta di «uso tattico-strategico, ma più tattico, congiunturale e strumentale, delle regioni e delle altre autonomie, da parte delle forze politiche anche in contrasto con le rispettive concezioni politico-programmatiche, se non ideologiche, di fondo. Appaiono per lo più viste, infatti, mai disgiuntamente, per così dire, anche, se non sempre, dalla loro convenienza politica, la quale, per giunta, per sua natura non è sempre la stessa, ma varia con il variare delle situazioni. Più precisamente, ed entro certi, ma non trascurabili limiti, e nella sostanza, più o meno abilmente «mascherata», alle autonomie territoriali finirebbero inevitabilmente per essere favorevoli, di volta in volta e caso per caso, le forze politiche non di maggioranza, o, meglio, non al governo, e viceversa, e senza trascurare gli atteggiamenti «tattici» all'interno di una stessa coalizione, al di là dei propri convincimenti oggettivi, evidentemente «sacrificati» ad interessi ritenuti «superiori», o «prioritari» per l'occasione. Solo per esemplificare, e limitatamente agli aspetti più macroscopici ed evidenti, ne sarebbero in qualche misura prova, innanzitutto, il compromesso realizzatosi in Assemblea costituente, dove solo ad un certo punto avvenne, dopo quella sulle dichiarazioni programmatiche, «la seconda svolta dell'atteggiamento del PCI» e non mancavano anche «forti perplessità» tra i democristiani più giovani¹² (né sottovalutando, a nostro avviso, l'andamento dei rapporti tra i partiti rispetto alle questioni di, o, meglio, del Governo e ad alcune scelte fondamentali che si andavano prospettando: in particolare, l'uscita delle sinistre dai primi Governi di unità nazionale da un lato e, dall'altro, il fatto che le istituende regioni comunque assicuravano ai «perdenti» a livello centrale forme di «sopravvivenza», e presenza anche istituzionale con i «nuovi» governi, sia pure «minori», quali quelli regionali oltreché, naturalmente, con quelli locali, già esistenti, ma da potenziare, se non trasformare, nel senso di autentiche autonomie, ecc.). Le regioni ordinarie, come è noto, sono state concretamente istituite con un ritardo di più di venti anni rispetto alla statuizione costituzionale pur essendo parte importante e costante delle maggioranze che via via e frequentemente¹³ si succedevano in Parlamento ed al Governo lo stesso partito (la DC) che fin dall'origine le aveva volute con più decisione vedendo nell'istituto un forte elemento di pluralismo e di partecipazione non disgiunto dalla versione verticale, per così dire, del principio della divisione dei poteri e, in tal senso, «garantista» (il tutto molto e diffusamente sentito dopo l'esperienza del ventennio precedente). Evidentemente, era mutato, se non proprio capovolto, l'interesse «politico» alla concreta attuazione dei nuovi enti territoriali, e con essi, della Costituzione la visione dei probabili Governi regionali avvenendo, a quel punto, da luoghi opposti del Governo nazionale, cioè dalla maggioranza e dall'opposizione. Avviato con l'approvazione della legge (statale) per la elezione dei primi Consigli regionali (nel 1968, ma l'elezione dei primi Consigli regionali avvenne, dopo un rinvio, nella primavera del 1970) il processo attuativo, peraltro, fu lungo e non senza contrasti ed incertezze, e «resistenze», per così dire, soprattutto nel c.d. «primo tempo» di quello che doveva essere, giuridicamente, un semplice «passaggio», non un «trasferimento», come ripetutamente rilevato da M.S. Giannini, delle funzioni già statali (VIII Disp Trans. Fin.). Prevalse, infatti, un indirizzo notevolmente «restrittivo» dell'autonomia regionale mediante, tra l'altro, il c. d.

¹² Così, compreso il virgolettato, L. Elia, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in AA. VV., *Il sistema delle autonomie: rapporti fra Stato e società civile, Atti del Convegno sulla ricerca promossa dal Consiglio regionale della Toscana in occasione del XXX della Repubblica e della Costituzione*, Bologna, 1981, 47-63, e poi, anche in L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 309.

¹³ Sulla instabilità, e la scarsa durata in carica dei Governi non v'è alcun bisogno di soffermarsi. Può solo dirsi che, com'è noto, per non poco tempo a quella instabilità si opponeva, per così dire, una sostanziale stabilità dei partiti che, di volta in volta, entravano a far parte delle coalizioni e, soprattutto, di quello numericamente più forte, cioè della DC.

«ritaglio» delle materie¹⁴ sia in senso orizzontale (per es., l'urbanistica era sostanzialmente «solo» l'edilizia o il governo del territorio?) sia in senso verticale (andava considerata l'intera materia o solo la parte di essa di interesse regionale, che la Costituzione prevedeva espressamente solo per poche, come, per es., «viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale», delle materie e non per tutte quelle indicate nell'originario art. 117, come sempre ricordato, per es., dal già «costituente» prof. E. Tosato). Ciononostante, fu «inventata», ed aggiunta alle limitazioni predette, la funzione di indirizzo e coordinamento delle attività regionali attinenti ad esigenze di carattere unitario ecc., che, diceva l'art. 17 dell'allora legge «finanziaria» (n. 281/1970 e, poi, n. 382/1975), che la prevedeva, «resta riservata allo Stato» (nominandola, anzi «richiamandola» come se espressamente e formalmente già esistente e «nota») e sulla cui non sopravvivenza, benché formalmente non prevista, e non confermata con o dopo la riforma del 2001, non manca qualche interessante studio con qualche dubbio al riguardo. La Corte, d'altra parte, ne aveva ripetutamente ammesso la legittimità a prescindere da una sua esplicita previsione con l'espressione, dovuta alla penna del giudice relatore Vezio Crisafulli, che si trattava, in realtà, di nient'altro che del «risvolto positivo» del limite dell'interesse nazionale, allora esplicitamente previsto in Costituzione¹⁵ e, in realtà, sostanzialmente sopravvissuto, o, meglio, mai venuto meno, essendo ritenuto implicito nel sistema generale, anche dopo la riforma del 2001, pur se questa ne ha eliminato ogni riferimento esplicito, magari ricollegandolo, per es., anche alla previsione del peraltro di non facile, univoca identificazione, specie nei suoi rapporti con l'autonomia territoriale, principio di sussidiarietà. Vi fu un «secondo tempo» dell'attuazione, che avvenne con il famoso x.P.R. n. 616/1977, che avrebbe dovuto «completare» (secondo la stessa espressione del legislatore) il primo trasferimento avvenuto con i Decreti del 1972, e che lo fece in modo tale che Massimo Severo Giannini, nella prefazione ad un commento articolo per articolo del predetto decreto n. 616/1977¹⁶, si esprimeva, riferendosi a tutti i protagonisti del nuovo trasferimento, non escluse le stesse Regioni, con le parole «del lavar la testa all'asino». Per quanto riguarda il regionalismo «differenziato», infine, sembra potersi dire, se possibile, ancora di più. Intanto, ed in linea generale, il solito rovesciamento delle posizioni. Ne avversano l'attuazione coloro che lo hanno previsto approvando l'articolo 116, c. 3, Cost., all'interno di un Titolo V già profondamente novellato. Decisamente favorevoli, invece, coloro che si opposero (semplificando: «Centrosinistra» con il Governo G. Amato 2 e

¹⁴ Sulla centralità della individuazione e delimitazione delle materie non vi è alcuna necessità di soffermarsi. Può essere interessante ricordare, tuttavia, l'osservazione di A. Ruggeri (*Il Valore di "unità-autonomia" quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della "specializzazione" dell'autonomia regionale* (prime annotazioni), *Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Trento, 18-19 settembre 2020, 430 ss.) secondo la quale «la ricognizione dei confini delle sfere di competenza proprie degli enti in parola e la individuazione di ciò che è in esse contenuto». Rimanderebbe, in definitiva, alla «natura e alla dimensione degli interessi di cui gli enti sono chiamati a farsi cura» e sarebbero «questi ultimi, nella proiezione ora nazionale ora regionale, a fare la competenza e a sollecitare questo o quell'ente ad attivarsi ai fini della loro salvaguardia».

¹⁵ Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, nota ed importante, se non «famosa», fu la sentenza, la prima al riguardo, n. 39/1971, cui altre ne seguirono su aspetti diversi quali, ad es., i modi di esercizio, alcuni limiti, l'oggetto, ecc. Si interrogano sulla sua sopravvivenza dopo la riforma costituzionale del 2001, tra gli altri, e solo per esempio, P. Caretti, *Rapporti tra Stato e Regioni: funzione di indirizzo coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni*, 2002, 1325 ss.; Q. Camerlengo, *La controversa sorte dell'indirizzo e coordinamento*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del Seminario (Pavia, 6-7 giugno 2003)*, Torino, 2004. Sulla funzione *de qua*, volendo può vedersi, tra i vari contributi dedicatole dallo scrivente, F. Gabriele, *L'esercizio in via amministrativa della funzione statale di indirizzo e coordinamento: la Corte scioglie l'"enigma". Le Regioni vincono una "battaglia" ma perdono la "guerra"?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, 620 ss.; F. Gabriele, *La funzione statale di indirizzo e coordinamento alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e la sua incidenza sull'autonomia delle Regioni e delle Province autonome*, Bari, 1992.

¹⁶ A. Barbera, F. Bassanini (a cura di), *I nuovi poteri delle Regioni e degli enti locali*, Bologna, 1979.

«Centrodestra») e, bisogna dirlo, gli uni e gli altri con molta «decisione», e, per così dire, abbondanza di argomenti, non sempre pertinenti rispetto all'oggetto specifico e non senza l'uso di termini ed espressioni molto forti ed evocativi come, per es., «secessione dei ricchi», o «spaccatura del Paese» o «divisione dell'Italia»¹⁷ nel contesto di un dibattito molto ampio e partecipato, sempre più «politico» generale, con interventi e dichiarazioni di tecnici e di non-tecnici, perfino, per es., di dirigenti della Conferenza episcopale italiana essendo divenuta una questione nazionale e di principio, magari con risvolti anche «etico-sociali», del tipo «asimmetria si-asimmetria no», pur se, peraltro, non senza anche «visioni» e «toni» più moderati, in termini di regionalismo «ponderato»¹⁸, «responsabile»¹⁹, o di invito ad atteggiamenti meno prevenuti e più collaborativi²⁰ e anche più democratici secondo una visione, magari ingenua, di una democrazia sostanziale²¹, ecc. Colpisce, insomma, e, forse, per certi aspetti ancora di più, il fatto che, da subito dopo l'entrata in vigore della riforma del 2001, si sia assistito, nel corso del tempo e delle vicende politico-istituzionali, ad una continua variazione di atteggiamenti da parte degli uni e degli altri, a seconda dell'andamento delle coalizioni di governo, talora «improbabili», e perfino, all'interno di esse, dell'interesse specifico, contingente ed egoisticamente solo «tattico» di ciascun gruppo rispetto anche agli stessi «alleati», in assoluto disprezzo, più che in assenza, di qualsiasi preoccupazione di un minimo di coerenza, e di aderenza, con le rispettive posizioni di fondo, e, quindi, di «strategia», precedentemente manifestate e, magari, sempre «rivendicate» ed «evocate» come vincoli-impegni da onorare verso gli elettori «sovrani» (del resto, la stessa approvazione dell'art. 116, c. 3, Cost., è stato osservato, non sembra possa dirsi preceduta da una riflessione di carattere sistematico a causa del prevalere di esigenze momentanee e specifiche cui si sarebbe finito, magari, per attribuire, o ragionare quasi come se si attribuisse, di volta in volta, portata generale con grave incidenza sulla rinvenibilità di una «ratio», se non univoca, almeno ragionevolmente attendibile²², e non senza incidenza, peraltro, sulla corretta interpretazione e sul significato della disposizione²³, la quale, politicamente, come spesso avviene, risolveva

¹⁷ V., per es., G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi. Autonomie regionali e Unità nazionale*, Bari, 2019; Id., *Contro la secessione dei ricchi*, Bari, 2023; B. Deidda, *L'autonomia regionale spacca il Paese*, in *Questione giustizia*, 2, 2023; M. Villone, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Napoli, 2023; F. Pallante, *Spezzare l'Italia. Le regioni come minaccia all'unità del Paese*, Torino, 2024.

¹⁸ R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4, 2017, 635 ss.

¹⁹ S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni" nell'ambito del regionalismo differenziato*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2024, 108 ss. che è, come precisato dall'A., la versione rivista, aggiornata ed ampliata della relazione svolta al Seminario del Gruppo di Pisa di Bari del 1° dicembre 2023 sul tema *Il regionalismo differenziato, tra attuazione e resistenze*.

²⁰ V., di recente, per es., A. D'Andrea (Paper a cura di), *Attenzione a non demonizzare l'autonomia regionale, inclusa quella "differenziata"*, in *Federalismi.it*, Paper, 24 luglio 2024; per una visione più concreta, o realistica, della questione, senza toni inutilmente e polemicamente esasperati, v., volendo, semplificata e, per così dire, pacificatrice, R. Bin, *La "secessione dei ricchi" è una fake news*, in *Lacostituzione.info*, 16 febbraio 2019.

²¹ Per qualche considerazione in più al riguardo v., volendo, F. Gabriele, *Spigolature*, cit., specie 18 ss.

²² Per interessanti osservazioni al riguardo, tra gli altri, S. Mangiameli, *L'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna (nov. 2017). Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali. Audizione del 29 novembre 2017, anche in ISSIRFA e M. Bertolissi, *Testi normativi e contesti costituzionali. Cose vere e meno vere a proposito dell'autonomia differenziata*, in *Consulta on line*, 22, 2023, 495 ss., secondo il quale, tra l'altro, la ragione vera del dettato dell'art. 116, c. 3, che lo ha determinato, sarebbe l'autonomia speciale chiesta per sé dal Veneto.

²³ Non sembra lontana dalla realtà, in particolare, ma merita riflessione, l'osservazione di M. Bertolissi (v. la nota precedente), secondo la quale alla predetta riforma era interessata, se non esclusivamente, la regione Veneto e, magari, anche la Lombardia e che per ciò «si dovesse procedere nella logica dell'intesa evitando procedure complicate di ostacolo a qualsiasi risultato». Anche se si trattasse del realmente accaduto, rimarrebbe pur

un problema nel senso che lo rinviava²⁴). In effetti, lo stesso atteggiamento formalmente assunto con il voto può prestarsi, al di là del pur fondamentale significato oggettivo, a qualche approfondimento, per così dire, più ampio in senso «politico»: il voto favorevole, infatti, può spiegarsi anche con una accettazione «controvoglia», tattica e di mera convenienza, solo per evitare, o prevenire, il peggio e quello contrario, come nel caso *de quo*, nel senso di meglio poco, o non il massimo, che niente (come è concretamente avvenuto, del resto, in molti casi). Si può anche ricordare che una prima intesa, o pre-intesa con le regioni Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna, nell'immediata vigilia (solo alcuni giorni prima) delle elezioni politiche (febbraio 2018), fu firmata non da un Governo di centro-destra, ma dal Governo Gentiloni (politicamente di certo diverso; sottoscrittore il Sottosegretario con delega alle autonomie il veneto G. Bressa) e che intese separate con ciascuna delle predette Regioni seguirono, un anno dopo, da parte del Governo Conte 1 e integrazioni con nuove materie durante, nel 2020, il Conte 2²⁵ e senza «sconfessioni», per così dire, durante il successivo Governo Draghi. Sembra doversi prendere atto, insomma, di una sorta di ineluttabilità di un fenomeno che non si arresta neanche di fronte ad un aspetto certamente centrale delle istituzioni, quale è quello della distribuzione territoriale delle funzioni pubbliche, o, se si vuole, ed in sintesi, del regionalismo, e non ha «rispetto», potrebbe dirsi, per l'importanza e la gravità dei problemi, di varia natura, che non risolve, o ulteriormente pone²⁶ sia pure considerando le caratteristiche specifiche e le profonde diversità dei contesti che via via si succedono e che, magari, possono spiegare, ma non, almeno in parte, giustificare comportamenti quali quelli, per esempio, della inversione dei favorevoli e dei contrari nell'attuazione di disposizioni costituzionali rispetto a quanto avvenuto nella adozione di queste ultime. E ciò senza trascurare, peraltro, una certa difficoltà di identificazione dei veri favorevoli e dei veri contrari

sempre, però, che la disposizione infine approvata non sembra recare una qualche traccia significativa. Ha, infatti, una portata chiaramente generale e sarebbe davvero difficile, se non impossibile, limitarne il riferimento solo al Veneto, e, magari, anche alla Lombardia, senza nulla di testuale in una fonte di rango costituzionale per il riconoscimento della aspirazione alla «specialità», peraltro tutta da dimostrare al di là di affermazioni una fake new sautoreferenziali. Rimane, invece, per le Regioni in questione, come per tutte le altre, ma specificamente per ciascuna, la porta aperta alla attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, che, peraltro, potrebbe, e dovrebbe avvenire, come rileveremo, alla luce di una lettura corretta dell'articolo 116, c. 3, e non di quella, non senza seguito anche consistente, che ne appare del tutto al di fuori.

²⁴ È condivisibile, infatti, l'osservazione di A. Ruggeri, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 1, 2024, secondo la quale il terzo comma dell'art. 116 «parrebbe essere stato pensato unicamente per alcune Regioni e, comunque, limitatamente ad alcune materie o loro porzioni, di certo non tutte, come invece si vorrebbe secondo una distorsiva ricostruzione delle finalità dell'istituto in parola». Il fatto è che, al di là della sua genesi, conta anche per quello che obiettivamente dice, che corrisponde, oltretutto, all'esito del dibattito tra le diverse posizioni in campo e, come tale, va tenuto nella dovuta considerazione anche se il tutto induce a riflettere sulle vicende della formazione delle disposizioni normative e, poi, sui problemi che può porre l'interpretazione nel tentativo di ricostruirne il più correttamente possibile il significato nel contesto del sistema.

²⁵ Il presunto, temuto «scempio dell'unità nazionale», che si riteneva si preparasse con l'autonomia differenziata (per es., B. Deidda, *L'autonomia differenziata spacca il Paese*, in *Questione giustizia*, 3, 2023), aveva, quindi, almeno fino ad un certo punto, diversi «padri». Sulla discontinuità degli atteggiamenti sulla base della varietà della composizione delle coalizioni di maggioranza e dei/nei rispettivi equilibri interni v., tra gli altri, L. Gori, *L'autonomia regionale differenziata a partire dai lavori preparatori della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2023, 60-61 ss. cui si rinvia anche, come, del resto, dal titolo, per quanto riguarda i lavori preparatori relativi all'art. 116 Cost., c. 3, Cost.

²⁶ Sul ruolo, per così dire, della «politica» nei confronti dell'istituto regionale non vi è bisogno di citazioni. Solo indicativamente, può vedersi, per es., V. Tondi della Mura, *La strumentalità delle Regioni*, cit., 3093 ss.; di uso «congiunturale e politico del tema» parla M. Gorlani, *Risposta alla IV domanda*, in *Riaprire il discorso sul regionalismo italiano tra istanze cooperative e prospettive di differenziazione. Introduzione di Marilisa D'Amico*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2, 2022, 141; più severamente, anche se motivando variamente, A. Cariola, *Il regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 3, 2023, 796, parla di uso congiunturale delle istituzioni.

nella fluidità, o «liquidità», e nella confusione di un «sistema» politico che da anni fatica ad assumere una qualche stabilità ed elementi di fondo in qualche misura favorevoli anche una unità nazionale, si direbbe quasi una maturità «politica»²⁷, che appare sempre instabile e precaria ancorché necessaria e della quale, in verità, dovrebbero già essere consapevole espressione²⁸.

2.1. (segue) L'autonomia e l'unità. Probabilmente, manca ancora, in Italia, una diffusa acquisizione, prima ancora che tecnicamente, di almeno quella sensazione, e di quella consapevolezza, che di fatto si originano e, magari, vanno via via consolidandosi nel corso di non pochi anni, di ciò che significa e comporta, o può significare e comportare, soprattutto nella misura e nella qualità, un ordinamento autonomistico, o, se si preferisce, un ordinamento nel quale non siano antagoniste, ma coesistano vantaggiosamente per tutti, e siano intese in tal senso, pur in presenza di una certa elasticità dei due concetti, eguaglianza e diversità, unità nazionale ed autonomia, e, se si vuole, e più specificamente, di cosa può significare e comportare l'eguaglianza dei cittadini nel regionalismo, ossia la condizione giuridica delle persone applicata alle Regioni²⁹. Sarebbe assurdo, d'altra parte, perché ne basta la semplice lettura, pensare anche solo per un momento che la Costituzione, nel prevedere il principio del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali (art. 5), non abbia considerato, avendola, invece, ripetutamente e fortemente proclamata, se non proprio prescritta, l'eguaglianza, non solo formale ma anche sostanziale (art. 3), nonché altri valori e principi più o meno strettamente connessi ed aventi, per così dire, una natura, o una radice comune, come, ad es., la solidarietà, la coesione sociale, la dignità della «persona», ecc. Essa, così, ha anche preso posizione, per così dire, in ordine alla questione della compatibilità, al di là della elasticità dei concetti, tra federalismo-decentramento e unità-eguaglianza o, se si vuole, tra libertà ed egualitarismo ecc., non solo risolvendola positivamente, ma anche indicandone le condizioni e, in particolare, non senza il riconoscimento della giurisprudenza costituzionale, quella per cui, in sintesi ed in sostanza, un sacrificio dell'eguaglianza e, quindi, dei diritti sociali, a vantaggio, e tramite un potenziamento, per così dire, delle autonomie territoriali, potrebbe costituire, in realtà, neanche una revisione, in quanto tale e di per sé, legittima, ma una vera e propria «rottura». Non andrebbe trascurata, infatti, la eventuale violazione non solo di diritti inviolabili dell'uomo, ma anche quella, spesso dimenticata, dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale così come mirabilmente prescritto nell'art. 2, che si rivolge alla Repubblica e, quindi, a tutte le sue componenti secondo le rispettive funzioni. E, naturalmente, l'esercizio della parte di libertà comunque rinvenibile, non può essere spinta fino alla lesione della libertà, che deve essere libertà «uguale» anche in senso sostanziale fra tutti i cittadini sull'intero territorio nazionale, il quale, potrebbe dirsi, non può costituire di per sé una causa giustificatrice, direttamente o indirettamente, di diversità-discriminazioni³⁰. Con le autonomie territoriali, in fondo, volendo

²⁷ Parla di «degrado culturale del ceto politico», con conseguente pessimismo, sotto un profilo istituzionale, per così dire, per come potrà essere il prossimo futuro del nostro regionalismo, A. Ruggeri, *L'autonomia regionale oggi, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 1, 2024, 216.

²⁸ Volendo, per più ampi svolgimenti, v. F. Gabriele, *Spigolature sull'unità nazionale*, cit.

²⁹ Si veda, al riguardo, *inter alios*, per le interessanti considerazioni svolte, S. Mangiameli, *Regionalismo ed eguaglianza*, in *Italian Papers on Federalism*, 1, 2019, nonché, *ex alios*, per es., L. Chieffi, *L'effettività del principio di uguaglianza negli ordinamenti policentrici: il sistema italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Vol. I, Torino, 2005, 709 ss.

³⁰ In tema si veda, per es., di certo sostanzialmente condivisibili, i contributi già contenuti, ampiamente, in M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, 215 ss. e in Id. (M. Luciani), *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, 345 ss.

semplificare, il, cioè ogni cittadino (italiano) rimane (o dovrebbe rimanere) tale e uguale a tutti gli altri (cittadini italiani) a prescindere dal territorio di appartenenza, per quanto riguarda una pluralità di condizioni, formali e, nei limiti del possibile, sostanziali, e calabrese, pugliese, laziale, piemontese, lombardo ecc. per quanto riguarda altre, più specifiche, non essenziali ma ugualmente molto importanti in quanto non indeboliscono, ma contribuiscono ad arricchire e completare, nell'ambito e per effetto delle scelte in autonomia di ciascun ente, sempre di più le prime e, con esse, una unità nazionale di base già forte e coesa. E ciò anche se formule ed espressioni di per sé felici, anche letterariamente eleganti e perfino ammirevoli ed affascinanti, nelle quali convivono armoniosamente i diversi, se non anche gli opposti, che poi devono, però, continuare a convivere nella costante ricerca di un equilibrio precario nella sua dinamicità, «spiegano», e consentono, in un certo senso ed in qualche modo, i contrasti e le difficoltà nell'opera di concreta configurazione dei profondi ed inestricabili rapporti tra distribuzione territoriale delle funzioni pubbliche e *status civitatis* in senso lato, o, meglio, cittadinanza *sociale* o *attiva* (in particolare, ex art. 3, c. 2) e, in definitiva, diritti civili e sociali sull'intero territorio nazionale (si parlò anche, per es., da parte di M.S. Giannini, della Regione come di un «vaso vuoto» con l'etichetta Regione, tutto da riempire successivamente, e, nella fase della concreta attuazione, anche di Regioni per la salvezza dello Stato, ormai lento e pachidermico, di Regioni per la programmazione (a sua volta, dopo un periodo di centralità, ex art. 41 Cost., con non pochi aspetti attuativi problematici) e le sue successive versioni, o distinzioni (programmazione negoziata, programmazione di settore, contratti o accordi di programma ecc.) e di altro ancora sulla base delle esigenze del momento oltreché delle originarie ragioni istitutive, alle quali si «aggiungevano», senza contraddirle, le nuove). Il tutto nel mentre poco³¹ si faceva, o si riusciva a fare (neanche con la «programmazione») nella linea della rimozione degli ostacoli di cui al secondo comma dell'art. 3, cioè agendo, come sarebbe stato necessario, più decisamente ed autonomamente per realizzare condizioni economico-sociali-territoriali diverse, con minori divari, che, fondamentali di per sé, avrebbero potuto rendere anche più agevole, e magari meno problematica, l'attuazione di una effettiva e condivisa autonomia regionale, temuta se non attenta alle regioni più deboli. Per limitarci al profondamente riscritto e riformato Titolo V³², per es., da un lato, è innegabile, in esso, con le numerose, puntuali modifiche introdotte, una visione di fondo più «autonomista», anche «qualitativamente» innovativa, per così dire (per es.: inversione del criterio nella enumerazione delle materie di competenza statale e/o regionale e «nuova», anche se, per diffuso riconoscimento, discutibile, distribuzione di esse; eliminazione dei controlli preventivi e di altri limiti come, per es., l'interesse nazionale³³, principio di sussidiarietà³⁴, proporzionalità ed adeguatezza, ecc.), oscillante tra modello spagnolo, asimmetrico, come noto, per eccellenza³⁵ e modello tedesco, ancorché, in ogni caso, non «federalista» (nei limiti della nota elasticità

³¹ Non bisogna trascurare, infatti, prima della istituzione delle regioni, ed in sua assenza, il contributo comunque importante derivante dalla istituzione e dalla attività della Cassa per il Mezzogiorno, cui furono affidati anche compiti che, magari, sarebbero spettati alle, o «anche» alle Regioni.

³² Con la legge costituzionale n. 3/2001 si sarebbe avuto, comunque, «il primo processo di revisione organica subito in oltre cinquantacinque anni di vita dalla Carta costituzionale»: così P. Carnevale e F. Modugno, Premessa, in F. Modugno e P. Carnevale (a cura di), *Nuovi rapporti Stata-Regioni dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, I, Milano, 2003, IX.

³³ Esplicitamente previsto negli art. 117, c. 1, e 127, u. c., originari.

³⁴ Sarebbe, per es., il «portato più rilevante della riforma costituzionale del 2001»: A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 201.

³⁵ Sul quale può vedersi, in particolare, tra gli altri, Gonzalez Encimar, *Lo stato federale "asimmetrico": il caso spagnolo*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., 49 ss.

concettuale), rispetto al testo originario della Costituzione³⁶ (è superfluo richiamare l'attenzione sulla non automatica «esportabilità» dei modelli: le «Comunità» spagnole, per es., hanno, spesso, una identità e radici molto profonde sotto vari e noti profili e specifiche diversità possono riscontrarsi, rispetto all'Italia, anche in Germania). È, dall'altro, forte e diffuso, ed anche «rafforzato» per via di quella preoccupazione-esigenza istintiva storicamente e fortemente, se non ossessivamente³⁷, sentita, il richiamo, in esso, anche ripetuto, all'unità (esplicitamente giuridica ed economica), alla coesione nelle sue varie declinazioni e alle relative garanzie, che incidono sulla considerazione di altri principi variamente limitandone, o indirizzandone la portata (interessante, sotto questo profilo, l'elenco *omnibus* di cui all'art. 1, c. 1, legge n. 86/2024), tanto che si discute, non senza una certa diversità di posizioni, sul se il nuovo Titolo V (mai privo di osservazioni critiche e di proposte di ripensamento³⁸) abbia, per così dire, reso la II Parte della Costituzione più in linea con la Prima (art. 5) o, invece, abbia, di questa, imposto una nuova lettura (in questa sede si può richiamare la stessa previsione del regionalismo differenziato, che, non immune, a sua volta, da tentativi vari rivolti a metterla in discussione³⁹, ma anche a valorizzarla forse eccessivamente⁴⁰, sembra non potere avere, come vedremo, la «portata» spesso attribuitale ad una prima, non sistematica lettura, ed è comunque sostanzialmente subordinato, quanto alla sua concreta attuazione, o operatività, dallo stesso legislatore ordinario, ai LEP). Persiste, insomma, invincibile, una conseguente, costante tensione al mantenimento-perseguimento

³⁶ Sul regionalismo differenziato in Europa, tra gli altri, v. S. Tabellini, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teorici e di diritto positivo*, in *Italian Paper on Regionalism*, 1, 2018.

³⁷ Di una preoccupazione per l'unità, fin dalla unificazione, cioè da sempre, «ossessivamente» (virgolettato nostro) sentita parla U. Allegritti, *Autonomia regionale e tutela delle istanze unitarie*, in G. Rolla (a cura di), *La riforma delle autonomie regionali: esperienze e prospettive in Italia e Spagna*, Torino, 1995, 69 ss.

³⁸ Si veda, ma solo a titolo di esempio, l'Editoriale, di B. Caravita e G. M. Salerno, *Perché ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma*, in *Federalismi.it*, 15, 2021 ed Convegno, già ivi preannunciato, di Roma del 13 e 14 ottobre 2021, in collaborazione tra la Rivista *Federalismi* e l'ISSIRFA, dedicato all'approfondimento del tema, per i cui interessanti Atti, pubblicati cura di F. Fabrizzi, A. Poggi e G. M. Salerno, v. il n. 20, 2022 della Rivista.

³⁹ Dall'art. 116, c. 3, come è noto, si proponeva l'abrogazione con l'art. 50 della legge costituzionale approvata a maggioranza assoluta, ma non dei due terzi, dei componenti, nella seconda votazione, e che, curiosamente (miracoli della politica!) sottoposta a referendum su domanda fatta di tutti coloro che avrebbero potuto farla (art. 138: un quinto dei componenti di una Camera, cinquecentomila elettori, cinque Consigli regionali), non fu approvata dalla maggioranza dei voti validi (61,29%; votanti 52,46%) non è stata, ovviamente, promulgata (art. 138). Tale legge, come noto, su iniziativa del centro-destra, recava *Modifiche alla Parte II della Costituzione* e, nel suo ambito, anche al Titolo V, da poco (2001) novellato tanto che si è parlato di «riforma della riforma». Può altresì ricordarsi, inoltre, che la disposizione richiamata era recuperata, invece, sia pure con varie modifiche, e, comunque, riducendo le materie attribuibili alle Regioni escludendo, per es., salute, istruzione, ambiente, ecc., dall'altra, successiva riforma costituzionale, la c.d. «Renzi-Boschi», che, non avendo conseguito la maggioranza dei due terzi, e sottoposta a referendum, fu a sua volta anch'essa «bocciata» dal corpo elettorale.

⁴⁰ Ci riferiamo all'ipotesi che, prospettandone un significato rafforzativo del principio autonomistico già contenuto nell'art. 5 Cost., assunto come «fondamentale», ne esclude, per tale motivo, l'abrogabilità anche con legge (di revisione) costituzionale (si veda, al riguardo, anche *amplius*, D. Mone, *Autonomia, uguaglianza, livelli essenziali* (versione provvisoria), Relazione al citato Convegno del Gruppo di Pisa di Trento del 2020, 2 ss.). Sembra doversi considerare, peraltro, che l'art. 5 Cost., nel prevedere il principio del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali, non pospone a questo l'altro principio, in esso contenuto, dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, che potrebbe ritenersi rafforzato anch'esso dal terzo comma dell'art. 116 proprio perché il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali non deve contrastare, ma deve essere tale da cospirare contemporaneamente al rafforzamento dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica (ovviamente tutto da dimostrare). Del resto, il principio fondamentale del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali, così come integrato, nella sua immutabilità, *ex post*, da una per così dire semplice legge costituzionale, ugualmente potrebbe esserlo in senso contrario da un'altra, «semplice» legge costituzionale successiva in nulla essendo superiore a questa non potendo essere intesa come saldamente ed irrevocabilmente saldata, una volta per tutte, al principio *de quo* non potendo non avere entrambe la stessa attitudine normativa.

di un equilibrio dinamico, mai definitivo, fra tendenze che, anche potenzialmente opposte, devono, o dovrebbero cercare di convivere e convergere verso un obiettivo superiore in un contesto di disposizioni che non escludono, se proprio non alimentano, però, una lettura normativa incerta prestandosi, peraltro, a dare fondamento legittimante, e, comunque «argomenti», entro certi limiti, ad una varietà di possibili attuazioni. Fa temere per l'unità, per es., anche il fatto, innegabile, che esso possa comportare una deviazione dal regionalismo cooperativo ove non siano opportunamente frenate, per così dire, le potenzialità «competitive» insite nella differenziazione.

L'ordinamento regionale, in definitiva, sembra continuare ad essere utilizzato, quanto meno «anche», ma in notevole misura, come strumento di una lotta politica nella quale i contendenti sembrano non riconoscersi reciprocamente, o reciprocamente delegittimarsi, con riflessi, però, sulla fisiologia, per così dire, dell'unità ed indivisibilità⁴¹ della Repubblica proprio specie ora che, con il nuovo art. 114, i vari livelli territoriali di governo non sono (considerati) più, di questa, «articolazioni», ma parti «costitutive». Con ciò, infatti, in quanto costitutive dell'intero, non possono, o non dovrebbero fisiologicamente essere rivolte, né, a maggior ragione, poter cospirare alla sua frantumazione. A maggior titolo di prima devono poter partecipare, con pari dignità, e nell'esercizio del proprio ruolo, alla determinazione, si direbbe cristianamente, del «bene comune», o dell'interesse e dell'unità nazionale effettivi. Proprio il nuovo *status*, tuttavia, e una male intesa «libertà», per così dire, in esso rinuta compresa, potrebbe essere all'origine di comportamenti contrari o pericolosi per l'integrità e la permanenza, se non il rafforzamento, dell'intero. Non deve essere trascurata, insomma, neanche la peculiare posizione da riconoscere allo Stato quasi *naturaliter* rispetto agli altri soggetti richiamati nell'art. 114 specialmente in riferimento all'unità della Repubblica e a quella nazionale sulla base di numerose disposizioni costituzionali e, comunque, della Costituzione nel suo complesso. Esso, infatti, come è stato detto, è pur sempre, in ogni caso, l'unico ente che, tra l'altro, può parlare per la Repubblica tutta intera⁴². La stessa elezione diretta, e, quindi, «più democratica», per così dire, dei Sindaci prima e, soprattutto, dei Presidenti di Regione (subito ribattezzati «Governatori» dai e nei *mass media* e nei *social*), poi, pur nella innegabile torsione variamente presidenzialista della forma di governo regionale dovuta a diverse disposizioni costituzionali e statutarie (mai legittimanti, comunque, monarchie assolute e/o legislativi, o consigli, svuotati e prigionieri, come talora si ha l'impressione che accada), ma sempre lasciando inalterato il nome, è, però, spesso utilizzata, non solo in sede non tecnica, per così dire, cioè nei e dai *mass media* e nei *social* (l'importanza del cui ruolo non andrebbe mai sottovalutato), per affermarne una sorta di «superiorità» democratica di questi nei confronti del Presidente del Consiglio e meccanicamente estesa ai ruoli dei rispettivi enti, che, però, è del tutto ingiustificata ed erronea nel complesso dell'ordinamento costituzionale vigente e può avere riflessi non indifferenti sui rapporti Stato-Autonomie e sulla unità nazionale correttamente intesa⁴³. D'altra parte, proprio l'elezione diretta può, talora, per eccesso di protagonismo, o per altri motivi, portarli a volersi distinguere perfino dall'indirizzo nazionale quando espresso dalla stessa appartenenza

⁴¹ In quest'ordine di idee v., per es., C. Buzzacchi, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, in *Ass. It. dei Cost.*, Annuario 2020, *Emergenza, Costituzionalismo e Diritti fondamentali*, Atti del XXXV convegno annuale, 4 dic. 2020, Napoli, 2021, ed, ivi, i richiami ad A. Amorth per osservazioni già nel 1961.

⁴² A. D'Atena, *Tutela ambientale e autonomia differenziata*, in *Consulta on line*, 1, 2024, 62.

⁴³ Per più ampi svolgimenti sul tema v., volendo, F. Gabriele, *Spigolature sull'unità nazionale (anche "temuta" e/o "rifiutata") e il suo spirito nelle istituzioni, nelle forze politiche, nella società civile, nei media e nei social durante la pandemia (con seguito di lampi e tamburi di guerra, crisi climatica ed energetica ed inflazione verso le due cifre o della "tempesta perfetta")*, in *Nomos*, 3, 2022, 1 ss.

politica⁴⁴ (si tralascia ogni considerazione sia sul fatto che ciò potrebbe essere valutato positivamente in quanto arricchimento della democrazia, che è una democrazia pluralistica, sia sul fatto che, valutandosi, ma il discorso meriterebbe ben altro approfondimento, con favore la nuova forma di governo comunale e, poi, quella regionale, se ne auspichi una estensione a livello statale parlandosi di «Sindaco» d'Italia come se i modelli siano dei vestiti estensibili meccanicamente e prescindendo dalle varie caratteristiche di chi li dovrebbe indossare). Né si può sottovalutare, riteniamo, il sistema politico generale, se di «sistema» si può parlare almeno da un certo momento in poi, specialmente in riferimento ai partiti, pur di per sé portatori di pluralismo, di certo da sempre oggettivamente non proprio favorevoli, per struttura e funzionamento, a base nazionale o centralistici, sia pure nella diversità delle ragioni, allo sviluppo di autentiche autonomie. Già i «vecchi» partiti, quelli «ideologici», ai quali la Costituzione riconosce (in particolare, art. 49) un ruolo di grande rilievo per la realizzazione della democrazia repubblicana, ed in realtà artefici della stessa, non avevano, come si diceva, una struttura ed una fisiologia di fatto particolarmente predisposte, perfino «a dispetto» della loro ideologia, se non a favorire, o incentivare, quanto meno a non ostacolare il formarsi di un ambiente non ostile al predetto sviluppo. Quanto a quelli che ne hanno preso il posto, ed il ruolo, via via sorti, formati e, talora, perfino subito scomparsi, non può dirsi che abbiano, sotto il profilo che qui interessa (cioè rispetto alle autonomie), migliorato la situazione. Volendo, si può anche prescindere, tralasciando ogni altro aspetto, da come sono stati e da come si sono comportati più in generale nel corso del tempo, anche per e nella comprensibile assenza di vincoli discendenti da un proprio sistema, o bagaglio, di idee-base, o, se si vuole, di valori, o da una ideologia, o da una «storia», che li condizionasse e ne limitasse, all'interno, la fluidità e i movimenti (basti pensare al c.d. «turismo parlamentare»)⁴⁵, e che non avevano e non avrebbero potuto avere, del resto, in poco tempo non avendola alla nascita. Essi, però, pur, magari, evolvendosi e trasformandosi, costituendosi e ricostituendosi sotto altre spoglie, non hanno mai perso, ma costantemente conservato ed usato una innata tendenza, d'altra parte, come si diceva, non del tutto nuova, anzi comune, ad interessarsi di tutto dal centro, dalle candidature anche nei Comuni più piccoli a quelle di Presidente regionale (da distribuire secondo criteri nazionali). Hanno reso e rendono tutto «nazionale», anche la specifica autonomia, o diversità, di ogni singolo territorio e il pluralismo di cui è, o sarebbe portatore, snaturando, o facendo divenire di secondaria importanza i problemi specifici di ciascun ente con campagne elettorali durante le quali si parla, non «anche», ma quasi «solo» di questioni e problemi che nulla hanno a che fare direttamente con le specifiche realtà locali⁴⁶. Non sembra esagerato ritenere, in definitiva, che siano, in buona misura, i partiti, il «sistema» dei partiti e le trasformazioni che li e lo attraversano, a determinare l'andamento del regionalismo così che, a vicende alterne, ci si trova di fronte, a volte, all'esaltazione dell'autonomia fino agli eccessi dei fautori della dissoluzione dell'unità della Repubblica, e, altre volte, invece, di fronte a negazioni altrettanto radicali⁴⁷. Lascia molto a desiderare, in verità, anche il modo in cui la «politica», nella società

⁴⁴ Ne parla, per es., A. D'Atena, *Dove vanno*, cit., 201.

⁴⁵ Naturalmente diverso da un altro turismo, quello «sanitario», che evoca, invece, più direttamente proprio il problema della armonizzazione del regionalismo, specie se «differenziato», con gli obiettivi, le garanzie e le tutele di fondo del sistema «Repubblica» nel suo significato più ampio, e più «resistente» anche alla revisione costituzionale secondo l'art. 139.

⁴⁶ Una interessante spiegazione alla non soddisfacente, anzi «cattiva < attuazione del regionalismo è rinvenuta nella diversità delle classi politiche statali e regionale e locale da S. Mangiameli, *Regionalismo differenziato, divario territoriale ed eguaglianza*, in *Diritti regionali*, 1, 2024, 122.

⁴⁷ S. Staiano, *Sul regionalismo differenziato. Distorsioni concettuali, dinamiche partitiche, conseguenze della pandemia*, in D. Coduti (a cura di), *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie*, Torino, 2022, 6.

civile (innanzitutto, *media* e *social*) e nelle istituzioni, ha affrontato, se non «creato», e comunque «presentato», a nostro avviso, consapevolmente o meno, il regionalismo differenziato. Sembra possano dirsi falsati, infatti, almeno in parte, i termini e la sostanza e reso la «questione» di portata più ampia della sua oggettiva consistenza rispetto alle statuizioni costituzionali, che la stessa dottrina non sempre, come vedremo, si premura di adeguatamente sottolineare anche se, magari, neanche esclude, o nega.

3. Sul (presunto) regionalismo «differenziato»: un dialogo «a briglie sciolte», senza oggetto e senza (veri) dialoganti. Ai sensi del nuovo art. 116 Cost., «il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige e la Valle d'Aosta dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia secondo statuti speciali adottati con legge costituzionale» (c. 1) e «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia [...] possono essere attribuite ad altre Regioni [...]» (c. 2). Tralasciando, almeno per il momento, le numerose e diffuse critiche, anche meritate, rivolte, sotto vari profili (formulazione incompleta ed approssimativa, non priva di contraddittorietà, basso indice di interpretabilità, ecc.) a quest'ultimo comma, non può non notarsi che la possibilità, in esso prevista, della attribuzione di «nuove forme e condizioni particolari di autonomia», è riferita *ad altre*, non *alle*, cioè a tutte le «altre» Regioni ordinarie, come si legge, invece, nell'art. 1, c. 1, l.n. 86/2024. Il rilievo, in effetti, non sembra possa significare di per sé un contrasto netto della legge ordinaria con la disposizione costituzionale anche perché non sarebbe possibile, poi, stabilire a quante, e magari, a quali regioni ordinarie possano attribuirsi ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia anche se qualche indicazione, volendo, potrebbe, come vedremo, rinvenirsi nella disposizione sovraordinata. Non per questo il rilievo è, peraltro, inutile, poiché, a parte il suo fondamento nel confronto richiamato, anche a considerarlo un *lapsus calami*, è comunque indicativo dell'atteggiamento del legislatore, non limitato a questo caso, tendente a considerare generale, o generalizzabile senza particolari approfondimenti, a tutte le regioni ordinarie, ovviamente se richiesta, l'attribuzione, o l'attribuibilità, di una *ulteriore* autonomia. Esso sembra anche da tenere presente come esempio del possibile distacco di una legge ordinaria da quella costituzionale di riferimento con piccoli passi, che, se seguiti da altri simili, possono costituire espressione di un orientamento, se non di un vero e proprio interpretativo-attuativo di disposizioni costituzionali e, magari, talora, anche un graduale, ma quasi impercettibile allontanamento dalla corretta attuazione di esse. Può essere interessante notare, inoltre, come, sempre ai sensi del terzo comma in esame, l'autonomia di queste ultime, o di alcune di esse, e sempre singolarmente, al momento identica, possa essere aumentata, o, se si vuole, incrementata, ma non diminuita, o ridotta evidentemente perché già ritenuto che sia, o possa dimostrarsi, al più, insufficiente, non eccessiva, o troppa. Il legislatore costituzionale del 2001, insomma, conferma, potrebbe dirsi, la scelta «autonomista» del Costituente originario, ma solo nel minimo. L'ha resa modificabile, infatti, in un contesto già da esso direttamente e profondamente modificato sotto altri, non pochi aspetti (il «nuovo» Titolo V), solo «per addizione» e liberandosi, per così dire, della competenza, che ha affidato al procedimento e ai protagonisti di cui ci stiamo occupando.

Ciò chiarito, sembra di poter dire che, nel dibattito che si è sviluppato, dopo una fase quasi silente, per così dire, con le prime iniziative, di questa o quella regione ordinaria, rivolte al conseguimento di un nuovo *status*, specialmente, ma non solo, in sede politico-parlamentare, ma anche in altre sedi, non esclusa, almeno in parte, la stessa dottrina, sono portati argomenti, pro e contro, anche, pur se non sempre, di notevole spessore, che non si limitano, o solo sfiorano, però, il contenuto, o il merito della singola iniziativa, e, magari, da questa prendendo lo spunto, se non «incoraggiati», finiscono con il coinvolgere «il», o «un» regionalismo differenziato di per sé, o astrattamente, considerato e, comunque, quasi a prescindere da

riferimenti specifici giuridicamente concreti e, naturalmente, da osservare. Sembra discutersi, cioè, un regionalismo differenziato ipotetico, prescelto da un interlocutore e al quale gli altri talora accedono per calcolo o convenienza e talora aggiungendo altri elementi in una tenzone che finisce per risultare incomprensibile a chi, invece, vorrebbe capire per poi, magari, poter votare consapevolmente. Com'è naturale, che ciò possa avvenire, si potrebbe dire, *de iure condendo*, è fuori di ogni dubbio. Non lo è, invece, sotto il profilo poc'anzi evocato, cioè *de iure condito*, proprio perché almeno una norma costituzionale lo prevede e lo consente e da essa e dal sistema di cui è parte bisogna partire e al suo interno rimanere. E la sua negazione, o la contrarietà ad esso «a prescindere», sembra da attribuire proprio ad una certa politica, cioè a quella politica di cui si è già detto, che strumentalizza ogni argomento chiedendosi sempre, e magari perfino sbagliandosi, se e a chi giovi o non giovi ricorrendo quasi sempre a ogni tipo di argomento ritenuto utile nella circostanza, ma recando grave danno, e discredito anche alla vera funzione della «Politica». Sembra, nella circostanza, che i due fronti politici principali del dibattito (semplificando: maggioranza ed opposizione o, meglio, opposizioni) abbiano, e perseguano, in un certo senso, lo stesso interesse, anche se uguale e contrario. Più precisamente, la generalizzazione, e l'accettazione, del tema e del dibattito sembrano ritenuti utili al tentativo, neanche, poi, tanto difficile da intuire, degli uni tendente ad ottenere più di quanto la circostanza (di diritto positivo) potrebbe consentire e degli altri, a loro volta, ad impedire la realizzazione di ogni forma di regionalismo differenziato, cioè a non attuare l'art. 116, terzo comma, che pure non avevano mancato di introdurre, a suo tempo (nel 2001), ma solo, magari, per mera convenienza, o calcolo politico (si era, allora, alla scadenza della legislatura, nell'imminenza di nuove elezioni politiche e si parlava molto, e non senza almeno apparente consenso, di *devolution*, regionalismo «forte», ecc.⁴⁸) o, per così dire, semplicemente *re melius perpensa*.

Quanto all'espressione «forme e condizioni particolari di autonomia», pur brillante e felicemente riassuntiva ed evocativa, per così dire, al completo dell'autonomia di questo o quel soggetto (usata dalla Costituzione per le Regioni speciali già nell'art. 116 nella sua versione originaria ed in quella attuale)⁴⁹, andrebbe, intanto, comunque specificata nella varietà dei suoi possibili contenuti perché così individua, o nomina, riassumendolo, per l'appunto, un modo di essere, o uno *status* complessivo, ma nessuna delle sue possibili componenti nelle quali si articola, che possono essere le più diverse (legislativa, amministrativa, ecc.) e che tutte insieme lo costituiscono (potrebbe osservarsi, volendo, che, fermo restando il riferimento dell'aggettivo «altre» all'autonomia delle regioni ordinarie, che, così, rimangono «il modello», la particolarità di ciascuna regione speciale è affidata ad una legge costituzionale e quella, solo possibile, di ciascuna regione ordinaria al congegno, diverso, di cui al terzo comma dell'art. 116 e nei limiti di cui alle numerose altre disposizioni costituzionali comunque rilevanti). Di certo comprende, e non potrebbe non comprendere, innanzitutto, la potestà legislativa sia perché costituisce di per sé una forma e una condizione di autonomia comunque tra le più importanti, se non la più importante, se non altro perché è con essa che la regione acquista l'ampiezza e la profondità degli spazi che potrà utilizzare successivamente dando una «propria» copertura, con il principio di legalità, alla «sua» attività amministrativa, che a sua volta dà concretezza e visibilità, come suol dirsi, alla autonomia

⁴⁸ Volendo, v., anche, F. Gabriele, *Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

⁴⁹ È interessante notare come la Costituzione, nel testo originario, per le Regioni ordinarie parlasse di enti autonomi con propri «poteri e funzioni» (art. 115) e per quelle speciali di «forme e condizioni particolari di autonomia» attribuite secondo statuti speciali adottati con leggi costituzionali ecc. (art. 116). Ora, invece, l'art. 116, riferendosi alle cinque Regioni, dice che «dispongono» di forme e condizioni particolari e usa il verbo «attribuire» nel c 3 per quanto riguarda le ulteriori forme e condizioni alle Regioni ordinarie con la legge ordinaria p rinforzata di cui ci stiamo occupando.

della regione. I commi dell'art. 117 richiamati dal terzo comma dell'art. 116, del resto, disciplinano proprio la potestà legislativa (statale e regionale) nelle sue declinazioni e, divenendo modificabili sulla base di quest'ultimo, consentono di dire che, in definitiva, in questo caso il Parlamento è il primo a poter perdere «potere». Altre forme e condizioni di autonomia, diverse dalla potestà legislativa (*in primis*, naturalmente, quella regolamentare e quella amministrativa, ma anche l'ampia varietà, per così, di «prerogative», magari non agevolmente «inquadrabili» in questa o quella materia), infatti, sono certamente previste, e comunque desumibili da altre disposizioni costituzionali e tutte insieme, nel loro complesso, concorrono a costituire il «patrimonio» ed il riferimento rispetto al quale eventualmente attribuire le «ulteriori» di cui trattasi, cioè l'incremento differenziatore, o differenziante, che può consistere nell'aggiunta di questa e/o quella, anche da sole, ma nessuna potenzialmente esclusa. Dallo stesso art. 116, c. 3, invece, deriva con chiarezza un limite, cioè quello per cui le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia devono comunque «concernere» (non consistere nelle, o essere) le materie da esso chiaramente indicate. Ogni altra materia deve ritenersi, pertanto, in tal senso esclusa. Quanto all'osservazione, e all'incidenza del fatto che, secondo l'art. 118 Cost., le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni ecc. sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, l'esclusione di tali funzioni dalla attribuibilità alle Regioni ex art. 116, c. 3, Cost. non sembra poterne discendere automaticamente e, tuttavia, il relativo «problema» non andrebbe trascurato dovendosi comunque considerare il rischio di un «centralismo» regionale di ritorno non compatibile con i richiamati principi⁵⁰. Non ci sfugge, come si diceva, che il problema della individuazione e delimitazione delle materie ha da sempre costituito se non «il», certamente «uno» dei problemi più importanti nel contesto della concreta definizione dei rapporti Stato-Regioni e che la distinzione del riferimento alle funzioni o alle materie possa sembrare formalistico mentre non lo è proprio per salvaguardare la sostanza. La storia del primo e del secondo «passaggio» (quale meramente avrebbe dovuto essere, non un trasferimento, cioè un passaggio notevolmente «creativo», quale realmente è stato) delle funzioni, quelli degli anni '70, sarebbe, e può esserlo ancora, molto interessante ed anche «istruttivo», come abbiamo già detto. La stessa Corte costituzionale non ha mai mancato di svolgere, e continua svolgere, un importante ruolo, quasi razionalizzatore, se non correttivo, al riguardo⁵¹ (basterebbe pensare, oltre agli interventi sulla ampiezza degli ambiti materiali, alle materie «non-materie», a quelle «trasversali», ecc.). Tutto ciò nulla toglie, però, alla correttezza di ciò che si è poc'anzi affermato e alla sua importanza, anche pratica. E ciò, ovviamente, a prescindere dall'opinione, ampiamente diffusa e condivisibile, secondo la quale nel contesto della clausola di «asimmetria»⁵² ivi prevista una delle parti meno riuscite sarebbe proprio quella relativa alle materie di competenza statale trasferibili alle Regioni⁵³ o, meglio, «ulteriormente»

⁵⁰ Per spunti interessanti in generale sul tema v., per es., A. Piraino, *Regionalismo differenziato e principio di sussidiarietà nel disegno istituzionale del Ministro Boccia*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2-3, 2021, 739 ss.

⁵¹ Solo come esempio si può ricordare, tra gli altri, R. Bifulco e A. Celotto, *Corte costituzionale e materie*, in Idd. (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale nel riparto di competenza fra Stato e Regioni 2001-2014*, Napoli, 2015.

⁵² Sulla quale, oggetto di ampia e costante attenzione della dottrina, a titolo meramente esemplificativo, v. in particolare, oltre a A. D'Atena citato nella nota successiva, la *Giornata di studio sul tema della clausola asimmetrica nel regionalismo italiano*, svoltasi a Roma il 29 maggio 2019, i cui Atti, a cura di A. G. Arabia, A. Iacovello, G.M. Napolitano, sono pubblicati, con il titolo *Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*, da ISSIRFA-CNR, Roma, 2020.

⁵³ V. A. D'Atena, *Tutela ambientale e autonomia differenziata*, cit., 57, dove si prospetta l'opinione per cui l'ambiente non potrebbe mai divenire materia di competenza regionale esclusiva; si può ricordare, inoltre, e per es., che, secondo A. Poggi, *L'istruzione come fattore di partecipazione: le nuove sfide della complessità*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 423, «l'unica differenziazione possibile in materia di istruzione attiene alla possibilità per le regioni, tolte le materie

regionalizzabili, come, per es., l'ambiente, che consisterebbe, o consiste, naturalmente in un limite di per sé, quasi naturale, alla differenziabilità e in una buona obiezione a quelle opinioni che spesso parlano di «nuove» materie attribuibili salvo che vogliano riferirsi, ma impropriamente, a parti di quelle materie magari «reinterpretate» (avviene, poi, peraltro curiosamente, che, talora, nella consapevolezza di aver qualificato l'effetto della reinterpretazione come attribuzione di nuove materie, il che, di per sé, non sarebbe poi privo di una sua verità in concreto, non manca la «premura» di precisare, magari tra parentesi, *rectius*, *parti di materie*). Il fatto, in definitiva, che le ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia possano essere attribuite «solo» ed esclusivamente nelle materie di cui al terzo comma ed al secondo comma dell'art. 117 Cost.⁵⁴ o, se si preferisce, che, più in generale, gli ambiti di ampliamento dell'autonomia possano avvenire solo ed esclusivamente all'interno delle predette materie (altro e logicamente anteriore essendo il problema della di esse individuazione e delimitazione) può voler significare anche la necessità che non si ecceda nella reinterpretazione estensiva delle materie e non la si usi come grimaldello per alterare confini già di per sé piuttosto labili. E non senza sempre considerare e ribadire, che oggetto del possibile «trasferimento» non sono materie, né «ambiti» (spesso nominati distintamente dalle materie, ma piuttosto incomprensibilmente, per es., anche dalla recente legge sulle procedure) di esse, ma forme e condizioni di autonomia «concernenti» le materie, ossia, in definitiva, funzioni. È la funzione che deve riguardare specificamente la regione. Per quanto riguarda la materia, invece, è irrilevante se essa sia di interesse unitario o regionale perché così, a parte il fatto che si andrebbe su una valutazione già fatta dall'art. 117, e sulla quale l'art. 116 non abilita la legge ordinaria a contraddirlo, l'effetto dovrebbe essere di attribuire quella determinata materia, o parte di essa, a tutte le regioni ordinarie, e, quindi, di nessuna differenziazione. La coerenza della riflessione che così si propone è in qualche misura confortata dalla presenza, nella disposizione *de qua*, dell'aggettivo «particolari» (ulteriori forme e condizioni «particolari» di autonomia). Si deve trattare, cioè, come abbiamo detto, di forme e condizioni di autonomia non «normali», o «comuni», ma (volutamente abbondando in base ai vocabolari) «specifiche», «peculiari», «caratteristiche», «distintive», «esclusive», «individuali», «proprie», «singolari», «originali» ecc. della Regione caso per caso richiedente rispetto a tutte le altre dello stesso tipo, per così dire, cioè le Regioni ordinarie, proprio ciò giustificando, del resto, l'aspirazione alla differenziazione e, al contempo, la previsione della possibilità del riconoscimento anche giuridico. Ritenendo che possa trattarsi, invece, di forme e condizioni «ulteriori», bensì, ma «comuni», non peculiari, significherebbe ammettere una evidente contraddittorietà della Costituzione laddove essa finirebbe con il consentire alla legge ordinaria rinforzata di modificare la «sua» ripartizione delle competenze sostanzialmente senza alcun vincolo ma curiosamente, sul punto, elevandone il rango o abbassando il suo (*rectius*, decostituzionalizzandosi)⁵⁵. E ciò senza considerare che,

di propria competenza esclusiva (formazione professionale), di adattare, secondo formule organizzatorie diverse, le normative nazionali alla propria realtà. E, quando e se saranno definiti, di garantire sul proprio territorio i livelli essenziali delle prestazioni [...] per cui «sarebbe maggiormente compatibile con le caratteristiche dell'istruzione una legge statale di attuazione del titolo V che chiarisse i confini e i contorni dei poteri e delle funzioni regionali [...]»; si veda anche M. Gorlani, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, in *Italian Papers on Federalism*, 1, 2023, il quale, tra l'altro, mette bene in evidenza la difficoltà tecnica e l'errore di impostazione di trasferimenti generalizzati per materie e non mirati e specifici per funzioni. Specificamente per l'ambiente v., anche, *L'autonomia differenziata in materia ambientale: confini e limiti dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *Consulta on line*, 2, 2024.

⁵⁴ V., al riguardo, per esempio, la sentenza della Corte costituzionale n. 118/2015, netta e perentoria in tal senso (limiti di materia «indicati tassativamente» dall'art. 116, c. 3, Cost.).

⁵⁵ Sembra interessante ricordare i dubbi di costituzionalità, se così intesa, sollevati da U. De Siervo nell'Audizione alla Prima Commissione del Senato, critico verso un'attuazione dell'art. 116, c. 3, come

estendendo in un tal modo l'ambito di autonomia a questa o a quella regione, sarebbe difficile, poi, negarlo ad altre e, tendenzialmente, a tutte le altre finendo, però, con il renderle tutte «speciali» (ancorché ancora tutte uguali, o simili, cioè solo tutte «promosse») mentre, come detto chiaramente dalla Corte, una regione «differenziata» deve comunque rimanere nell'ambito delle regioni a statuto ordinario⁵⁶. E si risponde, così, anche ad una domanda spesso sollevata, cioè se sarebbe in linea con l'art. 116 una identica attribuzione di ulteriori forme e condizioni («particolari») di autonomia a tutte le Regioni (ordinarie) e, al limite, l'attribuzione a tutte di tutte le materie possibili. La risposta negativa, al di là di ogni ipotesi, peraltro solo astrattamente immaginabile, è motivata con l'osservazione per cui si avrebbe, in definitiva, ed in realtà, comunque una nuova e generale attribuzione con un conseguente regionalismo, aggiungiamo noi, «ulteriormente autonomo, bensì, ma ancora omogeneo, o uniforme, non differenziato e, per giunta, una modifica delle disposizioni costituzionali con legge ordinaria. Il tutto non senza considerare la contraddittorietà logica, prima che giuridica, per cui si avrebbe una attribuzione «specificata» ad una Regione che sarebbe tale anche per tutte le altre, cioè comune e, quindi, «specificata», o «particolare» per nessuna. È pienamente condivisibile, in questa ottica, l'osservazione per cui «ogni intesa volta alla specializzazione fa storia a sé, e richiede, pertanto, di essere vagliata in sé e per sé, senza improponibili confronti con altre, pure analoghe (e persino identiche), ma riferite a territori diversi»⁵⁷. Sembra interessante, in questo contesto, e, naturalmente, per quello che può valere, quanto fatto presente nella ricordata lettera al Ministro per gli Affari regionali⁵⁸. Si potrebbe solo aggiungere, volendo, che, nella «ratio» della disposizione è compresa anche un'altra limitazione alla legge (ordinaria) da adottare per l'eventuale, «ulteriore» attribuzione, che consisterebbe nel divieto di farlo, cioè di incidere, per così dire, o di alterare l'art. 117 nei casi comuni poiché questi rimangono riservati alla legge costituzionale.

4. La portata «reale», non competitiva, della differenziabilità nella Costituzione. La riflessione sinora proposta sembra condurre alla conseguenza per cui la portata del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, c. 3, sia, in realtà, e non possa non essere, molto più modesta di quanto, spesso, la si suole ritenere consentita e, soprattutto, la si voglia

interpretato da alcuni anni da diversi Governi e anche da quello in carica. Egli si ricollegava, ricordandolo, a quanto obiettato da L. Elia, che pure era favorevole alla grande revisione del Titolo V, già nel 2001 al Senato prospettando l'ipotesi, e, soprattutto, il rischio, che potesse trattarsi, in definitiva, della attribuzione della funzione legislativa esclusiva con legge ordinaria. Sul pensiero di L. Elia può vedersi anche, *amplius*, L. Michelotti, *La differenziazione regionale nel Titolo V della Costituzione nel pensiero e nell'attività parlamentare di Leopoldo Elia*, in M. Dogliani (a cura di), *La lezione di L. Elia*, Napoli, 2011, 337 ss. In tema può vedersi, di recente, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, P. Piluso, *L'art. 116, comma 3: una dubbia "rottura facoltizzata" della Costituzione?*, in *Consulta on line*, 2, 2024.

⁵⁶ Corte costituzionale, sent. n. 118/2015.

⁵⁷ A. Ruggeri, *Il valore di "unità-anatomia"*, cit., 440. L'A., come è noto, in questo, ma anche in altri contributi, ritiene che con l'art. 116 sia stato introdotto l'istituto della «specializzazione» e che, quindi, nel contesto della conseguente specialità «diffusa», possa parlarsi di regioni «specializzate», o, per l'appunto, e nel senso predetto, «speciali» ancorché diverse, sotto vari profili, da quelle (5) che abbiamo chiamato «speciali» fin dall'inizio per distinguerle dalle ordinarie. Riteniamo sia importante considerare che la specializzazione di cui è parola sarebbe, e dovrebbe essere conseguita non come una sorta di titolo raggiunto dopo avere «studiato», ma per il «riconoscimento» di specifiche caratteristiche e qualità per così dire naturali, che la precedente disciplina comune s'aveva in qualche modo soffocato o limitato questa essendo, e non potendo non essere, la logica della differenziazione (anche) giuridica.

⁵⁸ Il riferimento è alla lettera di Amato, Bassanini, Gallo e Pajno. In essa (Caro Ministro ecc.) si legge anche che avevano apprezzato «alcune tue importanti affermazioni sull'oggetto dell'autonomia differenziata, in particolare allorché hai condiviso, durante il seminario di Astrid, l'interpretazione per la quale le «forme e condizioni particolari di autonomia» da attribuire alle Regioni ex art. 116 riguardano specifici compiti e funzioni e non intere materie, e hai escluso trasferimenti di competenze in materia di norme generali sull'istruzione».

perseguire, ove intesa, per l'appunto, correttamente. Ciò conferma *aliunde*, e comunque vale anche ad integrare l'ipotesi, pure formulata e avanzata in dottrina, secondo la quale l'art. 116, terzo comma, sarebbe incostituzionale (solo) ove inteso come rivolto ad incidere, o a consentire, nella sostanza, di incidere negativamente sull'obbligo dei pubblici poteri di farsi carico delle diseguaglianze di ordine economico e sociale presenti sul territorio nazionale⁵⁹, ossia su un principio che, in quanto principio fondamentale, non sarebbe modificabile neanche con una legge (di revisione) costituzionale, come da tempo affermato anche dalla Corte costituzionale (esplicitamente a partire dalla sentenza n. 1146/1988) così dovendosi, o potendosi ritenere intangibile, in taluni casi, ed in definitiva, se non, magari, solo rafforzandolo, il disposto del potere costituente originario. Altro sarebbe, poi, l'aspetto legato al fatto che consente alla legge ordinaria, sia pure come da esso «rinforzata», di incidere sulla ripartizione costituzionale delle competenze Stato-Regione ordinaria riservata, invece, in ipotesi, in via assoluta alla legge costituzionale così da non potersene «liberare» o, potendolo, magari, solo a certe condizioni (quasi una riserva di legge costituzionale relativa). A qualche riflessione si presta, a questo punto, l'introduzione, con la profonda revisione del Titolo V del 2001, anche del regionalismo differenziato, che, può dirsi, già esisteva nella Costituzione nel senso della diversità della *ratio*, cioè della logica, «traslativa» o «derogatoria», tra Regioni ordinarie e Regioni a Statuto e speciale⁶⁰ e, volendo, anche all'interno tra queste ultime ciascuna essendo dotata di un proprio Statuto variamente approvato con legge costituzionale⁶¹ e, comunque, con diversi contenuti, proprio perché si trattava di una risposta, per così dire, caso per caso, ad esigenze contingenti e particolaristiche⁶², cioè specifiche di ciascuna di esse non solo rispetto alle Regioni ordinarie, ma anche a ciascuna delle altre speciali. Per le prime, invece, la disciplina era, e, per il momento, è ancora assolutamente identica nel senso che erano «costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione» (art. 115 originario)⁶³ per tutte indistintamente non

⁵⁹ V., al riguardo, già P. Caretti, *Proposte di riforma dell'autonomia regionale e limiti alla revisione costituzionale*, in *Reg. gov. Loc.*, 1994, 579, nonché M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, 256 ss. (inderogabilità del principio di solidarietà, anche tra gli enti territoriali, e di quello di uguaglianza)

⁶⁰ V. al riguardo, tra gli altri, A. D'Atena, *Costituzione e Regioni*, 1991, 188 ss., ma anche, più di recente, Id., *Dove vanno le Regioni?*, in *Rivista AIC*, 4, 2022, 192 ss., nel quale l'A., sottolineata la diversità dei due «circuiti» di autonomia regionale, ispirati a logiche profondamente diverse, se non «addirittura antagonistiche», rileva, poi, come le rispettive «declinazioni», mentre non hanno avuto, fino alla riforma costituzionale del 2001, significativi punti di contatto, dopo «non solo hanno registrato l'accentuazione dei loro connotati distintivi, ma, trascinando dagli ambiti di loro originaria pertinenza, sono diventate uno dei più rilevanti elementi propulsivi dell'evoluzione del nostro regionalismo» dato che la riforma non «si è limitata a irrobustire gli originari caratteri distintivi», ma ha «rotto la separatezza, che anteriormente ne caratterizzava le condizioni, realizzando delle contaminazioni che hanno messo in moto un intenso rapporto dialettico tra essi».

⁶¹ È appena il caso di ricordare che, al di là della diversità di contenuto, i cinque Statuti hanno avuto, per così dire, una vicenda diversa. Più specificamente, quello della Sicilia è stato approvato con Regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, prevedeva che sarebbe stato sottoposto all'Assemblea Costituente per essere coordinato con la nuova costituzione dello Stato ed è stato convertito in legge costituzionale dalla l. cost. n.2/1948; quello della Sardegna con la l. cost. n. 3/1948 (approvata dall'Assemblea costituente il 31 gennaio 1948); quello del Trentino-Alto Adige con la l. cost. n. 5/1948, redatto anche sulla base degli Accordi De Gasperi-Gruber ed allegati (ma importante è il d.P.R. n. 670/1972, recante *Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige* emanato in base alla delega di cui all'art. 66, l. cost. n. 1/1971); quello per la Valle d'Aosta con la l. cost. 4/1948, approvata dalla Assemblea costituente il 31 gennaio 1948 e quello del Friuli-Venezia Giulia con la l. cost. n. 1/1963.

⁶² C. Buzzacchi, *L'autonomia asimmetrica come valorizzazione di peculiarità localizzate in un quadro di unità e solidarietà*, in D. Coduti (a cura di), *La differenziazione*, cit., 83 ss.

⁶³ Come è noto, l'espressione si ritrova, ora, a seguito della riforma del 2001, nel art. 114, c. 2, ma insieme ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane. In riferimento alle Province e ai Comuni, invece, secondo

avendo avuto esito una ipotesi di differenziazione prospettata da Ambrosini anche all'interno delle regioni ordinarie sia pure con una procedura diversa e, comunque, con legge costituzionale⁶⁴. È appena il caso di ribadire che il discorso è a livello formale, per così dire, cioè che si tratta di diversità e di uniformità nel senso della disciplina costituzionale positiva e, quindi, delle potestà, o, se si preferisce, delle competenze esplicitamente attribuite. Di fatto, com'è ovvio, le differenze possono essere le più diverse potendo dirsi che ogni regione è diversa dall'altra sotto i più svariati profili (storia, tradizioni, economia, geografia, popolazione, ecc.) a quelli iniziali dovendosi aggiungere, e considerare, anzi, anche la diversità che può, e, anzi, dovrebbe derivare a ciascuna di esse dall'esercizio in autonomia, innanzitutto della potestà legislativa, e, poi, di ogni altra attività non di mera esecuzione, entro gli identici limiti (giuridici) stabiliti per tutte (e, magari, sottrarre, poi, del tutto o in parte, quelle che, proprio anche con l'autonomia, nel contesto degli obiettivi sociali, della Repubblica, limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e impediscono ecc.: *in primis*, art. 3, c. 2, Cost.; per altro verso potrebbe rilevarsi che sono proprio le diversità, o, meglio, alcune diversità, o specificità, che possono indurre ad una disciplina giuridica in qualche modo e misura «differenziata»). Il rilievo, in realtà ovvio, è comunque di grande, anche se spesso trascurata importanza, perché significa che l'uniformità di disciplina di cui non si manca di sottolineare l'aspetto negativo è comunque una uniformità relativa, cioè a maglie larghe quali dovrebbero essere i principi fondamentali, in quanto concepiti proprio per consentire a ciascuna regione di conservare e valorizzare, entro un tetto comune, cioè unitario, caratteri e capacità suoi propri e specifici. Sembra potersi dire, insomma, che la Costituzione, nel testo originario, non aveva escluso una differenziazione neanche tra le regioni ordinarie. Si trattava, tuttavia, di una differenziazione all'interno di principi fondamentali stabiliti da leggi dello Stato, che avrebbero consentito a ciascuna di differenziarsi da ciascun'altra anche esercitando tutte le stesse competenze, cioè all'interno di queste e non con competenze diverse. Sul perché ciò non sia avvenuto, o non sia avvenuto nella misura ritenuta sufficiente, il discorso sarebbe troppo lungo e, come è noto, è stato già approfondito in lungo ed in largo (apposite leggi «cornice» per lo più non adottate, e, quando adottate, non contenenti veri principi fondamentali, ma, spesso, disposizioni notevolmente analitiche e dettagliate; progressiva perdita della legge dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, ecc.). Le responsabilità dello Stato, se così si può dire, sono varie, magari, soggettivamente valutabili in modo diverso e, comunque, anche se, forse, in misura notevolmente minore, ad esse non sfuggirebbero neanche le stesse Regioni. Specialmente nei primi tempi, a differenza di altre (che hanno finito con l'operare da battistrada, se non da vero e proprio modello), non poche di esse non hanno fatto, o non hanno potuto o saputo fare un uso pieno degli spazi di autonomia di cui erano comunque dotate legiferando, invece, spesso sulla scia di altre perfino nell'*an* e nel *quando*, cioè a ruota e, comunque, nei contenuti, come è avvenuto anche, almeno in parte, per i primi Statuti, quelli detti di prima generazione. Può anche dirsi che nell'Assemblea costituente non sfuggiva, una volta assunta l'idea della istituzione delle regioni, il problema della individuazione delle comunità da entificare mancando un criterio certo sulla base del quale stabilire quante e quali fossero, o potessero essere anche perché non erano tante le identità chiare e nette sotto il profilo territoriale, storico-culturale, economico-sociale ecc. Non sfuggiva neanche il rischio di una disciplina comune ed indistinta legato alla diversità

⁶⁴ L'originario art. 128 essi erano, bensì, enti autonomi, ma «nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni».

⁶⁴ Sul punto v., ampiamente, anche per le indicazioni bibliografiche, C. Negri, *Le origini del regionalismo differenziato di cui al 3° comma dell'art. 116 della Costituzione, rileggendo le carte di Gaspare Ambrosini*, in M. Cosulich (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Trento, 18-19 settembre 2020, Napoli, 2021, 519 ss.

una dall'altra delle regioni delle quali appariva delinearsi con tratti più probabili, per così dire, una identità, o inividualità, più marcata per alcune e meno per altre in un contesto nel quale il legame tra le comunità e il nuovo ente esponenziale cui si intendeva dar vita, ossia la giuridica personificazione, non sempre era molto evidente non mancando, talora, di sembrare quasi artificiale. Grazie alla entificazione, le Regioni hanno assunto ormai, però, una identità ed un ruolo e, con essi, una sostanziale legittimazione, sia pure *ex post*, e comunque una ragione di vita insostituibile nella società e nell'ordinamento come, tra l'altro, ad un certo punto, quella, magari non prevista ma «conquistata» sul campo, di essenziale fattore di *welfare*⁶⁵, nonché, come abbiamo detto, di passaggio necessario per la riforma e la «salvezza», si disse, dello Stato, di anello indispensabile per la programmazione economica anche nelle sue varie versioni dopo il sostanziale fallimento di quella generale, ecc., che sono andate via via ad aggiungersi, come abbiamo visto, senza perderla, alla originaria *ratio* politica del superamento del centralismo liberale e, poi, fascista, e di altro modo di attuazione della divisione dei poteri, quello in senso verticale. Il tutto non disgiunto, naturalmente, da una indubbia valenza garantistica perché in grado di dar voce alle specifiche esigenze delle comunità sottostanti, in quanto rette da organi democraticamente eletti, e dalla presa d'atto che esse costituiscono, ormai, un elemento essenziale nell'equilibrio istituzionale complessivo⁶⁶. Alcune essendo grandi per territorio e popolazione, economicamente sviluppate e relativamente omogenee al loro interno, altre meno grandi o proprio più piccole, meno sviluppate e, magari, variamente eterogenee, non mancò quanto meno la consapevolezza della necessità, astrattamente, di almeno delineare, prima della istituzione, delle entità in qualche modo meno diverse, più autentiche e anche più «governabili», e, magari, non senza un qualche parere preventivo da parte delle popolazioni interessate. Il tempo a disposizione era però poco e le difficoltà ed e problemi «altri» che sarebbero potuti sorgere, non escluso un pericoloso, possibile, già latente «campanilismo», pressoché insormontabili. Si preferì, così, utilizzare, già esistente e con una sua funzionalità, quello che era un annuario statistico, che consentì di tagliar corto con le polemiche e con gli scontenti che altre possibili scelte avrebbero sicuramente alimentato⁶⁷. Poiché, però, quella di una disciplina non identica, attese le notevoli diversità tra le varie regioni previste, non sarebbe stata una opzione senza qualche sua buona ragione, potrebbe dirsi che la previsione, tanti anni dopo, del regionalismo differenziabile, a prescindere dalla vicenda che ha portato alla disposizione che lo prevede, e dai suoi lavori preparatori, appare in grado di contribuire a soddisfare almeno alcune delle istanze che la disciplina costituzionale uniforme non aveva potuto, per varie ragioni, considerare. E ciò anche se un barlume in tal senso si sarebbe potuto

⁶⁵ Si veda, al riguardo, per es., S. Bartole, *Le Regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica: tentativi più o meno convinti di trovare una legittimazione etnica*, in Id. (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Milano, 1999, 2 ss.

⁶⁶ Al riguardo v., fra gli altri, A. Desideri, *Se le Regioni italiane abbiano un fondamento territoriale e quale sia*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, vol. II, Milano, 2015, 853 ss., ma anche A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, cit., 200 ss. .

⁶⁷ Può essere interessante ricordare che in Assemblea non pervenne un testo contenente, per es., la regione Salento, e che alla proposta di ripristinarlo fu contrario anche il salentino onorevole Aldo Moro, che così si esprime: «Noi non intendiamo, con questa votazione, precludere la possibilità che in avvenire, ad opera delle Assemblee legislative, dopo studi seri ed attenti alla realtà economica, politica, geografica, sociale delle regioni interessate, dopo più attenta e più seria consultazione delle popolazioni interessate, si giunga ad un diverso assetto delle circoscrizioni regionali. Ma se volessimo anticipare questo momento, mentre siamo sollecitati dall'urgenza di terminare i nostri lavori, noi correremmo il rischio di non creare un serio assetto regionale in Italia, determinando piuttosto delle circoscrizioni le quali obbediscano a criteri di opportunità contingente»: sul punto v., *amplius*, F. Gabriele, *Il percorso statutario della regione Puglia. 1. Profili storico-istituzionali*, in G. Campanelli, M. Carducci, I. Loiodice, V. Tondi Della Mura (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Puglia*, Torino, 2016, 1 ss.

scorgere nell'u. c. dell'art. 117 e nel c. 2 dell'art. 118 Cost. prima della riforma del 2001 ove opportunamente ed adeguatamente interpretati ed attuati, e, volendo, valorizzati nel senso della differenziabilità⁶⁸. Da noi, tuttavia, la tendenza non è, per lo più, a cercare di attuare le normative, ma di cambiarle, e poi di cambiarle ancora nella convinzione (che, magari, è anche un alibi), che la non osservanza, o il cattivo funzionamento, dipenda sempre dalle leggi (come, in realtà, può anche essere) e che la soluzione consista sempre, per l'appunto, nel cambiarle facendone sempre delle nuove (e originando non pochi, altri e ben noti problemi). E, comunque, la differenziabilità è stata poi prevista in un contesto certamente diverso, quale è quello di cui alla riforma del 2001, avendo sempre avuto, peraltro, un suo richiamo, sia pure di volta in volta variamente congegnato, sin da quando si cominciò a parlare di modifiche al Titolo V originario⁶⁹.

Ai fini della corretta configurazione (verrebbe da dire: individuazione e delimitazione) del regionalismo differenziato previsto dall'art. 16, c. 3, Cost., occorre considerare, naturalmente, il contesto costituzionale che lo riguarda ed entro il quale esso deve svolgersi onde evitarne una realizzazione distorsiva rispetto all'intero quadro di riferimento⁷⁰. Tale contesto, a ben vedere, è, per così dire, duplice, o a due cerchi concentrici anche se al primo si tende quasi a non dare importanza o, forse meglio, a darla per scontata. Si tratta, a nostro avviso, innanzitutto dell'intera riforma del Titolo V, della quale fa ovviamente parte e nell'ambito della quale ha avuto infine origine pur nella varietà delle provenienze sue e, in particolare, di questa. Ora, tralasciando le discussioni che ne precedettero l'approvazione («*devolution*», «federalismo», ecc. e/o, «paura» di essi), già il Titolo V, anche senza il l'art. 113, c. 3, Cost., costituisce una sorta di forte dose, magari con varie criticità, di nuovo e più «spinto» regionalismo, che, in quanto tale, non avrebbe potuto non avere comunque, come in realtà ha subito cominciato, e continuerà, ad avere, un effetto di ulteriore differenziazione rispetto a quella già verificatasi vigente l'originaria disciplina costituzionale, e alla quale va ovviamente ad aggiungersi vigente la nuova (entrambe uniformi fino alla inattuazione dell'art. 116, c. 3, Cost.). Quella di cui al terzo comma in questione è una differenziazione diversa, fondata non sull'esercizio delle stesse competenze, ma sulla attribuzione di «ulteriori» forme e condizioni particolari di autonomia, può dirsi di altre e nuove funzioni, che, andando ad aggiungersi a quelle già attribuite in generale, non possono essere individuate senza tenerne conto sotto ogni profilo e, soprattutto, con la stessa *ratio*, cioè prescindendo da una peculiarità, o specificità di una Regione, che le supporti e le giustifichi. Ciò, tra l'altro, non contrasta, ma si inserisce, anzi, agevolmente nell'ottica, se non proprio nella prescrizione, costituzionale del migliore perseguimento dei suoi obiettivi di fondo (artt. 3, c. 2, oltreché 2 ecc.) con una Repubblica una ed indivisibile, bensì, ma che, al contempo, riconosce e promuove le autonomie locali ecc. (art. 5) e dove i rapporti tra gli enti da cui è costituita (art. 114) siano ispirati ad uno spirito di solidarietà, non competitivo, ma di virtuosa e fruttuosa cooperazione in funzione e nell'interesse della dignità e del bene delle (di tutte le) persone che ne fanno parte. Naturalmente, rimane in tutta la sua importanza l'altro e più generale contesto, cioè il richiamo non solo al rispetto dei principi di cui all'art. 119, imposto testualmente dallo stesso terzo comma dell'art. 116, al principio di sussidiarietà, sia pure con la sua problematicità

⁶⁸ Art. 117, u.c.: «Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione»; art. 118, c. 2: «Lo Stato può con legge delegare alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative». Può notarsi che in entrambe le disposizioni non si dice «alle Regioni», ma «alla Regione» così potendosi intendere, magari con una interpretazione da ben motivare, non a tutte necessariamente ma anche ad una o più, cioè a quelle per le quali si fosse ritenuto esservi una peculiarità.

⁶⁹ V., al riguardo, tra gli altri, L. Gori, *L'autonomia regionale differenziata*, cit., 64 ss.

⁷⁰ V., per es., S. Staiano, op. cit., 5 ss. e specialmente le osservazioni, condivisibili, relative al c.d. «residuo fiscale».

operativa⁷¹ proprio nei suoi rapporti con il regionalismo e con i fini sociali⁷², contenuto nell'art. 118, c. 1, e nell'art. 120, c. 2 (importante anche per il potere di sostituzione, attribuito al Governo nelle numerose ipotesi ivi previste, tra cui, per es., la tutela dell'unità giuridica ed economica, che è chiaramente un limite, ecc.), ai principi di differenziazione ed adeguatezza contenuto sempre nell'art. 118, c. 1, ma anche ad altri, quali, ad es., quelli di uguaglianza, solidarietà ecc. contenuti in altre disposizioni costituzionali (in particolare, artt. 3 e 2), al cui rispetto e nel cui ambito, anche per quanto riguarda gli obiettivi, la Repubblica stessa, con tutte le sue «articolazioni» (prima), anzi (ora) con tutte le sue componenti (da cui è «costituita»), deve inserirsi ed operare.

Quanto al rispetto dei principi di cui all'art. 119, il discorso sarebbe complesso e delicato e non può essere affrontato in questa sede meritando una trattazione apposita, come spesso, del resto, è avvenuto coinvolgendo esso, inevitabilmente, ed in misura decisiva, il c.d. «federalismo fiscale», le «sue» complesse problematiche, a partire dai termini, ed i suoi possibili rapporti-effetti, oltretutto sullo stesso regionalismo⁷³, anche sui diritti civili e sociali, così come desumibile dalla Costituzione a prescindere, in questa sede, dalla problematicità legata alla loro garanzia e alla loro tutela⁷⁴. Si può solo dire, almeno per il momento, che la subordinazione di cui si è già detto alla determinazione dei LEP appare di per sé, salvo problemi in sede di concreta applicazione, una scelta in linea con l'obiettivo di rendere il regionalismo differenziato non tanto non incompatibile, quanto, possibilmente, più funzionale alle finalità sociali e ai doveri di solidarietà cui l'ordinamento, anche con esso, deve tendere. Lo è, in particolare, con una corretta lettura dell'art. 117, c. 2, lett. m), la cui previsione della «materia» LEP in termini di «determinazione» ma anche di «garanzia» (delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) su tutto il territorio nazionale non potendo significare una mera competenza ma anche, in qualche misura, l'obbligo del suo esercizio da parte dello Stato (né può trascurarsi, quanto all'attuazione, neanche il potere di sostituzione del Governo di cui all'art. 120, c. 2, Cost.). Può dirsi, così, che il più spinto regionalismo introdotto con il novellato Titolo V, e, per quanto qui ci riguarda, il regionalismo «differenziato» di cui all'art. 116, c. 3, in una con la richiamata subordinazione esplicitamente stabilita (o confermata) con legge ordinaria finiscono, o, meglio, finirebbero con il costituire l'occasione, auspicabilmente da non perdere, per porre finalmente mano come sembra non sia mai avvenuto con decisione e avrebbe potuto, e dovuto avvenire anche senza regionalismo differenziato (dal 2001) e, al limite, anche senza regioni, cioè in modo nuovo, generale e non più programmatico, ma precettivo e quasi visibile, alla realizzazione dell'obiettivo, indicato dalla Costituzione, della rimozione di almeno parte, certamente tra le più significative, di

⁷¹ V., per es., F. Leotta, *Possiamo fare a meno della sussidiarietà "verticale" nel riparto di competenze legislative delineato nel Titolo V della seconda parte della Costituzione? Osservazioni a margine del D.D.L. cost. S. 1429 -D*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

⁷² V., al riguardo, in particolare, P. Ridola, *Intervento*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi*, cit., 367 ss., con interessanti spunti su un regionalismo integrato ed improntato alla sussidiarietà per superare la separazione fra la «costituzione delle autonomie» e la «costituzione economica», sul legame fra protezione delle identità regionali e rimozione degli squilibri economici, su «un assetto fondato sull'integrazione fra differenti livelli di governo e su 'procedure' di sussidiarietà» per contribuire al «raccordo fra la 'costituzione delle autonomie' ed il perseguimento di obiettivi di fondo, che sono comuni a stato e regioni, poiché affondano le radici – il richiamo al nesso fra gli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost. dovrebbe risultare superfluo – nelle basi stesse della nostra forma di stato», ecc. V. anche, *ex alius*, F. Bassanini, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli artt. 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, 53, 2007 e O. Chessa, *Sussidiarietà e esigenze unitarie*, in *Le Regioni*, 2004, 941 ss.

⁷³ In tema v., per es., M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni territoriali*, cit., 218 ss., il quale, tra l'altro, in riferimento al rispetto dei principi di cui all'art. 119 richiamati dall'art. 116, c. 3, da parte del regionalismo differenziato, ne indica, sia pure solo esemplificativamente, già un lungo, possibile elenco.

⁷⁴ Su una interessante prospettazione della tutela effettiva in sede giurisdizionale (ma non solo) v. M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

quegli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini ecc., impediscono ecc. Su ciò, peraltro, ci soffermeremo, sia pure rapidamente, tra poco.

5. Esperienze in corso: senza ostacoli verso una «differenziazione» senza differenze?

Interessante è anche soffermarsi su come sembra sia stata intesa la differenziazione nei casi concreti in cui vi sono state delle iniziative regionali, cui comunque è stato dato corso, ancorché non (ancora) disciplinate da una previa legge in generale, che la Costituzione non impone e che Governo e Parlamento hanno, però, ad un certo punto, ritenuto opportuna, se non necessaria e che da poco, comunque, come s'è detto, è stata approvata e promulgata senza alcun tipo di osservazione, come talora è avvenuto, da parte del Presidente della Repubblica (art. 74). E ciò pur non potendosi non osservare che trattasi di una legge ordinaria, che, in quanto tale, è esposta, per così dire, alla varietà delle possibili «inosservanze» che leggi ordinarie successive possono legittimamente porre in essere fino a renderla, al limite, *inutiliter data* trattandosi, ovviamente, di fonti equiordinate e senza nulla togliere, tuttavia, al fatto che il suo contenuto consenta di intravedere, in qualche modo, anche come e quale regionalismo differenziato sia nella mente, sotto il profilo dell'indirizzo politico perseguito, del legislatore, del Governo e delle forze politico-parlamentari che li sostengono. Deve osservarsi, comunque, che l'eventuale abrogazione in via referendaria, ex art. 75 Cost., della legge-quadro di disciplina delle procedure ecc., a prescindere dalle questioni di ammissibilità della richiesta, e, superate le quali, di validità del referendum per quanto riguarda, per es., il raggiungimento del *quorum* di partecipazione, non avrebbe, e non potrebbe avere l'effetto di bloccare un percorso di possibile conseguimento, e comunque di realizzazione, di attribuzione a questa o a quella regione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia perché, ai sensi dell'art. 116, c. 3, Cost. per la richiesta regionale e tutto il resto, fino all'eventuale legge statale sulla base di intesa, non occorre un procedimento tipizzato obbligatorio, come è dimostrato, del resto, proprio dall'avvio dell'esame di varie iniziative regionali, anche in corso, in assenza di una legge statale predetta e, ora ed ulteriormente, dal fatto che proprio la legge appena approvata, in verità non con grande chiarezza, ne dispone l'esame «secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge» (art. 11, c. 1). Può aggiungersi che qualcosa del genere può prospettarsi anche per l'ipotesi di una caducazione non mediante referendum abrogativo, ma dichiarazione di illegittimità costituzionale salvo l'osservanza, ovviamente, di eventuali «disposti», diretti o indiretti, della Corte e della decisione nel suo complesso. Tralasciando, per un momento, il contenuto dell'ormai legge «per l'attuazione dell'autonomia differenziata» (l.n. 86/2024), su alcuni aspetti della quale comunque occorrerà soffermarsi, non può non notarsi, intanto, come quanto sinora avvenuto in sua assenza non appaia, per lo più, coerente con il regionalismo differenziato che un'attenta lettura della Costituzione consente e del quale siamo venuti prospettando, a nostro avviso, le caratteristiche essenziali. Sembra, anzi, che costituisca le premesse di quanto continua ad avvenire, anche, tra l'altro, con la legge predetta evidentemente secondo un indirizzo politico in generale preesistente almeno nella mente e nelle intenzioni della maggioranza parlamentare (e ciò, naturalmente, senza in nulla escludere di simile, *mutatis mutandis*, per quanto possa ritenersi riguardare anche la, o le opposizioni)⁷⁵. Bisogna dire che iniziative regionali rivolte al conseguimento delle ulteriori forme e

⁷⁵ Sulla utilità di poter partire, senza alcuna pretesa condizionatrice, da bozze, dibattito ecc. per «guardare non tanto agli effetti immediati di un passaggio al federalismo differenziato, ma alla evoluzione dei rapporti tra Stato e Regioni tra Regioni», e, a nostro avviso, più in generale, nella ricostruzione di esiti politico-normativi, v., per es., N. Salerno, *Brevi commenti su sanità e federalismo, a margine del seminario di Astrid*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2019).

condizioni particolari di autonomia non sono sorte subito dopo la riforma costituzionale del 2001 la prima, a quanto sembra, essendo una della Toscana, del 2003, che poi non ha avuto seguito, ma che era impostata in un modo che almeno in linea generale non sembrava in contrasto evidente con una lettura corretta dell'art. 116, c. 3⁷⁶. Le iniziative più decise, per così dire, sono, comunque, quelle di tre Regioni, cioè del Veneto, della Lombardia e dell'Emilia-Romagna, due delle quali (Veneto e Lombardia) sono precedute, prima di essere presentate al Governo, da una, sia pure diversa, consultazione popolare (le leggi della regione Veneto sono state impugnate dal Governo e decise con la nota sentenza della Corte n. 118/2015; Lombardia e Emilia-Romagna non avevano alla base una legge regionale). Alle consultazioni hanno partecipato rispettivamente il 60 e il 40 per cento degli aventi diritto (in Lombardia si votò con scheda elettronica) e le risposte sono state pressoché plebiscitarie, come, d'altra parte, appare del tutto comprensibile. Interessanti, però, sono i quesiti rivolti agli elettori, a prescindere da molti dei profili giuridici che coinvolgono e dai problemi giuridici che hanno sollevato, e, magari, ancora sollevano (specie quelli del Veneto). Appaiono, infatti, molto indicativi dell'atteggiamento degli organi di vertice regionali nei riguardi del regionalismo differenziato e, in sostanza, di come lo hanno da subito concepito, considerato e perseguito. Quello lombardo, intanto, pur apparentemente, ma solo da un punto di vista prudenziale, per così dire, magari nel tentativo, peraltro vano, di non "esporsi" a facili osservazioni, chiedeva agli elettori se volevano che la Regione, «in considerazione della sua [specialità], nel quadro dell'unità nazionale», intraprendesse «le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione e con riferimento ad ogni materia legislativa per cui tale procedimento sia ammesso in base all'articolo richiamato». Come può notarsi, una sorta di autorizzazione in bianco (sulla quale il cittadino «medio» è difficilmente in grado di pronunciarsi con piena consapevolezza), formalmente corretta nel suo richiamo all'art. 116 della Costituzione, ma estesa a tutte le materie da tale articolo indicate, motivata esclusivamente con la (o «una» presunta) «specialità» della Regione, come aveva affermato in varie dichiarazioni il Presidente sostenendo, per l'appunto, che la Lombardia è speciale non nel senso giuridico, altre essendo, in tal senso, le 5 Regioni a statuto speciale (e le due Province autonome), ma speciale in sé e, magari, tanto evidentemente da non avere bisogno di dimostrazione né di motivazione (naturalmente: «senza falsa modestia!»). Ora, sorvolando su altri aspetti, è l'approccio che di per sé merita riflessione perché appare fondata su una idea di fondo per cui l'art. 116, c. 3, aprirebbe a tutte le materie non nel senso che l'iniziativa regionale possa rinvenire in ciascuna di esse (solo) ulteriori forme e condizioni di autonomia specifiche per la singola regione, e, come tali, irragionevolmente permanenti allo Stato, ma per altre e diverse Regioni (non previste e, quindi, nella sostanziale discrezionalità dei «negoziatori»), cioè nel senso che in tutte le materie possano, a richiesta, e senza alcuna specificità, solo perché la Regione è (ritenuta) più «brava», o, meglio, «speciale», essere attribuite ulteriori, se non tutte le funzioni precedentemente riservate allo Stato. Una regione ordinaria, così (ma anche più di una, e, al limite, tutte le Regioni ordinarie), senza alcuna ragione legata alla sue specifiche

⁷⁶ Riguardava, infatti, solo la gestione dei beni culturali, cioè funzioni concernenti una materia particolare per la Regione. In quanto tale, la richiesta resterebbe «a testimoniare lo spirito primigenio del regionalismo differenziato, che, diversamente dai successivi passaggi che si tingono di sfumature, modalità e finalità più marcatamente politiche, si caratterizza per uno spiccato pragmatismo» perché «si innesta, infatti, sulla considerazione di quanto è concretamente necessario alla Regione, valutando le sue peculiarità, e non risulta essere espressione di una volontà di rivendicare spazi a scapito del potere centrale»: così, condivisibilmente, L. Violini, *I procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato: luci e ombre dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 1, 2019, 2.

caratteristiche, può, per così dire, ritrovarsi, per es., con una potestà legislativa da concorrente a esclusiva e/o residuale con la conseguente trasformazione del terzo comma dell'art. 117, e le richiamate lettere del secondo comma, in un comma di fatto equivalente al secondo e/o al quarto comma dell'art. 117, ma in via legislativa ordinaria (sia pure rinforzata con l'intesa e con la maggioranza assoluta dei componenti ciascuna Camera), non costituzionale. Insomma: *todos caballeros* con legge ordinaria. Ma non solo. E, tuttavia, non solo. Verrebbe meno, infatti, fra le Regioni ordinarie, proprio la tanto «agognata», o «temuta», differenziazione perché, come già detto, tutte promosse al grado superiore e con la quasi probabile scomparsa della potestà legislativa concorrente. Il tutto, peraltro, contro la *ratio* dell'art. 116, c. 3, Cost., che parla di forme e condizioni «particolari» di autonomia, ossia di valorizzazione di talune specificità proprie di questa o quella regione, che l'attuale disciplina identica e comune, cioè «indifferenziata» (da ciò il regionalismo «differenziato») per tutte non consente adeguatamente. Può dirsi ancora di più, se possibile, se guardiamo il Veneto, il quale, partendo, come la Lombardia, dal (l'auto)riconoscimento della Regione come regione di per sé «speciale», a differenza di questa (indizione del referendum con voto elettronico da parte del Presidente della Giunta), approva due leggi (l. reg. Lombardia 15/2014, l. reg. Lombardia e n. 16/2014, impugnate dal Governo con seguito della già richiamata sentenza della Corte n. 118/2015) con le quali, in particolare, si intendeva indire un referendum consultivo per sapere dagli elettori addirittura se volevano che il Veneto diventasse una regione indipendente e sovrana e, quanto alle particolari forme e condizioni particolari di autonomia, un nuovo assetto finanziario tendente, in sostanza, a fare in modo che i tributi riscossi sul territorio regionale, o versati dai cittadini veneti, fossero trattenuti almeno per l'80% dalla Regione e che, nella parte incamerata dalla Amministrazione centrale, sempre almeno l'80% fosse utilizzata nel territorio regionale in beni e servizi. Il tutto, è quasi inutile rimarcarlo, nella dichiarata prospettiva, da parte delle Regioni, del conseguimento, immediato o in pochissime fasi, non di in alcune, ma di tutte, o pressoché tutte le materie indicate dall'articolo 116, c. 3, benché spesso ridefinite in modo tale da comprendere poi, in realtà, non solo questa o quella parte, o ambito, di tali materie, ma vere e proprie «nuove materie», in qualche modo andando fuori non solo dall'art. 116, ma dell'intero Titolo V. E' interessante, per es., il preannuncio, già nella richiesta iniziale, non di alcune delle materie nominate nella richiamata disposizione costituzionale, ma di aree ampie denominate con l'uso di sintagmi che non solo le comprendevano, per l'appunto, ma andando oltre, anche di nuovi elenchi di materie in vista della definizione delle intese secondo una discutibile metodologia di per sé non contestata dalle competenti strutture governativo-ministeriali nel corso delle varie fasi delle «trattative» mentre si succedevano Governi anche politicamente diversi. Quanto all'Emilia Romagna, la Giunta ha presentato un *Documento di indirizzi* al Consiglio, che, previo esame, con una risoluzione contenente l'indicazione di settori prioritari, abilitava il Presidente della Giunta ad iniziare il negoziato con il Governo con il quale poteva sottoscrivere lo schema di intesa dopo averne avuto l'assenso dal Consiglio non senza il parere del Consiglio delle autonomie locali. Il tutto senza alcuna informazione ufficiale, per così dire, sull'atteggiamento almeno dei predetti organi dello Stato via via assunto nel corso delle «trattative», anche da tempo avviate, con i rappresentanti della singola Regione e, magari, pervenute anche, per l'approvazione, al Consiglio dei Ministri⁷⁷ anche se non ancora giunte in Parlamento e,

⁷⁷ Riferendosi alle tre Preintese, ne rileva un interesse soprattutto «politico», di entrambe le parti, per così dire, del negoziato, una sostanziale identità quanto ai contenuti e al procedimento («con ciò ponendo nel nulla ogni tentativo di diversificare, e motivare, sulla base di specifiche esigenze delle Regioni coinvolte, le richieste avanzate») e la loro sottoscrizione non dal Presidente del Consiglio, «come sarebbe stato naturale, ma dal Ministro per gli Affari Regionali, quasi a sottolineare lo scarso, quasi inesistente, valore dell'atto», L. Violini, *I procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato: luci ed ombre*, cit. 4.

comunque, con taluni profili, come quello finanziario, non ancora definiti. Non mancava di farsi strada, nel contempo, la proposta della necessità di una sorta di legge-quadro che disciplinasse, generalizzandole, procedure e quant'altro fosse apparso meritevole di una previa regolamentazione nel vuoto, o presunto vuoto, dell'art. 116, c. 3, alla cui questione abbiamo già accennato (per es.: legge o altra forma della iniziativa regionale, ruolo del Governo e ruolo del Parlamento, come e quando «sentire» gli enti locali, ecc.). Si tratta di quanto avvenuto con la richiamata legge da poco approvata e salutata da una parte della politica come «storica» e, da un'altra, da «eliminare» il più presto possibile ricorrendo ad ogni mezzo consentito dall'ordinamento (in particolare: referendum abrogativo, impugnazione davanti alla Corte costituzionale). Né va dimenticato che, sia pure in forme in parte diverse, altre Regioni (Piemonte⁷⁸, Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania) non hanno mancato di preannunciare ufficialmente iniziative sia pure non dando un seguito del tipo di quelle richiamate. Tralasciando i molti aspetti, e i molti problemi che pure meriterebbero di essere affrontati, sui quali non si può non rimandare alla ricca ed approfondita attenzione dedicata dalla dottrina, si vuole solo dire, in questa sede, che il modo in cui il tema del regionalismo indicato, o, meglio, sottinteso, o implicito, nell'art. 116, c. 3, e per lo più definito, come detto, «differenziato», sembra un modo in realtà «sganciato», per così dire, proprio dal comma dell'articolo che ne parla, nonché, ovviamente, dalle altre disposizioni costituzionali di cui è parte integrante e con le quali deve armonizzarsi e fare sistema per il miglior conseguimento delle finalità o, sarebbe da dire, delle prescrizioni di fondo di questo. Senza alcuna esagerazione, si ha spesso l'impressione di una discussione, e di un dibattito, nel quale si parla, in realtà, di altro e tra sordi, non tra «dialoganti» pur evocando sempre, ma senza alcun fondamento e più o meno consapevolmente, o, forse, fin troppo consapevolmente, il regionalismo differenziato, con dotti discorsi sugli stati unitari e su quelli composti, sulle forme di stato e di governo, sull'eguaglianza, la solidarietà, la sussidiarietà e l'autonomia, ecc. e con sfoggio di concetti, formule e termini, spesso «inventati», ma tanto efficaci quanto vuoti, che da soli innescano altri fiumi di parole, anche ricercate, che sono una grande dimostrazione del fatto che il diritto non solo confina, ma spesso si compiace e si confonde con la letteratura quasi rinunciando alla sua funzione e divenendo fine a stesso, o autoreferenziale, se non evasivo, o elusivo, di questioni più semplici nella loro concretezza e, per altro verso, del grado di unità nazionale come (non)sentita dalla politica. Non si può non osservare, sia pure solo *en passant*, come le richieste più decise e, per così dire, anche più consistenti, ancorché non proprio identiche, siano partite solo da alcune Regioni, e, per giunta, da quelle che, in un certo senso, hanno utilizzato meglio e di più l'autonomia in regime di uniformità normativa anche così di fatto continuando a «differenziarsi», però, ulteriormente e notevolmente (e, magari, proprio così consentendo di rilevare che la richiesta così ampia e quasi generalizzata di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia pressoché in tutte le materie consentite sia rinvenibile quanto meno «anche» in motivazioni, o aspirazioni, più numerose ed «altre» rispetto a quelle proprie della differenziazione di cui al terzo comma dell'art. 116⁷⁹). Le altre richieste sono meno decise e «chiedono» di meno. Di diverse Regioni, non difficilmente identificabili, non si ha, per il momento, notizia di iniziative rivolte al conseguimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Una domanda non sembra del tutto fuori luogo. Le risposte possono essere varie e anche almeno parzialmente diverse da una regione ad un'altra, e tuttavia, una attenta riflessione non sarebbe,

⁷⁸ Riferendosi al Piemonte, rileva «scarsi progressi compiuti nella elaborazione di una credibile proposta di attuazione dell'art. 116, III comma», M. Cavino nell'*Editoriale dal titolo L'XI legislatura: una preoccupante continuità*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2024.

⁷⁹ Sullo «svantaggio» per essere contigui ad una regione a statuto speciale su tale situazione anche più in generale si vedano, per es., le interessanti considerazioni di M. Benvenuti, *La dimensione finanziaria delle differenziazioni*, cit.

forse, del tutto priva di interesse tra l'altro non sembrando impossibile, dall'esterno, immaginare qualche specifica particolarità proprio in linea con l'interpretazione corretta del terzo comma dell'art. 116.

6. La legge Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Qualche osservazione «a prima lettura». Rassicurazioni poco rassicuranti? Quanto alla tanto attesa, e da altri senza successo tanto contrastata legge richiamata, nonostante varie modifiche ed «aperture» apportate nel corso del suo *iter* parlamentare rispetto al testo del disegno di legge inizialmente presentato dal Governo, non sembra, sia pure ad un necessariamente primo esame, tale da poter indurre a ritenere che il regionalismo differenziato da essa prefigurato, o sulla base di essa prefigurabile, sia molto diverso da quello di cui siamo venuti dicendo e che, soprattutto, non sia, nella sostanza, quello consentito dal terzo comma dell'art. 116 e, comunque, dall'intero, imprescindibile contesto costituzionale di riferimento. Non può non rilevarsi, prima di soffermarsi su qualche aspetto generale di essa⁸⁰, la sua struttura complessa, se non complicata, ed una elaborazione quasi a strati, o per aggiunte successive, man mano che emergevano lacune o altre questioni, magari inizialmente non previste, o considerate, che non giovano alla organicità del discorso rendendolo, talora, anche inutilmente lungo e minuzioso e, comunque, di faticosa dispersiva la lettura. E ciò anche se, entro certi limiti, si tratta di un fenomeno che può accadere quando la discussione lungo l'*iter* è aperta e, per così dire, democratica e vi è disponibilità ad accogliere critiche ed osservazioni non senza un qualche effetto, però, sulle enunciazioni iniziali, integrandole, completandole, ma anche, come si diceva, non senza il rischio di complicarne e distorcere l'ispirazione di partenza. Non può non notarsi, comunque, diffusa nel testo, una sorta di costante preoccupazione di «rispondere» *ex ante* (quasi, però, una sorta di *excusatio non petita*...) a critiche ed obiezioni, evidentemente ritenute in qualche modo non prive di fondamento, e a timori per i possibili effetti, se non proprio rischi, con un denso e reiterato, talora ovvio e superfluo richiamo a tutti i principi e a tutti gli articoli della Costituzione, magari confusamente riassunti, che la normativa approvata sarebbe rivolta non solo a rispettare, ma anche ad attuare (v., per es., il lungo elenco nel primo comma dell'art. 1). Il fatto è, naturalmente, che non bastano simili dichiarazioni a fondarne le legittimità costituzionale anche se, magari, possono avere qualche rilievo in sede di interpretazione. Ed è, però, proprio una tale coerenza che non sempre appare riscontrabile. Per es., mentre nell'art. 117, c. 2, Cost., si parla di livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nel nell'art. 1, c. 2, della legge, pur richiamandolo, si parla di livelli ecc. che devono essere garantiti «equamente», cioè non potendosi, così almeno escludere, tra i vari possibili significati, uno limitativo dell'«altezza» dei livelli come qualificata dall'aggettivo «essenziali».

6.1. Il ruolo del Governo. Si può notare, in linea generale, ed intanto, l'attribuzione di un notevole ruolo al Governo e, volendo, agli Esecutivi, cioè al Governo ed anche, quasi per simmetria, alla Giunta regionale. Non che sia trascurato del tutto quello del Parlamento, ma nel senso che il ruolo di questo, pur decisivo in ordine non tanto all'avvio e nel corso della procedura dell'intesa, quanto alla sua approvazione finale, potendola comunque approvare o rifiutare, appare poco considerato in ordine alla sua formazione, e quindi alla determinazione del contenuto, che è la fase chiaramente più importante, nel corso della quale il suo intervento è comunque limitato il negoziato essendo anche nella sostanza affidato, per l'appunto, al

⁸⁰ Sui «nodi» pendenti che avrebbe dovuto risolvere v., tra gli altri, L. Castelli, *I nodi pendenti dell'attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Diritti regionali*, 3, 2023.

Governo ed ai Ministri, quando non anche agli Uffici, di volta in volta «competenti» in base all'oggetto del «negoziato». Spicca, peraltro, il ruolo attribuito al Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, che appare quasi un *alter ego* del Presidente del Consiglio, che può quasi sempre sostituire. L'art. 116, c. 3, non sembra, invece, nella lettera, nel tono e nella sostanza, relegare il Parlamento ad un ruolo quasi esterno, e magari solo di arbitro, rispetto alla formazione dell'intesa, né appare assimilabile, sotto vari profili, a quello di cui all'art. 8 Cost., come sottolineato, sia pure non unanimemente, da non pochi in dottrina. Tra l'altro, la stessa maggioranza qualificata richiesta (assoluta dei componenti)⁸¹ per l'approvazione della legge concernente l'intesa (e non per quella di cui al predetto art. 8) è motivata anche dall'intento di assicurare una «presenza» importante alle minoranze (e alle stesse Camere), che può divenire decisiva nel caso di non compattezza e, comunque, di insufficienza della normale maggioranza del momento, la quale, invece, se non addirittura solo buona parte di essa, potrebbe ritenersi comunque soddisfatta dal particolare rapporto che ha con il Governo e dalle scelte da esso compiute e, quindi, non interessata da problemi di «debolezza», o scarsa considerazione, in certe situazioni, del Parlamento in quanto tale (è superfluo ricordare, d'altra parte, che i rapporti Parlamento-Governo sono, in realtà, spesso, se non quasi sempre, nella sostanza, rapporti maggioranza-minoranze). Il ruolo «forte» del Governo (e delle sue articolazioni, compresa la Cabina di regia), che può vedersi anche nei termini, di solito brevi, entro i quali gli devono essere espressi i pareri delle Commissioni parlamentari competenti e della Conferenza unificata, e decorsi i quali può procedere anche senza), d'altra parte, è una costante nei rapporti Stato-Regioni. Basti ricordare che il primo ed il secondo passaggio delle funzioni, del 1972 e del 1977, sono avvenuti, l'uno e l'altro, mediante il ricorso alla delega legislativa, cioè con decreti legislativi delegati (11 nel primo; 1, il famoso 616, nel secondo) anche se la Costituzione prevedeva, al riguardo, «leggi della Repubblica» (naturalmente, anche se non senza critiche, si giocò sulla parità di rango di questi con la legge ordinaria e sulla legittimità costituzionale del ricorso agli stessi). Non si può trascurare, d'altra parte, che, per la sua posizione e per la sua composizione politica, il Governo o è favorevole o è contrario alle regioni in generale (*rectius*, all'autonomia), ma anche, e caso per caso, a ogni singola Regione, e al suo «colore» politico e, quindi, non è mai nelle condizioni di obiettività nell'esercizio delle sue funzioni nei riguardi di questa, o di quella, o di tutte. Da una attenta lettura del testo della legge, inoltre, per l'iniziativa della regione non risulta prescritta alcuna indicazione in ordine ad una sorta di motivazione a supporto della richiesta, né, per altro verso, in ordine a dei criteri cui il Governo debba attenersi nel corso del negoziato. Ciò non può non favorire il rischio di attuazione di un regionalismo non «differenziato», come anche siamo venuti dicendo, ma «indifferenziato», o differenziato secondo criteri discutibili di per sé e comunque non in linea con i disposti costituzionali a cominciare, naturalmente, dal terzo comma dell'art. 116. Nella stessa linea sembra potersi leggere anche il primo comma dell'art. 11 («Disposizioni transitorie e finali»), concernente la «sorte», per così dire, degli atti di iniziativa delle Regioni già presentati al Governo, di cui sia stato avviato il confronto congiunto tra il Governo e la Regione interessata prima della entrata in vigore della legge. Si tratta di iniziative cui abbiamo già accennato e delle quali, in realtà, non è noto granché. Che di esse si disponga l'esame «secondo quanto previsto dalle pertinenti disposizioni della presente legge» può significare tutto e niente, tutto e il contrario di tutto, e, comunque, rimane il fatto che sinora, probabilmente, il Parlamento è rimasto almeno formalmente

⁸¹ La cui portata «garantistica», che si attenua fino a divenire insufficiente a seconda del sistema maggioritario eventualmente adottato, non dovrebbe, tuttavia, poter perdere, o essere svuotata, nel suo significato e nella sua finalità insiti nella disposizione costituzionale che la prevede: con riferimento specifico al caso di cui trattasi, v. il rilievo di L. Elia come richiamato da L. Michelotti, *La differenziazione regionale*, cit., 351.

sostanzialmente estraneo, con il più già avvenuto, e che molto di quanto potrà avvenire dipenderà, in definitiva, dal Governo. D'altra parte, sia pure per quel che può valere, in tale linea non può non leggersi anche il fatto che, mentre l'art. 116, c. 3, parla di possibile attribuzione «ad altre» Regioni, nell'art. 1, c. 1, della legge si dice «alle» Regioni ordinarie. Si ripete anche, nella legge, l'espressione «una o più materie o ambiti di materie e le relative funzioni» con il grave rischio, già segnalato, che si proceda ad un trasferimento di materie, non di funzioni «concernenti» (tra l'altro, secondo l'art. 116, c. 3, le «materie» e non anche «ambiti» di materie, cioè con una aggiunta la cui presenza appare inutile, se non fonte di possibili dubbi, o di «sospetti», per così dire),

Nella legge *de qua*, inoltre, nulla sembra dirsi in ordine ad un altro aspetto della iniziativa della Regione, la quale, infatti, si è detto in dottrina, sulla base dell'art. 116, c. 3, Cost., potrebbe consistere anche, se non solo, o preferibilmente, in una iniziativa legislativa (evidentemente da presentare, in tal caso, dal Consiglio alle Camere anche se l'art. 121 parla, testualmente, di «proposte» di legge)⁸². L'art. 2, c. 1, invece, riteniamo non consenta tale ipotesi perché così, testualmente, recita: «L'atto di iniziativa relativo alla richiesta di attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, è deliberato dalla Regione, sentiti gli enti locali, secondo le modalità e le forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria. L'atto è trasmesso al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro [...]». Si parla, quindi, di «atto di iniziativa relativo alla richiesta» (non, ad evitare dubbi, di iniziativa, o proposta), che è deliberato «dalla Regione», non da questo o quell'organo di essa e, per quanto riguarda l'autonomia statutaria, questa sembra da riferire non, per l'appunto, alla natura dell'atto di iniziativa, ma alle modalità e alle forme per sentire gli enti locali. Il Consiglio, insomma, non è escluso, ma non potrebbe agire con una sua iniziativa legislativa perché innescherebbe un meccanismo, a livello nazionale, con l'intervento sin dall'inizio del Parlamento, che escluderebbe, e comunque ridurrebbe il ruolo del Governo e che, chiaramente, si è voluto evitare sia pure, magari, considerando il contesto nel quale anche il Presidente della Regione, o, come impropriamente chiamato rispetto alla Costituzione, il «Governatore», è eletto direttamente dal corpo elettorale.

Nulla dicendosi, inoltre, in ordine al «sentiti gli enti locali» se non, come già detto, con il rinvio «alle modalità e alle forme stabilite nell'ambito della propria autonomia statutaria», si potrà trascurare, così, sia pure indirettamente, il principio di sussidiarietà nella parte in cui gli enti locali andrebbero protetti, per così dire, anche nei confronti di un possibile «centralismo» regionale, che può manifestarsi anche non «sentendoli» adeguatamente per quanto riguarda l'acquisizione da parte della Regione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia. Una sorta di «risposta» alle suddette preoccupazioni potrebbe vedersi, peraltro, nell'art. 6 della legge, nel quale si «obbliga» (evidentemente quando si vuole!) la Regione ad attribuire ai Comuni le funzioni amministrative, contestualmente alle relative risorse umane ecc., ad essa trasferite in attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost., sia pure affidando ad essa, così sembra, l'osservanza, nella circostanza, dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza per l'eventuale conferimento, per assicurarne l'esercizio unitario, a province, città metropolitane e Regione.

6.2. I LEP: un'occasione importante, ma già perduta? Non è possibile, in questa sede, un esame analitico e puntuale della legge. Non si può, tuttavia, almeno formulare qualche altra osservazione, apparentemente riguardante solo i LEP, ma, in realtà, tutto il regionalismo

⁸² Per la questione v., ben presentata, tra gli altri, O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Diritto@Storia*, 15, 2017, spec. 8 ss.

differenziato non senza coinvolgimenti del regionalismo *tout court* con sullo sfondo, ancora almeno in buona parte irrisolto, il tema, ed il problema, dei rapporti autonomia-diritti fondamentali, o, se si vuole, eguaglianza e solidarietà, o unità nazionale a seconda della faccia che si voglia rimarcare dello stesso secondo termine del rapporto. Fermo restando che i problemi della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale (art. 3, c. 2) riguarda la Repubblica una e indivisibile che riconosce e promuove le autonomie locali ecc. (ma si potrebbe dire anche che la Repubblica una e indivisibile, che riconosce e promuove ecc., ha, come compagine nell'assetto costituzionale indicato, il compito di rimuovere gli ostacoli ecc., quella dei LEP, previsti, garantiti e tutelati dagli artt. 117 e 120 Cost. perfino quanto agli eventuali, necessari rimedi riparatori⁸³, avrebbe potuto costituire, a nostro avviso, e, tutto sommato, può ancora costituire una occasione, se non una svolta⁸⁴, sulla via di una più decisa e consistente rimozione di almeno alcune delle più gravi disparità, o diseguaglianze, economico-sociali-territoriali senza rinunciare alla possibilità di valorizzare senza conseguenze negative le specificità di questa o quella regione ordinaria secondo un regionalismo differenziato correttamente inteso e con ricadute positive sullo stato del regionalismo in generale. Non sembra emergano, invece, proprio da una prima lettura del lungo e complesso art. 3, scelte decise e nette in tal senso. Da un lato, infatti, sembra prevalere più la «determinazione» che la concreta «attuazione» dei LEP in un contesto in cui la possibilità di incidenza degli stessi, per quantità e qualità, ed altre condizioni, sulla riduzione delle diseguaglianze non appare, per così dire, giuridicamente «blindata», e neanche adeguatamente protetta, ma comunque notevolmente modesta perché aperta, se non affidata, all'andamento di alcune incerte, ma importanti variabili e alle di esse valutazioni «politiche» (aggiornamenti, risorse disponibili, contesto socio-economico, ecc.). Dall'altro, il trasferimento di funzioni, così come concepito, e comunque reso possibile dalla stessa legge, quasi indiscriminato per quantità e qualità (e quindi comunque consistente in termini di corrispondenti risorse umane, strumentali e finanziarie), oltretutto di per sé scarsamente, se non in nulla motivato in punta di diritto (costituzionale) positivo, corre il rischio, praticamente inevitabile nonostante le cautele e le condizioni previste, di avere effetti economico-finanziari comunque dirompenti e difficilmente sopportabili, in una parola, dal sistema nel suo complesso, che già risente di per sé, anche se il trasferimento è correttamente contenuto, per ragioni facilmente intuibili e ben spiegate in sede di scienza economica e da autorevoli istituti economici (a cominciare dall'economia di scala e dalla rigidità della struttura burocratica dello Stato, ecc.) quali, ad es., lo Banca d'Italia e la Svimez. Dall'uno e dall'altro lato, insomma, sembra profilarsi una convergenza, e, quindi, anche un potenziamento delle più volte prospettate, possibili conseguenze negative. Anche in questo caso, comunque, si

⁸³ Nonché, poi, dal c. 791 dell'art. 1, l.n. 197/2022, relativa al bilancio di previsione per il 2023 («ai fini della completa attuazione dell'art. 116, terzo comma della Costituzione e del pieno superamento dei divari territoriali» ecc.) e dall'art. 3 della più volte richiamata l.n. 86/2024, che se ne occupa ampiamente («ai fini dell'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione» ecc.). Quanto ai rimedi, il riferimento è, chiaramente, al potere di sostituzione del Governo nell'ampia gamma di ipotesi, tra le quali l'unità giuridica ed economica, di cui al art. 120, c. 2, dove il «può sostituirsi» andrebbe letto nel senso che «deve sostituirsi» anche se, ove si tratti, come è facile che sia, di inerzia degli enti «responsabili», potrebbero non mancare delicati profili economico-finanziari, che, comunque, non dovrebbero prevalere automaticamente sulle esigenze di rispetto dei diritti fondamentali, che appaiono considerati senza distinzione fra civili e sociali (potrebbe dirsi formali e sostanziali) ai fini della considerazione dell'unità nazionale.

⁸⁴ Solo per es. v., fra gli altri, A. D'Aloia, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico*, Relazione al Conv. Ass. "Gruppo di Pisa" sul tema della "Riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale", Pavia, 6-7 giugno 2003, E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), Torino, 2004, 120 ss. nonché, in parte anche sotto un profilo propositivo, M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., 348 ss., 354.

palesa significativo il ruolo del Governo, che è delegato ad adottare entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi sulla base dei principi e criteri direttivi, in realtà non proprio stringenti (di cui all'art. 1, cc. da 791 a 801-*bis*, l. n. 197/2022, che, com'è chiaro, non è la legge stessa, ma una precedente), e che conserva un suo ruolo significativo sia nel corso della procedura stabilita per l'adozione dei decreti predetti, sia, successivamente, per quanto riguarda il monitoraggio e gli eventuali adeguamenti richiesti dai contesti generali di volta in volta da considerare. Si inserisce agevolmente in tale linea, magari rafforzandola trattandosi del Presidente del Consiglio da solo, anche il ruolo affidato, poi, in tale contesto, ai già tanto vituperati d.P.C.M. (durante la pandemia e anche dopo, ma non, almeno radicalmente, per es., dalla Corte costituzionale).

Una notevole incertezza, ed un possibile, eventuale limite, può derivare anche dallo stretto collegamento, tipico nei conflitti finanziari fra Stato e Regioni, con la disponibilità delle risorse di volta in volta disponibili, che, invece, dovrebbero essere garantite in funzione del godimento dei diritti fondamentali della persona umana e non condizionare questi ultimi, nel numero e nella qualità, quasi «a prescindere», come desumibile, peraltro non senza cautela quando le fattispecie non coincidano pienamente, da quanto affermato e precisato più volte anche dalla Corte costituzionale e fermo restando che almeno il nucleo invalicabile di garanzie minime per i diritti fondamentali non dovrebbe essere finanziariamente condizionabile⁸⁵ (non va trascurata, o sottovalutata, neanche la tendenza, del legislatore ordinario, allo scambio tra «essenziali» e «minimi», non del tutto fungibili e foriera, magari, della attenuazione della garanzia e della tutela prescritta nelle disposizioni costituzionali). Né appare indiscutibile la limitazione della determinazione dei LEP ad alcune materie, e la conseguente non subordinazione ai LEP stessi nelle altre e la distinzione così operata all'interno dei diritti civili e sociali e, quindi, della considerazione della incidenza sull'ampiezza e sul livello (così ridotti) dell'unità giuridica ed economica, che già così appare, se non già compromessa, di certo messa in discussione. E ciò a prescindere dal fatto che, per la parte non esclusa, la salvaguardia, in sostanza, ed in definitiva, è tutta nel se e nel come della attuazione dei LEP nel corso del tempo e nelle continue «trattative» che si svolgeranno a vari livelli e tra i vari organismi statali-regionali⁸⁶. Il tutto, infatti (ma proprio per questo sarebbe necessaria una partenza con maggiori garanzie, se non proprio certezze), non può non giocarsi, per così dire, sui tempi lunghi, con la costanza e/o la variabilità degli indirizzi politici e, forse ancora di più, delle situazioni generali, nazionali ed internazionali, il regionalismo italiano non potendo non essere, almeno entro certi limiti, una variabile «dipendente». Perdere l'occasione del regionalismo differenziato, cioè l'occasione della previa necessità dei LEP, che è tale anche quando di questi prevalga una attuazione incerta e minimale sotto i vari profili in cui ciò avvenire, significa rinviare a data da destinarsi una possibilità che difficilmente potrà ripresentarsi. Il tutto mentre è chiaro che un regionalismo differenziato, ma anche un regionalismo senza differenziazione non è fonte di ulteriore divario sociale e territoriale solo se le regioni sono rese previamente omogenee, cioè solo se partecipano in condizioni di parità di base, come, in definitiva, riconosciuto, come abbiamo visto, ma non adeguatamente organizzato, negli atti e nelle dichiarazioni di chi procede, poi, anche senza

⁸⁵ Si veda, per es., in tema di LEA e di diritto alla salute, la sentenza n. 142/ 2021, nella quale la Corte, richiamando altra sua decisione, afferma che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” con anche altri interessanti riferimenti alla centralità della persona umana nella tutela costituzionale.

⁸⁶ Sulla definizione e la formazione, sulla delicatezza e l'importanza dei LEP, v. *ex aliis*, ma solo a titolo di esempio, V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del “Rapporto finale” del Comitato per l'individuazione dei LEP*, in *Federalismi.it*, 15, 2024; A. Pitino, *Il regionalismo differenziato e il conseguimento di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” nella materia “tutela della salute”*, in *Corti supreme e salute - Saggi*, 2, 2024, 9 ss.

determinare le condizioni conseguenti.

Abstract. Il nostro regionalismo non ha avuto un modello sufficientemente «definito» né «attuatori» politici non condizionati, nel corso del tempo, da opzioni contingenti e/o strumentali. Le «cose» non sembrano migliorate dopo il nuovo Titolo V. Dopo un iniziale, sostanziale «silenzio», i comportamenti dei protagonisti politico-istituzionali ad ogni livello (regionale e nazionale) e lo stesso dibattito da essi innescato, non sembrano riguardare l'autonomia differenziata di cui all'art. 116, c. 3, ma una sorta di regionalismo in generale, perseguito da alcuni e temuto ed avversato da altri, quasi a prescindere dai pertinenti riferimenti costituzionali, dai quali essa emerge con una portata molto più contenuta ed una *ratio* diversa. La stessa legge-quadro appena approvata non elimina, ma contribuisce a suscitare i già numerosi motivi di riflessione.

Abstract. Regionalism in Italy has lacked both a clearly defined model and political actors capable of implementing it without being influenced by contingent or instrumental interests. This issue remains unresolved even after the reform of Title V. Following an initial phase of relative «silence», the political and institutional behavior at both the regional and national levels, as well as the debates they have sparked, appear to focus not on the differentiated autonomy envisioned in art. 116, par. 3, but rather on a more general concept of regionalism. This has been embraced by some and opposed by others, often with little regard for the relevant constitutional framework, resulting in a model with a more limited scope and a distinct rationale. The recently approved framework law does not address these concerns, but rather compounds them, highlighting the need for further critical reflection.

Parole chiave. Regionalismo – Autonomia differenziata – Primi atti attuativi – Legge-quadro.

Key words. Regionalism – Differentiated autonomy – First implementing acts – Framework law.

L'OBBLIGO VACCINALE DA COVID-19. DALLA CORTE EDU UN ALTRO «SÌ»*

di Diana Amoroso** e Margherita Ghezzi***

230

Sommario. 1. I presupposti costituzionali per la previsione dell'obbligo vaccinale: il diritto alla salute. – 2. La disciplina dell'obbligo vaccinale sorto a causa della pandemia e la «spinta gentile» alla vaccinazione anti COVID-19. – 3. La sentenza n. 14/2023: la Consulta avalla l'operato del legislatore. Osservazioni. – 4. Vaccinazione Covid-19 al vaglio della Corte EDU: un altro sì alle misure adottate.

1. I presupposti costituzionali per la previsione dell'obbligo vaccinale: il diritto alla salute. Tutto origina dal diritto alla salute. Una lettura approfondita dell'articolo 32 della Costituzione, difatti, appare un passaggio imprescindibile per poter trattare lo strumento impositivo dell'obbligo alla vaccinazione, utilizzato da ultimo nel corso della pandemia¹.

Il diritto appare interessante sotto diversi punti di vista: anzitutto, la Costituzione vi si rivolge definendolo «fondamentale», qualifica che non riserva ad alcun altro diritto declinato. Ed al contempo, emerge chiaramente la stretta pertinenzialità tra il «fondamentale» diritto e l'appartenenza all'individuo, adottando, in modo del tutto innovativo², un'interpretazione

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza.

*** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Università di Roma La Sapienza.

¹ Per un approfondimento sul diritto alla salute e sul concetto di diritto fondamentale, si veda M. Luciani, *A proposito del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1979; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 2, 1980; Id., *Salute. I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.

² M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, 511: ad eccezione della Costituzione italiana, difatti, bisognerà attendere le carte costituzionali più moderne, emesse negli anni settanta e ottanta, per un'interpretazione individualista del diritto alla salute, oltre ai più recenti trattati e convenzioni internazionali (si veda, tra tutti, la Convenzione di Oviedo del 1997 sui «diritti dell'uomo e la biomedicina»). Sul diritto alla salute nella Costituzione, L. Antonini, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria*, in *Federalismi.it*, 22, 2017; R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, X-358; G. Bellagamba, G. Cariti, A. Del Re, *La tutela della salute - Trattamenti sanitari e responsabilità nella giurisprudenza costituzionale, civile, penale e amministrativa*, Milano, 2004, VIII-176; G. Bianco, *Persona e diritto alla salute*, Milano-Padova, 2018; E. Cavasino, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, XIV-210; L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio - Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 212; G. Cinà, *Principio di autodeterminazione e tutela della salute nel diritto privato regionale*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 279; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, VIII-160; L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo - Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005, X- 382; F. G. Cuttaia, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, in *Astrid Rassegna*, 9, 2017; A. Dell'Erba, V. Fineschi, *La tutela della salute - Compatibilità economiche e garanzie sociali*, Milano, 1993, XIV-150; L. Di Giovanni, *Tutela della salute e razionalizzazione della spesa pubblica secondo l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 1; G. Gemma, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *www.rivistaaic.it*, fasc. 2, 2017; M. Luciani, *Salute, I, Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; D. Morana, *La salute nella costituzione italiana - Profili sistematici*, Milano, 2002, IX-

principalmente individualista, quale autonomo fondamentale diritto alla salute.

Di converso, prima di allora, il diritto alla salute era stato quasi esclusivamente declinato in misura collettiva, quale interesse non solo del singolo, ma specialmente dei consociati. Si pensi, a tal riprova, ai numerosi articoli previsti dalla Carta costituzionale che si servono del diritto alla salute in termini oppositivi e negativi, quale limite ad altre libertà e diritti³.

Con l'avvento della Costituzione, pertanto, la prospettiva muta drasticamente⁴: la chiave personalistica ed individualistica della disposizione viene confermata specialmente dal secondo comma dell'art. 32, laddove si stabilisce che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»⁵.

Viene a delinearsi un diritto a scegliere «se» e «come» curarsi, finanche prospettandosi i contorni di un vero e proprio diritto a non curarsi. Come già messo in luce dalla migliore dottrina⁶, invero, trattandosi di un diritto di libertà, esso ben può declinarsi in accezione negativa, quale libertà di non esercizio del diritto: il diritto, appunto, di non curarsi⁷.

206; I. Rivera, *La comparazione giuridica nel concetto di «salute»: possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in *Riv. it. medicina legale*, 2017, 117.

³ Si pensi, *ex plurimis*, all'art. 16 Cost., *Libertà di circolazione e soggiorno*, che cita proprio i motivi di sanità e sicurezza quali limiti alla piena declinazione del diritto. Giova al riguardo evidenziare che, in ragione di tale disposizione, durante la pandemia scaturita nel 2020 per la diffusione di COVID-19, sono state diramate molteplici restrizioni alla circolazione ed al movimento all'interno dello stesso territorio nazionale.

⁴ Parte della dottrina ritiene sussistente anche un «dovere costituzionale alla salute» come principio di ordine pubblico oppure come presupposto per l'adempimento di altri doveri costituzionali tipici (di cui agli artt. 2, 4, 30, 48 e 52 Cost.), senza per questo trascolorare in un «dovere di mantenere integra la propria salute» astenendosi da qualsivoglia comportamento nocivo. È di questo avviso C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in Id., *Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 436-437. L'Autore, pur reputando «in via astratta» esistente un dovere alla salute accanto al corrispondente diritto, ritiene comunque che tale dovere sia in concreto insuscettibile di imposizione coattiva e che pertanto «rimanga inibita ogni imposizione». Reputano che per la Costituzione sia un disvalore non prendersi cura del proprio corpo, tra gli altri, G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 42 e, sostanzialmente, M. Olivetti, op. cit., 521 ss. L'estrema rilevanza riposta nei riguardi del diritto in esame traspare anche dalla gestione e organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale che, invero, si articola su tre livelli, nell'ambito dei quali operano lo Stato, le Regioni e gli Enti Locali territoriali, garantendo al contempo la partecipazione dei cittadini. Il ruolo delle varie istituzioni coinvolte nel sistema sanitario è stato oggetto di una progressiva evoluzione all'esito della quale le Regioni sono diventate il punto di riferimento principale del SSN, dando vita così ad sistema sanitario di tipo decentrato, nell'ambito del quale al contempo si impone di garantire la tutela della salute uniforme su tutto il territorio, imponendo allo Stato di individuare le prestazioni considerate essenziali e, quindi, comprese nei «Livelli Essenziali di Assistenza» (i quali rientrano nei «Livelli Essenziali delle Prestazioni» di cui all'art. 117 Cost.). In particolare, mentre lo Stato deve individuare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, le Regioni hanno l'onere di assicurare l'effettiva erogazione delle prestazioni ricomprese nel novero dei LEA sulla base delle esigenze del territorio di riferimento, avendo cura di predisporre tutte le misure organizzative necessarie perché l'assistenza avvenga con modalità appropriate ed efficaci. Il settore sanitario è, pertanto, retto da una pluralità di fonti regionali, nella materia «tutela salute» e statali, per quanto attiene in particolare alla determinazione dei LEA, dando vita così ad un settore normativo in cui devono coesistere scelte partecipate tra Stato, Regioni e Autonomie Locali, capaci di sostenere l'intera struttura organizzativa del sistema sanitario italiano, garantendo l'erogazione dei farmaci in tutto il territorio nazionale.

⁵ Per definizione di «trattamento sanitario» si rinvia a quanto indicato da D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 172, nonché R. Pinardi (a cura di), *Pandemia da Covid-19 e obbligo vaccinale per i lavoratori: quali limiti costituzionali?*, in Id. (a cura di), *L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 1, 2021, 6. Si evince da tali letture che per trattamenti sanitari debbano intendersi non solo i trattamenti curativi di eventi morbosi in atto e riabilitativi, ma anche quelli di natura preventiva, nella cui definizione rientrano dunque le vaccinazioni.

⁶ M. Olivetti, op. cit., 519.

⁷ Il secondo comma dell'art. 32 Cost. reca una riserva di legge relativa ma rinforzata per contenuto, stante il necessario rispetto della persona umana ivi prescritto. La tematica della riserva di legge, in relazione all'introduzione di un trattamento sanitario obbligatorio, è stata recentemente affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 25/2023 (redattore Nicolò Zanon), con la quale è stato definito il grado di

Aver aperto ad una siffatta interpretazione ha condotto a considerazioni e pragmatiche situazioni tutt'altro che secondarie: scegliere di non curarsi, ad esempio, può comportare il rifiuto o l'interruzione di una terapia anche vitale, in relazione al quale il diritto di piena ed esaustiva informazione, in merito alla scelta adottata, appare fondamentale corollario.

Di tutte queste istanze, la l. n. 217/2019 ha tentato di dare parziale disciplina⁸.

Ciò che tuttavia rileva maggiormente ai fini dell'argomento di cui trattasi sono i limiti posti, anche a livello costituzionale, a tale fondamentale diritto all'autodeterminazione sanitaria⁹.

Il diritto di non curarsi, che pure può ritenersi costituzionalmente garantito in base a quanto anzidetto, incontra proprio il limite dell'interesse e della tutela della salute collettiva: il secondo comma dell'art. 32, dunque, da fermo caposaldo dell'autodeterminazione del singolo, diventa al contempo limitazione della stessa¹⁰.

Dispone invero il legislatore costituzionale che, in forza di disposizione di legge, può limitarsi la scelta del singolo di non sottoporsi a trattamenti sanitari, pur dovendo rispettare la dignità della persona umana.

In pregressi pronunciamenti, la Corte costituzionale si è ampiamente espressa in merito alla liceità di limitazioni di tal genere¹¹, dovendo necessariamente essere assicurata la salute altrui e della comunità intera.

Tale circostanza può dunque richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, anche nell'interesse del singolo, oltre che della collettività.

Si pensi al riguardo alla diffusione di malattie infettive ed altamente contagiose, come è stato

precisione richiesto al legislatore nella parte in cui la Costituzione contempla la possibilità di prevedere un trattamento sanitario «determinato», nella specifica ipotesi di obbligo vaccinale.

⁸ Per consentire una profusa disamina circa il contesto da cui è originata la l. n. 219/2017, i principali casi giudiziari, nonché le problematiche inerenti al consenso informato, si rimanda a G. Razzano, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, 2019, 4. In particolare, l'Autrice indica che la menzionata legge sembra caratterizzarsi «per il diritto al rifiuto e all'interruzione delle terapie, per il risalto alla volontà di colui che, seppur non da paziente, redige le DAT e per i «nuovi poteri» del fiduciario, oltre che delle varie figure di rappresentanza. La ratio appare dunque quella di rimarcare il diritto all'autodeterminazione della persona ma non quella di legalizzare l'eutanasia [...]». Di rilievo appare anche l'analisi profusamente compiuta in relazione alla distinzione tra eutanasia ed il rifiuto delle cure. Al riguardo, si suggerisce la lettura di C. Tripodina, *Quale morte per gli «immersi in una notte senza fine»? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul «diritto a morire per mano di altri»*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 145.

⁹ In tal senso occorre valorizzare anche il ruolo del consenso informato, oggetto di attenzione anche da parte della Convenzione di Oviedo che, all'art. 5, così stabilisce: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Sul punto, si veda la recente Corte costituzionale, sent. n. 14/2023, secondo cui «Il consenso informato, quale condizione per la liceità di qualsivoglia trattamento sanitario, trova fondamento nell'autodeterminazione, nelle scelte che riguardano la propria salute, intesa come libertà di disporre del proprio corpo, diritti fondamentali della persona sanciti dagli artt. 2, 13, 32 Cost. e dagli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo quanto disposto dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017, «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Più precisamente, il consenso del paziente deve essere libero e consapevole, preceduto da informazioni complete, aggiornate e comprensibili relative a diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto al trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

¹⁰ Per converso, diversi Autori ritengono non condivisibile l'affermazione della sussistenza di un «diritto di ammalarsi e, comunque, di lasciarsi morire»: F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, 211; F. Giardina, *Vita* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, XXXVII, 1994, 2; G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 43.

¹¹ *Ex plurimis*, si veda Corte cost., sentt. nn. 258/1994 e 307/1990.

per la pandemia da SARS-CoV-2¹²: l'interesse della salvaguardia e della tutela collettiva ben può comportare l'esigenza di accertamenti nonché di trattamenti sanitari obbligatori e coattivi.

In tale quadro, occorre tipicamente menzionare gli obblighi di vaccinazione¹³.

2. La disciplina dell'obbligo vaccinale sorto a causa della pandemia e la «spinta gentile» alla vaccinazione anti COVID-19. A seguito del propagarsi del virus SARS-CoV-2 e dell'inizio dell'emergenza sanitaria, sancita formalmente mediante la dichiarazione di stato di emergenza¹⁴, il legislatore italiano ha attuato una serie di misure ritenute necessarie per salvaguardare l'incolumità e la sicurezza della comunità.

Tra tutte, l'adozione di normative volte all'introduzione di obblighi di vaccinazione nei riguardi di talune categorie di persone. La scelta dei destinatari dell'obbligo è stata di volta in volta giustificata in ragione della professione ricoperta e della maggiore esposizione al rischio, ovvero per il ritenuto maggior pericolo per la propria e altrui incolumità.

In particolare, il Governo ha introdotto il primo obbligo di vaccinazione per la prevenzione da COVID-19 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, mediante l'adozione del d.l. n. 44/2021¹⁵.

La *ratio* del legislatore è stata quella «di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»¹⁶, garantendo in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette al contenimento dell'epidemia e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica, con riferimento soprattutto alle categorie dei soggetti ritenuti più fragili.

Non si dirà nulla di nuovo, ma giova ricordare, anche per le considerazioni da compiere nel prosieguo, che, secondo il citato disposto normativo, la vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 si imponeva quale requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati¹⁷. In caso di inadempienza, il professionista incorreva nella sospensione senza

¹² Con SARS-CoV-2 si intende la sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2, scaturita nel 2019 quale nuovo ceppo di coronavirus. Per COVID-19, invece, si intende la malattia associata al virus.

¹³ A proposito di trattamenti sanitari obbligatori e obblighi di vaccinazione, si consiglia la lettura di A. Mazzitelli, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 2017, 11 ss., oltre a M. Cartabia, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2012. Parimenti, per un maggior approfondimento sul tema, si rende necessaria la lettura di G. Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995 e di A. Pioggia, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 127 ss.

¹⁴ Il Governo ha pronunciato lo stato di emergenza con delibera del 31 marzo 2020, ai sensi degli artt. 7, c. 1, lettera c), e 24, c. 1, d.lgs. n.1/2018 (Codice della protezione civile), all'indomani della medesima iniziativa intrapresa dall'OMS, che dichiarava la diffusione del nuovo coronavirus SARS-CoV-2 classificandolo come una «emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale». Solo successivamente, nel marzo del 2020, veniva classificato come «pandemia».

¹⁵ D.l. n. 44/2021, recante *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*, convertito con modificazioni dalla l. n. 76/2021.

¹⁶ Cfr. art. 4, c. 1, del menzionato d.l. n. 44/2021.

¹⁷ La previsione dapprima disponeva la vigenza dell'obbligo sino alla completa attuazione del piano strategico nazionale dei vaccini, ai sensi dell'art. 1, c. 457, l. n. 178/2020, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Tale termine è stato in seguito prorogato al 15 giugno 2022, mediante le modifiche effettuate dall'art. 1 del d.l. n. 172/2021. A tal riguardo, si precisa che il d.l. n. 44/2021 ha, nel corso del tempo, incontrato numerose integrazioni e modifiche: anzitutto il d.l. n.122/2021, convertito con modificazioni in l. n. 133/2021, ha introdotto l'art. 4-bis nel d.l. n. 44/2021, estendendo l'obbligo anche al personale delle strutture residenziali, socio assistenziali e sociosanitarie; in sede di conversione del d.l. 172/2021 (con la l. n. 3/2022), poi, è stato approvato un emendamento che ha aggiunto all'art. 4, c. 1, del d.l. n. 44/2021, il c. 1-bis, recante l'estensione dell'obbligo anche agli studenti dei corsi di laurea impegnati nello svolgimento dei tirocini pratico-valutativi

retribuzione dall'esercizio lavorativo, con relativa annotazione nell'albo di riferimento¹⁸.

Tale conseguenza ha assunto sin da subito una connotazione sanzionatoria – benché fosse esclusa la natura disciplinare – allorché conseguiva direttamente dalla scelta volontaria di sottrarsi alla vaccinazione, ritenuta requisito essenziale per l'esercizio della professione¹⁹.

La previsione di un obbligo vaccinale non è certamente una novità nel panorama legislativo²⁰, che già prevede obblighi di vaccinazione sin dall'età infantile²¹.

Tale previsione appare ampiamente avallata dalla giurisprudenza costituzionale che, anzi, in diversi pronunciamenti ha definito legittimi ed in linea con le disposizioni costituzionali siffatti trattamenti coercitivi, pur sempre dinanzi a determinate condizioni. Ciò specialmente nei casi in cui sia posto a rischio il raggiungimento della c.d. «immunità di gregge»²² ovvero in ogni caso in cui venga in rilievo anche l'interesse alla salute collettiva.

Può dirsi pertanto che il diritto fondamentale alla salute, posto a presidio e nell'interesse del singolo, viene in quest'ottica depotenziato in favore della collettività, e tale bilanciamento appare legittimo, agli occhi del Giudice costituzionale, in presenza di talune circostanze.

Giova a tal riguardo ricordare che, ai fini della legittimità del trattamento imposto²³, occorre

finalizzati al conseguimento dell'abilitazione all'esercizio delle professioni sanitarie. La violazione dell'obbligo in parola determinava l'impossibilità di accedere alle strutture ove venivano svolti i tirocini pratico-valutativi. L'art. 2 del d.l. n. 221/2021, disponendo l'aggiunta dell'art. 4-ter al d.l. n. 44/2021, ha successivamente esteso l'obbligo vaccinale al personale amministrativo della sanità, ai docenti e personale amministrativo della scuola, ai militari, forze di polizia (compresa la polizia penitenziaria), personale del soccorso pubblico. Infine, il d.l. n. 1/2022 ha aggiunto al d.l. n. 44/2021 l'art. 4-quater che, al c. 1, ha esteso l'obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 agli ultracinquantenni, fino al 15 giugno 2022.

¹⁸ L'atto di inadempimento dell'obbligo veniva adottato dall'Ordine professionale territorialmente competente, all'esito delle verifiche previste ai sensi dell'art. 4, c. 3 del d.l. n. 44/2021.

¹⁹ La disposizione è stata ritenuta da alcuni lesiva della libertà di coscienza, non essendo lasciato spazio all'autodeterminazione dei destinatari dell'obbligo in ordine alla volontà di sottoporsi o meno al trattamento. Al riguardo, si rimanda a P. Giangaspero, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 4, 2019, 1058-1069, quale commento in calce a Corte cost., sent. n. 137/2019.

²⁰ Si veda al riguardo il contributo dell'Istituto Superiore della Sanità, che riconduce la nascita dell'obbligo vaccinale ad inizio Ottocento, in *Obbligo vaccinale: un po' di storia*, <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/ObbligoVaccinaleStoria>, e fornisce al contempo un prospetto delle scelte adottate da altri Paesi europei in merito agli obblighi vaccinali. I relativi dati sono tratti da M. Haverkate, F. D'Ancona, C. Giambi, K. Johansen, P. L. Lopalco, V. Cozza, E. Appelgren, collective on behalf of the VENICE project gatekeepers and contact points, *Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes* in *Eurosurveillance*, 2012, <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en>.

²¹ Sono attualmente previste diverse disposizioni normative recanti obblighi di vaccinazione, sin dall'età infantile, tra cui: l. n. 891/1939, vaccinazione antidifterica; l. n. 292/1963, recante obbligo di vaccinazione antitetanica; l. n. 51/1966, contro la poliomielite; l. n. 51/1991, contro l'epatite B. Tra tutte, però, occorre specialmente menzionare il d.l. n. 73/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 119/2017 che, a seguito della diminuzione di vaccinazioni e della recrudescenza di talune patologie ritenute da tempo debellate, ha introdotto nuove vaccinazioni obbligatorie e, al contempo, ha introdotto disposizioni volte a limitare l'ingresso di bambini non vaccinati alle scuole di infanzia. Nello specifico, nei lavori preparatori si è evidenziato come in taluni casi si fosse scesi addirittura al di sotto della soglia che l'OMS riteneva necessaria per il conseguimento della c.d. «immunità di gregge». Si suggerisce al riguardo la lettura di D. Coduti, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di stato e forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 605-638, che ripercorre le fasi del processo legislativo che ha condotto all'adozione di tale legge.

²² Intendendosi, con tale termine, la «copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo» (Cfr. sent. Corte cost. n. 5/2018).

²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 258/1994 e sent. n. 307/1990, ove vengono esplicitati e delineati profusamente i suddetti requisiti: a) «se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo

anzitutto che la misura sanitaria sia a beneficio del singolo, volta dunque a migliorare o preservare lo stato di salute, non dovendo recare alcun tipo di danno che non sia nel limite delle tollerabili e temporanee conseguenze. Il trattamento in parola, inoltre, deve risultare al contempo anche a vantaggio della collettività: si pensi, come si diceva pocanzi, al necessario raggiungimento della immunità di gregge. Infine, dispone la Consulta, è necessario che, nell'ipotesi in cui il soggetto destinatario dell'obbligo patisca un danno superiore a quanto atteso, sia erogata un'equa indennità.

Tale ultimo requisito è soddisfatto in ragione della vigenza della l. n. 210/1992, che prevede l'erogazione di un indennizzo ove sia dimostrata la correlazione tra il danno patito e la somministrazione del vaccino²⁴. Vale sin da subito evidenziare, con riferimento a tale aspetto, che l'erogazione dell'indennizzo prescinde dalla parallela tutela risarcitoria, che trova applicazione ogniqualvolta le concrete forme di attuazione della legge impositiva del trattamento o di esecuzione materiale di esso non siano accompagnate dalle cautele o condotte secondo le modalità che lo stato delle conoscenze scientifiche e l'arte prescrivono in relazione alla sua natura²⁵.

Viene alla luce, pertanto, la connotazione oppositiva e negativa del diritto alla salute, nei termini pocanzi menzionati: la libertà del singolo incontra dei limiti, individuati nell'altrui diritto e, soprattutto, nell'interesse della collettività.

Ciò in ragione del fatto che, come coerentemente delineato, i diritti di libertà «non possono, nel loro insieme, considerarsi attribuiti all'uomo per la soddisfazione delle sue egoistiche esigenze, poiché alcuni di essi risultano improntati ad una elevata finalità sociale»²⁶.

che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale» (Cfr. sent. n. 307/1990); b) se vi sia la «previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili» (Cfr. sentenza n. 307/1990); c) se nell'ipotesi di danno ulteriore alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato. (Cfr. sent. n. 307/1990).

²⁴ Testualmente, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 210/1992 si stabilisce che «Chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge». Dal testo della legge, dunque, si evince che l'indennizzo sarebbe erogabile solo laddove la lesione sia insorta a seguito di una vaccinazione obbligatoria. Tuttavia, nel tempo, la Corte costituzionale è variamente intervenuta sancendo l'illegittimità del citato articolo nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo anche a favore di chi abbia riportato un danno, lesioni o infermità a causa di vaccinazioni non obbligatorie ma solo semplicemente raccomandate. La *ratio* sottesa a tale posizione risiede nel legittimo affidamento che i consociati riportano anche solo nella raccomandazione fornita dalle autorità preposte, che non si tramuta in obbligo, ed al contempo fa leva sul fondamento dell'indennizzo previsto dalla norma, che risiede non nell'obbligo, ma nell'adempimento di un dovere di solidarietà, cui il singolo aderisce e risponde non mosso da un obbligo normativo, ma da una scelta conseguente ad una raccomandazione. La Corte costituzionale, dunque, di volta in volta – avuto riguardo a diverse vaccinazioni raccomandate – ha esteso le maglie di tutela sancita dalla l. n. 210/1992 che, di fatto, eroga assistenza mediante indennizzo anche a seguito di danni successivi all'inoculazione di vaccini raccomandati. (Cfr. Corte cost., sent. n. 118/2020 con riferimento alla vaccinazione contro il virus da epatite A).

²⁵ Sul punto, si veda Corte cost., sent. n. 5/2018, intervenuta in merito alla legittimità costituzionale del d.l. n. 73/2017 (c.d. Decreto vaccini), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119/2017, *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci*. La Corte ha dichiarato non fondate tutte le questioni prospettate, rappresentando come la previsione di un obbligo di vaccinazione rappresenti una scelta spettante al legislatore nazionale e come questa scelta non possa dirsi irragionevole, poiché volta a tutelare la salute individuale e collettiva, essendo altresì fondata sul dovere di solidarietà nel prevenire e limitare la diffusione di alcune malattie.

²⁶ D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 162.

È la stessa Corte costituzionale²⁷ a valorizzare la dimensione sociale del diritto alla salute precisando che il diritto alla tutela della salute porta con sé «il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari»²⁸.

L'orientamento della Corte costituzionale appare d'altronde pienamente in sintonia con i pronunciamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di vaccinazioni obbligatorie, laddove si afferma che siffatti obblighi «can be regarded as being necessary in a democratic society»²⁹. In particolare, il giudice sovranazionale, pronunciandosi sulla legittimità di un provvedimento recante l'asserita violazione della legislazione della Repubblica Ceca in tema di vaccinazione nella minore età, ha negato la violazione dell'art. 8 della CEDU, che impone il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nel corpo della pronuncia, la Corte EDU ha infatti dato valore al principio di solidarietà sociale e di proporzionalità in relazione alle misure adottate per la tutela collettiva della salute³⁰.

Le scelte operate dal legislatore durante il periodo pandemico, con riferimento alla vaccinazione, tuttavia, appaiono degne di rilievo, sotto molteplici punti di vista.

Come si delineava pocanzi, l'obbligo dapprima previsto per gli esercenti professioni sanitarie è stato in seguito esteso anche al personale amministrativo della sanità, ai docenti ed al personale amministrativo della scuola, alle forze di polizia ed ai militari³¹.

Da ultimo, si è disposto un ulteriore obbligo di vaccinazione nei riguardi degli ultra cinquantenni, limitato nel tempo, allorché in vigore dall'8 gennaio 2022 e fino al 15 giugno 2022³².

²⁷ Si ricordano, *ex plurimis*, Corte costituzionale, sentt. nn. 258/1994 e 307/1990.

²⁸ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 218/1994 e 39/1996.

²⁹ S. Troilo, *L'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19 nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali*, in *Consulta online*, Fasc. II, 2023, 709.

³⁰ Si rimanda alla decisione Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-209039%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-209039%22]}). In particolare la normativa relativa all'obbligo vaccinale era stata censurata, dai ricorrenti, sotto diversi punti di vista: il primo ricorrente, Vavříčka, aveva assunto la violazione della libertà di credo e di religione, assumendo altresì la violazione della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina; la seconda ricorrente, invece, aveva lamentato la lesione del diritto all'istruzione, allorché la mancata vaccinazione aveva impedito la partecipazione alla scuola d'infanzia; altri ricorrenti avevano, poi, censurato la mancata espressione della libera manifestazione di una fede religiosa o di un credo; infine, gli ultimi ricorrenti ritenevano violato il loro diritto di operare nel miglior interesse del figlio. Al riguardo, si suggeriscono i commenti di M. L. Lo Giacco, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2021, 272 e di G. Gotti, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, *ivi*, 4, 2021, 356.

³¹ Mediante l'introduzione dell'art. 4-ter recante *Obbligo vaccinale per il personale delle strutture di cui all'articolo 8-ter del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, articolo inserito dall'art. 2, c. 1, d.l. n. 172/2021, conv. con modificazioni dalla l. n. 3/2022.

³² Mediante l'adozione del d.l. n. 1/2022, che ha aggiunto al d.l. n. 44/2021 l'art. 4-*quater*. La ratio di tale peculiare provvedimento risiedeva nel tentativo di «rallentare la curva di crescita dei contagi relativi alla pandemia e a fornire maggiore protezione a quelle categorie che sono maggiormente esposte e che sono a maggior rischio di ospedalizzazione», da https://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&id=5754. In caso di inadempimento, era prevista la comminazione di una sanzione pecuniaria pari ad € 100, *una tantum*. Il provvedimento estendeva anche l'obbligo nei riguardi del personale universitario, così equiparato a quello scolastico, già attinto dall'obbligo.

Vi è di più. Il legislatore italiano ha operato in una duplice direttiva: non solo adottando gli obblighi vaccinali menzionati, ma imponendo anche un innovativo «onere alla vaccinazione» a carico del singolo non rientrante in tali categorie, rendendo la vaccinazione, di fatto, indispensabile per accedere a molteplici attività di natura sociale, ricreativa, relazionale.

Tale disciplina ha del tutto stravolto il rapporto da sempre esistito tra la regola, che risiede nella scelta autodeterminante di sottoporsi o meno ad un determinato trattamento sanitario, e l'eccezione, rappresentata dall'obbligo vaccinale, tagliandosi in una terra di mezzo³³. Il singolo era di fatto libero di scegliere se vaccinarsi, ma solo mediante l'inoculazione del farmaco gli era consentito l'accesso a molteplici attività, mediante l'ottenimento di un «certificato verde»³⁴.

Se, infatti, inizialmente tale certificato era ottenibile alternativamente mediante la guarigione, la vaccinazione, ovvero la sottoposizione periodica ad un tampone, con l'evoluzione della normativa e l'adozione del c.d. «*Super Green Pass*», l'accesso a gran parte di attività veniva garantito solo a seguito di guarigione o vaccinazione³⁵.

La modalità d'intervento non è nuova: si colloca nel ben preciso quadro di riferimento teorico che può essere considerato quale provvedimento di «*nudging*», ossia una «spinta gentile» per promuovere una determinata azione in capo al singolo e, nel caso di specie, appunto, la vaccinazione³⁶.

Trattasi di uno strumento proprio della scienza dell'economia comportamentale, che ha l'obiettivo di favorire l'assunzione di taluni comportamenti ritenuti responsabili e opportuni, senza tuttavia imporre il relativo obbligo in capo all'individuo.

In base a tale disciplina, si ritiene che l'assunzione di determinati atteggiamenti e comportamenti da parte dei singoli possono fare la differenza a livello concreto, pertanto vengono adottati alcuni interventi che inducono al ragionamento il cittadino il quale, ponendo legittimo affidamento nelle raccomandazioni delle istituzioni, decide di seguire il comportamento suggerito.

Tali interventi non mirano a convincere persone assolutamente salde nelle loro credenze, né tantomeno è rivolto a coloro che, invece, sono già stati dissuasi positivamente: essa appare rivolta, piuttosto, ad una fascia più o meno popolosa di indecisi, che vedono svanire i propri

³³ Così, C. Iannello, *L'«interpretatio abrogans» dell'art. 32 della Costituzione. L'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 e le ordinanze di rinvio alla Consulta*, Napoli, 2022, 21.

³⁴ Il certificato verde menzionato o «*Green Pass*» è stato disciplinato dal Regolamento n. 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, per consentire e regolare la circolazione all'interno del territorio comunitario. Nello specifico, il d.l. n. 52/2021, convertito in l. n. 87/2021, prevedeva tali certificazioni verdi, rilasciate a seguito di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o di guarigione dall'infezione o, ancora, di sottoposizione ad un test molecolare o antigenico con risultato negativo al virus: a seconda della modalità scelta, il certificato verde aveva una durata di 9 mesi, in caso di vaccinazione, di 6 mesi, in caso di infezione, ovvero, da ultimo, di sole 48 ore (per tampone rapido) o di 72 ore (per tampone molecolare). In seguito, il d.l. n. 172/2021 ha previsto una distinzione tra la certificazione verde rilasciata a persone vaccinate o guarite (c.d. «green pass rafforzato» o «super green pass»), e la certificazione originata dall'effettuazione di tampone molecolare o antigenico («green pass base»): solo il primo garantiva l'accesso a molteplici attività. Si rimanda a <https://www.dgc.gov.it/web/> per verificare le modalità di emissione, i parametri normativi per il rilascio e i dati inerenti alla certificazione verde.

³⁵ Tra quelle elencate, a titolo esemplificativo può ricordarsi l'accesso a teatri, cinema, discoteche, palestre, ristoranti e bar, cerimonie pubbliche (Cfr. d.l. n. 172/2021, convertito in l. n. 3/2022).

³⁶ La genesi di tale istituto può collocarsi nel 2008, allorquando è stato pubblicato il saggio *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, dall'economista Richard H. Thaler e dal giurista Cass R. Sunstein. In particolare, nel corpo dello scritto si focalizza l'attenzione sulle scelte che ciascun individuo assume quotidianamente, introducendo il concetto di «architettura della scelta» per spiegare dove andrebbe focalizzata l'attenzione quando si prende una decisione. Si assume, pertanto, che le persone hanno necessità di una struttura per prendere le decisioni migliori, in grado di «spingere gentilmente» le decisioni verso la direzione più adeguata, più in linea con i valori, non sopprimendo tuttavia la libertà di decisione.

dubbi dinanzi all'incentivo prospettato.

Tale strategia conduce inevitabilmente ad alcune riflessioni.

Anzitutto in ordine alla portata più o meno coercitiva della scelta adottata dal legislatore: ci si chiede, in sostanza, se tale «spinta» alla vaccinazione (ponendo come incentivo l'acquisizione della certificazione verde, strumento utile per l'accesso a molteplici attività), possa esser davvero definita «gentile», ovvero se in realtà assurga ad obbligo vaccinale, celato. Se è pur vero che, come affermato anche con la decisione della Consulta del 18 gennaio 2018 n. 5, al legislatore viene lasciata una buona dose di discrezionalità circa la scelta della modalità tramite cui assicurare una prevenzione efficace dalle malattie, mediante semplici raccomandazioni ovvero mediante veri e propri obblighi, in tal caso vi è da chiedersi se si è trattato veramente di un'alternativa tra obbligo e raccomandazione, o se la scelta sia stata in qualche modo forzata.

Tale evidenza viene ancor più alla luce dinanzi all'introduzione di una certificazione verde «implementata», cui poteva accedersi solo a seguito di vaccinazione o guarigione, e non più mediante la periodica sottoposizione a test, il quale invece dava diritto solo all'ottenimento di una certificazione base, come pocanzi menzionato. L'accesso alla maggior parte delle attività diveniva così possibile solo con la certificazione «potenziata».

Ci si domanda, dunque, se proprio tale estensione ed implementazione della disciplina, recante un discrimine tra le due certificazioni, non abbia di fatto dettato una modifica dell'onere vaccinale, tramutandolo in una forma di obbligo, allorché solo mediante la vaccinazione (o la guarigione dal virus) potevano effettuarsi molteplici attività, anche di vita quotidiana.

Di certo, laddove il legislatore avesse imposto un franco ed obiettivo obbligo vaccinale, vi sarebbe stata una maggiore ponderazione in merito al bilanciamento degli interessi in gioco: come insegna l'articolo 32 Cost., infatti, nessun trattamento sanitario può essere imposto al soggetto, salvo che per previsione di legge. E si presuppone che proprio l'adozione di un atto legislativo da parte del Parlamento, luogo per antonomasia ove si incontrano e si soppesano gli interessi ed i diritti posti in gioco, avrebbe presupposto il corretto bilanciamento tra i diritti coinvolti: la salute collettiva, certamente, ma al contempo l'autodeterminazione – pure sancita dall'art. 32 Cost. –, oltre ad una serie di ulteriori diritti in qualche modo sviliti e ristretti – benché non annullati – dalla previsione dell'obbligo (ad esempio, libertà di circolazione sul territorio italiano, anche mediante mezzi pubblici³⁷).

Si pensi oltretutto che il meccanismo di esclusione da una determinata attività o da un ambito di vita sociale è la conseguenza che tipicamente e storicamente segue all'inosservanza di un obbligo (nel caso, di vaccinazione).

Giova a tal riguardo segnalare che il tuttora vigente d.l. n. 73/2017, convertito nella l. n. 119/2017, ha statuito che la mancata vaccinazione dei bambini avverso talune patologie determina, di fatto, l'impossibilità di iscrizione alla scuola di infanzia.

Tuttavia è interessante osservare che, in tale caso, l'eventuale inadempimento all'obbligo vaccinale comporta unicamente l'esclusione dalla scuola per l'infanzia, ma rimane in ogni caso possibile svolgere qualsivoglia attività e, oltretutto, non esclude l'iscrizione alla scuola dell'obbligo³⁸.

Ciò significa, in sostanza, che il mancato adempimento, nella normalità, comporta esclusivamente una eccezionale limitazione, lasciando impregiudicate altre attività e facoltà.

³⁷ Si rammenta che l'obbligo di adozione di *Green Pass* rafforzato risultava necessario per molteplici tipi di trasporto pubblico, a titolo esemplificativo aerei, treni, navi, traghetti, autobus e pullman che collegavano più di due regioni, mezzi di trasporto pubblico locale o regionale.

³⁸ Al riguardo, C. Iannello, op. cit., 24.

Diversamente, la normativa del *Green Pass* escludeva, di fatto, l'accesso alla quasi totalità delle attività, in caso di non ottemperanza, andando dunque ad incidere nella conduzione ordinaria della vita quotidiana.

Ed ove dovesse risponderci positivamente alla domanda pocanzi posta - se dunque possa intendersi tale gravoso onere vaccinale in realtà un celato obbligo sostanziale -, occorre chiedersi se tale intervento possa dirsi legittimo, anche secondo il tracciato della Costituzione. A tale ultima domanda si ritiene di poter rispondere, comunque, affermativamente: a ben vedere, la giurisprudenza costituzionale è granitica nel ritenere parimenti di rilievo l'obbligo vaccinale e la sola raccomandazione a sottoporsi all'inoculazione del farmaco.

Secondo diversi pronunciamenti³⁹, difatti, la Consulta ha ritenuto di estendere la tutela prevista dalla l. n. 210/1992, di natura indennitaria, anche alle lesioni e menomazioni recate da vaccinazioni solo raccomandate, e non unicamente per quelle obbligatorie. Si prescinde, in sostanza, dal titolo – obbligo o raccomandazione – in forza del quale la vaccinazione è stata somministrata⁴⁰.

Si ritiene, pertanto, che anche l'onere vaccinale imposto durante il periodo pandemico ricada nel medesimo tracciato, rispondendo alla esigenza solidaristica cui si ispira l'attuale disciplina, principio solidaristico che d'altronde è la base della convivenza sociale⁴¹.

3. La sentenza n. 14/2023: la Consulta avalla l'operato del legislatore. Osservazioni.

Come anticipato nella premessa del presente lavoro, il 5 maggio del 2023 l'OMS ha stabilito formalmente il termine dell'emergenza sanitaria internazionale da COVID-19.

Nel frattempo, a tre anni dall'inizio della pandemia, l'obbligo vaccinale si è posto all'attenzione della Corte costituzionale che si è espressa al riguardo con diversi pronunciamenti che sono apparsi significativi sotto diversi punti di vista.

Anzitutto, di rilievo è il profondo affidamento riposto dal Giudice costituzionale nei confronti delle valutazioni scientifiche profusamente compiute dagli organi istituzionali.

In pochi paragrafi e citando precedenti in materia⁴², nel corpo della sentenza n. 14/2023, la Consulta ammette candidamente la possibilità che, a seguito di un qualsiasi trattamento sanitario, si verifichino condizioni ed effetti avversi, a prescindere dalla coercizione o meno. E proprio l'impossibilità di eliminare tale rischio – benché astrattamente prevedibile e statisticamente rilevato – ha comportato l'adozione di alcune misure, tra tutte la possibilità di indennizzo⁴³. Ricade dunque in capo al legislatore l'onere di agire nell'ambito della riconosciuta discrezionalità politica che, tuttavia, non può risultare sproporzionata ed irragionevole, dovendo far fede a dati e rilievi scientifici che ne legittimino l'operato.

³⁹ Si veda, tra i provvedimenti più recenti, oltre a quelli di cui si avrà modo di trattare in seguito, Corte costituzionale, sent. n. 118/2020, con riferimento al virus da Epatite A.

⁴⁰ Si rimanda, al riguardo, anche a Corte cost., sent. n. 268/2017 nonché sent. n. 27/1998, ove la Consulta delinea una ipotetica irrazionalità della legge, laddove si negasse l'indennizzo a seguito di danno da vaccinazione raccomandata: si riserverebbe, difatti, a coloro che sono stati convinti e persuasi a tenere un comportamento di utilità generale, solidaristico, un trattamento peggiore rispetto a quanti siano stati invece meramente obbligati.

⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 75/1992, secondo cui «il principio di solidarietà sociale che [...] è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente».

⁴² Tra tutti si cita Corte cost., sent. n. 307/1990, i cui passi venivano già ripresi dalla sentenza n. 258/1994; ed ancora, la sentenza n. 5/2018, ripresa in varie posizioni, e il fondamentale passaggio esposto nella sentenza n. 218/1994, laddove stabilisce che la tutela della salute implica anche il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui.

⁴³ L. n. 210/1992, di cui *infra*.

Poste queste fondamentali premesse⁴⁴, la Corte non fa altro che domandarsi, pertanto, se le scelte normative adottate dal legislatore siano in effetti coerenti rispetto ai dati scientifici disponibili all'epoca dei fatti, giungendo a conclusione positiva. La Consulta, difatti, rivolge attenzione unicamente ai contributi scientifici in materia ritenuti maggiormente affidabili e, anzi, agli unici cui poter effettivamente fare riferimento, ossia i dati forniti dall'AIFA e dall'Istituto Superiore della Sanità, dal Segretariato generale e dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute.

Vista la rarità delle reazioni avverse gravi a seguito dell'inoculazione del vaccino, stante la prevalenza del beneficio sul rischio riscontrato, la Consulta deduce la sostanziale sicurezza dei farmaci e, dunque, legittima l'operato del legislatore, allorché ritenuto non irragionevole, specialmente con riferimento all'obbligo imposto nei riguardi degli esercenti le professioni sanitarie, in ragione del loro peculiare ruolo.

Nel tracciato della Corte si deduce un consolidato rapporto con l'ambito scientifico: nel ribadire la tollerabilità di eventuali effetti avversi al vaccino, propri d'altronde di ogni trattamento sanitario, la Consulta reputa comunque legittima la normativa recante l'obbligo sanitario, «perché» e «nella misura in cui» risulti fondato su ragionevoli dati scientifici, promossi e diffusi da istituzioni meritevoli di autorevolezza.

Giova all'uopo riportare un inciso della sentenza in esame, laddove la Corte, trattando della sicurezza delle vaccinazioni, ribadisce che «è su questi dati scientifici – forniti dalle autorità di settore e che non possono perciò essere sostituiti con dati provenienti da fonti diverse, ancorché riferibili a “esperti” del settore – che si è basata la scelta politica del legislatore; legislatore che altrimenti, anziché alle autorità istituzionali, avrebbe dovuto affidarsi a “esperti” non è dato vedere con quali criteri scelti»⁴⁵.

Si evince, anzitutto, dalle parole del Giudice costituzionale, una forma di disapprovazione nei confronti del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (CGARS), giudice remittente, che nel giudizio *a quo* aveva demandato un'apposita istruttoria, compiendo successivamente una disamina dei dati in modo autonomo ed indipendente rispetto alle risultanze fornite dalle autorità competenti⁴⁶.

La Consulta, invece, non svolge alcuna istruttoria formale, per diverse ragioni: dapprima la volontà di riporre completa ed esaustiva fiducia nei contributi forniti dalle istituzioni. Demandare ad un collegio apposito avrebbe d'altronde presupposto l'insufficienza o l'irragionevolezza od incoerenza dei dati già a disposizione, circostanza difatti messa in luce dal CGARS⁴⁷.

Si evince al contempo una ritrosia ad esercitare i poteri istruttori, proprio in ragione delle possibili implicazioni: con quale criterio oggettivo ed imparziale avrebbe potuto scegliere i membri del collegio? E come formulare gli stessi quesiti, senza venir tacciata di parzialità dall'una o altra posizione⁴⁸?

⁴⁴ Nel corpo della sentenza n. 14/2023, si rappresenta infatti che «A questa Corte spetta vagliare se, a fronte del rilevato conflitto, il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità nel rispetto dell'art. 32 Cost., e cioè operando un bilanciamento tra le suddette dimensioni del diritto alla salute non irragionevole e non sproporzionato rispetto alla finalità perseguita. In altri termini deve valutare se, in quella situazione data, la scelta del legislatore sia stata adottata, nell'esercizio di discrezionalità politica, in modo compatibile con i principi costituzionali».

⁴⁵ Sentenza n. 14/2023, par. 11 della parte Considerando in diritto.

⁴⁶ Sul punto si veda M. Massa, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti Supreme e salute*, 2023, 8.

⁴⁷ Si veda al riguardo M. R. Spasiano, *Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022. Talune riflessioni a margine della ordinanza n. 38/2022 del CGARS e altre questioni in tema di obbligo vaccinale*, in *Nuove autonomie.it*, 2022, 15.

⁴⁸ Ancora, M. Massa, *ibidem*, 8 ss.

A riprova della scelta compiuta, giova sottolineare il consolidato rapporto tra scienza e diritto, nella specie tra scienza e giudizio: la Corte, come si diceva, ammette candidamente la possibilità di effetti avversi ma, proprio in ragione ed in forza delle risultanze scientifiche di cui pocanzi si trattava, ritiene comunque maggiore il beneficio rispetto al rischio corso.

Giunge, pertanto, a ritenere proporzionale e ragionevole la discrezionalità politica entro cui ha operato il legislatore, allorché i dati scientifici all'epoca disponibili apparivano coerenti rispetto alle azioni adottate.

Ci si chiede se possa parlarsi di vera e propria riserva di scienza⁴⁹, ossia dell'imprescindibilità di utilizzo di accertamenti tecnici e scientifici che legittimano l'imposizione di una misura sanitaria.

È un'osservazione dalle conseguenze non di poco conto: per sua natura, la scienza è difatti volubile e transitoria e risulta condizionata da variabili anche esterne, quali la progressione e l'innovazione, non calcolabili né prevedibili.

Lo è stato anche per il COVID-19: la Consulta ne tiene difatti ampiamente conto nel corpo della sentenza, sancendo la legittimità dell'operato del legislatore, considerando i dati scientifici al tempo disponibili sui quali potersi fare legittimo affidamento.

Il legislatore, pertanto, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, facendo precipuo affidamento sulle cognizioni scientifiche disponibili solo in quel dato momento, è chiamato a tenere da conto questa innegabile mutevolezza delle conoscenze, allorquando decida di adottare misure coercitive.

L'altro aspetto meritevole di attenzione, che emerge da una lettura del provvedimento del 2023, è l'utilizzo del diritto comparato all'interno della sentenza, da parte della Corte costituzionale.

Ed invero, nel corpo del provvedimento la Consulta annovera le soluzioni adottate da altri Paesi, che parimenti hanno emanato disposizioni di carattere impositivo e coercitivo per contrastare il diffondersi del contagio da COVID-19, e si serve all'uopo degli esempi forniti da Francia, Germania, Regno Unito e Stati Uniti d'America.

Come riportato dalla Corte⁵⁰, anche in tali Stati si sono adottate soluzioni coercitive e si è ritenuto legittimo l'obbligo, sulla scorta dei canoni e dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

È interessante segnalare che, in modo del tutto innovativo, la Corte si avvale di aspetti comparatistici per corroborare la propria posizione e lo fa menzionandoli direttamente nella parte del Considerato in diritto.

Tale approccio assolutamente moderno viene utilizzato per avvalorare la posizione assunta dalla Consulta, non solo in ordine alla legittimità dell'imposizione dell'obbligo vaccinale, ma anche con riferimento alle conseguenze paventate in caso di mancata ottemperanza.

Si evidenzia, infatti, che diversamente dall'Italia, ove in caso di inadempimento era prevista la sospensione professionale, nei citati Paesi era stata introdotta addirittura la possibilità di ricorrere al licenziamento⁵¹.

⁴⁹ Sul punto, oltre a M. Massa, op. cit., si rimanda anche a D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della Salute*, Pisa, 2019.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 14/2023, par. 12.4 del Considerato in diritto.

⁵¹ La Consulta riporta l'esempio della Germania, la cui giurisprudenza costituzionale ha affermato la legittimità della previsione, nella parte in cui si evidenzia che «sebbene la libertà di esercitare una professione tuteli anche la volontà del singolo di mantenere il posto di lavoro si dà non ammettere tutte quelle misure che sortiscono l'effetto di obbligare il singolo a rinunciare a un determinato posto di lavoro, la previsione dell'obbligo vaccinale è tuttavia giustificata in quanto posta a tutela delle persone più vulnerabili. In particolare, risulta: a) legittimo lo scopo perseguito; b) adeguata la misura prescelta per il suo raggiungimento, non ravvisandosi misure alternative che comportino un minore sacrificio; c) adeguato il bilanciamento operato tra lo scopo perseguito e la gravità

Sembra pertanto che la Consulta utilizzi in modo del tutto differente, rispetto a quanto fatto in passato, il diritto comparato: viene adoperato per avvalorare la propria posizione, per riferire che l'operato del legislatore, in effetti, è stato ragionevole e coerente rispetto a quanto compiuto anche altrove, in Paesi appartenenti alla stessa cultura.

Tale strumentalità del diritto comparato, utilizzato per corroborare e confermare la posizione assunta dal Giudice, si ravvede altresì nell'operato della Corte di Strasburgo che, nella già menzionata sentenza *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca* del 2021, valorizza profondamente le decisioni prese da altre Corti costituzionali europee, giungendo ad un unanime riconoscimento della liceità dell'obbligo vaccinale⁵².

4. Vaccinazione Covid-19 al vaglio della Corte EDU: un altro sì alle misure adottate.

Si è di recente giunti all'ultimo episodio di una serie di pronunciamenti ed interventi in tema di vaccini anti Covid-19, avendo la Corte di Strasburgo depositato, lo scorso 29 agosto, la sentenza n. 24622-22/2024⁵³.

La Corte EDU, chiamata ad intervenire a seguito del ricorso di alcuni professionisti sanitari dello Stato di San Marino che, nel periodo pandemico, avevano deciso di non sottoporsi a vaccinazione anti Covid-19, subendo di conseguenze alcune misure sanzionatorie previste dall'allora normativa⁵⁴, tocca profili rilevanti, da cui è possibile trarre conseguenze valide anche per la posizione italiana.

Giova ripercorrere, all'uopo, la vicenda da cui origina la sentenza. I ricorrenti, dipendenti del sistema sanitario di San Marino, rifiutavano di sottoporsi alla vaccinazione anti Covid-19, nonostante le sollecitazioni in tal senso da parte del servizio sanitario, e venivano raggiunti, per tal motivo, da una serie di misure sanzionatorie previste dalla legislazione varata per prevenire la diffusione del virus, ritenute dai professionisti tuttavia discriminatorie.

Costoro, pertanto, dapprima presentavano ricorso dinanzi al Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme di San Marino che, negando la paventata incostituzionalità delle disposizioni, riteneva le misure proporzionate ed adeguate alla situazione emergenziale, in un contesto dove l'interesse primario era salvaguardare la salute collettiva⁵⁵.

I ricorrenti decidevano, pertanto, di adire la Corte EDU, assumendo che la citata normativa sammarinese aveva leso il loro diritto al rispetto della vita privata, previsto e tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁶. Ritenevano altresì lesi l'art. 14 della Convenzione, recante il divieto di discriminazione, e l'art. 1 del Protocollo n. 12, in tema di divieto generale di discriminazione.

Alla base della censura, si evidenziava che le disposizioni afferenti alla vaccinazione anti Covid-19 integrassero un obbligo vaccinale e non fossero, pertanto, mere raccomandazioni.

del sacrificio comportato» (Cfr. Ordinanza 27 aprile 2022, 1 BvR 2649/21 così come riportata da sent. n. 14/2023, Corte cost., par. 13.3 Considerato in diritto).

⁵² Nella citata sentenza, la Corte europea menziona posizioni compatibili del Giudice costituzionale francese, nonché di quello ungherese e di quello della Macedonia del Nord, oltre a quella del Giudice costituzionale italiano, espressosi varie volte sull'argomento. Sul tema, si veda M. L. Lo Giacco, op. cit., 276 e S. Penasa, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2018, 47.

⁵³ Caso *Pasquinelli ed altri, v. San Marino*, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-235475%22%5D%7D>.

⁵⁴ Le misure sanzionatorie erano previste dall'art. 8, l. n. 107/2021 dello Stato di San Marino.

⁵⁵ Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme di San Marino, sent. n. 11/2021. Per un commento sul punto, si rinvia a R. Mazza, *Il «peso» della salute collettiva e della solidarietà sociale nel bilanciamento dei valori costituzionali in tempi di Covid-19 (nota a sentenza n. 11/2021 del Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme)*, in *Federalismi.it*, 7, 2022, 183.

⁵⁶ Sul punto si rinvia alla sintesi elaborata da S. Pianta, *Corte Europea dei Diritti dell'uomo – Pasquinelli e altri c. San Marino: legittimità delle misure rivolte ai sanitari no vax*, in *BioLaw Journal – Giornale di BioDiritto*, 29 agosto 2024.

A riprova di quanto assunto, evidenziavano come, di fatto, in caso di diniego alla somministrazione del siero, subentravano una serie di misure ritenute sanzionatorie e consistenti nel collocamento in altra posizione lavorativa e, in subordine, alla sospensione del lavoro, con svolgimento di attività socialmente utili.

Nel corpo della recente sentenza, il Giudice di Strasburgo si interroga, anzitutto, sulla portata della disposizione censurata e, in particolare, in merito alla obbligatorietà o mera raccomandazione della vaccinazione in parola. A tal riguardo, la decisione della Corte EDU appare del tutto in linea con il Giudice costituzionale sammarinese: anche in tal caso, si ritiene che la norma censurata reca una mera raccomandazione e non già un obbligo, nonostante dalla mancata inoculazione derivassero conseguenze anche sanzionatorie. Tali misure, dal Giudice di Strasburgo, sono ritenute non eccessivamente gravi e coerenti con le esigenze emergenziali ravvisate nel periodo pandemico.

Premessa tale necessaria osservazione, la Corte analizza, pertanto, la portata delle misure sanzionatorie, interrogandosi se le stesse abbiano pertanto recato la lesione del diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU. Sotto tale aspetto, la Corte EDU ha ribadito che le azioni intraprese e le misure adottate non si ponevano in termini di irragionevolezza rispetto allo scopo perseguito di tutelare la salute collettiva, nel contesto entro cui venivano perseguite, giungendo a negare la violazione dell'art. 8 CEDU.

Quanto agli altri profili di asserita illegittimità, il Collegio evidenzia che le misure in parola erano destinate ad un numero esiguo del personale del servizio sanitario, non in grado di eccedere la discrezionalità dello Stato di agire nell'ambito del proprio margine di apprezzamento in materia di assistenza sanitaria. Ritiene, in sostanza, che la differenza di trattamento fosse giustificata in ragione della contingenza degli eventi e del ruolo ricoperto dai sanitari, non potendo per tal ragione ritenere discriminatorie le azioni intraprese.

Tutto ciò premesso, la Corte di Strasburgo ha escluso, pertanto, la responsabilità della Repubblica di San Marino con riferimento a tutte le censure sollevate, afferenti in particolare alle misure restrittive introdotte specialmente nel settore sanitario.

Il tema è di rilievo e le motivazioni dedotte nella citata sentenza ben possono essere utilizzate per legittimare anche l'operato del legislatore italiano durante la pandemia. Come suesposto, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76/2021, ha introdotto l'obbligo di vaccinazione anti COVID-19 per «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie e parafarmacie e negli studi professionali», estendendo in seguito l'obbligo anche per le altre categorie di cui si è detto e residuando, per contro, quella forte raccomandazione verso gli altri consociati, non raggiunti da un vero e proprio obbligo ma caldamente «spinti» alla somministrazione del vaccino.

Anche nel contesto italiano, come per quello sammarinese, l'impostazione normativa è stata «salvata» dal Giudice costituzionale: si è detto, infatti, che la Consulta è intervenuta nel 2023, con le sentt. nn. 14, 15 e 16, mettendo fine alla discussione in merito alla legittimità delle misure adottate dal legislatore in epoca emergenziale, di fatto avallandone l'operato⁵⁷.

Parimenti, anche il quadro normativo italiano recava misure certamente restrittive ma non drastiche: in caso di rifiuto della vaccinazione anti Covid-19, il datore di lavoro poteva giungere a sospendere il lavoratore senza retribuzione «fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque

⁵⁷ Per una completa disamina si suggerisce la lettura di E. Aureli, *Tre sentenze per mettere fine alla discussione sulla legittimità del vaccino contro il Covid. Le sentenze 14, 15, 16 del 2023 e la problematica prassi dell'anticipo del contenuto delle pronunce nei comunicati stampa della Corte*, in *BioLaw Journal*, 3, 2023, 207.

non oltre il 31 dicembre 2021» (termine in seguito spostato al 1° novembre 2022), prevedendo peraltro la sanzione amministrativa di 100 euro in caso di violazione, ma non giungendo ad alcuna ipotesi di licenziamento.

La posizione assunta dalla Corte EDU, pur rivolgendosi al quadro normativo sammarinese, appare del tutto calzante anche alla situazione vigente in Italia all'epoca della pandemia, non solo con riferimento alle misure restrittive adottate in caso di rifiuto alla vaccinazione, ma avuto riguardo anche alla mera raccomandazione a vaccinarsi rivolta al resto dei consociati. Sotto questo profilo, sembra che il Giudice di Strasburgo abbia in qualche modo risposto agli interrogativi afferenti all'innovativa «spinta» alla vaccinazione che il legislatore italiano ha reso un proprio strumento, per limitare la diffusione del virus e che, difatti, ha determinato il grande coinvolgimento della popolazione.

Ribadisce la Corte EDU, infatti, riferendosi alla vaccinazione meramente raccomandata nel quadro sammarinese, che rientra nel margine di apprezzabilità dello Stato agire nel tentativo di tutelare la salute pubblica, purché si tratti di misure proporzionate ed adeguate.

Criteri che, sia nel caso della Repubblica di San Marino, sia nel caso italiano, appaiono ormai ampiamente soddisfatti, essendo stati oggetto di pronunciamenti nei più alti consessi.

Abstract. Il 5 maggio del 2023 il Direttore Generale dell'OMS ha dichiarato la fine dello stato di emergenza internazionale per il COVID-19. Si segna così, quantomeno formalmente, la conclusione di tre anni di crisi sanitaria globale, che ha causato circa 7 milioni di morti. Il presente lavoro intende inserire le misure sanitarie adottate nel periodo emergenziale all'interno del quadro giuridico e, soprattutto, della più recente giurisprudenza costituzionale nonché della Corte EDU.

Abstract. On May 5, 2023, WHO Director-General declared the end of the international state of emergency for COVID-19. This marks, at least formally, the conclusion of three years of global health crisis, which has caused some 7 million deaths. The current work aims to add to the legal framework the health interventions adopted during the emergency period and particularly the most recent constitutional jurisprudence as well as the European court of human rights.

Parole chiave. obbligo di vaccinazione – COVID-19 – pandemia – green pass – tutela della salute.

Key words. mandatory vaccination – COVID-19 – pandemic – green pass.

IL DIVARIO DI GENERE NEI SISTEMI ALGORITMICI: LE SFIDE GLOBALI DELL'ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT*

di Katia Fiorenza**

245

Sommario. 1. Introduzione al tema. – 2. Evoluzione di un fenomeno nello scenario giuridico sovranazionale. – 3. La natura non *gender-neutral* dei sistemi di intelligenza artificiale. – 4. Le iniziative europee. – 5. Per una diversa prospettiva: dagli Stati Uniti alla Cina. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione al tema. Un possibile approccio allo studio dei rapporti tra innovazione tecnologica e parità di genere è quello che prende le mosse dal concetto di sostenibilità, il quale, inteso come «sviluppo che incontra i bisogni del presente senza compromettere la possibilità per le future generazioni di soddisfare i loro»¹, riguarda anche lo sviluppo e l'uso consapevole delle tecnologie, senza prescindere da una ricomposizione delle disparità nelle relazioni tra i sessi in armonia con gli obiettivi dell'Unione europea «per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»².

Nella consapevolezza che il concetto di sviluppo sostenibile non sia (facilmente) definibile in maniera univoca, l'indagine muoverà tra i confini della sua dimensione sociale e soggettiva, al fine di aggiungere un tassello alla promozione di una società più equa, giusta e inclusiva. Assistiamo a una rivoluzione che sta sovvertendo non soltanto le tecnologie, e quindi i processi produttivi e i mercati, ma anche il nostro modo di stare insieme e di comunicare. Se

* *Sottoposto a referaggio*. Queste pagine riproducono, con l'ausilio di note e integrazioni, l'intervento tenuto a Roma, Università Tor Vergata, il 13 settembre 2024, in occasione del VIII Convegno nazionale (SIRD), *Ambiente, economia, società. La misura della sostenibilità nelle diverse culture giuridiche*.

** Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università del Sannio.

¹ Definizione di «sviluppo sostenibile rinvenibile nel Brundtland Report for the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987. Per una riflessione critica e interdisciplinare sullo sviluppo sostenibile, le sue declinazioni in senso ambientale, sociale, economico e le ricadute sulla parità di genere, v. C. Parrinello (a cura di), *Parità di genere e sviluppo sostenibile. Atti della tavola rotonda* (Messina, 30 settembre 2022), Napoli, 2022.

² COM(2010) 2020 def., *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3 marzo 2010. L'Europa punta su qualità umane quali la creatività e l'innovatività assicurate dalla partecipazione attiva di categorie di persone solitamente escluse, prime fra tutte le donne. La coscienza collettiva sui problemi del mondo globale ha portato alla elaborazione del concetto di sviluppo sostenibile, di cui l'uguaglianza, e con essa la *Gender Equality*, costituisce un obiettivo sostanziale e insieme trasversale a tutte le politiche e le azioni delle Istituzioni europee. L'Unione europea è da sempre in prima linea nella lotta per la parità di genere. Rispetto ai settori di ricerca e innovazione, le iniziative dedicate a promuovere uguali opportunità tra uomini e donne sono innumerevoli, con una particolare attenzione all'ambito del digitale. «Fornire le giuste competenze digitali a donne e ragazze è infatti considerato un fattore essenziale per l'emancipazione femminile», così, A. Valkenburg-Roelofs, *DigitAll: innovazione e tecnologia per la parità di genere*, *Rivista di Scienze dell'Educazione*, 2023, 61, 3, 325.

il «moderno è il tempo della disuguaglianza tecnologica, 'è altrettanto vero che bisogna' [...] evitare l'introduzione di regole che non tengano conto della fragilità culturale di molti»³.

Il tema sul quale, oggi, siamo impegnati a confrontarci, gravita attorno all'idea o, meglio, alla certa convinzione, per la quale le nuove tecnologie hanno comportato molteplici innovazioni che incidono su alcuni diritti, cambiando e ampliando le modalità di esercizio degli stessi e facendo emergere l'esigenza di regolamentare situazioni rilevanti da un punto di vista giuridico.

La questione dei rapporti tra lo sviluppo scientifico e tecnologico e la tutela dei diritti fondamentali, che si situa al crocevia tra scienza, etica e diritto, va posta al centro di una riflessione responsabile, proprio per le sue intrinseche peculiarità⁴.

L'incidenza della tecnologia assume, nel tempo attuale, una connotazione dicotomica: alle significative opportunità di cui sono portatori i sistemi algoritmici di ultima generazione – che rappresentano ineluttabilmente una risorsa preziosa per la crescita della persona⁵ – si affiancano rischi non indifferenti per la tutela dei diritti fondamentali⁶. Va *de plano* che l'implementazione di tali sistemi, seppur comporti dei vantaggi in termini di libertà e diritti, sia spesso fonte di preoccupazione per gli stessi tale da non poter sfuggire al dibattito delle democrazie costituzionali sull'opportunità di regolare (o ripensare alle regole di) tali tecnologie⁷, in quanto l'esigenza di garantire il diritto all'uso corretto delle stesse è strettamente connessa ai diritti degli utenti della rete (art. 21 Cost.; artt. 11 e 38 Carta dei diritti fondamentali UE)⁸.

In tale contesto, un tema che ha conquistato la scena negli anni è rappresentato dalle relazioni che le nuove tecnologie intrattengono con il genere e dalle nuove forme di discriminazioni

³ P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 417 ss.

⁴ Secondo la prospettiva indicata, importanza centrale viene ad assumere l'esigenza di individuare la regola giuridica più adeguata a rispondere alle istanze emergenti, in una ottica di bilanciamento degli interessi in gioco, quelli dell'infosfera, da un lato, e dei cittadini-utenti-consumatori, dall'altro. Cfr., per una prima riflessione sul punto, V. Zeno-Zencovich, *Sistema giuridico e diritto delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1996, 551 ss.; P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, *ivi*, 831 ss.; G. Pascuzzi, *Internet*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Aggiornamento*, Torino, 2000, 225 ss.; M. Cuniberti, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 225; G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 367 ss.; S. Sica, *Libertà di informazione tra diritto interno e prospettiva europea*, in S. Sica e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5ª ed., Padova, 2019, 1-24; G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

⁵ Così, S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 30 ss.

⁶ La portata dell'affermazione, però, necessita, sin da subito, di un chiarimento: la pervasività delle innovazioni scientifiche e tecnologiche che porta con sé un accresciuto rischio di lesione della persona e dei suoi diritti, rappresenta il terreno fertile per l'emersione di sempre più pressanti istanze di tutela di nuovi diritti. Per una visione generale della questione v., tra gli altri, E. Bertolini, V. Lubello, O. Pollicino, *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2015; O. Pollicino, T.E. Frosini, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano, 2017; E. Falletti, *I diritti fondamentali su Internet. Libertà di espressione, privacy, copyright*, 2ª ed., Brugine, 2017; A. Morelli, O. Pollicino, *Metaphors, judicial frames, and fundamental rights in cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, 3, 2020, 616 ss.

⁷ G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022, 4 1085; L. Parona, *Prospettive europee e internazionali di regolazione dell'intelligenza artificiale tra principi etici, soft law e self-regulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 70; G. De Gregorio, *Prospettive costituzionali sulla regolamentazione dell'intelligenza artificiale tra Europa e Stati Uniti*, in *Annuario dir. comp. e studi legisl.*, in corso di pubblicazione.

⁸ Per una riflessione sulla complessa tematica, a P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano 2017, 3 ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 378 ss.; M. R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012, 6 ss.; G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2018, 420 ss.; M. Astone, *Digital Services Act e nuovo quadro di esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari: quali prospettive?*, in *Contratto e impresa*, 4, 2022, 1050 ss.

che rischiano di compromettere i passi in avanti fatti in tema di parità di genere e faticosamente conquistati negli ultimi decenni.

Una delle categorie più esposte agli effetti negativi degli algoritmi è quella delle donne, così come denunciato dall'UNESCO nel *Report Artificial Intelligence and Gender Equality*: «[gli] algoritmi e [i] sistemi di intelligenza artificiale hanno il potere di diffondere e rafforzare stereotipi di genere, che rischiano di emarginare le donne su scala globale»⁹.

2. Evoluzione di un fenomeno nello scenario giuridico sovranazionale. Il crescente impegno della comunità internazionale e la conseguente influenza esercitata negli Stati di tutto il mondo – che hanno firmato e ratificato i numerosi strumenti di diritto internazionale volti a promuovere l'eguaglianza di genere – trova un evidente riscontro nelle disposizioni di diritto positivo interno, sia sul piano legislativo sia su quello costituzionale¹⁰. Certamente, la tendenza non può ascriversi alla totalità degli Stati, persistendo esperienze nelle quali la cornice normativa ignora il tema oggetto di studio. Fondamentale è però il ruolo dei governi nel mettere in atto tutte le misure preventive in grado di modificare taluni atteggiamenti e smantellare i modelli culturali discriminatori forgiati da stereotipi dannosi¹¹, innanzitutto laddove si riscontrano situazioni nelle quali gli episodi di discriminazioni di genere vengono percepiti dalla comunità di appartenenza come frutto di consuetudini sociali o vengono giustificati da codici di condotta basati su stereotipi culturali.

Il principio della parità di genere e il divieto di discriminazioni trovano pieno riconoscimento nel diritto dell'Unione europea. A seguito delle riforme dei Trattati europei e dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, le nuove disposizioni normative (art. 2, Trattato UE e artt. 21, 23 Carta dei diritti fondamentali UE) attribuiscono all'Unione europea funzioni maggiormente legate alla qualità della vita delle persone, sviluppando una serie di azioni che mirano a eliminare tutte le forme di discriminazioni.

Nell'ultimo decennio la problematica in questione è stata oggetto di studio in molteplici Risoluzioni, Raccomandazioni e Pareri¹² che hanno determinato tangibili risultati anche sul piano delle legislazioni nazionali¹³. Un altro aspetto che però bisogna tenere in

⁹ UNESCO, *Artificial Intelligence and Gender Equality: Key Findings of UNESCO's Global Dialogue*, 2020; particolarmente significativo è stato il secondo *Global Forum on the Ethics of Artificial Intelligence: Changing the Landscape of AI Governance*, svoltosi a Kranj il 5 e 6 febbraio 2024, che ha riunito esperienze e competenze di diversi Paesi con lo scopo di sviluppare soluzioni concrete e garantire risultati IA inclusivi, sostenibili e non discriminatori. Per uno studio dottrinale G. Ramos, *Ethics of AI and Democracy: Unesco Recommendation's Insights*, in *Transatlantic Policy Quarterly*, 2021, 23 ss.; D. E. van Norren, *The ethics of artificial intelligence, UNESCO and the African Ubuntu perspective*, in *Journal of Information, Communication and Ethics in Society*, 1, 2023, 112 ss.

¹⁰ V., in argomento, L. Pegoraro, *Brevi riflessioni su alcuni profili comparatistici del costituzionalismo*, in *Studi Urbinati*, 2010, 61, 569 ss.

¹¹ Per un approfondimento cfr. F. Zajczyk, *La resistibile ascesa delle donne in Italia. Stereotipi di genere e costruzione di nuove identità*, Milano, 2007; E. Camussi, *Donne e uomini nella scienza: tra stereotipi e rappresentazioni*, in A.M. Cherubini, P. Colella, C. Mangia (a cura di), *Empowerment e orientamento di genere nella scienza. Dalla teoria alle buone pratiche*, Milano, 2011, 81 ss.; D. Cardamone, *Gli stereotipi di genere tra prospettiva sociologica e codice rosso*, in *Questione giustizia*, 14 settembre 2019, <https://www.questionegiustizia.it/>.

¹² Fra i tanti, cfr., Risoluzione del 28 aprile 2016 *sull'uguaglianza di genere e l'emancipazione delle donne nell'era digitale*; Risoluzione del 13 febbraio 2019 *sull'attuale regresso dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere nell'UE*; Risoluzione del 28 novembre 2019 *sull'adesione dell'UE alla convenzione di Istanbul e altre misure per combattere la violenza di genere*; Risoluzione del 13 febbraio 2020 *sulle priorità dell'UE in vista della 64ª sessione della Commissione delle Nazioni Unite sulla condizione femminile*; Indagine dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) dal titolo *Violenza contro le donne: un'indagine a livello dell'UE* (2014); Comunicazione della Commissione del 5 marzo 2020, *Un'Unione dell'uguaglianza: la Strategia per la parità di genere 2020-2025* COM(2020)0152.

¹³ Da ultimo, vanno segnalate le decisioni (UE) 2023/1075 e 2023/1076 che ratificano la Convenzione di Istanbul *sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica* (adottata l'11 maggio 2011 e ratificata in Italia nel 2013) a nome dell'Unione europea. L'Unione è ora vincolata da norme ambiziose

considerazione, anche per le riflessioni che emergeranno in seguito, è che la complessità del fenomeno può essere esaminata e dunque contrastata soltanto riconoscendo gli stereotipi culturali in cui la discriminazione si nasconde e attraverso i quali si espande. Individuare possibili soluzioni è un compito tutt'altro che semplice per le singole Istituzioni nazionali che, cavalcando l'onda delle dinamiche in atto a livello sovranazionale, avvertono la necessità di «[...] emanciparsi dal contesto del singolo evento 'per' riconoscere le cause nel sistema di pregiudizi che connota il profondo squilibrio dei rapporti di genere»¹⁴.

3. La natura non gender-neutral dei sistemi di intelligenza artificiale. L'attuale cultura del cambiamento e dell'innovazione pone nuovi e inediti problemi «la discriminazione, quale fenomeno immediatamente e direttamente correlato alla condotta umana, secondo una costruzione relazionale di tipo causale tra la seconda e la prima, è negli ultimi anni esposto a nuove e, in parte, impreviste torsioni»¹⁵.

Assistiamo, dunque, a un progressivo sfumare del «tipico» legame «immediato e diretto» con l'azione della persona umana, dinanzi all'*agere* di un soggetto o fattore diverso e «terzo». L'ingresso della tecnologia e, con essa, delle tecniche di intelligenza artificiale ha portato con sé conseguenze importanti, tra le altre, sulla fenomenologia della discriminazione, rendendo problematica la configurazione dei suoi tratti caratterizzanti nella ricerca di una definizione esaustiva e condivisa¹⁶.

Uno degli scenari proposto dall'evoluzione delle tecnologie digitali emergenti è rappresentato dalla nascita e dal diffondersi dell'intelligenza artificiale, dell'*Internet of Things* (IoT) e della robotica, la cui caratteristica comune è combinare connettività, autonomia e dipendenza dai dati per svolgere compiti, con un livello minimo o nullo di controllo umano, e migliorare le proprie prestazioni apprendendo dall'esperienza.

La loro complessità si riflette sia nella pluralità degli operatori economici partecipanti alla catena di approvvigionamento, sia nella vastità delle componenti, parti, software, sistemi o servizi, che insieme formano i nuovi ecosistemi tecnologici. Le enormi quantità di dati, la dipendenza da algoritmi e l'opacità del processo decisionale dei sistemi algoritmici rendono più difficile prevedere il comportamento dei prodotti basati sull'intelligenza artificiale e comprendere le cause di eventuali fenomeni discriminatori¹⁷.

Che l'intelligenza artificiale operi una discriminazione strutturale ai danni delle donne è portato ormai pacifico. L'interrogativo sulle potenzialità discriminatorie dell'intelligenza artificiale è stato da qualche anno superato e risolto in senso affermativo, tanto che ad oggi il tema che si impone all'attenzione della dottrina, ma non solo, investe non più il «se» la macchina può discriminare, bensì il «come» lo fa, ai danni di «chi», in base a che cosa.

Tale posizione è peraltro confermata da numerose analisi statistiche che hanno dimostrato la natura non *gender-neutral* dei sistemi di intelligenza artificiale¹⁸. Il discorso è, tuttavia, destinato

e globali volte a prevenire e combattere la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica nelle sue istituzioni, nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale, di asilo e *non-respingimento*.

¹⁴ Così, T. Alesci, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, in *Il Processo*, 2022, 2, 399.

¹⁵ Così, puntualmente, C. Nardocci, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2021, 3, 10.

¹⁶ Nonostante la convergenza di studi che ha avvicinato negli ultimi decenni le scienze sociali, dalla sociologia, al diritto, alla filosofia.

¹⁷ J. Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 3, 1, individua tre forme di opacità: «(1) opacity as intentional corporate or state secrecy, (2) opacity as technical illiteracy, and (3) an opacity that arises from the characteristics of machine learning algorithms and the scale required to apply them usefully».

¹⁸ V., in argomento, J. Buolamwini, T. Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, 81, che con riferimento agli algoritmi di analisi facciale e scavando nei dati di *benchmarking* per questi algoritmi, dimostrano che consistevano nel 78% da volti

a complicarsi nella misura in cui gli agenti artificiali sono in grado di sviluppare azioni autonome, come nel caso del *machine learning* (c.d. apprendimento automatico)¹⁹.

Dal funzionamento di simili meccanismi e dalla loro opacità deriverebbe quello scollamento tra azione umana originaria ed effetto prodotto dalla macchina che costituisce uno dei profili più problematici nello studio delle discriminazioni che (eventualmente) conseguono al funzionamento dei sistemi in esame.

Accanto al peso dei dati, che raffigurano e riportano all'esterno una rappresentazione del reale distorta e diseguale, e alla spiegazione di un tale esito, quale prodotto del c.d. *gender divide*, la discriminazione di genere legata alle nuove tecniche di intelligenza artificiale sollecita spunti ulteriori.

Le caratteristiche, strutturali e ineliminabili, dei sistemi di IA polarizzano gli svantaggi sociali vigenti, amplificano le disuguaglianze pregresse e rinvigoriscono le discriminazioni più diffuse e pervasive²⁰.

I dati raccolti soprattutto negli ultimi anni e culminati, tra gli altri, nelle rilevazioni statistiche pubblicate dall'UNESCO nel 2020 e da progetti accademici collaterali evidenziano percentuali piuttosto importanti in termini di impatto diseguale sulla popolazione femminile. Tra tutti, può ricordarsi l'ormai noto progetto «*Gender Shades*», che ha portato alla luce il malfunzionamento strutturale dei sistemi di riconoscimento facciale, incapaci di assolvere alle proprie mansioni quando fatti interagire con volti femminili e, ancora di più, di donne afro-americane, ma in senso analogo muove l'altrettanto nota vicenda di Amazon con riferimento agli algoritmi impiegati nella selezione del personale, così come la vicenda della preferenza per voci femminili nel settore degli assistenti vocali.

4. Le iniziative europee. L'Unione europea, ben consapevole che una posizione di leadership nel mondo necessita di un solido e aggiornato quadro giuridico che garantisca lo sviluppo sicuro dell'intelligenza artificiale²¹, dopo aver messo in guardia, attraverso i principali

maschili e nell'84% da volti chiari, nettamente in contrasto con una popolazione globale che è per lo più femminile e di pelle non chiara. Per un profilo più generale v. World Economic Forum, *Accelerating an Equitable Transition: A data-driven approach*, Insight Report, 2024.

¹⁹ V., in argomento, G. Lo Sapió, *La Black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, 119, che descrive minuziosamente la caratteristica di "opacità" tipica dei modelli algoritmici e in particolare dei sistemi *Deep Learning*. La filosofia di fondo di questa nuova generazione di intelligenza artificiale poggia sulla considerazione che la conoscenza è quella che si acquisisce con l'esperienza e l'apprendimento, pertanto, «al sistema di *machine learning* vengono [...] fornite, non istruzioni, ma una quantità enorme di dati con i quali la macchina, supportata da una elevata capacità di calcolo, viene addestrata al fine di perseguire l'obiettivo assegnato». Tra le tecniche c.d. «*learning*», oltre al *machine learning*, vanno segnalate: *neural networks*, *deep learning*, *decision trees*. Per un approfondimento sul tema, v. E. Alpaydin, *Machine Learning, Revised and Updated Edition*, Cambridge, 2021; V. Molaschi, *Algoritmi e discriminazione*, in *Fundamental Rights*, 2022, 2, 19 ss.

²⁰ A tal proposito S. Vantin, *Alcune osservazioni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo*, in *GenIUS*, 2022, 13, ripropone a titolo esemplificativo, i risultati della ricerca di Safiya Umoja Noble, secondo la quale i motori di ricerca alimentano la «disinformazione e una caratterizzazione errata delle comunità» con effetti molto gravosi in termini di *technological redlining* per i gruppi più emarginati, come le donne afroamericane.

²¹ «I sistemi di IA dovrebbero [...] contenere meccanismi di sicurezza fin dalla progettazione, per garantire che siano sicuri in modo verificabile in ogni fase, considerando soprattutto la sicurezza fisica e mentale di tutte le persone coinvolte», così la Commissione europea, nella comunicazione *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica* (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM (2019) 168 final, 8 aprile 2019), che prosegue nel suo impegno di adeguare le norme dell'Unione europea all'era digitale

strumenti di *soft law*, dal rischio di discriminazione e di *bias*²², di recente ha avanzato interventi legislativi di nodale importanza. L'*Artificial Intelligence Act (AI Act)*²³ rappresenta il primo tentativo organico di regolazione europea della materia, il cui obiettivo non è soltanto fornire regole chiare al fine di promuovere lo sviluppo delle tecnologie di IA nel mercato interno, bensì proteggere i valori europei, tra i quali l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani²⁴. Si che risulta del tutto evidente l'approccio europeo all'intersezione tra umanesimo e capitalismo digitale²⁵.

Il principio ispiratore dell'*AI Act* è quello dei rischi: sono proibite le pratiche che utilizzino tecniche subliminali (*dark patterns*) per distorcere il comportamento di persone, provocando danni fisici e psicologici; che sfruttino condizioni di vulnerabilità in relazione all'età o alla disabilità fisica o mentale; che siano utilizzate da pubbliche autorità per valutare, giudicare e trattare un soggetto in base a caratteristiche personali o sociali (*social scoring*)²⁶.

Non manca la volontà del legislatore europeo di integrare il diritto UE in materia di non discriminazione con requisiti specifici destinati a ridurre al minimo il rischio di discriminazione algoritmica. Si discorre, pertanto, di «diversità, non discriminazione ed equità»: i sistemi di IA devono essere sviluppati e utilizzati in modo da includere soggetti diversi e promuovere la parità di accesso, l'uguaglianza di genere e la diversità culturale, evitando al contempo effetti discriminatori e pregiudizi ingiusti vietati dal diritto dell'Unione o nazionale. Sono, altresì, previsti accorgimenti tecnici, relativi ai meccanismi c.d. «interni» della decisione algoritmica, che possono operare anche in senso antidiscriminatorio²⁷. Tali prescrizioni riguardano la progettazione degli algoritmi, la qualità dei dati utilizzati, l'addestramento dei modelli, le fasi di convalida e prova, ecc.

I *bias* però possono derivare dallo stesso *machine learning*, pertanto, non sempre l'adozione preventiva di misure e accortezze sul piano tecnico è sufficiente ad arginare il problema²⁸: le

²² Cfr. il documento elaborato dal gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale (IA), istituito dalla Commissione europea nel 2018, dal titolo *Orientamenti etici per un'intelligenza artificiale affidabile* adottati; la Carta etica europea *sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari*, adottata dalla Commissione europea (2018); la Risoluzione del Parlamento europeo *sui principi etici dell'IA, della robotica e della tecnologia correlata* (2020); la Dichiarazione europea *sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* COM(2022) 28 final.

²³ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 giugno 2024, *che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828*. Per un'attenta ricostruzione del lungo e tortuoso iter legislativo, v. A. Malaschini, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, l'orientamento italiano e i diversi indirizzi di Stati Uniti e Regno Unito*, in *Rass. parl.*, 2024, 1, 35 ss.

²⁴ Il *considerando* n. 6 dell'*AI Act* richiama esplicitamente le norme fondamentali del Trattato UE per chiarire sin da principio la assoluta necessità che l'IA e il quadro normativo di riferimento siano sviluppati conformemente ai valori dell'Unione europea (art. 2 Trattato UE) e ai diritti, libertà e principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali (art. 6 Trattato UE), in quanto «[...] l'IA dovrebbe essere una tecnologia antropocentrica 'e' [...] fungere da strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani».

²⁵ Di qui la necessità di un giurista pronto a mitigare, limitare e scongiurare i rischi di disumanizzazione - in grado incidere anche sui temi della discriminazione di genere - e progressiva sopraffazione dell'artificiale al reale. V., in argomento, J. Nida-Rümelin, N. Weidenfeld, *Umanesimo digitale*, Milano, 2019.

²⁶ D. Iacovelli, M. Fontana, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di training, algoritmi e qualificazione dei dati. Profili critici*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 109, 3, 106 ss.

²⁷ Per una disamina completa della questione, che ne pone in rilievo l'importanza, cfr. G. D'Acquisto, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Torino, 2022.

²⁸ La macchina si allontana dalla programmazione «umana» iniziale, in modo più o meno intenso, nel caso della intelligenza artificiale sub-simbolica: le modalità con cui la tecnica di intelligenza artificiale perviene al risultato non è sempre nota al programmatore, da qui, l'impiego dell'espressione «*black box*» con riferimento ai sistemi di c.d. «*deep learning*» o «*machine learning*», in cui difetta una spiegazione dell'iter che ha condotto la macchina a

discriminazioni prodotte in seno alla *black box* possono essere sconosciute, il che ne rende oscura la genesi agli stessi programmatori. Per arginare tale problema, la normativa europea, prevede controlli e interventi *ex post*, cioè a «valle» del processo algoritmico, effettuati dall'uomo (*Sorveglianza umana* – art. 14)²⁹.

L'*AI Act*, grazie alla forza persuasiva delle sue norme, può senz'altro divenire un fattore trainante, motore di un'inversione di tendenza su scala globale, come del resto è dimostrato dall'ampio e vivace dibattito sviluppatosi a livello mondiale.

Non manca, tuttavia, chi coglie nel documento in esame una «opportunità mancata», dovendosi ricavare la promozione dell'uguaglianza e la tutela dei diritti da rischi di discriminazione soprattutto attraverso la lettura dei *considerando*. Ad avviso di chi scrive, questi ultimi, seppure privi di valore precettivo, sono a tutti gli effetti parte dell'*acquis communautaire* e come tali integranti il corpo delle norme che il giudice comune è tenuto a consultare nell'opera di conformazione del diritto interno a quello sopranazionale. A tal proposito la Corte di giustizia UE³⁰ ha recentemente osservato che «[...] pur non avendo un valore giuridico vincolante, un considerando di un atto dell'Unione possiede un importante valore interpretativo, in quanto è suscettibile di precisare il contenuto di una disposizione dell'atto in questione e di chiarire la volontà dell'autore di tale atto».

5. Per una diversa prospettiva: dagli Stati Uniti alla Cina. Anche al di fuori dell'Europa, l'attenzione dei regolatori alla diffusione dei sistemi di intelligenza artificiale su scala globale riflette le preoccupazioni, se non le ripercussioni, socioeconomiche dovute all'utilizzo di sistemi sempre più pervasivi nella vita quotidiana³¹. Negli Stati Uniti alcuni usi dei sistemi di IA hanno già evidenziato tensioni per la tutela dei diritti, si pensi, a titolo esemplificativo, al calcolo automatizzato della probabilità di recidiva nel sistema di giustizia penale o della sorveglianza sui dipendenti nei luoghi di lavoro³². Più ampiamente, la diffusione dei modelli generativi ha anche portato alla diffusione di informazioni che, sebbene non possano essere identificate come forme di disinformazione, mancando il carattere dell'intenzionalità, contribuiscono alla diffusione di informazioni potenzialmente discriminatorie e inaccurate³³.

determinate conclusioni. In altre parole, dall'operato di simili meccanismi e dalla sua opacità deriverebbe lo scollamento tra azione umana originaria ed effetto prodotto dalla macchina che costituisce uno dei profili più problematici nello studio del funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale.

²⁹ L'art. 14, par. 2, statuisce che «la sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile [...]».

³⁰ Corte giust., 5 marzo 2024, causa C-755/21.

³¹ Nel Regno Unito, la determinazione degli esami scolastici attraverso sistemi di *machine learning* ha scatenato un'ampia protesta pubblica (H. Smith, *Algorithmic Bias: Should Students Pay the Price?*, in *AI & Soc.*, 2020, 35, 1077 ss.) similmente al caso dell'autorità fiscale olandese che, utilizzando un algoritmo per individuare le frodi nell'assistenza all'infanzia, è inciampata in un caso di discriminazione avverso alcuni gruppi «non occidentali», M. Heikkilä, *Dutch Scandal Serves as a Warning for Europe Over Risks of Using Algorithms*, in *Politico.eu.*, 29 marzo 2022. Per un'ampia disamina dell'argomento v. R. Vijayarasa, *Gendered Harms and the Regulation of Artificial Intelligence: A Comparative Assessment of Emerging Legislative Practice*, in *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, 2023, 5, 116.

³² Per un quadro d'insieme cfr. A.Z. Huq, *Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice*, in *Duke L.J.*, 2019, 68, 1043. V., altresì, E. Falletti, *La discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022, che, in un'ottica rigorosamente comparata, passa in rassegna le principali esperienze di valutazione giudiziaria delle decisioni automatizzate di profilazione (e il loro impatto discriminatorio) tra Stati Uniti d'America e Unione europea, sottolineando la forte diversità di approccio.

³³ V., ampiamente, O. Pollicino, P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia*, Milano, 2024. Per una panoramica dei criteri di *fairness* degli algoritmi più comuni e dei relativi problemi filosofici, legati al tipo di democrazie che fanno ricorso a strumenti informatici «intelligenti» e «giusti», v. A. Santangelo, *Equità degli algoritmi e democrazia*, in *DigitCult, Scientific Journal on Digital Cultures*, 2020, 5, 2, 20 ss.; v., altresì, M. Durante, U. Pagallo (a cura di), *La*

Mentre l'approccio dell'Unione europea sembra dirigersi verso il riposizionamento dei valori europei al centro della società algoritmica, emblematico il richiamo all'art. 2 TUE nell'*AI Act*, l'approccio statunitense appare orientato a promuovere gli investimenti e più in generale lo sviluppo di sistemi di IA, anche al fine di affrontare la concorrenza globale percepita in questo settore come una questione di sicurezza nazionale.

Gli Stati Uniti, che rappresentano indubbiamente uno dei paesi più avanzati nella corsa allo sviluppo dell'IA, allo stato attuale mancano di una soddisfacente legislazione che regolamenti tali sistemi, nonostante le numerose leggi statali, ordini esecutivi presidenziali e proposte legislative attualmente in discussione³⁴.

Un cambio di prospettiva sembra però delinearsi nell'ottobre 2023 con l'*Executive Order on the Safe, Secure and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* che, trovando ispirazione nel *Blueprint for an AI Bill of Rights*³⁵, può essere considerato un primo passo verso la regolamentazione dell'IA che tenga conto non soltanto delle opportunità economiche, bensì dei rischi collegati allo sviluppo e alla diffusione di tali tecnologie e alla necessità che i sistemi di IA siano progettati e gestiti in modo da evitare pregiudizi e discriminazioni³⁶.

L'*Executive Order* copre otto aree che includono «*equity and civil rights*», nonché l'intolleranza all'uso di «*AI to disadvantage those who are already too often denied equal opportunity and justice*», ma va sin da subito sottolineato che, nell'ottica di preparare il mercato ai cambiamenti necessari per lo sviluppo dei sistemi di IA, il *focus* di tale documento attiene al ruolo degli investimenti nella ricerca, formazione ed etica come criteri guida. L'*Executive Order*, indirizzato principalmente alle agenzie federali e agli sviluppatori (imprese), mostra un approccio *business* centrico, a differenza dell'*AI Act* che pone l'essere umano e i diritti individuali al centro del *corpus* normativo.

Se a livello federale risulta difficile trovare una convergenza verso una disciplina unica e olistica del fenomeno, i singoli Stati si sono già adoperati nel definire, all'interno di leggi statali, alcuni principi e regole per produttori e utilizzatori di sistemi di IA³⁷. Lo Stato del Colorado ha recentemente promulgato il *Colorado AI Act* – SB 24/205, *Concerning consumer protections in interactions with artificial intelligence systems*, che pone particolare attenzione alla

politica dei dati. Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società, Sesto San Giovanni, 2022, che tentano di chiarire lo stato dell'arte su quanto spesso è sintetizzato con l'espressione «rivoluzione digitale», prestando particolare attenzione alle questioni connesse al governo delle nuove tecnologie e alla politica dei dati.

³⁴ Non esiste una legislazione federale completa che regoli lo sviluppo e l'uso dell'intelligenza artificiale, tuttavia, il *National AI Initiative Act* del 2020 (aggiornato nel 2023), che ha l'obiettivo di ampliare la ricerca e lo sviluppo nel campo dell'AI, ha istituito il *National Artificial Intelligence Initiative Office*, responsabile della supervisione e dell'implementazione della strategia nazionale statunitense sull'IA. Fra gli interventi federali, si segnala, anche se ancora in corso di discussione, l'*Algorithmic Accountability Act*, S. 3572 — 117° Congresso (2021-2022). Diversi sono, altresì, gli interventi normativi e le linee guida (*SAFE Innovation AI Framework*, *REAL Political Advertisements Act*, *Stop Spying Bosses Act*, *AI Research Innovation and Accountability Act*) volti a indirizzare gli *stakeholders* verso un utilizzo consapevole ed etico dell'AI, in linea con principi propri della tradizione giuridica statunitense.

³⁵ Office of Science and Technology Policy, *Blueprint for an AI Bill of Rights*, The White House, 2022. Il documento, elaborato al fine di sostenere lo sviluppo di politiche e pratiche che proteggano i diritti umani e promuovano i valori democratici nello sviluppo, nell'implementazione e nella *governance* dei sistemi automatizzati, individua sei principi fondamentali per una intelligenza artificiale responsabile ed etica: diritti umani, supervisione umana, uso spiegabile di IA, sicurezza, protezione e affidabilità, privacy, equità e inclusione.

³⁶ Il 1° aprile 2024, gli Stati Uniti e il Regno Unito hanno firmato un *memorandum of understanding* sull'intelligenza artificiale, che rappresenta il primo accordo bilaterale al mondo relativo alla valutazione e allo studio dei rischi connessi all'intelligenza artificiale.

³⁷ A livello nazionale, numerosi Stati hanno avviato un percorso di regolamentazione dei sistemi di IA, promulgando disegni di legge o, come nel caso del Connecticut e del Texas, statuti che hanno istituito gruppi di lavoro per valutare l'uso dei sistemi di AI da parte delle agenzie statali.

prevenzione di *bias* e discriminazioni. Gli sviluppatori e i distributori dovranno infatti esercitare le proprie attività con «ragionevole diligenza», al fine di proteggere i consumatori da qualsiasi rischio, noto o prevedibile, di discriminazione algoritmica nei sistemi di IA ad alto rischio (6-1-1702, *Developer duty to avoid algorithmic discrimination – required documentation*). Vengono inoltre imposti agli sviluppatori dei doveri di trasparenza nei confronti degli utilizzatori quali l'indicazione dei dati utilizzati per il *training* dei sistemi e le misure di mitigazione dei rischi adottate dallo sviluppatore³⁸.

La Cina, dal canto suo, si sta posizionando come una figura chiave nella regolamentazione dell'IA, con una serie di nuove norme e linee guida volte a standardizzare e controllare lo sviluppo e l'uso di tale tecnologia nel paese. Le misure intraprese, necessarie per conquistare un ruolo centrale nella *governance* globale dell'IA, non sembrano trascurare del tutto il tema delle discriminazioni basate sul sesso, al centro del dibattito pubblico che si sta sviluppando in Occidente, sotto la guida dell'UE³⁹.

Tra i documenti che incoraggiano a intravedere un'apertura e una maggiore sensibilizzazione verso tali tematiche, si annovera il *Codice etico dell'intelligenza artificiale* del 26 settembre 2021 che dispone l'integrazione dell'etica nell'intero ciclo di vita dell'intelligenza artificiale, promuove l'equità, la giustizia, l'armonia e la sicurezza al fine di ridurre/evitare problemi quali pregiudizi, discriminazioni, privacy e fuga di informazioni (art. 1)⁴⁰. Ancora, il Libro bianco *Sull'intelligenza artificiale affidabile* che sottolinea l'importanza dell'equità, della responsabilità e della trasparenza nello sviluppo di tale tecnologia e fornisce consigli al governo, alle aziende e alle industrie su come renderla maggiormente affidabile⁴¹.

Con il *Position Paper of the People's Republic of China on Strengthening Ethical Governance of Artificial Intelligence* la Cina si impegna a costruire una comunità con un futuro condiviso per l'umanità nel dominio dell'IA, sostenendo un approccio incentrato sulle persone e sul principio del *AI for good*, in quanto l'uso improprio e l'abuso delle tecnologie di IA potrebbero minare la dignità e l'uguaglianza umana, violare i diritti umani e le libertà fondamentali, esacerbare la discriminazione e il pregiudizio, interrompere i sistemi legali esistenti e avere impatti di vasta portata sull'amministrazione governativa, sulla costruzione della difesa nazionale, sulla stabilità sociale e persino sulla *governance* globale. Si discorre, altresì, dell'importanza di «*to enhance the understanding of all countries on AI ethics, and ensure that AI is safe, reliable, controllable, and capable of better empowering global sustainable development and enhancing the common well-being of all mankind. To this end, China calls on all parties to uphold the principles of extensive consultation, joint contribution and shared benefits, and advance international AI ethical governance*»⁴².

Più di recente, le c.d. *Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services*⁴³, invitano ad adottare misure per prevenire la discriminazione basata su razza, etnia, credo, sesso, età, professione, ecc., in tutti i processi di progettazione dell'algoritmo, selezione dei dati di addestramento, generazione, ottimizzazione dei modelli e fornitura di servizi (art. 4).

³⁸ Tra le numerose iniziative statali, va segnalato il tentativo dello Stato della California di introdurre nuovi requisiti per lo sviluppo dei grandi modelli di intelligenza artificiale, attraverso diversi standard di test, sicurezza e applicazione. Il risultato che ne è emerso è stato il disegno di legge, *Safe and Secure Innovation for Frontier Artificial Intelligence Models Act* – SB 1047, bloccato il 29 settembre 2024 dal veto del governatore Gavin Newsom.

³⁹ J. Cheng, J. Zeng, *Shaping AI's Future? China in Global AI Governance*, in *Journal of Contemporary China*, 2022, 794 ss.

⁴⁰ Per una riflessione sul tema dell'IA nelle sue diverse declinazioni, filosofica, etica, giuridica, medica, tecnico-scientifica, v., ampiamente, A. Patroni Griffi (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano-Udine, 2023.

⁴¹ CAICT (*China Academy of Information and Communications Technology*) and JD Explore Academy, *White Paper on Trustworthy Artificial Intelligence*, Beijing, 2021.

⁴² 17 novembre 2022.

⁴³ 15 agosto 2023.

Ma vi è di più, «i fornitori non devono generare contenuti discriminatori basati sulla razza, la nazionalità, il sesso dell'utente [...]» (art.12).

Tali iniziative evidenziano la volontà del governo cinese, visto il forte ritardo rispetto ai paesi occidentali, di avviare un processo di regolamentazione in materia di protezione della *privacy*, sicurezza ed etica nei sistemi di IA.

Attualmente, la maggior parte delle iniziative di *governance* globale dell'IA appartengono al G7, G20, CCW *Group of Governmental Experts on emerging technologies in the area of LAWS* (GGE), Consiglio d'Europa, Nazioni Unite (ONU), Commissione europea, OCSE, IEEE e ISO/IEC⁴⁴. La Cina è esclusa dalla maggior parte degli scenari multilaterali formati da una selettiva adesione occidentale.

6. Conclusioni. L'attuale momento storico sembra mettere in evidenza aspetti significativi inerenti all'evoluzione di regole nel campo dell'IA, sottoposte a continue metamorfosi per accogliere le nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Le pagine precedenti invitano a riflettere, attraverso uno sguardo comparatistico, sulla possibilità che l'*AI Act* divenga un modello di riferimento mondiale in grado di eliminare, o almeno di attenuare, il *digital gender gap*. La disamina dello stato dell'arte relativo al panorama mondiale suggerisce talune osservazioni.

Le plurime iniziative legislative in ambito digitale mostrano il vivo interesse dell'UE nei confronti di una realtà che, evolutasi troppo velocemente, è sfuggita a qualsiasi tentativo di contenimento⁴⁵. L'attenzione all'idea antropocentrica dell'intelligenza artificiale è ormai da diverso tempo a base dell'edificio regolativo del «digitale»⁴⁶; non manca, infatti, la volontà del legislatore europeo di integrare il diritto in materia di IA con concetti, nozioni e categorie (dignità umana, non discriminazione, benessere sociale, ecc.) evocativi delle radici etiche e costituzionali europee, che «impongono» di anteporre la protezione dei diritti fondamentali alla produzione e all'uso delle applicazioni tecnologiche⁴⁷.

Anche Stati Uniti e Cina, che ambiscono a divenire protagonisti di caratura globale nel campo dell'IA, recuperando terreno in quello che può definirsi il «governo del digitale», si muovono nella accresciuta consapevolezza che la competizione per la leadership non riguarda soltanto l'aspetto tecnologico. L'approccio europeo «l'etica prima di tutto» sembra essere antesignano dell'idea di governare l'IA secondo i principi dell'etica del diritto costituzionale per l'eliminazione delle discriminazioni di genere.

Se da un lato è dato constatare la difficoltà nel coordinare una risposta globale coerente con tale prospettiva⁴⁸, dall'altro lato, parte della letteratura non ha mancato di evidenziare i benefici di un cambio di prospettiva. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'*AI Safety Summit* (1-2 novembre 2023), dove ben ventotto Paesi hanno sottoscritto la Dichiarazione di Bletchley, impegnandosi in una cooperazione internazionale finalizzata al raggiungimento di un'IA umano-centrica, attraverso una maggiore trasparenza dei sistemi e responsabilizzazione degli operatori privati, al fine di fronteggiare gli attuali pericoli in termini di *privacy* e

⁴⁴ L. Schmitt, *Mapping global AI governance: a Nascent Regime in a Fragmented Landscape*, in *AI and Ethics*, 2022, 2, 303 ss.

⁴⁵ In tal senso, B. Carotti, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 997 ss.

⁴⁶ Per un'ampia disamina, v. A. Alaimo, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *Federalismi.it*, 2023, 25, 133 ss.

⁴⁷ In argomento, v. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 87 ss.

⁴⁸ Non sorprende, pertanto, che i regimi di *governance* globale siano ancora «disorganizzati», «immaturi» e «frammentati». Cfr., in argomento, J. Butcher, I. Beridze, *What is the state of artificial intelligence governance globally?*, in *The RUSI Journal*, 2019, 164, 5-6, 88 ss.; L. Schmitt, *Mapping global AI governance: a nascent regime in a fragmented landscape*, in *AI and Ethics*, 2022, 2, 303 ss.

discriminazione, nonché abbattere una serie di altri *bias* propri degli algoritmi impiegati dai sistemi di IA⁴⁹.

Se l'architettura di *governance* globale è in gran parte basata sui valori democratici occidentali e su un ordine liberale, possiamo senz'altro affermare che, pur in presenza di delicate questioni giuridiche, l'*AI Act*, grazie alla forza persuasiva delle sue norme, può essere considerato un fattore trainante, motore di un'inversione di tendenza su scala mondiale, come del resto è dimostrato dall'ampio e vivace dibattito sviluppatosi intorno ad esso.

Abstract. In un momento di transizione epocale, segnato da fenomeni complessi di globalizzazione, accanto alle opportunità di cui sono portatori i sistemi di IA si affiancano rischi non indifferenti per la tutela dei diritti fondamentali. In tale contesto, emerge da più parti l'esigenza di regolamentare situazioni in grado di compromettere i passi in avanti fatti in tema di parità di genere. Il saggio, analizzando alcune esperienze ritenute significative sotto il profilo comparatistico, traccia un percorso utile a riflettere se l'*AI Act*, espressione di politiche emancipative e di cambiamento, acuisca il *digital gender gap* o, piuttosto, segni un modello di riferimento mondiale per la materia in questione.

Abstract. At a time of epochal transition, marked by complex globalisation phenomena, alongside the opportunities of AI systems, there are significant risks for protecting fundamental rights. In this context, there is a need to regulate situations that could undermine the progress made in gender equality. The essay, analysing some experiences considered significant from a comparative point of view, traces a valuable path to reflect whether the AI Act, an expression of emancipatory policies and change, exacerbates the digital gender gap or marks a worldwide reference model for the subject in question.

Parole chiave. Parità di genere – discriminazioni – Intelligenza artificiale – sfide globali.

Key words. Gender Equality – bias – Artificial Intelligence – global issues.

⁴⁹ Cfr. T. Burki, *Crossing the frontier: the first global AI safety summit*, in *The Lancet Digital Health*, 6, 2, 91 ss.; M. Sparkes, *What did the UK's AI Safety Summit achieve?*, in *New Scientist*, 2023, 260, 3464, 11 ss.; B. Kampmark, *Foolish Exclusions: China and the Bletchley Declaration on AI*, in *CounterPunch*, 2023, 1 ss. L'a. segnala che, nonostante l'esclusione della Cina al vertice tenutosi a Bletchley Park, i delegati cinesi, che hanno comunque potuto partecipare al summit, seppure con un ruolo più marginale, avevano già approvato una dichiarazione che esprimeva maggiore preoccupazione per i rischi dell'IA, segnalando la necessità di una regolamentazione internazionale.

L'ARTICOLO 43 DELLA COSTITUZIONE: L'ATTUALITÀ DEI SUOI PRINCIPI E PRISMA DELLA FORMA DI STATO*

di Alberto Lucarelli**

256

Sommario. 1. L'art. 43 Cost. e la sua attuazione durante i primi decenni di storia repubblicana. – 2. I servizi pubblici nel processo di integrazione comunitaria. – 3. Gli effetti del diritto europeo sull'art. 43 Cost. – 4. L'attuazione dell'art. 43 Cost. nell'ordinamento interno. – 5. L'art. 43 Cost. a seguito della pandemia da Covid-19. – 6. L'art. 43 Cost. nel nuovo quadro del diritto pubblico europeo dell'economia: brevi considerazioni a partire dal rapporto Letta e dal rapporto Draghi.

1. L'art. 43 Cost. e la sua attuazione durante i primi decenni di storia repubblicana.

L'articolo 43 disciplina uno dei più importanti strumenti a disposizione dello Stato sociale tratteggiato dalla Costituzione, ed in senso più ampio contribuisce alla definizione della stessa¹.

Nel suo legame simbiotico con gli altri articoli riguardanti i Rapporti economici, e in special modo con gli artt. 41 e 42 Cost.², delinea un modello di c.d. economia mista secondo il quale, pur nel tracciato di un'economia sociale di mercato e del modo di produzione capitalistico, lo Stato interviene nel mercato e incide sui processi economici per garantire i diritti sociali, che assurgono a veri e propri diritti fondamentali. Lo Stato svolge un ruolo da protagonista nel contesto produttivo, non limitandosi a quello di mero regolatore dell'economia³.

Dalla finalizzazione all'utilità generale⁴ emerge un collegamento immediato con gli artt. 2 e 3 Cost., in particolare con l'art. 3, c. 2 Cost.: l'intervento pubblico è volto alla rimozione degli

* *Sottoposto a referaggio.*

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

¹ Per un commento organico ed esteso dell'art. 43 Cost. sia consentito un preliminare rinvio a A. Lucarelli, *art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. I, Torino, 2006, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 1 ss.

² Come evidenziato da F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, Bologna, 1982, 193. *Contra* U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 107, secondo il quale l'attività di cui all'art. 41 Cost. non coincideva con i casi dell'art. 43 Cost. e sarebbe stata possibile attività pubblica anche al di fuori dei casi dell'art. 43 Cost.

³ È questo il modello scelto dai Costituenti a seguito del confronto tra quanti optavano per un modello basato sul mercato e quanti optavano per una forma di collettivismo basata sulla proprietà pubblica generalizzata, cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 123. Bisogna ricordare inoltre che la difesa dell'economia di mercato fatta dalle forze politiche cattoliche non mirava alla difesa di valori positivi del mercato ma alla difesa politica del regime di democrazia liberale, sul punto cfr. G. Amato, *La nuova costituzione economica*, in G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, 12.

⁴ L'art. 40 del progetto approvato dalla Commissione per la Costituzione faceva riferimento nell'*incipit* al coordinamento delle attività economiche. L'espressione «a fini di utilità generale» fu proposta da Taviani ed approvata dall'Assemblea il 13 maggio 1947, per chiarire i fini dell'intervento statale.

ostacoli di ordine economico e sociale all'eguaglianza e ad assicurare la soddisfazione di bisogni imprescindibili della popolazione⁵.

Nel dettaglio l'art. 43 Cost. offre la possibilità di disporre riserve di impresa e appropriazioni pubbliche di singole imprese attraverso tre figure di collettivizzazione distinte in base al soggetto riservatario: statizzazioni, nazionalizzazioni e socializzazioni. Ciò può avvenire in riferimento a servizi pubblici essenziali⁶, fonti di energia e situazioni di monopolio che abbiano «carattere di preminente interesse generale».

Per via della sua configurazione l'attuazione dell'art. 43 Cost. si sostanzia nell'utilizzo degli strumenti da esso previsti. In tal senso, si può notare come nelle dinamiche socio-economiche del nostro Paese l'art. 43 Cost. sia stato poco utilizzato.

I casi più noti risalgono ai primi decenni della storia repubblicana: la costituzione dell'Eni, con la l. n. 136/1953, cui veniva attribuito, in regime di esclusiva, la ricerca e la coltivazione dei giacimenti di idrocarburi nella pianura padana; la costituzione dell'Enel, con la l. n. 1463/1962, cui venivano trasferite le imprese espropriate e in capo al quale si instaurava una riserva per la produzione e la distribuzione dell'energia elettrica⁷; nonché la costituzione dell'Efim nel 1962.

Un altro settore al quale si è applicato l'art. 43 Cost. è stato quello radiotelevisivo. Il monopolio pubblico⁸ si giustificava in base alla limitatezza dei canali e al pericolo di formazione di oligopoli privati, talché lo Stato avrebbe garantito più favorevoli condizioni di obiettività, imparzialità, completezza e continuità⁹.

Gli interventi si realizzavano con la convalida della Corte costituzionale che legittimava la nazionalizzazione dell'energia elettrica e le riserve e i monopoli in favore dello Stato¹⁰. La Corte si limitava a richiamare il legislatore al rispetto dei principi e degli scopi fissati dall'art. 43 Cost., richiedendo, nella legge, la definizione del modello organizzativo necessario per rendere la gestione rispondente ai fini di utilità generale.

In merito allo scarso utilizzo degli strumenti offerti dall'art. 43 Cost. non si può però sottacere che il contesto socio-economico italiano si caratterizzava già per una massiccia presenza pubblica che risaliva all'epoca pre-costituzionale e che ha contribuito allo sviluppo di settori strategici, anche privati¹¹, dell'economia. I sistemi di monopolio e le riserve in favore dello Stato dell'epoca hanno rappresentato un presupposto indispensabile per lo sviluppo economico del Paese¹².

2. I servizi pubblici nel processo di integrazione comunitaria. È in questi anni inoltre che si avvia il progetto di integrazione comunitaria.

⁵ A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 7. Nell'ambito del rapporto pubblico-privato, dal punto di vista politico-economico, l'art. 43 Cost. aveva una forza riformatrice rientrante nello schema europeo occidentale del dopoguerra, V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 332-333.

⁶ Per approfondire il dibattito in merito all'interpretazione della categoria di «servizio pubblico» e al confronto tra concezione oggettiva e concezione soggettiva cfr. S. Cattaneo (voce), *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 370.

⁷ Per una ricostruzione dettagliata cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 165 ss.

⁸ Tale monopolio risaliva al codice postale del 1936 (r.d. del 27 febbraio 1936) ed è stato convalidato dal d.P.R. n. 156/1973, che ribadiva che i servizi postali, telegrafici e di telecomunicazioni dovessero essere sottoposti a riserva originaria dello Stato ed esercitati soltanto dall'amministrazione o mediante concessione.

⁹ A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 10.

¹⁰ Sul monopolio pubblico nel settore radiotelevisivo cfr. Corte cost., sent. n. 59/1960; sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica cfr. Corte cost., sent. n. 14/1964.

¹¹ Sui benefici ottenuti da settori privati dell'economia dalla presenza di un modello di capitalismo monopolistico e non concorrenziale cfr. J. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955, 178 ss.

¹² A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 32.

Sebbene la nozione di «servizi di interesse economico generale» (SIEG), sotto l'influenza della cultura giuridico-economica, appaia sin dal Trattato CEE del 1957, il diritto comunitario, in una prima fase, ha ignorato la categoria dei servizi pubblici. Lo scopo originario del Trattato era la rimozione degli ostacoli alle quattro libertà di circolazione (delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi) e l'azione comunitaria si mostrava neutrale nei confronti della proprietà dell'impresa, del riconoscimento di diritti esclusivi alle imprese pubbliche e delle politiche economiche dirigitte degli Stati membri¹³, corroborata dalla Corte di Giustizia¹⁴.

Un considerevole cambio di passo si verifica a partire dall'Atto unico europeo e soprattutto con la cruciale approvazione del Trattato sull'Unione europea a Maastricht nel 1992. Da quel momento la regola della concorrenza plasma il diritto e l'azione dell'Unione europea riversando i suoi effetti sull'ordinamento interno¹⁵.

Si innesca un processo di liberalizzazione applicato indistintamente dal legislatore nazionale che elimina riserve e monopoli previsti per servizi pubblici e fonti energetiche in settori economici storicamente protetti: le telecomunicazioni, i servizi postali, il trasporto ferroviario e il trasporto aereo, l'elettricità, il gas, l'acqua. L'istituto societario si pone quale unico modello di gestione, tanto sul piano statale, con la graduale trasformazione degli enti pubblici economici, tanto sul piano locale¹⁶.

Al processo di liberalizzazione contribuisce anche la giurisprudenza costituzionale. A partire dal 1974, con le sentenze n. 225 e n. 226 (c.d. sentenza Sacchi) in merito al settore radiotelevisivo, la Corte costituzionale muta il precedente orientamento: afferma che il monopolio statale poteva ritenersi legittimo solo se orientato a garantire l'obiettività e la completezza dell'informazione e il diritto di accesso nella misura massima consentita e liberalizza le trasmissioni televisive via cavo a carattere locale. Con tali pronunce, la Corte pone le basi per i successivi processi di liberalizzazione e procede, negli anni ottanta e novanta, a una serie di pronunce di incostituzionalità di disposizioni legislative lesive della concorrenza e attributive di poteri speciali alla P.A. per i rapporti con gli utenti¹⁷.

Al contempo lo Stato italiano, pur celandosi dietro la volontà europea, avvia un altro processo, quello di privatizzazione, non richiesto dalla Comunità europea e non assecondato, almeno non con la stessa intensità, dagli altri Stati europei. La privatizzazione è stata intesa come uno strumento fondamentale dalle dottrine neoliberiste della Scuola di Chicago¹⁸,

¹³ *Ivi*, 20.

¹⁴ CGCE, 30.4.1974, C-155/73, Sacchi, la Corte di Giustizia affermava la legittimità dei monopoli pubblici.

¹⁵ Per un approfondimento cfr. A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, XX ss. nonché Id., *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in Id. (a cura di), *Politiche pubbliche, regolazione e mercato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2006, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 111 ss.

¹⁶ Id., *Art. 43*, cit., 12. In particolare, il processo di liberalizzazione è stato attuato nel nostro ordinamento con: il d.lgs. n. 261/1999 relativo ai servizi postali; il d.lgs. n. 79/1999 relativo al mercato elettrico; il d.P.R. n. 146/1999 relativo al sistema ferroviario; il d.lgs. n. 164/2000 relativo al settore del gas.

¹⁷ Con la sent. n. 148/1981 liberalizzava definitivamente l'attività radiotelevisiva privata in ambito locale; con la sent. n. 303/1988 dichiarava illegittima l'esenzione dell'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni da responsabilità per danni verso l'utente; con la sent. n. 1104/1988 dichiarava incostituzionale l'esenzione del concessionario del servizio telefonico dal risarcimento dei danni per l'interruzione dovuta a sua colpa; con la sent. n. 439/1991 affermava che la regola della concorrenza fosse riconducibile ai principi costituzionali; pronunce analoghe venivano adottate con le sentt. nn. 456/1994 e 463/1997; per un approfondimento si veda A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 14 ss.

¹⁸ Per constatare come tali dottrine abbiano avuto influsso anche nel processo di integrazione europea cfr. Id., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta Online, 7 luglio 2020, ora in Id. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, 147 ss.

applicate politicamente da Reagan e Thatcher negli anni ottanta, perorate dalle organizzazioni economiche internazionali – tra le altre: Banca mondiale, FMI e OMC – e utilizzate come formante della globalizzazione economica in senso neoliberista¹⁹.

E per bilanciare gli effetti delle privatizzazioni e il rischio che un monopolio privato si sostituisse al monopolio pubblico s'introduceva l'istituto della *golden share* (d.l. n. 332/94), dotandosi lo Stato di poteri speciali e del potere di applicare vincoli statutari, a prescindere dalle partecipazioni azionarie che stava dismettendo²⁰.

Si inaugura l'approccio che caratterizzerà il decisore politico fino ai giorni nostri e cioè un'applicazione del principio di concorrenza più severa di quella emergente dal diritto europeo.

Il diritto primario europeo – formalmente dal '57 e con un impiego effettivo dal Trattato di Maastricht in poi – prevedeva infatti che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale» fossero sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 86, c. 2, TCE). Si definiva plasticamente il binomio regola-eccezione caratterizzante il diritto europeo²¹.

Il Trattato di Amsterdam del 1997 segnava un cambiamento politico-economico in favore del settore pubblico²² con l'introduzione, nella parte del Trattato relativa ai principi, dell'art. 16 TCE che riconosceva l'«importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione» e il loro «ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» e sanciva che l'Unione e gli Stati membri «provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».

Emerge chiaramente come, almeno dal punto di vista formale, la regola della concorrenza non ha valore assoluto ma è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti l'Unione²³.

Un orientamento teleologico confermato in maniera ancora più chiara dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che finalizza espressamente i servizi d'interesse economico generale alla promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione²⁴.

¹⁹ Id., art. 43, cit., 19; è bene evidenziare come il *General agreement on trade in services* (G.A.T.S.) del 1995 mirava ad una progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici essenziali più marcata e generalizzata rispetto al quadro normativo europeo, lasciando intendere che a livello globale la concorrenza da regola derogabile assurga a valore assoluto al quale subordinare anche il benessere collettivo.

²⁰ Per una ricostruzione dettagliata cfr. A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2, 2020, ora in A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, 122 ss.

²¹ Sul punto cfr. A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 159 ss.

²² *Contra* F. Merusi, *Nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. parl.*, 2002, 87, il quale afferma che l'art. 16 TCE non ha mutato la precedente disciplina ma ha solo codificato il c.d. servizio universale.

²³ Per un approfondimento cfr. A. Lucarelli, *Art. 43*, cit., 21 ss.

²⁴ Sul tema sia consentito rinviare a Id., *Art. 36. I servizi di interesse economico generale*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001 nonché A. Lucarelli, *Comment to article 36*, in W.B.T. Mock, G. Demuro (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, 222. Inoltre cfr. M. Panebianco, *Commento all'articolo 36*, in Id., *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001; A. Arena, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017; L. Grard,

Ma è con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 che si può scorgere un vero e proprio riequilibrio del modello socio-economico europeo²⁵.

Il legislatore europeo non solo conferma il quadro normativo in materia di SIEG con l'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) e l'art. 106, c. 2, TFUE (ex art. 86, c. 2 TCE) ma, ai sensi dell'art. 6 TUE, riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Inoltre, in maniera ancora più significativa, all'art. 3 TUE, dedicato ai valori dell'Unione, conferma il riferimento alla coesione economica, sociale e territoriale ed espunge quello a un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata, rimuovendo la concorrenza dagli obiettivi dell'Unione europea²⁶.

La direzione impressa dai Trattati è stata accompagnata – e influenzata – dalla giurisprudenza comunitaria che in maniera costante ha confermato la possibilità eccezionale di derogare alla regola della concorrenza nel campo dei servizi pubblici²⁷. Diritti esclusivi attribuiti ad un pubblico potere o ad un suo concessionario sono legittimi se motivati da esigenze di interesse generale e coerenti con gli obiettivi della Comunità e soprattutto se improntati al criterio di proporzionalità; inoltre affinché operi l'eccezione non è necessaria la minaccia dell'equilibrio finanziario o della redditività economica dell'impresa, come affermato dalla Commissione, ma è sufficiente che risulti compromesso l'adempimento delle funzioni assegnate all'impresa, quindi il soddisfacimento dell'interesse generale²⁸.

Di pari passo la Commissione europea con le sue comunicazioni²⁹, anche se con posizioni più rigide rispetto a quelle della Corte di giustizia, ha riconosciuto la libertà per gli Stati membri di individuare i settori rientranti nei SIEG e, in virtù della loro funzione finalizzata alla coesione sociale, la possibilità per i pubblici poteri di intervenire secondo i principi della proporzionalità e sussidiarietà.

In definitiva il principio di neutralità rispetto alle forme giuridiche e agli assetti proprietari espresso dall'art. 345 TFUE (ex art. 295 TCE)³⁰, il principio di libertà di definizione e il principio di proporzionalità rappresentano i cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale³¹.

Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général, in *ERA Forum*, 3, 2002.

²⁵ Cfr. A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in Id., A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009, ora in A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 119 ss.

²⁶ La concorrenza risulta menzionata solo nel Protocollo n. 27 sul mercato interno. Sugli effetti che tale riscrittura può comportare sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr. R. Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1, 2008, 34.

²⁷ CGCE, 30.4.1974, C-155/73, Sacchi; CGCE, 23.4.1991, C-41/1990, c.d. caso Höfner; CGCE, 10.12.1991, C-179/90 c.d. caso Merci convenzionali-Porto di Genova; CGCE, 19.5.1993, C-320/1991 c.d. caso Corbeau; CGCE, 27.4.1994, C-393/1992, c.d. caso Comune di Almelo; CGCE, 23.10.1997, C-189/95; CGCE 23.10.1997, C-157/1994, C-158/1994, C-159/1994, Commissione rispettivamente c. Paesi Bassi, Italia e Francia; CGCE 11.1.2005, C-26/03; CGCE 10.11.2005, C-29/04; CGUE 9.6.2009, C-480/06. Inoltre cfr. Conclusione dell'Avvocato Generale del 20 ottobre 2009 nella causa C-265/08 *Federutility*.

²⁸ Per un'esposizione più dettagliata cfr. A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 28 ss.

²⁹ 11 settembre 1996; 20 settembre 2000; 2001/C 17/04. Si vedano inoltre il *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, COM-2003-270 del 21 maggio 2003 e l'analisi offerta dalla sentenza n. 272 del 2004 della Corte cost.; il *Libro bianco sui servizi di interesse generale* del 12 maggio 2004; la COM (2007) 725, punto 2; in merito cfr. A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit., 165 ss.

³⁰ Sul punto cfr. A. Gardella, *Articolo 345 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2510 ss.

³¹ A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, ora in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 173-174.

3. Gli effetti del diritto europeo sull'art. 43 Cost. Nella regolazione dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo una centralità dirimente è assunta dal principio di *primauté* che, nel caso di conflitto tra norme, prevede la fisiologica prevalenza del diritto Ue sul diritto interno, salvi i casi limite dei c.d. controlimiti.

Sul piano del diritto derivato si aggiunge l'istituto della c.d. *preemption* comunitaria, in base al quale – sebbene soltanto per interventi normativi di armonizzazione totale – l'effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa comunitaria è quello di vietare norme statuali sia più rigide, che più permissive³².

Di tal guisa il diritto dell'Unione europea primario e secondario in materia di servizi pubblici ha avuto un impatto tale sull'ordinamento interno da portare a interrogarsi non soltanto sull'attuabilità ma anche sulla legittimità dell'art. 43 Cost.

Alla luce dei principi poc'anzi esposti gli strumenti previsti dall'art. 43 Cost. non risultano di per sé confliggenti con il diritto europeo, rappresentano piuttosto una deroga alla regola generale della concorrenza.

In una economia «liberalizzata», l'art. 43 Cost. si svuota di significato, perdendo di effettività, e diventa di difficile applicazione. Tuttavia le attività economiche di interesse generale e con forte funzione sociale rimarrebbero, in armonia con la forma di Stato, suscettibili di interventi da parte dei poteri pubblici, soprattutto nel caso in cui il mercato non possa soddisfarle.

In sostanza, gli strumenti ivi contemplati assumerebbero il carattere dell'eccezionalità, mutando il contenuto originario dell'art. 43 Cost. e trasformando l'intervento pubblico da regola a eccezione³³.

Solo ove anche un mercato regolamentato non sia in grado di raggiungere i fini del pubblico servizio, l'amministrazione pubblica può assumere il servizio in regime di monopolio, per concedere la gestione ai privati o prestare direttamente i corrispondenti servizi. Il legislatore dovrà dimostrare l'indispensabilità della riserva e l'incompatibilità del servizio universale con la regola della concorrenza³⁴.

Lo Stato potrà anche procedere ad aiuti ma nei limiti della necessità dell'equilibrio finanziario del servizio di interesse generale e di quanto indispensabile ad assicurare il servizio universale, caratterizzandosi l'intervento per la temporaneità e la contingenza³⁵.

Per effetto del diritto dell'Unione europea, l'art. 43 Cost. subisce un ridimensionamento importante, che non lo conduce però alla mera inapplicabilità, come sostenuto da autorevole dottrina³⁶.

L'art. 43 Cost. conserva una potenziale portata seppure residuale ed eccezionale.

4. L'attuazione dell'art. 43 Cost. nell'ordinamento interno. Malgrado queste possibilità, come si è affermato in precedenza, il legislatore nazionale ha lasciato quiescenti le potenzialità dell'art. 43 Cost. e ha assecondato una visione della concorrenza come valore assoluto, disarmonica ed al di fuori del perimetro sia euro-unitario, mai così rigido, che costituzionale. Sul piano statale, a seguito di liberalizzazioni e privatizzazioni indiscriminate, ha consegnato la quasi totalità delle attività economiche al mercato e dunque ai privati.

³² Ivi, 173. Sul tema cfr. A. Arena, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, in *Jean Monnet Working Papers*, 3, 2010, nonché da ultimo Id., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, in particolare 52 ss.

³³ A. Lucarelli, *art. 43*, cit., 39.

³⁴ Ivi, 39-40.

³⁵ Ivi, 41-42.

³⁶ N. Irti, *Andato in desuetudine*, in N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

Inoltre, dietro spinta europea, anche la normativa sulla *golden share* è stata resa meno incisiva³⁷, sino alla definitiva trasformazione, nel 2012, in *golden powers*³⁸, a seguito della procedura di infrazione della Commissione europea del 2009, segnando il passaggio da uno Stato azionista a uno Stato regolatore³⁹.

Il livello ove l'art. 43 Cost. ha avuto una reviviscenza è stato, seppur a fatica e parzialmente, quello locale. In materia di servizi pubblici locali le amministrazioni comunali e regionali hanno tentato di preservare l'azione della mano pubblica in deroga alle regole dell'appalto dei servizi e della concorrenza, attraverso soggetti di diritto pubblico, quali le aziende speciali, previste, da ultimo, dal testo unico degli enti locali⁴⁰.

Tale azione risulta legittima in virtù della disciplina sui SIEG⁴¹ e dell'incomprimibile autonomia degli enti locali ai sensi degli artt. 5, 114, 117, c. 6, 118, 119 Cost.⁴² nonché del protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale e dell'art. 5 TUE (ex 5 TCE)⁴³.

Nonostante ciò il legislatore statale ha imposto la sua visione pro-concorrenziale con una costanza che ha resistito ai cambi di maggioranza.

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica – nozione introdotta dalla l. n. 326/2003, c.d. lodo Buttiglione, con l'obiettivo di privatizzare – l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 così come modificato dal c.d. decreto Ronchi (art. 15, d.l. n. 135/2009, convertito in l. n. 166/2009) individuava tre modelli di gestione: due ordinari, basati sulla gara ad evidenza pubblica, e uno straordinario costituito dall'affidamento diretto a forme societarie pubbliche c.d. *in house providing*. All'affidamento diretto si poteva ricorrere solo per ragioni economiche, e non sociali come per i SIEG, e in presenza di stringenti e motivate condizioni, ulteriori rispetto al campo dell'eccezionalità europea⁴⁴.

In sostanza, introduceva la regola dell'obbligo delle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi e prevedeva la deroga dell'affidamento *in house* soltanto in presenza di condizioni eccezionali, negando di fatto all'ente locale la possibilità di ricorrere a un modello pubblico di gestione non concorrenziale, come l'azienda speciale, e manifestando un *distinct disfavor* nei confronti dell'affidamento diretto a un soggetto di diritto pubblico⁴⁵, in settori delicati quali quelli dell'acqua, dei rifiuti e dei trasporti, che mal si attagliano ai criteri della copertura dei costi e della remunerazione del capitale investito⁴⁶.

Sulla legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* si esprimeva la Corte costituzionale con la sentenza n. 325/2010 che da un lato affermava la sostanziale omogeneità tra servizi pubblici

³⁷ D.P.C.M. 11 febbraio 2000; art. 4, l. n. 350/2003; d.P.C.M. 10 giugno 2004.

³⁸ D.l. n. 21/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 56/2012.

³⁹ Sul tema si rinvia ancora a A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore*, cit., 123 ss.

⁴⁰ L'art. 113 t.u.e.l. (d.lgs. n. 267/2000) è stato modificato dall'art. 35, l. n. 448/2001 e definitivamente abrogato dal d.lgs. n. 201/2022 ma l'art. 114, c. 1, definisce ancora l'azienda speciale «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale».

⁴¹ Si veda E. Szyszczak, *Article 36: access to services of general economic interest*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary*, Oxford, 2014, punti 36.39 e 36.46, il quale evidenzia che l'art. 36 della Carta può essere invocato dagli Stati membri e dagli enti locali per affermare la propria competenza a fornire ed organizzare i SIEG.

⁴² Cfr. Cons. Stato n. 7080/2010.

⁴³ A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit., 168.

⁴⁴ Sulla sostanziale disomogeneità tra la categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quella dei servizi di interesse economico generale cfr. *ivi*, 154 ss.

⁴⁵ Per un approfondimento cfr. Id., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2010, 128 ss.

⁴⁶ Id., *Riconfigurazione del concetto di «rilevanza economica». Spunti di riflessione sulla natura economica del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*, in *Giur. cost.*, 1, 2011, 303 ss.

locali di rilevanza economica e SIEG, legittimando una legislazione più stringente e rigorosa del diritto europeo, dall'altro sembrava non porsi totalmente in contrasto con le ipotesi di operatività del regime dell'eccezione⁴⁷.

Ma la «pronuncia» senza dubbio più dirompente sull'art. 23 bis è giunta con i referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2011⁴⁸. Il quesito n. 1, ammesso con sent. n. 24/2011 Corte cost.⁴⁹, aveva ad oggetto esattamente l'art. 23-bis che è stato abrogato da un'ampia maggioranza di cittadini.

Due mesi dopo, l'art. 4, vistosamente rubricato *Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea*, del d.l. n. 138/2011 (c.d. decreto di Ferragosto)⁵⁰ ha riproposto la normativa abrogata, addirittura inasprendola, tanto da condurre la Consulta a dichiararne l'illegittimità costituzionale, con sent. n. 199/2012, per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata con referendum e del c.d. vincolo referendario⁵¹.

Lo stesso modello politico-legislativo, incentrato sulla regola della concorrenza, sulle privatizzazioni e sull'obiettivo di ridurre gli spazi dei soggetti di diritto pubblico, caratterizza il decreto Madia, d.lgs. n. 175/2016 (t.u. in materia di società a partecipazione pubblica).

Il decreto si accompagnava alla p.d.l. C. 2212 sul governo e la gestione del servizio idrico integrato e allo schema di decreto delegato, c.d. t.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, sulla base dell'art. 16, c. 1 della l. n. 124/2015 (c.d. legge Madia di riforma della P.A.)⁵².

Quest'ultimo, approvato dal Consiglio dei Ministri del 24 novembre, è stato ritirato dal Governo dopo che la sent. n. 251/2016 della Corte cost. ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge delega, tra cui l'art. 16.

5. L'art. 43 Cost. a seguito della pandemia da Covid-19. La pandemia da Covid-19, com'è ormai noto, è stata fronteggiata con una decisa risposta eurounitaria all'insegna della coesione sociale.

Insieme alla deroga temporanea della disciplina degli aiuti di Stato e alla sospensione temporanea del PSC, il *NextGenerationEU*⁵³ ha segnato un momento decisivo per la storia dell'integrazione europea: non soltanto per le somme stanziare ma soprattutto per l'emissione di debito comune e per essersi fondato sul principio di coesione economico-sociale con interventi volti all'eliminazione delle disuguaglianze di genere, generazionali e territoriali.

⁴⁷ La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali, cit., 154 ss. Inoltre cfr. P. Sabbioni, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 6, 2010, 4654 ss.

⁴⁸ G. Azzariti, G. Ferrara, A. Lucarelli, U. Mattei, L. Nivarra, S. Rodotà, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, 5 febbraio 2010, in www.astrid-online.it e in www.acquabenecomune.org.

⁴⁹ Per un commento articolato della sentenza cfr. A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 171 ss.

⁵⁰ Convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011.

⁵¹ Id., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012.

⁵² Per un'analisi della normativa e del modello politico-legislativo espresso dal Governo, apertamente distonico rispetto agli esiti referendari del 2011, cfr. Id., *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2016. Si veda inoltre F. Scalia, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi.it*, 20 aprile 2016 e F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 14, 2016.

⁵³ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Sulla base del NGEU, l'Italia ha varato il suo *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR) con un atteggiamento ritenuto non particolarmente coraggioso⁵⁴.

A tal proposito ci si è interrogati sulla possibilità di un ritorno del c.d. Stato imprenditore in Italia e dunque di una riscoperta dell'art. 43 Cost.

Gli interventi più significativi in tal senso sono stati l'estensione dei *golden powers*⁵⁵ e la ri-nazionalizzazione di Alitalia⁵⁶.

Il primo intervento, volto alla salvaguardia di asset strategici da operazioni dettate da intenti predatori, si pone in continuità con un'evoluzione avviata in epoca pre-Covid⁵⁷ in base alla quale lo Stato utilizza i *golden powers* non per motivi meramente economici ma per proteggere interessi strategici relativi alla sicurezza nazionale e all'ordine pubblico⁵⁸.

In merito alla ri-nazionalizzazione di Alitalia⁵⁹, dalla valenza senz'altro simbolica, bisogna precisare che è stata realizzata riconoscendo l'epidemia Covid-19 come calamità naturale ed evento eccezionale per il trasporto aereo ai sensi dell'art. 107, c. 2, lett. b), TFUE.

Per di più, già nel 2022, tanto il Governo Draghi quanto il Governo Meloni hanno avviato trattative volte alla vendita della neocostituita Italia Trasporto Aereo S.p.A., meglio nota come ITA Airways⁶⁰, mostrando come la ri-nazionalizzazione sia stata solo un'operazione strumentale e soprattutto temporanea, non certo dettata da un riscoperto interventismo statale nell'economia.

Ad accompagnare questi appigli normativi piuttosto fragili c'è il fondamentale, in materia, d.lgs. n. 201/2022, *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, ai sensi dell'art. 8 della legge delega sulla concorrenza n. 118/2022.

Lo stesso ripropone pedissequamente la *ratio* degli interventi legislativi precedenti, escludendo la gestione in economia o mediante azienda speciale per i servizi a rete e rendendo ancora più difficile il ricorso all'affidamento *in house*, dove l'ente, nella sua scelta in favore dell'affidamento diretto, deve dare «espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato» (art. 17, c. 2)⁶¹.

Il decreto delegato per questioni non secondarie e in materie di estrema rilevanza per il territorio è stato adottato previo parere e non previa intesa in sede di Conferenza unificata: il *vulnus* strutturale contenuto nella legge delega non è stato corretto dal d.lgs. di riordino.

Oltre a ciò, per una serie di altri profili fondamentali, il decreto delegato⁶² si è discostato dalla legge delega fino a contraddirla, ponendosi in contrasto con il diritto europeo e con il diritto costituzionale e configurando in merito un vero e proprio «eccesso di delega»⁶³.

⁵⁴ Sul punto cfr. G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 142 ss.

⁵⁵ D.l. n. 23/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 40/2020, c.d. decreto *Liquidità*.

⁵⁶ D.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2020, c.d. decreto *Cura Italia*; d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020, c.d. decreto *rilancio*.

⁵⁷ D.l. n. 148/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 172/2017; d.l. n. 22/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 41/2019; d.l. n. 105/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2019.

⁵⁸ A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore*, cit., 126 ss.

⁵⁹ *Ivi*, 129 ss.

⁶⁰ L'11 novembre l'accordo per la vendita alla società tedesca Lufthansa, emendato secondo i rilievi a tutela della concorrenza della Commissione europea, è stato trasmesso alla Commissione ed è ora in attesa dell'approvazione definitiva.

⁶¹ Per un'analisi dettagliata del d.lgs. n. 201/2022 e dei suoi profili problematici sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *Il nuovo Statuto giuridico dei servizi pubblici locali: tra concorrenza e mito del "privato" si consuma l'eccesso di delega. Considerazioni a margine del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 8 della legge delega del 5 agosto 2022, n. 118*, in *Federalismi.it*, 9, 2024, 161 ss.

⁶² Sul punto cfr. anche Id., *Lo schema di decreto delegato di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 8 della legge delega del 2 agosto 2022: illegittimità diffuse*, in *Dir. pubbl. eur.* Rass. online, 1, 2023.

⁶³ Più ampiamente in Id., *Il nuovo Statuto giuridico dei servizi pubblici locali*, cit., 168 ss.

La legge delega ha sì tra le sue finalità la tutela della concorrenza ma, dopo elaborati lavori parlamentari⁶⁴, ha recepito il valore assunto dai servizi pubblici in termini di utilità generale e coesione sociale e dunque l'importanza dell'apporto pubblico: la scelta di modelli pubblicistici non è la preferita ma è senz'altro possibile, rispettando l'autonomia decisionale degli enti locali e in rispondenza al quadro giuridico europeo e nazionale.

Il legislatore delegato, invece, porta avanti la visione pro-concorrenziale che si è scontrata, negli anni, con i principi giuridici, con la giurisprudenza e anche con la volontà popolare.

In sostanza una visione che mira a mitigare la concorrenza in vista di un servizio universale in un'ottica di eguaglianza sostanziale si confronta con una visione che ha come unica finalità la tutela della concorrenza⁶⁵.

Ancora una volta il legislatore statale decide per sé e per le autonomie locali e territoriali di non utilizzare gli strumenti offerti dall'art. 43 Cost. e di lasciare quiescenti le potenzialità delle clausole sociali dell'utilità generale e della coesione sociale e territoriale.

6. L'art. 43 Cost. nel nuovo quadro del diritto pubblico europeo dell'economia: brevi considerazioni a partire dal rapporto Letta e dal rapporto Draghi. L'attuazione del *NextGenerationEU* attraverso i pilastri della transizione energetica⁶⁶ e digitale e la gestione della guerra in Ucraina e dei delicati rapporti internazionali hanno incalzato le istituzioni europee, spronate a dare corpo a un «nuovo corso» della normativa e delle politiche europee. In tale contesto dal 6 al 9 giugno 2024 si sono svolte le elezioni dei membri del Parlamento europeo che, nonostante la considerevole avanzata delle forze della destra radicale, in combinazione con la convenzione dell'indicazione da parte dei partiti degli *Spitzenkandidaten* per la presidenza della Commissione europea, hanno lasciato gli equilibri politici pressoché inalterati, con una riconferma della maggioranza a sostegno della Presidente Ursula von der Leyen.

Il momento elettorale è stato anticipato e seguito da due Rapporti di ampio respiro strategico che si prestano agevolmente a sostenere la continuità della maggioranza politica⁶⁷.

Il primo rapporto⁶⁸, significativamente intitolato *Much more than a Market: speed, security, solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, è stato presentato al Consiglio europeo straordinario del 17-18 aprile da Enrico Letta, incaricato dalle presidenze delle istituzioni europee di contribuire alla riflessione sul futuro dell'UE.

⁶⁴ Sul punto cfr. Id., parere del 25 febbraio 2022 alla X Commissione del Senato della Repubblica Industria, commercio, turismo.

⁶⁵ Id., *Il nuovo Statuto giuridico dei servizi pubblici locali*, cit., 180-181.

⁶⁶ Ci si riferisce in particolare al pacchetto «Pronti per il 55%» che mira al raggiungimento dell'obiettivo di ridurre le emissioni nette di gas serra di almeno il 55% entro il 2030, in rispondenza con l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile adottata nel 2015 nell'ambito delle Nazioni Unite e con il *Green Deal* europeo lanciato enfaticamente nel 2019 dalla presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, per approfondire si rinvia a <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/fit-for-55/>.

⁶⁷ Pur non potendo indugiare sull'argomento, non si può omettere, in questa sede, la menzione della modifica alle regole del Patto di stabilità e crescita, approvata, dopo lunghi lavori, il 23 aprile 2024 dal Parlamento europeo. Il nuovo Patto prevede più tempo (4 anni + 3 anni) a disposizione degli Stati indebitati per rientrare nel limite del 3% deficit/pil e una maggiore flessibilità della Commissione in cambio di investimenti ma mantiene meccanismi molto precisi di riduzione del deficit e del debito. La riforma rappresenta una soluzione di compromesso: alcuni ritengono possa rappresentare un avanzamento in termini di gradualismo e di conciliazione della sostenibilità del debito con una crescita sostenibile; altri segnalano la scarsa incisività delle modifiche e il perdurare del c.d. paradigma europeo.

⁶⁸ Reperibile su <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>.

Il secondo rapporto⁶⁹, intitolato *The future of European competitiveness* e diviso in due parti, *Part A - A competitiveness strategy for Europe* e *Part B – In-depth analysis and recommendations*, è stato redatto e presentato da Mario Draghi il 9 settembre in una conferenza stampa congiunta con la Presidente della Commissione von der Leyen e il 17 settembre al Parlamento europeo.

I due rapporti (da qui rapporto Letta e rapporto Draghi) sono fortemente interconnessi e, nonostante l'impostazione strutturata e la dovizia di dettagli tecnici, rappresentano dei veri e propri documenti politici, che come tali vanno letti.

Il rapporto Letta⁷⁰ presenta gli obiettivi strategici dell'UE in un linguaggio che appare precipuamente politico. L'intero rapporto si fonda sul rafforzamento del mercato unico, che non è una costruzione di natura tecnica ma è intrinsecamente politico⁷¹, e sul completamento del progetto di Jacques Delors.

Il potenziamento del mercato unico deve passare attraverso la realizzazione della transizione ecologica e digitale, l'allargamento dell'UE e il rafforzamento della difesa europea. Per ottenere ciò si dovrebbe: istituire una quinta libertà, quella di ricerca, innovazione ed educazione; potenziare l'integrazione dei mercati finanziari e aumentare la scala degli operatori del mercato unico.

Il tutto è funzionale alle esigenze sociali e alla realizzazione dell'economia sociale di mercato⁷².

Se il rapporto Letta pone le basi politiche e programmatiche per il futuro dell'Europa, il rapporto Draghi contiene un piano strutturato e dettagliato di attuazione di quanto annunciato con il rapporto di aprile.

Le carenze in termini di competitività rispetto alle altre potenze (Stati Uniti e Cina) sono dovute principalmente al rallentamento della produttività in Europa, con effetti negativi sul reddito disponibile reale delle famiglie europee. Il tutto si è aggravato a causa della crescita del commercio mondiale, della perdita del maggiore fornitore di energia dell'UE (Russia) e dell'incertezza in merito alla copertura di sicurezza degli Stati Uniti nei confronti dell'Europa. L'obiettivo è dunque quello di aumentare la produttività e di rafforzare la sicurezza, preservando l'equità e l'inclusione sociale e il modello socio-economico europeo che ha permesso di coniugare sviluppo economico con bassi livelli di disegualianza⁷³.

Le aree di intervento principali mirano a: colmare il divario di innovazione, che potrebbe rappresentare il motore della crescita europea; ridurre i prezzi elevati dell'energia proseguendo il processo di decarbonizzazione e di transizione a un'economia circolare; aumentare la sicurezza e ridurre le dipendenze.

Risulta indispensabile varare una strategia industriale per l'Europa in grado di preservare l'inclusione sociale, guardando agli Stati Uniti come esempio per la crescita della produttività e dell'innovazione e non per gli svantaggi del modello sociale statunitense⁷⁴.

La sfida principale è quella di sbloccare gli investimenti, sia pubblici che privati.

Anche se i risparmi delle famiglie europee sono nettamente superiori rispetto a quelli delle

⁶⁹ La parte A, di sistema, e la parte B, che contiene indicazioni dettagliate, sono reperibili su https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en?prefLang=it.

⁷⁰ È lo stesso autore ad affermare che il rapporto sopraggiunge dopo aver visitato 65 città europee e aver partecipato a più di 400 riunioni.

⁷¹ «*The Single Market has always been intrinsically linked to the EU's strategic objectives. Often perceived as a project of a technical nature, on the contrary it is inherently political*», E. Letta, *Much more than a Market*, 3.

⁷² *Ivi*, 90 ss.

⁷³ M. Draghi, *The future of European competitiveness. Part A*, 15.

⁷⁴ «*While the EU should aim to move closer to the US example in terms of productivity growth and innovation, it should do so without the drawbacks of the US social model*», *ibidem*.

famiglie statunitensi⁷⁵, esse dispongono di una ricchezza inferiore per via dell'inefficienza dell'intermediazione finanziaria, causata da mercati dei capitali frammentati e flussi di risparmio inferiori.

A tal fine sarebbe dunque necessario istituire una vera e propria Unione dei mercati dei capitali e trasformare l'ESMA in Autorità di regolamentazione unica e comune, sulla scorta di quanto avvenuto per l'Unione bancaria.

Quest'ultima va a sua volta completata, prevedendo meccanismi di assicurazione comune dei depositi, condividendo dunque i rischi bancari, e una garanzia finanziaria di ultima istanza per quanto riguarda la risoluzione delle crisi bancarie.

Inoltre, il rapporto Draghi propone di riformare il bilancio dell'UE che risulta tecnicamente inadeguato ed esiguo. Per raggiungere gli obiettivi prefissati è necessario istituzionalizzare l'emissione di debito comune⁷⁶.

Mentre per rafforzare la *governance* è indispensabile: istituire un *Quadro di coordinamento della competitività*; consolidare le risorse di bilancio, concentrandole sul finanziamento di beni pubblici fondamentali per le priorità strategiche dell'UE; un maggior rigore nell'applicazione del principio di sussidiarietà, talché, in presenza di un controllo passivo dei Parlamenti nazionali, le istituzioni europee dovrebbero autolimitarsi nella definizione delle politiche⁷⁷.

Infine sono presenti notazioni anche in merito al funzionamento e all'organizzazione delle istituzioni europee, non temendo eventuali modifiche ai Trattati: è innanzitutto auspicabile l'estensione della regola della maggioranza qualificata ma è senz'altro necessario operare una decisa semplificazione normativa⁷⁸.

Alla luce di quanto tratteggiato, emerge chiaramente come il «nuovo corso» in principio evocato si sostanzi in significati, istituti e principi, alcuni formalmente presenti da sempre, altri di recente emersione: solidarietà, equità, inclusione sociale, politiche pubbliche, debito comune, beni pubblici europei.

Dal fautore della c.d. politica monetaria non convenzionale – che ha dato vita al confronto tra il Tribunale costituzionale tedesco, convinto dell'illegittimità del *Public Sector Purchase Program* (PSPP) e la CGUE – giunge una visione politico-economica che non è sicuramente sovrapponibile al modello di economia mista e di *Welfare State* definito dalla nostra Costituzione⁷⁹ ma che è distante anche dal modello ordoliberal che ha permeato il diritto e la giurisprudenza dell'UE negli anni⁸⁰.

Ciò è confermato dal fatto che la pubblicazione del rapporto, molto critico in merito all'applicazione rigida delle regole in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, ha sollecitato un'immediata risposta della vice presidente della Commissione europea con delega alla Concorrenza Vestager⁸¹.

I rapporti Letta e Draghi, attenti al principio di coesione economica, sociale e territoriale, rappresentano degli atti fondamentali nell'ottica della valorizzazione del diritto pubblico

⁷⁵ Nel 2022 i risparmi delle famiglie UE ammontavano a 1.390 miliardi di euro mentre quelli delle famiglie statunitensi a 840 miliardi, *ivi*, 59.

⁷⁶ *Ivi*, 61-62.

⁷⁷ *Ivi*, 63-64.

⁷⁸ *Ivi*, 65.

⁷⁹ Basti pensare che lo strumento individuato da Draghi per frenare la concorrenza nel settore Tlc è quello delle concentrazioni private.

⁸⁰ Cfr. A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. speciale, 1, 2019, ora in Id. (a cura di), *Nuovi scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2023, 3 ss.

⁸¹ M. Marchesano, *Perché il metodo Draghi aggredisce il modello Vestager (vedi le Tlc)*, *Il foglio*, 11 settembre 2024. Dal primo dicembre a rivestire l'incarico di commissario europeo alla concorrenza e di vicepresidente è Teresa Ribera Rodriguez.

europeo dell'economia.

Tornando al tema che qui ci impegna, abbiamo visto come non ci sono mai stati dubbi in merito al riconoscimento del valore sociale dei SIEG nel diritto europeo e dei servizi pubblici essenziali nel nostro ordinamento costituzionale e dell'operabilità dell'eccezione alla regola della concorrenza, preservando l'autonomia degli enti e la possibilità di optare per modelli pubblicistici di gestione e valorizzando gli strumenti offerti dall'art. 43 Cost.

Ma la cornice che potremmo definire «costituzionale» costruita dai rapporti valorizza ulteriormente il ruolo dell'intervento pubblico nelle numerose sfide che il futuro dell'Europa prospetta⁸².

Abstract. La cornice «costituzionale» costruita dai rapporti Letta e Draghi valorizza il ruolo dell'intervento pubblico nelle numerose sfide che il futuro dell'Europa prospetta.

Gli effetti del processo di integrazione europea, con le liberalizzazioni e le privatizzazioni degli anni novanta, hanno condotto parte della dottrina a ritenere l'art. 43 Cost. inapplicabile in un modello politico-economico permeato dalla regola della concorrenza.

Eppure il diritto europeo riconosce chiaramente il diretto collegamento dei SIEG con il principio di coesione sociale e in virtù della loro funzione ammette eccezioni alla regola della concorrenza e la possibilità per gli enti pubblici di svolgere un ruolo da protagonisti.

Il «nuovo corso» inaugurato dalle istituzioni europee in risposta alla crisi pandemica è stato confermato dai rapporti, che richiedono un'istituzionalizzazione degli strumenti di cooperazione e a base mutualistica, per dotare l'Unione europea delle risorse necessarie a finanziare politiche pubbliche europee all'insegna del principio di coesione sociale.

Il diritto pubblico europeo dell'economia, mai così vigoroso, rivitalizza l'art. 43 Cost., inutilizzato e svilito ancora una volta dal legislatore statale.

Abstract. The «constitutional» framework established by the Letta and Draghi reports underscores the role of public intervention in addressing the numerous challenges facing the future of Europe.

The effects of the European integration process, including the liberalizations and privatizations of the 1990s, have led some scholars to consider Article 43 of the Constitution inapplicable in a political-economic model dominated by the principle of competition.

However, European law clearly recognizes the direct link between Services of General Economic Interest (SGEI) and the principle of social cohesion. In view of their function, it allows for exceptions to the competition rule, granting public entities the ability to play a leading role.

The «new course» initiated by the European institutions in response to the pandemic crisis has been reaffirmed by the reports, which advocate for the institutionalization of cooperative and mutual-based instruments to equip the European Union with the necessary resources to finance public European policies grounded in the principle of social cohesion.

European public economic law, stronger than ever, revitalizes Article 43 of the Constitution, which has been left unused and further diminished by the state legislature.

Parole chiave. Articolo 43 della Costituzione – servizi pubblici essenziali – servizi di

⁸² «Europe's fundamental values are prosperity, equity, freedom, peace and democracy in a sustainable environment. The EU exists to ensure that Europeans can always benefit from these fundamental rights. If Europe can no longer provide them to its people – or has to trade off one against the other – it will have lost its reason for being.

The only way to meet this challenge is to grow and become more productive, preserving our values of equity and social inclusion. And the only way to become more productive is for Europe to radically change», M. Draghi, *The future of European competitiveness. Part A*, 1.

interesse economico generale – rapporto Letta – rapporto Draghi – politiche pubbliche europee – beni pubblici europei – diritto pubblico europeo dell’economia.

Key words. Article 43 of the Constitution – essential public services – services of general economic interest – Letta report – Draghi report – public European policies – European public goods – European public economic law.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Diana Amoroso – Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale –
Università di Roma La Sapienza

Alessandro Benincampi – Professore a contratto di Sistemi giuridici comparati e di Diritto
dell'impresa e dell'ITC – Università degli Studi di Roma Link Campus University. Dottore di
Ricerca in Comparazione e diritto civile – Università degli Studi di Salerno

Veronica Caporrino – Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università della
Campania Luigi Vanvitelli

Andrea Eugenio Chiappetta – Dottorando di ricerca in Diritti umani – Università di Napoli
Federico II

Maria Teresa Cutolo – Dottoranda di ricerca in Persontà, Mercato, Istituzioni – Università del
Sannio Benevento

Alessia Follari – Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico
II

Katia Forlenza – Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università del Sannio

Francesco Gabriele – Già Professore Ordinario – Università di Bari Aldo Moro

Margherita Ghezzi – Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale –
Università di Roma La Sapienza

Armando Lamberti – Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università
di Salerno

Alberto Lucarelli – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli
Federico II

Anna Liguori – Professoressa Associata di Diritto internazionale – Università di Napoli
L’Orientale

Gisella Pignataro – Professore Associato di Diritto privato comparato – Università degli Studi
di Salerno

Orlando Roselli – Già Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di
Firenze

Marianna Russo – Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università della Campania Luigi
Vanvitelli

Livia Saporito – Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato – Università della Campania Luigi
Vanvitelli

Alfonso Vuolo – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Francesco Zammartino – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università
di Napoli l’Orientale

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO EUROPEO RASSEGNA ON LINE

CODICE ETICO

La rivista *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on line* si conforma alle indicazioni delineate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE).

ART. 1 - ORGANI DELLA RIVISTA E COMPITI

1.1 Sono organi della Rivista: il Direttore responsabile, i Direttori, il Coordinatore dei Comitati scientifico ed editoriale, il Comitato scientifico, il Comitato editoriale e la Redazione.

1.2 I Direttori, il Coordinatore dei Comitati scientifico ed editoriale e il Comitato scientifico sono preposti alla verifica degli indirizzi scientifici della Rivista e delle scelte relative alla selezione e pubblicazione dei contributi.

1.3 Il Comitato editoriale e la Redazione hanno funzioni segretariali, organizzative, di revisione e messa a punto redazionale.

ART. 2 - COMITATO DEI REVISOR

2.1. Il Comitato dei revisori è estraneo ed indipendente dalla direzione e gestione della Rivista ed i suoi componenti eseguono la “revisione tra pari”.

2.2. Il Comitato dei revisori è composto da Professori ordinari, associati e ricercatori, italiani e stranieri, (pure in quiescenza) in discipline prevalentemente.

ART. 3 - REVISIONE TRA PARI

3.1 La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l’obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione, attraverso la propria organizzazione interna, potrà sottoporre i lavori ad uno o più componenti del Comitato dei referee in ragione della competenza specifica richiesta. La Rivista è tenuta a valutare

i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

3.2 La revisione avviene tra pari con il sistema del doppio cieco, garantendo trasparenza, autonomia dei revisori e assenza di conflitti di interesse. Infatti, il referee riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'autore, così come all'autore non viene comunicata l'identità del referee. Il giudizio motivato – in base alla scheda allegata al presente Codice e redatta in forza del vigente Regolamento – potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo. Esso sarà trasmesso alla Direzione e comunicato all'autore, sempre garantendo l'anonimato del referee. I contributi giudicati meritevoli dai referees possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione. Qualora il referee esprima un giudizio positivo con riserva, la Direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del lavoro. La Direzione può assumere la responsabilità – con le relative motivazioni – delle pubblicazioni di studi provenienti da Autorità istituzionali e/o da personalità di chiara fama, da autori stranieri di consolidata esperienza o da studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

3.3 Il giudizio dei valutatori è espresso in un termine congruo e comunque non oltre 21 giorni dal ricevimento del contributo; in mancanza, il valutatore potrà essere sostituito.

3.4 I referees sono tenuti, sia durante lo svolgimento che dopo la conclusione del processo di revisione, al rispetto della confidenzialità della valutazione. I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati alla stregua di documenti riservati e non devono essere divulgati, mostrati o discussi con alcuno. Le informazioni o le idee acquisite tramite la revisione dei lavori devono essere mantenute riservate e non devono essere utilizzate per vantaggio personale.

3.5 La Direzione e il Comitato editoriale, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, si impegnano a evitare ogni genere di conflitto di interesse, assicurando che i referees non ricevano in valutazione lavori rispetto ai quali abbiano o possano avere conflitti di interesse derivanti da rapporti di concorrenza, di collaborazione o altro tipo di collegamento con gli autori, aziende o enti che abbiano relazione con l'oggetto dell'elaborato. La Direzione e il Comitato editoriale sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referee incaricati della valutazione e dalla stessa Redazione.

3.6 I revisori hanno il dovere di dichiarare ogni tipo di conflitto di interessi; nel caso il valutatore non sia in una posizione terza e imparziale perché riconosce, in qualunque modo, chi sia l'autore del contributo, deve dichiararlo per essere sostituito. Qualora emerga successivamente un conflitto di interesse, si ripete il processo di revisione con altro valutatore.

3.7 Gli autori devono garantire che le loro opere siano del tutto originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente; il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni che hanno avuto influenza nel determinare la natura e i contenuti del lavoro proposto. Gli autori devono indicare, nel contributo, conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto d'interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del lavoro.

3.8 Tutte le fonti di sostegno economico al progetto devono essere indicate: i lettori devono sempre essere informati sul supporto finanziario ricevuto dagli autori per le diverse ricerche e sul ruolo dell'ente finanziatore nel concreto svolgimento della ricerca o nella pubblicazione.

ART. 4 - CONTRIBUTI CONTRARI ALL'INTEGRITA' SCIENTIFICA, CONFLITTI DI INTERESSI E PRECISAZIONI SUCCESSIVE ALLA PUBBLICAZIONE

4.1 Ogni organo della Rivista e qualunque altro interessato può segnalare che un contributo da pubblicare o già pubblicato sia un plagio o riproduca, senza virgolette e/o menzione della fonte o con falsificazione di dati, un lavoro già edito.

4.2 Se il lavoro è ancora da pubblicare, la Rivista sentirà l'autore a chiarimento e, in caso di plagio, rifiuterà il contributo ovvero, negli altri casi, inviterà l'autore a virgolettare il passo oppure indicare la fonte o la corretta fonte.

4.3 Se il lavoro è già stato pubblicato, sarà opportunamente segnalato in un successivo numero della Rivista la contrarietà del contributo all'integrità scientifica, indicandone i motivi ed invitando i lettori a considerarlo come non pubblicato.

4.4 Saranno pubblicate in un numero successivo della Rivista note di risposta o altro tipo di lettere di rilievi, con le stesse modalità del contributo contestato, evidenziando il riferimento al numero in cui è stato ospitato il lavoro.

ART. 5 - GRATUITA' E POLITICHE DI PUBBLICAZIONE DELLA RIVISTA

5.1 La pubblicazione dei contributi nella Rivista non comporta alcun pagamento da parte dell'autore con il suo pieno consenso. La Direzione scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli elaborati. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata alle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del *copyright* e plagio.

5.2 Il contributo deve essere accompagnato da un breve *abstract* – e relative parole chiave – in lingua italiana e inglese.

5.3 L'autore rinunzia a tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate sul contributo pubblicato nella Rivista.

ART. 6 - SUPERVISIONE DEGLI ASPETTI ETICI

6.1 Tutti gli organi della Rivista supervisioneranno gli aspetti etici come innanzi evidenziati, segnalando ogni anomalia o difformità alla Rivista perché provveda di conseguenza.

ART. 7 - NUMERI SPECIALI

7.1 Le medesime Regole stabilite nei precedenti articoli, con i necessari adattamenti, valgono anche per la pubblicazione dei numeri speciali.

7.2 Il giudizio dei valutatori è espresso in base all'apposita scheda allegata, di cui all'art. 3.2 del presente Codice.

7.3 I numeri speciali non possono comunque essere superiori, annualmente, al numero di quelli ordinari.

EDITORIAL TEAM

Direttori: Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania Luigi Vanvitelli), Anna Maria Nico (Università di Bari Aldo Moro), Anna Papa (Università di Napoli Parthenope), Andrea Pertici (Università di Pisa), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vendaschi (Università di Milano Bocconi)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Karim Benyekhlef, Daniel Borrillo, Pierre Brunet, Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Antonio Colavecchio, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Mario Esposito, Spiritis Flogaitis, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferrò, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfrellotti, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Fulvio Pastore, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Raffaele Guido Rodio, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci

Redazione: Luca Di Majo (Coordinatore), Antonia Maria Acierno, Antonino Amato, Andrea Eugenio Chiappetta, Teresa Esposito, Rosanna Fattibene, Marta Ferrara, Francesca Ferraro, Virgilia Fogliame, Maria Chiara Girardi, Cosimo Lotta, Franca Meola, Stella Nacca, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Francesca Paruzzo, Federico Savastano, Luigi Sica, Ignazio Spadaro, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Alessandra Annoni, Adriana Apostoli, Marco Bassini, Michele Belletti, Gianluca Bellomo, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Gaetano Bucci, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Quirino Camerlengo, Giuseppe Campanelli, Agatino Cariola, Corrado Caruso, Laura Cappuccio, Beniamino Caravita di Toritto, Massimo Carli, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Lucia Casseti, Emilio Castorina, Felice Casucci, Stefania Cavaliere, Marcello Cecchetti, Daniele Chinni, Adriana Ciancio, Antonio Chimenti, Ines Ciolli, Alberto Clini, Carlo Colapietro, Luigi Colella, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D'Alessandro, Lucio d'Alessandro, Filomena d'Alto, Marilisa D'Amico, Luigi D'Andrea, Antonio D'Andrea, Ludovica Decimo, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Giacomo Degli Antoni, Adele del Guercio, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Valerio Di Porto, Fabio Elefante, Federica Fabrizzi, Gianluca Famiglietti, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Nannerel Fiano, Katia Fiorenza, Damiano Florenzano, Alessia Fonzi, Michele Francaviglia, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Maria Antonella Gliatta, Giorgio Grasso, Nicola Grasso, Maria Cristina Grisolia, Tania Groppi, Enrico Grosso, Andrea Guazzarotti, Renato Ibrido, Maria Pia Iadicicco, Elisabetta Lamarque, Fulco Lanchester, Alessandro Lauro, Benedetta Liberali, Vincenzo Lippolis, Antonello Lo Calzo, Maria Chiara Locchi, Pietro Logroscino, Aldo

Loiodice, Federica Lombardi, Erik Longo, Jorge Lozano Mirales, Marco Mancini, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Alessandro Edmondo Martinuzzi, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Lorenzo Mezzasoma, Lucia Parlato, Ilenia Massa Pinto, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia, Luca Nivarra, Alessandro Pace, Leonardo Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Nicola Pignatelli, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Francesca Rescigno, Umberto Ronga, Edoardo Alberto Rossi, Marco Ruotolo, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Marcello Salerno, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Alessandro Semprini, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Massimo Franco Alberto Tita, Sabrina Tranquilli, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Alfonso Vuolo, Giovanni Zaccaroni, Valentina Zambrano

* Tra i componenti del Comitato di valutazione, alla data in cui hanno reso il referaggio, non vi sono né i Direttori, né i membri del Comitato di redazione e della Redazione della Rivista



Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online (DPERonline) è una rivista scientifica di Area 12, fondata da Raffaele Bifulco, Lorenzo Chieffi, Alberto Lucarelli e Andrea Patroni Griffi e consultabile all'indirizzo <https://www.serena.unina.it/index.php/dperonline/>, registrata presso il Tribunale di Napoli con ISSN 2421-0528, come periodico semestrale a carattere scientifico.

Obiettivi e ambiti scientifici della Rivista

La Rivista tratta i temi afferenti ai settori disciplinari riferiti all'Area 12, in particolare diritto pubblico e costituzionale, diritto dell'Unione europea, diritto comparato, diritto amministrativo e diritto dell'economia.

La linea editoriale della Rivista è ispirata al pluralismo e al confronto tra le diverse opinioni e opzioni metodologiche, culturali e scientifiche, nonché al dialogo tra la riflessione accademica e quella più operativa che viene svolta nel foro e nelle istituzioni pubbliche.

Le categorie del Diritto pubblico generale trovano punti di tensione e di non facile sistemazione alla luce del processo sovranazionale di integrazione europea e degli effetti che ne derivano. Si tratta di temi che i giuristi devono approfondire, offrendo il proprio contributo sia per una rilettura attenta delle categorie generali sia per l'analisi degli aspetti più particolari e di settore del diritto pubblico.

La Rivista ospita, sui temi della bioetica, una sezione curata dal Centro interuniversitario di ricerca bioetica - Cirb.

Criteri di valutazione

La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione, attraverso la propria organizzazione interna, potrà sottoporre i lavori ad uno o più componenti del Comitato dei Revisori in ragione della competenza specifica richiesta.

La Rivista è tenuta a valutare i lavori per il loro contenuto scientifico, senza distinzioni di razza, sesso, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico degli autori.

La revisione avviene tra pari con il sistema del doppio cieco, garantendo trasparenza, autonomia dei revisori e assenza di conflitti di interesse. Infatti, il referee riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'autore, così come all'autore non viene comunicata l'identità del referee.

Il giudizio motivato potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo.

Esso sarà trasmesso alla Direzione e comunicato all'autore, sempre garantendo l'anonimato del referee. I contributi giudicati meritevoli dai referees possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione.

Qualora il referee esprima un giudizio positivo con riserva, la Direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo.

Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del lavoro. La Direzione può assumere la responsabilità – con le relative motivazioni – delle pubblicazioni di studi provenienti da Autorità istituzionali e/o da personalità di chiara fama, da autori stranieri di consolidata esperienza o da studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.