



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2025
ISSN 2421-0528

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

SOMMARIO

Saggi

Vincenzo Felaco – [*I benefici fiscali della legge sul “dopo di noi”: spunti comparativistici*](#)

Ugo Patroni Griffi, Tito Vespasiani – [*La questione della tutela paesaggistica nei porti: una criticità ancora irrisolta*](#)

Luca Dell’Atti, Marta Ferrara – [*Teoria e prassi della forma di governo: spunti sull’elezione diretta del Presidente Del Consiglio a partire dal fatto a rilevanza costituzionale come nuovo formante*](#)

Francesco Zammartino – [*Il canone della ragionevolezza \(e della proporzionalità\) nella giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia abitativa. Spunti a partire dalla sentenza n. 1 del 2025*](#)

Davide Antonio Ambroselli – [*Tempo, legalità e disciplina penale più favorevole nel prisma della giurisprudenza CEDU: i casi Scoppola e Cesarano*](#)

Giuliano Vosa – [*«Transformative constitutionalism» and the European Union? A comparison with Latin American constitutional experiences*](#)

Giammaria Gotti, Matteo Greco – [*Il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale e l’Unione europea: il caso della disciplina delle comunità energetiche*](#)

Sara Pugliese, Vincenzo Visone – [*Le garanzie procedurali del DSA e i limiti euro-unitari al potere privato delle piattaforme digitali*](#)

Nicola Maffei – [*I vecchi e i nuovi sentieri della democrazia che si difende. Riflessioni a margine delle elezioni presidenziali in Romania*](#)

Anna Liguori – [*Esternalizzazione dei controlli alle frontiere e Corte europea dei diritti dell’uomo alla luce della decisione sul caso S.S. e altri c. Italia*](#)

Erik Furno – [*Il caso Almasri nel prisma dei reati ministeriali*](#)

Francesca Rondine – [*Mandato d’arresto e diritti fondamentali. Il confine tra pena e modalità di esecuzione e il principio di legalità nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE, dentro e oltre la Brexit*](#)

Andrea Eugenio Chiappetta – [L'ordine pubblico tra modelli securitari e limiti costituzionali. Riflessioni sulle c.d. zone rosse](#)

Daniele Vitale – [Mutamenti della forma di Governo e crisi della «coerenza». Le «aporie» dell'elezione del Presidente del Consiglio](#)

Bianca Nicla Romano – [Intelligenza artificiale e piattaforme digitali: opportunità e rischi alla luce del recente quadro regolatorio](#)

Mariangela Atripaldi – [L'identificazione dei principi costitutivi del concetto di «istituzione» nella riflessione di Giuseppe Guarino](#)

Michela TuoZZo – [Le fonti della società digitale: potenzialità e limiti dei nuovi paradigmi di normatività](#)

Giovanna Filippelli – [Il diritto alla genitorialità e il centrale interesse del minore](#)

Valentina Barela – [Sostenibilità nella moda: nuove prospettive e frizioni post Regolamento Ecodesign](#)

Materiali

Francesca Ferraro – [From the French Model to the European Space: review of the French Yearbook of Public Law](#)

I BENEFICI FISCALI DELLA LEGGE SUL “DOPO DI NOI”: SPUNTI COMPARATIVISTICI*

di Vincenzo Felaco **

Sommario. 1. La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul «dopo di noi» nella cornice dello statuto costituzionale della disabilità. – 2. Le agevolazioni fiscali a favore del trust «dopo di noi». – 2.1. L'esenzione da imposta sulle successioni e donazioni all'atto della separazione patrimoniale. – 2.2. Gli altri benefici fiscali riconosciuti dalla l. n. 112/2016. – 3. Luci ed ombre della disciplina. – 4. Spunti comparativistici: la tutela della disabilità nel diritto anglosassone e i diversi tipi di *Special Needs Trust*.

1. La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul «dopo di noi» nella cornice dello statuto costituzionale della disabilità. Le finalità di «promuovere, tutelare e garantire il pieno ed eguale godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali da parte della persona con disabilità e porre le condizioni affinché sia effettivamente rimosso qualsiasi ostacolo che ne limiti o impedisca la piena partecipazione alla vita economica, sociale e culturale della Nazione» costituiscono attuazione di una serie di disposizioni costituzionali, che vengono indicate agli articoli 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 della Costituzione.¹ Le succitate disposizioni si collocano su due piani diversi: i primi due articoli² – *rectius*: il

* Sottoposto a referaggio.

** Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

¹ Sul valore costituzionale della solidarietà, senza pretese di esaustività, si veda A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 38 ss.; L. Stefanini, F. Riva, *Persona*, in *Enc. fil.*, IX, Milano, 2006; A. Vidaschi, *Il principio personalista*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 274 ss.; S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in *Liber amicorum in onore di V. FROSINI*, Milano, 1999, 107 ss.; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; Id., *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 3 ss.; Id., *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019; Id., *Solidarietà (diritto pubblico)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2021; I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se fossimo' fratelli*, Napoli, 2011; B. Pezzini, C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005; S. Prisco, *Solidarietà. Profili evolutivi di un valore costituzionale*, I, *Premesse storico-sistematiche*, Napoli, 2000; L. Violini, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luthther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 517 ss.

² La trama costituzionale assicura adeguata protezione alla persona disabile sin dagli artt. 2 e 3 Cost. Com'è noto l'art. 2 Cost. afferma, infatti, il principio personalista e, non minor rilievo assumono, gli altresì affermati principi pluralista e solidarista. L'art. 3 Cost. proclama la dignità sociale accanto all'eguaglianza di fronte alla legge in senso formale, e in senso sostanziale. L'espressione «pari dignità sociale» contenuta nell'art. 3 Cost indica l'impossibilità di degradare ogni persona ad oggetto, dovendo essa essere trattata e riconosciuta in quanto tale, anche nell'ipotesi in cui versi in una condizione di diversità. Da qui, il dovere dello Stato di

principio personalista, quello di solidarietà e quello di eguaglianza – riguardano ogni dimensione della vita individuale e collettiva, trattandosi di previsioni di carattere generale che contengono (e «aprono» a) tutti i singoli e specifici diritti successivamente indicati, come anche ad altri che possano essere individuati e introdotti;³ mentre, gli altri, contengono previsione di carattere più specifico e settoriale.

Giova precisare che i diritti delle persone disabili «sono i diritti di tutte le persone, con l'unica differenza che per affermarli occorre tradurli in una specifica situazione, qual è la disabilità, comunque sempre possibile nella condizione umana».⁴ Ciò trova conferma anche nella costante giurisprudenza costituzionale, la quale afferma come sulla condizione giuridica della persona con disabilità confluisce un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale, insistendo sulla certezza delle disponibilità finanziarie necessaria a garantire i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali: servizi che richiedono di essere erogati senza soluzioni di continuità.⁵

In altri termini, nell'insieme dei valori costituzionali a difesa dell'essere umano e di tutti i suoi diritti, in modo egualitario all'interno della società, è riscontrabile il riconoscimento e la tutela della persona debole e, dunque, anche della persona con disabilità.⁶ Da questo punto di vista, il soggetto disabile diventa destinatario di tutela non «per ciò che lo rende diverso, ma invece per ciò che lo fa comunque eguale agli altri».⁷

Nel solco dei menzionati principi costituzionali si iscrive la legge 22 giugno 2016, n. 122 - recante *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare* – entrata in vigore il 25 giugno 2016, emanata allo scopo di favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità grave, per il raggiungimento dei quali il legislatore ha previsto importanti strumenti pubblici e privati, questi ultimi accompagnati da significativi sgravi fiscali, aprendo, pertanto, un nuovo scenario

rimuovere gli ostacoli e approntare i mezzi affinché tutti possano avere le stesse opportunità di partecipazione alla vita del Paese. Lo Stato, in altri termini, «non può limitarsi a garantire la dignità di un soggetto, ma la pari dignità di tutti». Così C. Levorato, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *Giurcost*, 3 dicembre 2019, 664.

³ E. Rossi, *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 377. L'autore afferma che le disposizioni *de quo* contengono tutto ciò che si dovrebbe dire: e cioè che ad ogni persona in quanto tale - e perciò indipendentemente da ogni elemento che la distingue dalle altre (ovvero da ogni «condizione personale o sociale») – devono essere garantiti tutti i diritti che l'ordinamento riconosce. E che tale garanzia deve essere assicurata in condizioni di eguaglianza: che – come si è detto - richiede parità di regole giuridiche nel caso di parità di situazioni, ma anche misure positive specifiche nel caso di situazioni di partenza differenti, tali da richiedere misure compensative atte a garantire la parità di fatto. Questo deve essere considerato, dunque, lo «statuto costituzionale» di ogni persona: a quelle che hanno una o più disabilità, in tale prospettiva, dovranno essere riconosciuti e garantiti tutti i diritti che la Costituzione (e le altre norme da essa richiamate) assicura a loro come agli altri.

⁴ Così U. De Siervo, *Libertà negative e positive*, in R. BELLÌ (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, 37 ss.

⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 83/2019. Per un commento alla sentenza, E. Vivaldi, *L'esercizio dei doveri di solidarietà da parte della persona con disabilità*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2019, 145-156; D. Ferri, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, 523-552.

⁶ F. Sanchini, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2021, 172: «La Costituzione italiana si propone di riconoscere a ciascuna persona, in quanto tale, quella "pari dignità" espressa dal primo comma dell'art. 3 Cost., per cui tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge, e ciò anche in presenza di quella "condizione personale e sociale" rappresentata (ancora una volta) dalla disabilità».

⁷ Così S.P. Panunzio, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III, Milano, 1988, 525 ss.

per quel che concerne la tutela delle persone con disabilità.⁸

Le richiamate novità legislative intendono agevolare, in favore di persone con disabilità grave, la stipula di polizze di assicurazione, la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ. e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario⁹, ed all'uopo individuano il contenuto che detti istituti devono presentare al fine di poter beneficiare del succitato trattamento di favore ai fini tributari.

La legge in parola è nota nell'opinione pubblica con il nome di legge sul «dopo di noi», con ciò intendendo che l'obiettivo che il legislatore si prefigge di raggiungere è quello di consentire ai genitori di persone disabili di provvedere per il «dopo»: il momento, cioè, in cui a causa dell'età avanzata o della morte non potranno più assistere il figlio incapace di affrontare autonomamente i problemi della vita quotidiana. Per raggiungere tali scopi, si dispone una uniforme definizione delle prestazioni assistenziali da garantire in tutto il territorio nazionale, istituendo il «Fondo per l'assistenza delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare» con una dotazione di oltre 180 milioni di euro ogni tre anni, così come dispone l'art. 3 della suindicata legge.

Corre l'obbligo, in primo luogo, di precisare che l'applicazione delle disposizioni *de quo* richiede due precondizioni essenziali: la disabilità grave¹⁰ e l'assenza di sostegno familiare.¹¹ Risulta, altresì, necessario rilevare come i negozi giuridici interessati dalle disposizioni fiscali agevolative, in favore delle persone con disabilità grave, prevedono la possibilità, in maniera

⁸ Sull'importanza della tutela da offrire al disabile cfr. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in www.pluriscedam.it, che con riferimento alla normativa della Regione Abruzzo, comprensiva di limitazioni alle risorse economiche dedicate al trasporto di persone disabili, ha avuto modo di ribadire che, quanto all'ammissibilità della cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi in materia finanziaria, «non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale», perché proprio con riferimento alla condizione giuridica del portatore di handicap vi sono una serie di valori «che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale». Si evidenzia, inoltre, come la tutela del diritto – in questo caso – all'istruzione del disabile impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile «nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati».

⁹ T. Tassani, *Imposte sui trasferimenti e fattispecie destinataria in funzione del "Dopo di Noi"*, in *Trusts att. fid.*, 2017, 121; Id., *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul "dopo di noi", tra agevolazione e impatto sistematico*, in *Notariato*, 2016, 517; G. Boletto, *Tassazione indiretta dei negozi di destinazione patrimoniale alla luce della l. n. 112/2016 (c.d. "Dopo di noi")*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 580; F. Azzarri, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.6.2016, n. 112, ivi*, 120; A. Longo e A. Tomassini, *Gli istituti giuridici (vecchi e nuovi) della legge sul "Dopo di noi" e la loro rilevanza sistematica*, in *Corr. trib.*, 2016, 2789; G. Sepio, *Il "dopo di noi" e le misure fiscali a tutela del patrimonio delle persone con disabilità grave*, in *Fisco*, 2016, 2735; E. Di Maggio, *Commento alla Legge per il "dopo di noi"*, in *Notariato*, 2016, 430.

¹⁰ La disabilità grave cui fa riferimento la norma è quella definita dall'articolo 3, co. 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104, ed attiene ad una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione riducendo l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione.

Giova, tuttavia, precisare che la determinazione di tale ambito applicativo non esclude, tuttavia, che i negozi ivi previsti possano essere stipulati anche in favore di persone la cui disabilità non integri le caratteristiche previste ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. n. 104 del 1992, sebbene precluda la possibilità che operi in tali ultimi casi il trattamento fiscale agevolativo.

¹¹ Sebbene il testo normativo non contenga precisazioni in tal senso, dal tenore sistematico dell'ordito legislativo, che fa espresso riferimento alla mancanza di entrambi i genitori, emerge chiaramente che i possibili destinatari della tutela sono esclusivamente i figli e, d'altra parte, che il sostegno familiare si riduce in effetti al solo sostegno genitoriale.

alternativa¹², di costituire *trust*, vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.¹³ e fondi speciali,¹⁴ disciplinati con contratto di affidamento fiduciario¹⁵.

2. Le agevolazioni fiscali a favore del trust «dopo di noi». La legge in commento ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano il *trust* quale «situazione affidante», alternativa al contratto di affidamento fiduciario e al vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c. – per la gestione del patrimonio destinato a favore di soggetti disabili privi di assistenza.¹⁶

Il *trust*, figura giuridica di matrice anglosassone, tipizzata dalle pronunce di *equity* mediante la rielaborazione di istituti giuridici già noti al diritto medievale dell'Europa continentale,¹⁷ rientra a pieno titolo nell'ambito dei fenomeni gestori e costituisce uno fra gli strumenti più utilizzati di «articolazione» del patrimonio.¹⁸

Ai fini che qui interessano, basti precisare che il *trust* non è un soggetto a sé stante dotato di una propria personalità giuridica, bensì un insieme di beni e rapporti giuridici,

¹² In dottrina a favore dell'alternatività degli istituti contemplati dalla legge in commento cfr., M. Lupoi, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, 311 ss., ma già in Id., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 203; Id., *Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario*, Milano, 2010, 419 ss.; ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513.

¹³ Senza pretese di esaustività, si precisa che l'art. 2645-ter c.c. – introdotto dalla l. n. 51/2006 che ha convertito il d.l. n. 273/2005 (c.d. decreto mille proroghe) – ha disciplinato una nuova figura di fattispecie negoziale, il c.d. atto di destinazione, un atto il cui fine è quello segregativo, ovvero creare una separazione patrimoniale tra un bene che è destinato alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ed il restante patrimonio del titolare del bene stesse. Ai fini che qui rilevano, si sottolinea che dal tenore letterale della disposizione codicistica si evince che possono formare oggetto di destinazione esclusivamente i beni immobili ed i beni mobili registrati; all'uopo, tuttavia, Autorevole dottrina afferma che l'art. 2645-ter c.c. sia applicabile, per analogia, anche ai beni mobili non registrati per i quali sia previsto un regime idoneo a pubblicizzare il vincolo in parola, come ad esempio le quote di partecipazione in società a responsabilità limitata e i titoli di credito. Così L. Genghini, T. Campanile, F. Crivellari, *I diritti reali*, 2 ed., 2024, 464.

¹⁴ Mette conto precisare che per il *trust* e i fondi speciali – diversamente dal vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. – vi è la possibilità di destinare beni di qualsiasi natura, rendendo così possibile una separazione patrimoniale anche con riferimento ai beni mobili non registrati.

¹⁵ Va detto che in origine il testo del suindicato art. 6, approvato dalla Camera dei deputati, faceva riferimento ai soli trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e alla costituzione di vincoli di destinazione a vantaggio di *trust*. Nel descritto scenario sembrava, dunque, essere ammessa la sola struttura negoziale traslativa, cioè con un *trustee* diverso dal disponente. Non secondario, inoltre, è rilevare che la scelta legislativa si poneva perfettamente in linea con l'orientamento della giurisprudenza di merito, la quale è unanime nel riconoscere che il progetto di vita della persona con disabilità è un diritto soggettivo esigibile e non comprimibile e come tale perfettamente compatibile con lo strumento del *trust*. Il testo dell'art. 6, l. n. 112 del 2016, così come definitivamente approvato, invece, riferisce che «I beni e i diritti conferiti in un trust ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter del codice civile ovvero destinati a fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1, istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge sono esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni prevista dall'articolo 2, commi da 47 a 49, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni». Il dato *ictu oculi* desumibile dalla riferita disposizione, così come definitivamente approvata, non solo elimina il termine «trasferimenti» e include tra gli atti agevolati anche i vincoli di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ., ma crea anche la figura dei fondi speciali composti di beni sottoposti a vincoli di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario.

¹⁶ Così S. Carabetta, *Il trust nella legge "sul dopo di noi" e gli "special needs trusts"*, in *Ratio Iuris*, Anno XIX, Numero 221, Serie 4/25.

¹⁷ Sulle origini del trust si veda M. Lupoi, *Trust and confidence, part I*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, 287 ss.; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 15-22. L'Autore coglie un'importante differenza fra il modello inglese e il modello internazionale: il primo è di fonte prevalentemente giurisprudenziale mentre il secondo è di fonte prevalentemente legislativa.

¹⁸ L. Genghini, T. Campanile, F. Crivellari, *I diritti reali*, cit., 494.

patrimonialmente segregati¹⁹.

Dall'unica definizione normativa rinvenibile nel nostro ordinamento, quella contenuta nell'art. 2, c. 1, della Convenzione dell'Aja del 1985 – ratificata in Italia con la l. n. 384/1989 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2002 – per *trust* s'intende quel rapporto giuridico, che sorge per effetto della stipula di un atto tra vivi o *mortis causa*, con cui un soggetto (disponente ovvero *settlor*) trasferisce ad altro soggetto (*trustee*) la proprietà dei suoi beni o di parte di essi, il quale è obbligato a gestirli e amministrarli in favore di un terzo beneficiario (*beneficiaries*) ovvero di un determinato scopo (c.d. *trust* di scopo)²⁰, sotto l'eventuale - necessaria ai fini dell'applicazione della disciplina di cui alla l. n. 112/2016²¹ - vigilanza di un terzo (guardiano ovvero *protector*), secondo le regole dettate dal disponente stesso nell'atto istitutivo di *trust*²² e dalla legge regolatrice dello stesso. I beni così conferiti costituiscono un patrimonio separato da quello personale del *trustee*, in quanto vincolati allo scopo del *trust* che rappresenta il perno intorno al quale ruota l'intera fattispecie. Detto istituto certamente rimanda al contratto fiduciario proprio dei sistemi giuridici continentali dal quale si distingue per la diversa relazione che fiduciario e *trustee* hanno sui beni trasferiti.²³

Ancorché sia indubbio che esso produca una vicenda traslativa della proprietà, il risultato che ne deriva in capo al *trustee* è quello di una proprietà conformata, vincolata e funzionale, in ogni caso *sui generis*, caratterizzata da un diverso di «modo di possedere»²⁴ estraneo allo schema proprietario tradizionalmente inteso.²⁵

¹⁹ *Ibidem*. Per quanto attiene alla natura giuridica del *trust* cfr. Cass., sentenza 21 giugno 2019, n. 1670, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2019, 3, 600: «In quanto mero insieme di beni e rapporti giuridici destinati ad un fine determinato nell'interesse di uno o più beneficiari, il *trust* è privo di personalità giuridica: di conseguenza, soggetto legittimato nei rapporti, anche processuali, con i terzi è solamente il *trustee* nella sua veste di gestore, quale formale intestatario dei beni ed esercente in proprio dei diritti correlati».

²⁰ Il *trust* è definito di scopo quando manca uno specifico beneficiario. Un caso particolare di *trust* di scopo è il c.d. *trust* liquidatorio ove il programma di risanamento o liquidazione della società di capitali è attuato per mezzo del *trust* (appunto detto: «liquidatorio»).

²¹ La necessità che, ai fini dell'applicazione della disciplina fiscale favorevole di cui alla l. n. 112/2016, sia nominato un *protector* risulta dal tenore letterale dell'art. 6, co. 3, l. f) della succitata legge, ai sensi del quale: «Le esenzioni e le agevolazioni di cui al presente articolo sono ammesse se sussistono, congiuntamente, anche le seguenti condizioni: f) l'atto istitutivo del *trust* ovvero il contratto di affidamento fiduciario che disciplina i fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1 ovvero l'atto di costituzione del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile individuino il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte all'atto dell'istituzione del *trust* o della stipula dei fondi speciali ovvero della costituzione del vincolo di destinazione a carico del *trustee* o del fiduciario o del gestore. Tale soggetto deve essere individuabile per tutta la durata del *trust* o dei fondi speciali o del vincolo di destinazione».

²² Di regola l'atto istitutivo di *trust* prevede e disciplina: lo scopo, la durata, l'oggetto, i soggetti (disponente, *trustee*, beneficiario), la disciplina (ad es. la possibilità di alienazione dei beni), la legge applicabile, le ipotesi di cessazione del *trust* e le relative ipotesi di successione dei beni e del *trustee*.

È opportuno distinguere l'atto istitutivo del *trust* dai negozi dispositivi in favore del *trustee*, compiuti dal disponente o da terzi: con l'atto istitutivo, il disponente enuncia il compito ed il programma destinatario, nomina il *trustee* a cui ne affida l'attuazione e determina i beneficiari; i negozi dispositivi in favore del *trustee*, invece, sono finalizzati all'attuazione del programma segregativo enunciato nell'atto istitutivo e comportano il definitivo trasferimento dei beni al *trustee*.

²³ L. Genghini, T. Campanile, F. Crivellari, *I diritti reali*, cit., 496. Gli Autori affermano che ciò che differenzia il *trust* dal contratto fiduciario è che mentre nello schema della fiducia romana i limiti posti a carico del fiduciario sono esclusivamente obbligatori (derivano dal *pactum fiduciae*) e non incidono sul contenuto del diritto di proprietà che resta del fiduciante e rispetto al quale, dunque, non si può parlare di «sdoppiamento»; nel *trust*, *a contraries*, il *trustee* diviene proprietario dei beni trasferitigli dal disponente.

²⁴ Così A. Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts e att. fiduc.*, 2007, 170.

²⁵ Dottrina e giurisprudenza si sono soffermate su un'ipotesi particolare di *trust* in cui non è attribuito alcun poter al *trustee*, il c.d. «*sham trust*». Detta figura ricorre allorché il disponente, oltre a mantenere per sé il controllo di fatto e di diritto sul fondo, si accorda con il *trustee* affinché il negozio in parola sia costituito con lo scopo di ingenerare nei terzi una falsa impressione. Secondo la dottrina (per tutti M. Lupoi, *Istituzioni del diritto*

In altri termini, la situazione giuridica che viene a configurarsi si presenta alla stregua di proprietà «scomposta» o «disgregata»²⁶ in quanto connotata da una dissociazione dei poteri che tradizionalmente sono stati ritenuti binomio inscindibile in capo al proprietario.²⁷

Giova precisare che accanto alla struttura ordinaria del *trust* ve ne sono altre, tra le quali rileva (oltre all'ipotesi del *trust* di scopo) il c.d. *trust* autodichiarato, che ricorre allorché il disponente ed il *trustee* coincidono.²⁸ Occorre al riguardo evidenziare, ai fini che qui rilevano, che la legge di cui si discorre non precisa, né direttamente né indirettamente, se il regime di agevolazione fiscale sia applicabile anche al *trust* autodichiarato. Sul punto già i primi interpreti della legge hanno evidenziato come non vi siano ragioni ostative nel comprendere all'interno dell'art. 6, l. n. 112/2016 anche il *trust* autodichiarato: in primo luogo perché non vi è alcuna norma che espressamente lo esclude; e, in secondo luogo, la *ratio* e la struttura della legge risultano compatibili anche per le ipotesi in cui vi sia coincidenza tra la figura del disponente e quella del *trustee*.²⁹

Del resto, sotto diverso crinale, avendo la legge eliminato la locuzione «trasferimenti» e utilizzato il termine «conferiti» non sembra aver inteso escludere il *trust* autodichiarato, atteso che in siffatta ipotesi vi sarebbe un controllo diretto da parte del disponente sul patrimonio avente una destinazione di tipo assistenziale a favore del soggetto disabile.³⁰

Le disposizioni dettate dalla l. n. 112/2016, come si è già avuto modo di affermare, si concentrano prevalentemente nell'enunciazione delle agevolazioni fiscali dettate per incentivare l'istituzione di *trust*, oltre che il ricorso alle altre misure (contratto di affidamento fiduciario e vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter c.c.), e nella individuazione del contenuto che detti istituti devono presentare per poter beneficiare del trattamento di *favor*

dei trust e degli affidamenti fiduciari, cit., 71) le conseguenze dell'accertamento di uno *sham trust* sono: a) Il *trust* è nullo sin dall'origine; b) il fondo è di proprietà del disponente; c) Ogni distribuzione ai beneficiari è ripetibile, così come ogni compenso versato ai *trustee*.

Anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata a favore della nullità, in tal senso Cass. pen., 24 giugno 2014, n. 46137, in *IlSocietario.it* 4 febbraio 2015 (con nota di Bossi, Il sequestro conservativo di beni conferiti in uno *sham trust*): «Posto che il *trust* si sostanzia nell'affidamento ad un terzo di determinati beni affinché questo li amministri e gestisca quale proprietario per, inoltre, restituirli alla fine del periodo di durata del *trust* ai soggetti indicati dal disponente, ne consegue che presupposto coesistente alla natura stessa dell'istituto è che il disponente perda la disponibilità di quanto conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possono competergli in base alle norme costitutive. In difetto di tale condizione, ineludibile, la perdita del controllo dei beni da parte del disponente è da ritenersi solo apparente, il *trust* nullo e, pertanto, incapace di produrre l'effetto segregativo che gli è proprio».

²⁶ Di proprietà «disgregata» ha parlato P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 20 per sostenere che non vi è una sola proprietà ma più proprietà.

²⁷ S. Carabetta, *Il trust nella legge "sul dopo di noi" e gli "special needs trusts"*, cit.

²⁸ Occorre chiarire che il *trustee*, coincida o meno con il disponente, può essere anche beneficiario, purché non sia il solo beneficiario, in quanto altrimenti mancherebbero il profilo dell'affidamento (tra *settlor* e *trustee*) e il rapporto fiduciario (tra *trustee* e beneficiario) che connotano in maniera assoluta l'essenza del *trust*. Se beneficiario e *trustee* coincidessero nessun rimprovero potrebbe muoversi a quest'ultimo, poiché ogni sua azione sarebbe pienamente legittima in quanto assunta nel proprio interesse. Così L. Genghini, T. Campanile, F. Crivellari, *I diritti reali*, cit., 501.

²⁹ T. Tassani, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul "dopo di noi", tra agevolazione e impatto sistematico*, in *Notariato*, 2016, 518.

³⁰ In questo senso D. Muritano, *La legge 112/16 sul dopo di noi: impressioni, proposte*, *Studio del CNN n. 3-2017/C*, in *web.rn.notariato.it*, 4-5. Occorre, tuttavia, precisare che risulta indiscussa l'inammissibilità dell'auto destinazione, fenomeno che si realizza quando il vincolo è costituito nell'esclusivo interesse del disponente che sia anche *trustee*. In quest'ultima ipotesi, infatti, si assisterebbe ad una totale mancanza, nonché irrilevanza, dell'interesse altrui. In tal senso si veda F. Galluzzo, *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645-ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 128; R. Calvo, *'Trust' e vincoli di destinazione: «conferire» vuol dire trasferire?*, in *Giur. it.*, 2012, 2277 ss.; M. Sorbilli, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Numero XIII, Anno 2020.

ai fini tributari.

Il legislatore, pertanto, pur non fornendo una regolamentazione generale del *trust*, attraverso le norme sulle agevolazioni fiscali, ha conferito indirettamente e implicitamente piena legittimazione e riconoscimento al *trust* interno³¹, sancendo la definitiva «benedizione» dell'istituto di matrice anglosassone e risolvendo la *querelle* sulla sua ammissibilità³² che per lungo tempo ha animato il dibattito in dottrina³³ e in giurisprudenza.³⁴

Siffatto trattamento favorevole dal punto di vista fiscale è riconosciuto al ricorrere di determinate condizioni. Occorre, tuttavia, rilevare che il legislatore quasi «sbrigativamente» ha richiamato le condizioni necessarie al fine di poter usufruire delle esenzioni e delle agevolazioni fiscali, ma non si è preoccupato delle ricadute che le stesse possono avere sul piano applicativo nel momento in cui accedono a strumenti negoziali che presentano diversità strutturali e funzionali che non godono di un inquadramento tipico vero e proprio.³⁵ Ad ogni modo, al fine di beneficiare del trattamento di *favor* fiscale, in primo luogo, è necessario che il *trust* – ovvero i fondi speciali e il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod.

³¹ Per amore di precisione, si evidenzia che vengono definiti interni, i *trusts* istituiti in Italia, da cittadini italiani, con cui si vincolano beni situati in Italia in favore di beneficiari italiani, con *trustee* italiano e nei quali l'unico elemento di internazionalità è rappresentato dalla legge regolatrice di un ordinamento straniero, atteso che quello italiano difetta della disciplina dell'istituto *de quo*.

Ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja, il *trust* è, infatti, regolato dalla legge scelta dal costituente, scelta che «deve essere espressa oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario avvalendosi delle circostanze del caso», e con l'unico limite che questa deve prevedere o l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, ai sensi del precedente comma 5. Altrimenti la scelta, ai sensi dell'art. 6, comma secondo, della Convenzione dell'Aja, non produrrà effetti e il *trust* sarà regolato dalla legge con cui presenta un legame più stretto (art. 7 Convenzione dell'Aja).

³² Discussa è l'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico del *trust* esclusivamente interno: a) Per una tesi, che può definirsi minoritaria sia in dottrina che in giurisprudenza, la Convenzione dell'Aja si applicherebbe subordinatamente all'accertamento dell'esistenza di almeno un elemento di estraneità ulteriore rispetto alla legge applicabile, perché le disposizioni contenute nella Convenzione non sono norme di diritto materiale uniforme, ma norme di diritto internazionale privato. Secondo tale orientamento la mera scelta di una legge straniera regolatrice del rapporto non potrebbe soddisfare il requisito dell'«internazionalità»; b) Al contrario, la dottrina assolutamente prevalente, nonché numerose sentenze della giurisprudenza di merito (ex multis Trib. Bologna 18 aprile 2000, in *Notariato*, 2001, p. 45; Trib. Pisa 27 dicembre 2001, in *Vita not.* 2002, 727; Trib. Trento, sez. distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in *Trust e attività fiduciarie*, 2004, p. 573; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 83), hanno sostenuto che la scelta di una legge regolatrice straniera non deve dipendere dal preventivo accertamento della sussistenza degli elementi sostanziali di internazionalità della fattispecie (quali la cittadinanza del disponente, del *trustee*, il luogo dove si trovano i beni), ma è essa stessa presupposto per l'applicazione della Convenzione dell'Aja.

³³ A sostegno della tesi dell'inammissibilità del *trust* interno, parte della dottrina ha ritenuto che detto istituto sarebbe incompatibile con il principio di tipicità, in quanto darebbe vita a due proprietà concorrenti sui medesimi beni che costituiscono il *trust*: vi sarebbero, infatti, la proprietà «finalizzata» del *trustee* e i *property rights* dei beneficiari del vincolo. Invero, è preferibile ritenere che anche la presunta violazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali sia priva di fondamento. Infatti, se si ritiene, in linea con quanto affermato dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, che il *trustee* diventi unico proprietario dei beni a lui trasferiti dal disponente e che i beneficiari siano titolari di particolari diritti di credito e non di diritti reali, l'asserito problema del potenziale contrasto con il principio di tipicità non pare neppure porsi. Così L. Genghini, T. Campanile, F. Crivellari, *I diritti reali*, cit., 513 ss.

³⁴ S. Carabetta, *Il trust nella legge "sul dopo di noi" e gli "special needs trusts"*, cit.

³⁵ In tal senso F. Azzarri, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n. 112*, cit., 121, il quale osserva che la legge, pur avendo dettato una serie di condizioni che devono essere rispettate, ha trascurato «di considerare che queste condizioni, plasmando il contenuto dei singoli atti e dei rapporti che ne discendono, avrebbero avuto anche immediata rilevanza civilistica» lasciando all'interprete il compito di ricavare la disciplina da applicare dal tessuto normativo generale; anche P. Mazzamuto, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2016, 292, secondo cui si tratta di un evidente caso «di legislazione "nominalistica" che rinvia a figure note nel dibattito dottrinale senza correderle di un minimo di ossatura normativa».

civ. – persegua come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza delle persone con disabilità grave, in favore delle quali sono istituiti e la suddetta finalità deve essere espressamente indicata nell'atto istitutivo (art. 6, co. 2, l. n. 112/2016).

Altresì necessario è che il negozio sia concluso per atto in forma pubblica (art. 6, co. 3, lett. a)).

L'atto istitutivo del *trust* deve, poi, avere un contenuto minimo obbligatorio. A tal uopo l'art. 6, co. 3, lett. b) stabilisce che l'atto istitutivo deve identificare in maniera chiara e univoca i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli; deve descrivere la funzionalità e i bisogni specifici delle persone gravemente disabili, in favore delle quali il *trust* è posto in essere; deve indicare le attività assistenziali necessarie a garantire la cura e la soddisfazione dei bisogni dei beneficiari, comprese le attività finalizzate a ridurre il rischio della istituzionalizzazione delle medesime persone con disabilità grave.

Ai sensi della successiva lett. c) l'atto istitutivo del *trust* deve individuare gli obblighi del *trustee* con riguardo al progetto di vita e agli obiettivi di benessere che lo stesso deve promuovere in favore dei beneficiari, adottando ogni misura idonea a salvaguardarne i diritti; deve indicare, inoltre, gli obblighi e le modalità di rendicontazione a carico del *trustee*.

Come già ricordato, merita una specifica menzione la lett. f) del medesimo comma nella parte in cui prevede che l'atto istitutivo del *trust* deve individuare il soggetto preposto al controllo delle obbligazioni imposte al *trustee* e tale soggetto deve essere individuabile per tutta la durata del *trust* (c.d. guardiano ovvero *protector*).

Infine, il rapporto che origina da tali operazioni deve essere necessariamente temporalmente limitato. Si stabilisce, infatti che l'atto istitutivo del *trust* indichi il termine finale nella data della morte della persona con disabilità grave (art. 6, co. 3, lett. g) e, per tale evenienza, l'atto istitutivo del *trust* deve pure stabilire la destinazione del patrimonio residuo (art. 6, co. 3, lett. h))³⁶.

2.1. L'esenzione da imposta sulle successioni e donazioni all'atto della separazione patrimoniale. Tra gli incentivi fiscali riconosciuti ai negozi in parola assume particolare

³⁶ L'art. 6 precisa, inoltre, alcune misure di carattere fiscale, stabilendo che: «In caso di premorienza del beneficiario rispetto ai soggetti che hanno istituito il trust, i trasferimenti di beni e di diritti reali a favore dei suddetti soggetti godono delle medesime esenzioni dall'imposta sulle successioni e donazioni di cui al presente articolo e le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa» (c. 4). Al di fuori di tale ipotesi, «in caso di morte del beneficiario del trust istituito a favore di soggetti con disabilità grave, come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, il trasferimento del patrimonio residuo, ai sensi della lettera h) del comma 3 del presente articolo, è soggetto all'imposta sulle successioni e donazioni prevista dall'articolo 2, commi da 47 a 49, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni, in considerazione del rapporto di parentela o coniugio intercorrente tra disponente, fiduciante e destinatari del patrimonio residuo» (c. 5). Ulteriori agevolazioni sono previste dai successivi commi: «Ai trasferimenti di beni e di diritti in favore dei trust istituiti in favore delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge, le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa» (c. 6); «Gli atti, i documenti, le istanze, i contratti, nonché le copie dichiarate conformi, gli estratti, le certificazioni, le dichiarazioni e le attestazioni posti in essere o richiesti dal trustee sono esenti dall'imposta di bollo prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642» (c. 7); «In caso di conferimento di immobili e di diritti reali sugli stessi nei trust i comuni possono stabilire, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, aliquote ridotte, franchigie o esenzioni ai fini dell'imposta municipale propria per i soggetti passivi di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23» (c. 8); «Alle erogazioni liberali, alle donazioni e agli altri atti a titolo gratuito effettuati dai privati nei confronti di trust si applicano le detrazioni previste dall'articolo 83, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e le deduzioni di cui al comma 2 del predetto articolo 83 con il limite ivi indicato elevato al 20 per cento del reddito complessivo dichiarato e comunque nella misura massima di 100.000 euro annui» (c. 9).

rilevanza la previsione a mente della quale i beni e i diritti conferiti in *trust* istituiti in favore delle persone con disabilità grave e prive di sostegno familiare sono esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni (art. 6, co. 1, l. n. 112/2016). Questa esenzione è totale a condizione che il *trust* persegua come finalità esclusiva l'inclusione sociale, la cura e l'assistenza della persona con disabilità grave, e che tale finalità sia espressamente indicata nell'atto istitutivo. La summenzionata norma della legge sul «dopo di noi», relativamente all'esenzione in commento, fa riferimento all'imposta di cui all'art. 2, co. da 47 a 52, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286; invero, questi ultimi sono stati recentemente abrogati e modificati, come da combinato disposto delle nuove disposizioni introdotte ad opera del d.lgs. n. 139/2024.³⁷

Mette conto evidenziare, seppur brevemente ed ai fini che qui interessano, che la recente novella è stata oggetto di analisi in dottrina e giurisprudenza in ordine alla fiscalità delle liberalità indirette non donative³⁸ e delle donazioni informali.³⁹

Per il regime di imponibilità delle «liberalità diverse dalle donazioni», occorre far riferimento a quanto stabilito dall'art. 56-*bis*, d.lgs. n. 346/1990 (d'ora in avanti T.U.S.), il quale prevede, con applicazione di aliquote diverse, sia l'ipotesi di imponibilità delle liberalità indirette oggetto di registrazione volontaria che delle liberalità «confessate» nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di altri tributi. Con decorrenza 1° gennaio 2025, il d. lgs. n. 139/2024 ha modificato l'art. 56-*bis* T.U.S.: (i) sancendo l'applicabilità delle ordinarie aliquote di cui all'art. 56 TUS in caso di registrazione volontaria e l'aliquota massima dell'8% in caso di registrazione a seguito di accertamento; (ii) eliminando la seconda condizione che richiedeva che le liberalità avessero determinato un incremento patrimoniale superiore all'importo di 350 milioni di lire euro (180.759,91); e, infine, (iii) escludendo l'applicabilità

³⁷ Relativa al *trust* e gli altri vincoli di destinazione si vedano gli introdotti comma 2-*bis*, dell'art. 2 e art. 4-*bis*, d. l. n. 262/2006, nonché i co. 3 e 4, d. lgs. n. 139/2024.

³⁸ Com'è noto appartengono alla categoria delle donazioni indirette, cui fanno riferimento gli artt. 737, comma 1, e 809, c.c., le liberalità non donative (ovvero risultanti da atti diversi da quelli previsti all'art. 769 c.c.) idonee a raggiungere un risultato equivalente alla donazione propriamente detta. Invero, nelle donazioni indirette le parti, per raggiungere l'intento di liberalità, anziché utilizzare lo schema tipico della donazione, ricorrono ad altri schemi negoziali, caratterizzati da una diversa ed autonoma causa rispetto a quella propriamente liberale (l'*animus donandi*). Volendo individuare il carattere principale delle liberalità realizzate in forma indiretta, si può dire che queste ultime, pur avendo in comune con la donazione tipica la conseguenza di creare un arricchimento senza alcuna contropartita, si differenziano dalle donazioni tipiche per il modo in cui si realizza l'arricchimento dei beneficiari.

Le liberalità indirette possono realizzarsi sia attraverso contratti rispetto ai quali il beneficiario è terzo (si pensi ad un contratto a favore del terzo, come la sottoscrizione di un contratto di assicurazione sulla vita nel quale si indica come beneficiario un soggetto terzo, al quale il contraente non è legato da alcun vincolo di mantenimento o dipendenza economica; cfr. Cass. civ., sez. III, sent. 16 aprile 2015, n. 7683 e Cass. civ., sez. III, sent. 19 febbraio 2016, n. 3263), sia mediante una combinazione di più negozi giuridici dei quali risulta parte il beneficiario della liberalità indiretta (si pensi al caso in cui un genitore fornisca al figlio le somme per acquistare e intestarsi un immobile: in tal caso non si configurerà semplicemente una donazione diretta del denaro, bensì una donazione indiretta dello stesso immobile acquistato dal figlio; cfr. L. Coppo, *Donazioni e liberalità non donative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, 1385 ss.).

³⁹ Il riferimento è a quei negozi che non hanno altro scopo se non quello liberale che vengono attuati attraverso mezzi giuridici diversi dalle donazioni dirette, in assenza delle formalità stabilite all'art. 782 c.c. In tal senso, la dottrina (C. Cicero – M. Maxia, *Osservazioni sul problema del formalismo delle attribuzioni patrimoniali effettuate per spirito di liberalità*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 151 ss.) e la giurisprudenza (Cass. civ., Sez. Un., sent. 27 luglio 2017, n. 18725, cit.) hanno definito tali particolari atti/ negozi come «donazioni tipiche ad esecuzione indiretta». Si è, allora, in presenza di una donazione «informale» (cfr. Cass. civ., sez. V, sent. 20 marzo 2024, n. 7442).

In tali ipotesi la donazione è radicalmente nulla in quanto posta in essere in assenza dei requisiti formali prescritti dall'art. 782 c.c.

dell'imposta alle donazioni d'uso di cui all'art. 770, co. 2, c.c..⁴⁰

Per quel che attiene, invece, alle donazioni formali (nulle dal punto di vista civilistico), la disciplina si fa meno chiara: secondo parte della dottrina, la naturale conseguenza della nullità della donazione in discorso sul piano civilistico dovrebbe essere l'irrilevanza ai fini tributari, pena la violazione del principio costituzionale di capacità contributiva;⁴¹ *a contraries*, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'autonomia del piano tributario da quello civilistico, per un verso, e il fatto che la liberalità informale rappresenta comunque una manifestazione di capacità contributiva idonea ad essere attratta a tassazione, per altro verso, avrebbero come inevitabile conseguenza l'assoggettamento della liberalità informale a imposta secondo gli stessi limiti posti dal citato art. 56-*bis* T.U.S.⁴² In questo contesto s'inserisce la recente previsione di cui all'art. 4-*bis* T.U.S., introdotta con il d.lgs. n. 139/2024, secondo cui il beneficiario di attribuzioni liberali del capitale del *trust* (siano esse formalizzate o meno in un atto pubblico) effettuate dal *trustee* è sempre tenuto alla dichiarazione delle stesse e conseguente assoggettamento a tassazione. Questa nuova previsione individua una specifica (e limitata) fattispecie imponibile, riguardante le sole attribuzioni (formali e informali) provenienti da *trust*, senza tra l'altro estendersi alle liberalità indirette compiute dal *trustee*, che resterebbero pertanto soggetta al regime previsto dall'art. 56-*bis* T.U.S.⁴³ A tali fini si rende, altresì, necessario richiamare una recente pronuncia della Suprema Corte, nel senso che con riferimento alle donazioni informali e le donazioni indirette non risultati da atti soggetti alla registrazione non è previsto un generale obbligo di registrazione; tuttavia, per «le liberalità diverse dalle donazioni, ossia tutti quegli atti di disposizione mediante i quali viene realizzato un arricchimento (del donatario) correlato ad un impoverimento (del donante) senza l'adozione della forma solenne [*rectius*, donazioni informali e indirette]» è prevista la registrazione nel caso in cui risultino da dichiarazioni rese nell'ambito di procedimenti diretti all'accertamento di tributi ex art. 56-*bis*, co. 1, T.U.S.⁴⁴

In *subiecta materia* corre poi l'obbligo di richiamare (anche) la recente prassi amministrativa: nello specifico si rende necessario attenzionare la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022, sulla fiscalità diretta e indiretta dei *trust*, che ha recepito il principio stabilito negli anni dalla dottrina⁴⁵ e dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁶ a mente del quale il

⁴⁰ M. Filippini - K. Elisi, *Sulla fiscalità delle liberalità indirette: aspetti evolutivi, criticità applicative e profili di riforma mancati*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2025, 1. Gli Autori, a tal uopo, rilevano come nel contesto normativo non è ravvisabile un obbligo generalizzato di registrazione di tutte le liberalità indirette: diversamente opinando, infatti, non sarebbe spiegabile la limitazione del potere accertativo dell'Erario. Vieppiù, il dato letterale del summenzionato art. 56-*bis* TUS sembra voler premiare l'autodichiarazione del contribuente che voglia evitare - in ottica di alternatività più che di obbligatorietà - conseguenze fiscali più gravose in materia di imposte sul reddito.

⁴¹ cfr. A. Busani, *Imposta di successione e donazione*, Milano, 2020, 1298.

⁴² cfr. Cass. civ., sez. V, sent. 29 ottobre 2010, n. 22118; Cass. civ., sez. V, sent. 18 gennaio 2012, n. 634; Cass. civ., sez. V, sent. 20 marzo 2024, n. 7442.

⁴³ M. Filippini, K. Elisi, *Sulla fiscalità delle liberalità indirette: aspetti evolutivi, criticità applicative e profili di riforma mancati*, cit.

⁴⁴ Cass. civ., sez. V, sent. 20 marzo 2024, n. 7442.

⁴⁵ S. Bertoli, *Sostituzione del trustee e Passaggio dei Beni al nuovo trustee*, consultabile su: <https://italytrustlawyers.it/la-sostituzione-del-trustee/>: «Il trasferimento del trust fund al nuovo trustee, evidentemente, non costituisce una liberalità. Non è infatti in alcun modo sostenibile che vi sia alcun intento liberale in capo al trustee uscente, verificandosi un mero avvicendamento nell'ufficio gestorio di trustee: detto trasferimento non dovrebbe dunque risultare soggetto all'imposta sulle donazioni (e per le stesse ragioni non viene in questione, se il trustee in carica è deceduto, l'imposta sulle successioni)».

⁴⁶ Cass., 25 agosto 2022, n. 25327: «Il trasferimento dal "settlor" al "trustee" di immobili e partecipazioni sociali per una durata predeterminata o fino alla morte del disponente, i cui beneficiari siano i discendenti di quest'ultimo, avviene a titolo gratuito e non determina effetti traslativi, poiché non ne comporta l'attribuzione definitiva al trustee, che è tenuto solo ad amministrarlo ed a custodirlo, in regime di segregazione patrimoniale,

trasferimento dei beni al *trustee* in sede di costituzione – nonché in occasione della sostituzione del *trustee* - non determina l'applicazione dell'imposta proporzionale di trasferimento ma l'imposta di registro. Con riferimento ai *trust* “interposti” l'Agenzia ribadisce che le attribuzioni effettuate dal *trust* non generano redditi imponibili per il beneficiario, se già assoggettate ad imposizione in capo all'interponente.⁴⁷

Con la circolare in commento, l'Agenzia delle Entrate è intervenuta a delineare il quadro della disciplina fiscale dei *trust* sia ai fini delle imposte sui redditi che ai fini delle imposte indirette, a seguito delle modifiche normative recate alle disposizioni del TUIR dall'art. 13 D.L. 26 ottobre 2019, n. 124 e all'evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, chiarendo, anzitutto, che, ai fini delle imposte dirette, in caso di *trust* interposto formalmente nella titolarità di beni o attività (c.d. interposizione fittizia), quest'ultimo non rappresenta un autonomo soggetto passivo d'imposta ex art. 73 TUIR, con la conseguenza che i beni costituenti il *trust fund* e i correlati redditi dovrebbero essere attribuiti direttamente all'interponente – disponente o beneficiario – e non al *trust*.⁴⁸

Merita d'esser sottolineato che laddove l'Agenzia delle Entrate ha disconosciuto la soggettività passiva di un *trust* ai fini delle imposte dirette, non ne ha mai messo in discussione la validità civilistica.⁴⁹

Vale, peraltro, la pena evidenziare brevemente che l'indagine in tema di interposizione fittizia deve necessariamente prendere le mosse dal presupposto dell'imposta sul reddito (sia delle persone fisiche che giuridiche) di cui agli artt. 1 e 72 del TUIR, rappresentato dal «[...] possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie in dicte nell'art. 6». Il concetto di «possesso di redditi» ha, come noto, connaturato alla sua nozione un principio di «effettività» che impone di disconoscere le situazioni in cui il legame tra il possessore del reddito e la relativa fonte viene a spezzarsi in maniera meramente fittizia o comunque

in vista del suo trasferimento ai beneficiari del “trust”. Detto atto, pertanto, è soggetto a tassazione in misura fissa, sia per quanto attiene all'imposta di registro che alle imposte ipotecarie e catastali». Si veda anche Cass., 2 novembre 2020, n. 24233: «Poiché ai fini dell'applicazione delle imposte di successione, registro ed ipotecarie occorre, ai sensi dell'art. 53 Cost., che si realizzi un trasferimento effettivo di ricchezza mediante un'attribuzione patrimoniale stabile e non meramente strumentale, nel trust di cui alla legge n. 364 del 1989, detto trasferimento imponibile non è costituito né dall'atto istitutivo del trust, né da quello di dotazione patrimoniale fra disponente e trustee in quanto gli stessi sono meramente attuativi degli scopi di segregazione e costituzione del vincolo di destinazione, bensì soltanto dall'atto di eventuale attribuzione finale del bene al beneficiario». Nello stesso senso Cass., 17 gennaio 2018, n. 975.

⁴⁷ S. Massarotto, *I trust “interposti” e la “finzione” dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022*, in *Riv. Tel. di Dir. Trib.*, 1, 2023, 443 ss.

⁴⁸ Circolare n. 34/E/2022 par. 3.4: «Nell'ipotesi in cui un trust è interposto formalmente nella titolarità di beni o attività (cosiddetta “interposizione fittizia”), il reddito di cui “appare titolare” il trust è assoggettato ad imposizione, per “imputazione”, direttamente in capo all'interponente residente in Italia secondo le categorie previste dall'articolo 6 del Tuir (sia esso il disponente o il beneficiario), considerando il trust quale soggetto interposto. L'interposizione del trust, ai fini della tassazione del reddito dallo stesso prodotto, fa venir meno l'applicazione delle regole fiscali illustrate nei paragrafi precedenti con riferimento al trust sia opaco che trasparente. In particolare, le attribuzioni effettuate dal trust interposto non generano redditi imponibili per il beneficiario (anche se diverso dall'interponente)²⁰, anche se il trust è istituito in un Paese a fiscalità privilegiata, a condizione che e nella misura in cui tali attribuzioni derivino da redditi che, in ragione dell'interposizione del trust, sono già stati assoggettati ad imposizione direttamente in capo all'interponente residente in Italia secondo le categorie previste dall'articolo 6 del Tuir. Coerentemente con quanto appena illustrato, nell'ipotesi di decesso del soggetto disponente, tenuto conto della interposizione del trust tra i beni e i diritti che compongono l'attivo ereditario di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 sono inclusi anche quelli formalmente nella titolarità del trust, qualificato come interposto».

⁴⁹ cfr. ad esempio la recente Risposta ad interpello n. 359/2022 ove le considerazioni dell'Amministrazione finanziaria muovono dal «presupposto che, sotto il profilo civilistico, le partecipazioni in questione non siano cadute in successione, ma facciano tuttora parte del patrimonio segregato nel Trust».

apparente. Ciò detto, l'art. 73 TUIR ha ricondotto tra i soggetti passivi ai fini IRES sia «i trust, residenti nel territorio dello Stato» sia «i *trust*, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato».

Giova, tuttavia, precisare che poiché il *trust* sarebbe riconducibile, dal punto di vista tributario, ad un fenomeno di soggettività se e in quanto «organizzazione» di beni non appartenenti ad altro soggetto passivo e dotata di «autonomia» decisionale, laddove emerga che il *trustee* sia privo di poteri sostanziali sul *trust fund*, il patrimonio, seppure «formalmente» segregato, risulterebbe appartenente ad altro soggetto passivo e il *trust* non costituirebbe un autonomo soggetto passivo d'imposta ex art. 73 TUIR.⁵⁰

La circolare precisa, inoltre, che in ipotesi di *trust* interposti – *rectius*: non soggetti passivi - al momento del decesso del soggetto disponente/interponente, vi sarebbe una devoluzione *mortis causa* del *trust fund* agli eredi del *de cuius*, con conseguente applicazione dell'imposta sulle successioni. Così facendo, tuttavia potrebbe determinarsi una sorta di «corto-circuito» tutte le volte in cui, al di fuori dei casi patologici, l'istituto del *trust* persegue un interesse meritevole di tutela e conserva la sua validità ai sensi della legge regolatrice e della Convenzione dell'Aja: l'onere dell'imposta sulle successioni e donazioni deve ricadere sui beneficiari del *trust* e non sugli eredi del disponente, i quali potrebbero – legittimamente – non coincidere con i primi e ben potrebbero essere ignari dell'esistenza stessa del *trust*. In altri termini, parte della dottrina ha già avuto modo di evidenziare come la soluzione adottata dall'Agenzia delle Entrate pare difficilmente razionalizzabile e sarà sicuramente foriera di contenziosi⁵¹.

2.2. Gli altri benefici fiscali riconosciuti dalla l. n. 112/2016. Accanto all'esenzione da imposta sulle successioni e donazioni, il legislatore riconosce all'istituzione di *trust*, del contratto di affidamento fiduciario e del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter c.c., in favore di persone con disabilità grave e prive di sostegno familiare, al ricorso delle condizioni sopra esposte, ulteriori agevolazioni fiscali.

L'art. 6, co. 6, l. n. 112/2016 determina, per i negozi in parola, l'applicazione delle imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa.

Il successivo co. 7 prevede che gli atti, i documenti, le istanze, i contratti, nonché le copie dichiarate conformi, gli estratti, le certificazioni, le dichiarazioni e le attestazioni posti in essere o richiesti dal *trustee* ovvero dal fiduciario del fondo speciale ovvero dal gestore del vincolo di destinazione sono esenti dall'imposta di bollo.⁵²

⁵⁰ S. Massarotto, *I trust "interposti" e la "finzione" dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022*, cit. L'Autore afferma che: «[...]ai fini delle imposte sui redditi, i trust dovrebbero essere caratterizzati da una gestione ed amministrazione del fondo in trust che dovrebbe essere svolta in "autonomia" rispetto ai di sponenti e/o beneficiari. Sicché dovrebbe essere escluso che questi ultimi possano disporre di sostanziali poteri decisionali o comunque possano ingerire – in maniera significativa – nella gestione del trust fund. Senza questa autonomia, a prescindere dalla loro validità civilistica, non avrebbero la capacità di essere un centro di imputazione per il diritto tributario». A suffragare quanto affermato, l'Autore, inoltre, richiama alcune recenti Risposte ad interpello pubblicate dall'Agenzia delle Entrate (cfr. Risposta ad interpello n. 381 dell'11 settembre 2019, Risposta ad interpello n. 111/2020, Risposta ad interpello n. 796 del 1° dicembre 2021) ove è stato precisato che: a) «affinché un trust possa essere qualificato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi costituisce elemento essenziale l'effettivo potere del trustee di amministrare e disporre dei beni a lui affidati dal disponente», mentre b) «si ritiene, invece, fiscalmente "inesistente" il trust in tutti quei casi in cui, per effetto delle disposizioni contenute nel proprio atto istitutivo ovvero in base ad elementi di mero fatto, il potere di gestire e disporre dei beni permanga in tutto o in parte in capo al disponente».

⁵¹ S. Massarotto, *I trust "interposti" e la "finzione" dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 20 ottobre 2022*, cit.

⁵² Il riferimento è all'imposta di bollo prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642. Senza pretese di esaustività, basti in tal sede ricordare che l'imposta di bollo è un tributo dovuto dal

In caso di conferimento di immobili e di diritti reali sugli stessi nei trust ovvero di loro destinazione ai fondi speciali di cui all'art. 1, co. 3 della suindicata legge, i comuni possono stabilire, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, aliquote ridotte, franchigie o esenzioni ai fini dell'imposta municipale propria per i soggetti passivi di cui all'art. 9, co. 1, d. lgs., 14 marzo 2011, n. 23.⁵³

È, altresì, previsto un regime di detraibilità⁵⁴ e deducibilità⁵⁵ delle erogazioni liberali, delle donazioni e degli altri atti a titolo gratuito effettuati dai privati nei confronti di *trust* ovvero dei fondi speciali con il limite del 20 per cento del reddito complessivo dichiarato e comunque nella misura massima di 100.000 euro annui.

Per mero tuziorismo, corre l'obbligo di sottolineare che l'esenzione da imposta sulle successioni e donazioni, l'applicazione in misura fissa delle imposte di registro, ipotecaria e catastale e l'esenzione dell'imposta di bollo si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2017; mentre, *a contraries*, la detraibilità e la deducibilità delle erogazioni liberali effettuate da privati si applicano a decorrere dal periodo di imposta 2016.

3. Luci ed ombre della disciplina. L'idea che, nel 2016, ha condotto alla stesura della legge è stata quasi rivoluzionaria, avendo il legislatore italiano scelto di coniugare misure tipiche di diritto pubblico, di stampo assistenziale, con innovativi strumenti privatistici. La *ratio* che è alla base della disciplina è quella di promuovere gli strumenti di autonomia privata in grado di realizzare un vincolo di destinazione sui beni, costituendo così un patrimonio separato in grado di determinare effetti di «protezione patrimoniale». Attraverso la segregazione patrimoniale, il fondo non si confonde con il patrimonio del soggetto gestore e neppure è

cittadino allo Stato e non connesso ad una specifica prestazione dello Stato stesso, sussumibili nel novero delle c.d. imposte indirette, di quelle imposte che colpiscono cioè la ricchezza indirettamente, in occasione di manifestazione indiretta della capacità contributiva, come nel caso dell'imposta sulla compravendita di un bene. Inoltre, l'imposta di bollo ha come oggetto la trascrizione del negozio giuridico su atti, documenti e registri. Per questo motivo qualsiasi atto «avente contenuto capace di produrre effetti giuridici, potrà produrli solo ove per esso sia assolta l'imposta di bollo». Riassumendo, l'imposta di bollo è una imposta indiretta cartolare:

Imposta, perché si tratta di una prestazione coattiva nei confronti dello Stato;

Indiretta, perché colpisce in occasione di manifestazione indiretta della capacità contributiva;

Cartolare, perché riferita all'atto scritto sulla carta.

⁵³ All'uopo cfr. art. 9, co. 1, d.lgs. n. 23/2011.

Corre l'obbligo di sottolineare che la Corte costituzionale, con sentenza 5 marzo - 18 aprile 2024, n. 60 (in G.U. 1ª s.s. 24/04/2024 n. 17), ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo Fiscale Municipale), nel testo applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non prevede che non siano soggetti all'imposta municipale propria, per il periodo dell'anno durante il quale sussistono le condizioni prescritte, gli immobili non utilizzabili né disponibili, per i quali sia stata presentata denuncia all'autorità giudiziaria in relazione ai reati di cui agli artt. 614, secondo comma, o 633 del codice penale o per la cui occupazione abusiva sia stata presentata denuncia o iniziata azione giudiziaria penale».

⁵⁴ Cfr art. 83, co. 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Per amore di completezza, si precisa che con riguardo alla fattispecie *de quo* rileva il periodo secondo del succitato comma.

⁵⁵ In ordine alla deducibilità, invece, rileva il secondo comma dell'art. 83, d.lgs. n. 117/2017: «Le liberalità in denaro o in natura erogate a favore degli enti del Terzo settore di cui all'articolo 82, comma 1, da persone fisiche, enti e società sono deducibili dal reddito complessivo netto del soggetto erogatore nel limite del 10 per cento del reddito complessivo dichiarato. L'eventuale eccedenza può essere computata in aumento dell'importo deducibile dal reddito complessivo dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il quarto, fino a concorrenza del suo ammontare. Con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono individuate le tipologie dei beni in natura che danno diritto alla detrazione o alla deduzione d'imposta e sono stabiliti i criteri e le modalità di valorizzazione delle liberalità di cui ai commi 1 e 2».

Giova sottolineare che il limite ivi indicato è stato elevato al 20 per cento con riguardo alle agevolazioni fiscali riconosciute dalla l. n. 112/2016.

assoggettato alle azioni esecutive dei creditori del disponente/affidante.⁵⁶

Invero, per secoli l'assistenza in favore di persone con disabilità, al fine di favorirne il benessere, la piena inclusione e l'autonomia degli stessi, è stata sostanzialmente ignorata dal diritto civile; solo a partire dalla l. n. 5 febbraio 1992, n. 104, si inizia a intravedere per la prima volta la nozione di disabile grave e, in seguito, con la l. n. 9 settembre 2004, n. 623, introduttiva della figura dell'amministratore di sostegno (e modificativa degli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del Codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione). Pertanto, la legge *de quo* si iscrive nella linea evolutiva di tutela della dignità dell'uomo, di garanzia dei diritti delle persone e, soprattutto, di promozione dei più elevati livelli di eguaglianza⁵⁷.

Pur non tralasciando la rimarchevole importanza sociale, la novità più rilevante della legge risiede nella ricostruzione di un sistema che prevede una specifica disciplina fiscale finalizzata a garantire piena legittimità agli stessi modelli operativi di patrimonio segregato a scopi assistenziali, posto che le fattispecie negoziali cui si è fatto cenno sono sottoposte ad un regime tributario comune⁵⁸.

Ciò nonostante, dalle segnalate novità emerge un quadro normativo particolarmente articolato dal quale risultano criticità ed aporie in sede attuativa.

Ad una prima analisi, si può riscontrare come il legislatore individui figure negoziali distinte (*trust*, vincoli di destinazione, fondi speciali) accomunate dallo scopo di realizzare la proprietà nell'interesse altrui, ma non definisce in modo esaustivo gli aspetti sostanziali e formali dei negozi, lasciando aperti problemi legati al completamento della disciplina applicabile a ciascun singolo istituto⁵⁹.

Si consideri, inoltre, che la legge offre «un'intercambiabilità assoluta»,⁶⁰ declinata nel senso che l'operatore del diritto, per usufruire delle agevolazioni fiscali, si trova a dover operare una scelta tra istituti che hanno caratteristiche strutturali e funzionali diverse⁶¹.

Ancora, il legislatore non chiarisce se la disciplina in commento trovi applicazioni quand'anche il *trust* sia autodichiarato⁶².

Altresì, risulta necessario sottolineare come la tutela del disabile si inserisce in una stagione

⁵⁶ T. Tassani, *I benefici fiscali della legge sul "Dopo di Noi"*, consultabile su: <https://www.sogniebisogni.it/documenti/articoli/915-i-benefici-fiscali-della-legge-sul-dopo-di-noi>.

⁵⁷ M. Sorbilli, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, cit., 7. L'Autrice, in questo senso, afferma che il *leitmotiv* sullo sfondo è quello della piena realizzazione del principio di eguaglianza nei confronti di persone sulle quali continuano a registrarsi ingiustificati pregiudizi tali da impedirne il pieno sviluppo e la partecipazione alla vita politica, economica e sociale ed è evidente, dunque, che la richiamata legge abbia inteso dare più spazio alle preoccupazioni e ai sentimenti dei genitori nella disciplina degli istituti volti alla tutela delle persone con grave disabilità e, così facendo, abbia voluto riconoscere dignità a tutti i cittadini.

⁵⁸ T. Tassani, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul "dopo di noi", tra agevolazione e impatto sistematico*, cit., 517 ss.; D. Muritano, *La legge 112/16 sul dopo di noi: impressioni, proposte*, cit., 4; T. Tassani, *Sono sempre applicabili le imposte di successione e donazione sui vincoli di destinazione*, in *Fisco*, 2015, 1957 ss.; A. Contrino, *Sulla nuova (ma in realtà inesistente) imposta sui vincoli di destinazione, "creata" dalla Suprema Corte: osservazioni critiche*, in *Rass. trib.*, 2016, 30 ss.; A. Busani e R.A. Papoti, *L'imposizione indiretta dei "trust": luci e ombre delle recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Corr. trib.*, 2015, 1203 ss.; D. Stevanato, *La "nuova" imposta su 'trust' e vincoli di destinazione nell'interpretazione creativa della Cassazione*, in *Riv. trib.*, 2015, 400 ss.

⁵⁹ Così F. Azzarri, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n. 112*, cit., 121.

⁶⁰ Così M. Sorbilli, *La c.d. legge sul "dopo di noi": una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, cit., 28.

⁶¹ In questo senso S. Mazzamuto, *L'eclissi e l'antiecclissi. A proposito di due libri recenti: Carlo Castronovo, Eclissi del diritto civile* (Milano 2015) e Giuseppe Terranova, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa* (Pisa 2016), in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1136-1137; P. Mazzamuto, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, cit., 291 ss.

⁶² Sul punto si rinvia al par. 2.

di novità legislative, quali la ‘nuova’ indegnità a succedere ex art. 463-*bis* c.c.⁶³ Ai fini che qui rilevano, occorre comprendere se i soggetti sospesi dalla successione ai sensi della nuova normativa, siano da ritenersi anche inidonei ad essere affidatari della realizzazione delle finalità assistenziali a favore del disabile: per un verso, allorquando si consideri il soggetto affidatario sospeso dalla successione ex art. 463-*bis* c.c., ovvero dichiarato indegno a succedere ex art. 463 c.c., idoneo a tutelare i diritti patrimoniali del disabile, si creerebbe un vuoto di tutela; per altro verso, considerando il medesimo soggetto inidoneo al succitato fine, la *ratio* della legge sul «dopo di noi» risulterebbe inevitabilmente minacciata o, financo, disattesa⁶⁴. Verosimilmente la disputa in ordine alla prevalenza dell’una fattispecie ovvero dell’altra, rinvia la sua risoluzione nella valorizzazione degli interessi che gli istituti si propongono di realizzare. Ragionando in tale ottica, la valorizzazione dell’obbligo di protezione del disabile, nel cui solco si colloca la l. n. 112/2016, trova il proprio fondamento nei principi costituzionali (di cui agli artt. 2, 3, 30, 32, 38 come richiamati dall’art. 1, co. 1, della legge in parola) e, pertanto, deve essere garantita in via aprioristica, stante il richiamo ai dogmi di cui alla Carta costituzionale⁶⁵.

In conclusione, si può ritenere che la legge sul «dopo di noi» rappresenta concretamente un passo avanti; ma, al contempo, risulta evidente la necessità di ulteriori interventi per superare le criticità innanzi esposte e garantire una piena ed efficace applicazione, soprattutto attraverso l’interpretazione dei giudici e una rete di servizi che curino la persona fragile⁶⁶.

4. Spunti comparativistici: la tutela della disabilità nel diritto anglosassone e i diversi tipi di Special Needs Trust. Il *trust* disciplinato dalla l. n. 112/2016 rievoca la figura degli *special needs trust* (SNT) della common law statunitense.⁶⁷

Tale espressione non è fedelmente disciplinata nelle leggi federali, bensì si ricorre alla stessa per fare riferimento ai *trusts* istituiti in favore di soggetti vulnerabili per migliorare la propria

⁶³ L’art. 5, l. 11 gennaio 2018, n. 4 ha introdotto nel Codice civile l’art. 463-*bis*, in tema di indegnità a succedere, rubricato «sospensione della successione», collocato all’interno del capo III del Titolo I del Libro II del Codice civile.

⁶⁴ M. Sorbilli, *La c.d. legge sul “dopo di noi”: una nuova tutela delle fragilità sociali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, cit., 25. L’Autrice afferma che nell’ipotesi in cui il soggetto affidatario sospeso dalla successione ai sensi dell’art. 463-*bis* cod. civ. ovvero dichiarato indegno a succedere ai sensi dell’art. 463 cod. civ., sia ritenuto idoneo a tutelare i diritti patrimoniali del disabile si giungerebbe al paradosso per cui un soggetto che abbia gravemente offeso la persona dell’ereditando o, comunque, la sua libertà testamentaria, possa allo stesso tempo curare gli interessi del medesimo soggetto. Diversamente, si porrebbe un problema di compatibilità della fattispecie considerata con il sistema protettivo nell’interesse del disabile previsto dalla legge del dopo di noi che, dunque, ne risulterebbe frustrato o comunque minacciato dal soggetto resosi già autore di condotte allarmanti.

⁶⁵ *Ibidem*. L’Autrice, inoltre, si sofferma sul rapporto tra la legge sul «dopo di noi» e la disciplina dettata in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (introdotta dalla recente l. 22 dicembre 2017, n. 219). L’art. 4 della succitata legge consente di esprimere attraverso le DAT le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto alle scelte terapeutiche ed ai singoli trattamenti sanitari. Nella stessa disposizione viene indicata una persona di fiducia, c.d. fiduciaria, che ha il compito di rappresentare il paziente nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie; incarico che può essere revocabile in qualsiasi momento. Tanto nella legge sul «dopo di noi» quanto nella disciplina in tema di DAT, il legislatore si è preoccupato, dunque, di garantire, attraverso una pianificazione anticipata, da parte del medesimo soggetto (in caso di DAT) o di un terzo (in caso di disabilità grave), un’esistenza dignitosa per colui che si trovi o venga a trovarsi in uno stato di incapacità totale.

⁶⁶ *Ibidem*. In tal senso, l’Autrice afferma che la legge in parola, così come definitivamente approvata, manca di una spinta innovatrice, rilevando come la stessa non possa camminare da sola, ma camminerà con l’interpretazione che verrà data dai giudici e, soprattutto, con la rete di servizi che «prima di noi» e «durante noi» devono fare in modo di curare la persona fragile in modo tale da garantirne il pieno sviluppo.

⁶⁷ Tali *trust* sono anche chiamati con formula analoga «*special treatment trusts*» o «*special purpose trusts*». Nel Massachusetts è invalsa la formula di «*supplemental needs trusts*» in luogo di quella di «*special needs trusts*».

qualità di vita, ricevendo allo stesso tempo aiuti statali a loro dedicati⁶⁸ «to ensure that disabled beneficiaries [...] maintain their eligibility to receive Medicaid benefits».⁶⁹

In assenza di una specifica normativa all'uopo dettata, assumono particolare importanza i «*Restatements of the Law of Trusts*» elaborati dall'American Law Institute (ALI)⁷⁰, un organismo composto da professori universitari, giudici, avvocati ed esperti di diritto, nato nel 1923 con l'obiettivo di migliorare i testi legislativi e fare fronte alla crescente «*uncertainty*» and «*complexity*» del sistema legale americano attraverso un processo di estrazione della «*black letter law*» dalla giurisprudenza consolidata. Nella materia *de quo* sono stati elaborati il *Restatement (first) of Trusts* (del 1935), il *Restatement (second) of Trusts* (del 1959), il *Restatement (third) of Trusts* (del 2003).

Inoltre, mette conto precisare che è stato predisposto dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* – comitato di redazione composto da professori e studiosi di prestigiose Università e Istituzioni, diretto da Maurice Hartnett, un giudice della Suprema Corte del Delaware – un *Uniform Trust Code*, di cui svariati Stati si sono dotati, allo scopo di rendere uniforme la normativa in materia.⁷¹

Nella prassi, in alcuni casi, il ricorso agli *special needs trusts* è dettato – come accade per il *trust* di cui alla legge sul «dopo di noi» – dalla semplice esigenza di dotare di un patrimonio i disabili privi di sostegno, per il loro periodo di vita successivo alla morte dei propri genitori, affidandone la gestione a un terzo fiduciario al fine di fare fronte alle loro esigenze di vita e di cura attraverso i proventi derivanti da tale amministrazione.

Nella maggioranza dei casi, invece, in considerazione del peculiare sistema sanitario americano fondato non già sulla copertura universale bensì su criteri di natura essenzialmente privatistica, l'istituzione del *trust* per gli *special needs* rappresenta la migliore formula giuridica per consentire ai beneficiari di partecipare anche al *Medicaid* e al *Medicare*.

Il primo è un programma governativo di assistenza sanitaria sociale misto, statale e federale, ed è l'unico programma di governo negli Stati Uniti d'America che provvede per un'assistenza infermieristica qualificata per i disabili, di qualunque età e con risorse limitate, attraverso il pagamento delle prescrizioni, le terapie, le visite mediche e il «*custodial care*».⁷² Essendo un programma misto, *Medicaid* viene amministrato dai singoli Stati americani, nel

⁶⁸ R.P. Lacey, H.D. Nadler, *Special Needs Trusts*, in *Family Law Quarterly*, Vol. 46, No. 2, 2012, 260. Gli Autori affermano: «*A common misperception is that the funds in the SNT can only be used to purchase medical care that Medicaid does not cover. This is incorrect.*».

⁶⁹ M.F. Radford, C. Bryan, *Irrevocability of special needs trusts: the tangled web that is woven when English feudal law is imported into modern determinations of Medicaid eligibility*, in *NAELA Journal*, 2012, VIII, 3, 2, 8. Si veda pure V. K. Dussault, J. Lauterbach, *Special Needs Trust: powerful planning tools for disabled individuals*, in *Journal of financial planning*, 2002, 15, 1, 70 ss.

⁷⁰ Sulla origine e sullo sviluppo dell'American Law Institute si veda E. White, *The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence*, in *Law and History Review*, 15, 1, 1997, 1 ss. Lo strumento di cui si avvale l'American Law Institute per perseguire i propri obiettivi di riordino e di semplificazione delle leggi sono i *Restatements*, che, sebbene non siano una normativa ufficiale, costituiscono di fatto dei testi di particolare autorevolezza e utilità per il legislatore, per le Corti, per gli avvocati e, in generale, per tutti gli studiosi di diritto.

⁷¹ La NCCUSL, nota anche come *Uniform Law Commission* (ULC), «*creates all the Uniform Acts, including the UTC. This organization was established in 1892 and its purpose is to provide the states with model statutes in important areas of statutory law in order to maintain a degree of uniformity*». Sono le parole di C. Bogdanski, *The Uniform Trust Code and the Common Law: an Analysis of three Sections of the Code that deviate from the Common Law and why the drafters changed the law*, in *Cardozo Law Review*, 37, 2016, 1913. L'Autrice mette in luce come sebbene il codice nasca con il dichiarato intento di seguire i *Restatements*, di fatto si registrano alcune deviazioni per la pressione delle lobbies bancarie. In merito si veda pure D.M. English, *The Uniform Trust Code (2000): Significant Provisions and Policy Issues*, in *Missouri Law Review*, 67, 2002, 143 ss.

⁷² Con l'espressione «*custodial care*» si intende un'assistenza che si declina in un aiuto concreto a svolgere le attività di vita quotidiana e non per forza un medico dev'essere il soggetto che presta l'assistenza in parola.

senso che viene lasciata ad essi l'attuazione dettagliata del programma, in modo, però, necessariamente conforme alle generali regole federali⁷³.

Il secondo, invece, è un programma che prevede una copertura per cure importanti, come l'ospedalizzazione e determinati tipi di riabilitazione. I soggetti che usufruiscono di questo programma governativo possono avere accesso ad assicurazioni sanitarie private. Beneficiano di *Medicare* sia i soggetti con più di sessantacinque anni di età che beneficiano del *SSR*,⁷⁴ sia i soggetti con meno di sessantacinque anni che hanno ricevuto per almeno due anni il *Social Security Disability Income*. *Medicare* è amministrato direttamente dal governo federale.

Gli *special needs trusts* si dividono in due grandi macrocategorie: i *self-settled SNTs* e *third-party-settled SNTs*. Nei primi (*self-settled*) i beni appartengono al disabile,⁷⁵ mentre nei secondi (*third-party settled*) appartengono ad uno o più soggetti diversi dal beneficiario/disabile.⁷⁶

Pertanto, esistono svariate forme di *special needs trust*: quello autodichiarato (*self-settled*), istituito in favore dello stesso disponente che versi in condizioni di particolare vulnerabilità ovvero istituito in virtù di un futuro bisogno dipendente da sopravvenute lesioni ovvero sopravvenuta disabilità. La fattispecie in parola si caratterizza per il fatto che incorpora una peculiare clausola di «*payback provision*» che consente al beneficiario di godere in vita degli aiuti medici, salvo compensare lo Stato, dopo la morte, per l'assistenza ricevuta mediante il trasferimento di beni conferiti in *trust* in misura predeterminata. Soddisfatto il credito dello Stato, sussiste, poi, la possibilità che i beni del *trust* che residuano siano devoluti, a condizione che siano stati nominati nell'atto istitutivo altri «*remainder beneficiaries*» *post mortem*.

Peculiare forma di *SNT* è il *pooled trust*, così denominato in quanto gestita da un'organizzazione no profit⁷⁷ (*pooled trust company*)⁷⁸ che assume il ruolo di *trustee* e consente di spalmare le spese di amministrazione, altrimenti esose, in ragione del numero elevato di conferenti. Per svolgere i suddetti compiti gestori l'organizzazione si avvale delle diverse

⁷³ Giova precisare che *Medicaid* – così come il *Supplemental Security Income* (*SSI*) – e *Medicaid* vengono altresì definiti *needs-based programs*, ossia programmi «basati sui bisogni». L'espressione deriva dal fatto che essi vengono assicurati solo ai soggetti che hanno a disposizione pochi mezzi o poche risorse, e quindi pochi introiti economici mensili. *SSI* e *Medicaid* provvedono, in generale, ai beni che riguardano bisogni basilari e necessari: ricovero, cibo e cure mediche. Non provvedono quindi per ciò che viene individuato come *supplemental needs*, cioè risorse ulteriori a quelle strettamente necessarie per vivere (come, ad esempio, un'auto idonea per il disabile). È a questo punto che soccorre lo strumento giuridico dello *Special Needs Trust*, necessario per pagare i beni ulteriori.

⁷⁴ Il *Social Security Retirement* (*SSR*) equivale, concettualmente, alla nostra pensione. Viene corrisposto al compimento dei sessantadue anni di età, a seconda di quanto si è lavorato durante la propria vita.

⁷⁵ Anche se la traduzione letterale dell'espressione «*self-settled SNT*» potrebbe far pensare al *trust* autodichiarato, questi due negozi vanno tenuti ben distinti: il *trust* autodichiarato, infatti, viene così denominato perché il disponente ed il *trustee* sono la stessa persona: il nome *self-settled SNT*, invece, fa solo riferimento al fatto che i beni del *trust* appartengono al beneficiario/disabile, senza indicare una coincidenza di ruoli. Quindi anche se il disponente di un *self-settled SNT* fosse il disabile, il *trustee* sarebbe comunque un soggetto da lui diverso.

⁷⁶ Per una panoramica delle diverse tipologie di *special needs trusts* si veda B.D. Jackins, R.S. Blank, K.W. Shulman, P.M. Macy, H.H. Onello, *Special Needs Trust Administration Manual: A Guide for Trustees*, Lincoln, 2005, 2 ss.

⁷⁷ Agli scopi di un *pooled trust*, un'organizzazione no-profit è qualunque organizzazione che viene istituita e certificata sulla base delle norme di ogni singolo Stato americano riguardanti le associazioni *de quo*. Tra queste si cita l'*Alabama Family Trust* (*AFT*), la quale rappresenta una consolidata associazione no-profit che opera in tutto il territorio americano. La sua attività, infatti, anche se è svolta principalmente in Alabama va ramificandosi in altri Stati. L'organizzazione in parola garantisce che i *pooled trusts* vengano realizzati in modo da non mettere a rischio la possibilità per i disabili di beneficiare degli aiuti statali. Si rispetta dunque la normativa federale relativa al *Social Security*, *Medicare* e *Medicaid*.

L'*AFT* è riconosciuta all'interno dell'*Alabama Code* del 1975, nel quale si afferma che essa ha il compito di incoraggiare, valorizzare e promuovere servizi medici, sociali o di altro tipo, a favore di soggetti con menomazioni fisiche o mentali.

⁷⁸ Per un elenco completo delle *pooled trust companies* suddivise per Stato, cfr. <http://specialneedsanswers.com/pooled-trust>.

risorse che le vengono trasferite con *i pooled trusts* mantenendo comunque ben separati e distinti i diversi fondi in *trust*. Ognuno di essi viene infatti inserito in un *sub-account* e verrà destinato al solo scopo di beneficiare il disabile per il quale è stato istituito. Quindi per i soli scopi di amministrazione e gestione, i diversi fondi in *trust* vengono uniti; rimangono però ben distinti tra di loro, in modo che ciascun disabile possa beneficiarne per sé.

Ben si può evincere la ragione per la quale i *pooled trusts* sono particolarmente diffusi, cioè le qualificate competenze offerte al *settlor* ed al beneficiario con riferimento, oltre che alla gestione patrimoniale, anche alla possibilità di accesso ai programmi governativi federali, suffragate dalle gravi responsabilità incombenti sul *trustee* per l'ipotesi in cui vi sia la perdita, in capo al soggetto disabile, degli eventuali benefici riconosciuti agli stessi, derivanti dalla mancata conoscenza dei programmi da parte del gestore stesso.

Di ampia diffusione sono, anche, i *trusts for vulnerable beneficiaries* (ovvero *disabled trusts*) che godono di un trattamento fiscale di vantaggio e sono istituiti a favore di persone mentalmente o fisicamente disabili destinatari in atto o in potenza di una misura di assistenza (quale l'indennità di accompagnamento o la pensione di invalidità) ovvero minori di 18 anni (*relevant minor*), che abbiano perso uno o entrambi i genitori, incapaci di provvedere autonomamente alla gestione del proprio patrimonio.

I *third-party settled Special Needs Trust* sono, invece, realizzati da soggetti diversi dal disabile, in genere i componenti della famiglia dello stesso, ed i beni ivi conferiti non appartengono al disabile. Il *third-party settled SNT* può essere sia un *trust inter vivos* irrevocabile che un *trust* testamentario. Questi *trusts* vengono anche chiamati «*supplemental needs trusts*» in quanto generalmente realizzati per provvedere a bisogni «supplementari» del disabile, cioè ulteriori ai *basic needs*, cui provvedono già i pubblici programmi di assistenza sanitaria. Il vantaggio nel porre in essere questo tipo di atto è rappresentato dal fatto che non appartenendo le *res* al beneficiario/disabile, non è previsto che alla morte dello stesso, gli eventuali beni residui presenti nel fondo in *trust* vadano restituiti al Governo (come, invece, accade nei *pooled trusts*), anzi, i medesimi possono anche essere trasferiti ad altri membri della famiglia.

Dalla presente comparazione emergono nitidamente le affinità intercorrenti tra il *trust* di cui alla legge sul «dopo di noi» e gli *special needs trusts*. I medesimi, infatti, possono dirsi accumulati da un'identità di *ratio*, la quale può sintetizzarsi nella opportunità pianificare la gestione del patrimonio per il periodo in cui i titolari non saranno più in vita e il figlio gravemente disabile sarà incapace di provvedere autonomamente a sé stesso⁷⁹.

Tuttavia, ancorché il fine perseguito dagli istituti innanzi comparati possa dirsi comune, emergono precise differenze tra gli stessi derivanti non solo dal fatto che gli ordinamenti messi a confronto sono diversi ma anche dalla circostanza a mente della quale il *trust* si inserisce in sistemi di *welfare* diversi che condizionano le necessità e le finalità della sua realizzazione.

In tale ottica, infatti, l'esigenza che porta a stipulare uno *special needs trust* è strettamente legata al sistema sanitario americano all'interno del quale sono previsti i programmi pubblici. Per i disabili realizzare uno *special needs trust* risulta essere necessario per evitare di impiegare tutte le risorse in assicurazioni mediche private. Sono infatti ramificate in tutto il territorio statunitense le *pooled trust companies*, che nascono proprio con lo scopo di gestire gli *SNTs* e di fornirne un'amministrazione professionale.

Il *trust* a tutela del disabile grave previsto nella l. n. 112/2016 nasce, invece, dall'esigenza di

⁷⁹ In tal senso, S. Carabetta, *Il trust nella legge "sul dopo di noi" e gli "special needs trusts"*, cit., l'Autore, al riguardo afferma che la *ratio* che sta a fondamento dell'istituto è analoga a quella che spingeva i cavalieri proprietari terrieri, chiamati a combattere le crociate, a trasferire in *trust* i propri averi ad una persona di fiducia affinché li gestisse nell'interesse della famiglia del *settlor*.

predisporre una tutela che si appresta nel presente, ma che verrà goduta appieno dal disabile nel futuro, nel «dopo di noi», ovverosia quando verranno meno i soggetti che si prendono cura di lui. Si tratta in sostanza di uno strumento che permette di rendere giuridiche delle obbligazioni morali di assistenza. Il *trustee* avrà il compito di gestire i beni del *trust*, ma anche di prendersi cura del soggetto debole seguendo le indicazioni che gli vengono fornite nel programma inserito nell'atto istitutivo. Il *trust* previsto nella legge del 2016 risulta essere, pertanto, uno strumento di tutela che si aggiunge a quelli che lo Stato predispone.

Si riscontra un'ulteriore differenza tra i due strumenti riguardo alle competenze del *trustee*. Nell'ambito dello *special needs trust* il *trustee* deve necessariamente essere un professionista, profondo conoscitore della normativa pubblica federale e statale in tema di programmi pubblici in modo da gestire i beni del *trust* evitando qualsiasi operazione che metta a rischio la possibilità per il disabile di percepire aiuti pubblici. In funzione di ciò il *trustee* dovrà conoscere anche la situazione di salute del disabile e le sue necessità, ma non necessariamente dovrà lui stesso prendersi cura del disabile. È, infatti, frequente che accanto al *trustee* individuato in un familiare, vi sia un *co trustee* professionista.

Nel *trust* a tutela del disabile previsto nella legge sul «dopo di noi», invece, il *trustee* ha il principale compito di assistere il disabile secondo le indicazioni del disponente. È fondamentale che il beneficiario riceva le medesime cure e le medesime forme di assistenza che riceveva quando erano in vita i suoi *caregivers*. La figura di *trustee* può essere ricoperta anche da associazioni no profit. Le *pooled trust companies* statunitensi sono associazioni nate allo scopo precipuo di gestire gli *SNTs*; la maggior parte delle associazioni no profit in Italia invece nascono per perseguire fini caritatevoli e solo in qualche caso vengono anche nominate *trustee*.

Un'ulteriore differenza risiede nella destinazione dei beni del *trust* che sopravvivono alla morte del disabile: se si tratta di *SNTs*, in particolare i *self-settled*, i beni residui andranno restituiti al Governo; nel caso di *trust ex lege* n. 112/2016 sarà il disponente a determinarne la destinazione (che spesso è diretta ai beneficiari finali).

Infine, è riscontrabile un'ulteriore diversità, derivante dal confronto tra i due istituti, in termini di potenziali beneficiari dei due *trust*: lo *special needs trust* si realizza non solo a favore dei disabili, ma anche di altri soggetti bisognosi di cure ed assistenza (ad es., ciechi, invalidi, anziani non autosufficienti, bambini e così via); mentre il *trust* di cui alla legge sul «dopo di noi» può tutelare solo i disabili gravi.

Posto che lo strumento giuridico di tutela dei richiamati istituti sia il medesimo ossia la volontà di provvedere alla cura ed al benessere del disabile, il confronto fra i modelli in parola può rappresentare un utile spunto per il nostro legislatore al fine di garantire appieno l'effettività dei diritti delle persone con disabilità. In tale ottica, sarebbe auspicabile estendere il riconoscimento dei benefici di cui alla legge «sul dopo di noi», allo stato, come detto, riservato ai soli disabili gravi. In tal modo, si garantirebbe la medesima tutela a coloro che, sebbene non abbiano i requisiti di cui all'art. 3, co. 3, L. 104/1992, necessitano ugualmente di profili di assistenza.

Abstract. Il contributo ha ad oggetto l'analisi delle criticità e dei punti di forza del sistema di agevolazioni fiscali previsto dalla l. n. 112/2016, anche nota come legge sul «dopo di noi», volto a promuovere l'utilizzo di strumenti giuridici negoziali che abbiano il fine di favorire la piena inclusione dei soggetti disabili. Al fine di orientare l'operato del legislatore, in un'ottica prospettica, si evidenziano inoltre le affinità e le differenze intercorrenti tra il *trust* di cui alla legge sul «dopo di noi» e gli *special needs trusts*, posto che gli istituti *de quo* possono dirsi accomunati da un'identità di *ratio*.

Abstract. The contribution addresses the examination of the strengths and weaknesses of the tax incentive system established by Italian law no. 112/2016, also known as the «After Us» Law. The law aims at promoting the use of private legal instruments to ensure the full inclusion of individuals with disabilities. Furthermore, to guide legislative action this analysis highlights both the similarities and differences between the *trust* established under the «After Us» Law and *special needs trusts*, given that these institutions share a common underlying *ratio*.

Parole chiave. Trust – disabilità – comparazione.

Key words. Trust – disability – comparison.

LA QUESTIONE DELLA TUTELA PAESAGGISTICA NEI PORTI: UNA CRITICITÀ ANCORA IRRISOLTA*

di Ugo Patroni Griffi** e Tito Vespasiani***

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. Il conflitto tra specialità portuale e generalità paesaggistica. – 4. La questione delle competenze. – 5. La conferenza di servizi per la realizzazione di opere portuali. – 6. La *vexata quaestio* del silenzio-assenso nell'ambito della conferenza dei servizi, in materia paesaggistica. – 7. L'Autorizzazione Unica ZES/ZLS. – 8. Il confronto internazionale. – 9. Conclusioni e prospettive.

1. Introduzione. La tutela paesaggistica nei porti marittimi rappresenta uno dei nodi gordiani più complessi del diritto portuale italiano contemporaneo. L'intersezione tra le esigenze di sviluppo infrastrutturale, la competitività economica dei porti e la protezione del patrimonio paesaggistico costiero genera un conflitto normativo e operativo che, nonostante numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali, rimane sostanzialmente irrisolto¹.

I porti marittimi, per loro natura, costituiscono aree di confine tra terra e mare dove si concentrano attività economiche intensive, infrastrutture complesse e valori paesaggistici spesso di rilevanza costituzionale. Questa compresenza di interessi configura un campo di tensione permanente tra sviluppo e conservazione, tra dinamismo economico e tutela ambientale, tra competenze statali e regionali.

La problematica assume particolare rilevanza nel contesto italiano, dove la conformazione geografica peninsulare determina una straordinaria estensione costiera di oltre 8.000 chilometri, caratterizzata da paesaggi di eccezionale valore culturale e naturalistico. In questo scenario, i porti non sono semplici infrastrutture tecniche, ma elementi costitutivi del paesaggio costiero che hanno plasmato l'identità storica e culturale delle comunità marittime. Il presente lavoro si propone di analizzare criticamente lo stato dell'arte della tutela paesaggistica nelle aree portuali, evidenziando le principali criticità normative e procedurali, esaminando i tentativi giurisprudenziali di composizione del conflitto e prospettando possibili soluzioni di riforma. Particolare attenzione sarà dedicata ai recenti sviluppi normativi in materia di semplificazione procedurale, con specifico riferimento ai meccanismi

* Sottoposto a referaggio.

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

*** Segretario Generale Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale.

¹ S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano, 2019; A. Xerri Salamone, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998; G. Sciallo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, 1984; P. Carpentieri, *Governo del territorio: dalla pianificazione urbanistica ai titoli edilizi sulla tutela paesaggistica*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2021; Id., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *giustizia-amministrativa*, 2013

di superamento del dissenso introdotti per le Zone Economiche Speciali, recentemente unificate in un'unica ZES per il Mezzogiorno, e le Zone Logistiche Semplificate.

2. Il quadro normativo di riferimento. L'art. 9 Cost. sancisce che la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». Questo principio fondamentale, rafforzato dalla riforma costituzionale del 2022 che ha introdotto la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi nella Carta fondamentale, impone un obbligo inderogabile di protezione del paesaggio che permea l'intero ordinamento giuridico².

La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato il carattere primario della tutela paesaggistica, pur riconoscendo la necessità di un bilanciamento ragionevole con le esigenze di sviluppo economico e infrastrutturale. Come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 367/2007, «il paesaggio va rispettato come valore primario, attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali»³.

Il *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (d.lgs. n. 42/2004⁴) costituisce il principale strumento normativo per l'attuazione del dettato costituzionale. L'art. 142, co. 1, lett. a) del *Codice* individua tra le aree tutelate per legge «i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare». Questa disposizione determina l'automatica sottoposizione a vincolo paesaggistico di gran parte delle aree portuali italiane⁵, con conseguente obbligo di acquisire l'autorizzazione

² L. cost. n. 1/2022. A. Sau, *Il rapporto tra funzione urbanistica e tutela paesaggistica oltre il "mito" della primarietà. Qualche considerazione a margine di Consiglio di Stato 31 marzo 2022, n. 2371*, in *Aedon*, 2022, 68 ss. In arg. R. Saija, *Dal paesaggio all'ambiente: l'articolo 9, comma 2 Cost. attraverso la Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di Roberto Saija, in XXXVI incontro di Studio Ce. S.E.T., Firenze, 2007, 131-140; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 115 ss.; G. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2022, 1 ss.; T. Montanari, *Cultura e patrimonio nel progetto della Costituzione italiana: una lettura dell'articolo 9*, in *Patrimonio e Costituzione*, 2020, 45 ss.; A. Speciale, *Sulla genesi dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Italia Nostra*, 2025, 34 ss.; M. Cartabia, N. Lupo, *The Constitution of Italy. A Contextual Analysis*, Oxford, 2022, 89 ss.; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Bologna, 2023, 211 ss.; L. Nazzicone, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *La Magistratura*, 2022, 1 ss.; F. Bilancia, *La Costituzione ecologica. Prime riflessioni sulla riforma del 2022*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, 47 ss.; G. Verde, *Costituzione e ambiente: profili evolutivi dell'art. 9 Cost.*, in *Rivista AIC*, 2023, 67 ss.; A. De Luca, *I diritti delle future generazioni e la nuova formulazione dell'art. 9 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, 1 ss.; M. Ferretti, *Costituzione e ambiente: cosa cambia all'articolo 9*, in *PoliS Lombardia*, 2022; P. Gallo, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziasieme.it*, 2022; G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Bettini, L. Casini, G. Vesperini e C. Vitale, Torino 2013; e in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. De Biase, *Costituzione letteraria. Art. 9: promuovere e tutelare*, in *Vitamine Vaganti*

³ Corte cost., sentenza n. 367/2007, in *Giur. cost.*, 2007, 3885; P. Carpentieri, *Principio di differenziazione e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 71 ss.

⁴ Si vedano, tra gli altri, P. Carpentieri, R. Garofoli, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2023; M. A. Sandulli, L. Casini, *La disciplina dei beni culturali e del paesaggio. Commentario al D.lgs. 42/2004*, Torino, 2023; F. Caringella, *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento ragionato*, Milano, 2022; S. Civitarese Matteucci, *Diritto e valorizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2022; R. Ferrara, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2022; G. Sciuolo (a cura di), *Il paesaggio nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, Bologna, 2021; S. Mangione, *Il diritto del patrimonio culturale*, Torino, 2021

⁵ E' noto come il vincolo paesaggistico per i territori costieri, compresi nella fascia di 300 metri dalla linea di battigia sia stato introdotto prima con il decreto ministeriale del 21 settembre 1984 (il c.d. *Vincolo Galasso*), poi confermato *ope legis* dalla norma primaria contenuta del d.l. n. 312/1985 (convertito in legge n. 431/1985), successivamente assorbito dal d.lgs. n. 490/1999 ed infine recepito nell'ambito di una più organica disciplina contenuta negli artt. 142 e seguenti del d.lgs. n. 42/2004 (c.d. *Codice Urban*). Si ritiene di dover porre preliminarmente la questione dell'applicabilità del vincolo ai porti. In piena conformità al principio di tassatività dei casi di esclusione, i porti sono stati generalmente considerati compresi nell'ambito del territorio costiero tutelato, benché il riferimento alla nozione di battigia contenuta della disposizione di legge (letteralmente «quella parte di spiaggia alternamente raggiunta all'arrivo di ogni onda») lasci pensare ad una soluzione del tutto

paesaggistica per qualsiasi intervento di trasformazione del territorio⁶.

opposta. Vi sono seri dubbi infatti che il porto possa configurarsi come spiaggia o identificarsi con essa, oppure ritenere che banchine e moli siano assimilabili a porzioni di spiaggia: sarebbe sufficiente la lettura dell'elenco dei beni demaniali marittimi di art. 822 c.c. e 28 c.n., laddove spiaggia e porti sono entrambi riportati, evidentemente con un inequivocabile riferimento a categorie concettuali ontologicamente diverse, alla cui definizione dottrina e giurisprudenza ormai secolari hanno contribuito ad una precisa identificazione che non lascia spazio a commistioni o sovrapposizioni. Al di là di questa eccezione terminologica, accettiamo pure (senza esserne del tutto convinti) che il porto rientri oggettivamente nell'ambito dei territori costieri tutelati ed esaminiamo più in dettaglio la portata e l'estensione del vincolo. In base alla disciplina nazionale (art. 142, co.2, d.lgs. n. 42/2004), la tutela paesaggistica non si applica alle aree che, alla data del 6 settembre 1985, erano delimitate negli strumenti urbanistici, ai sensi del d.m. 1144/1968, come zone territoriali omogenee e A e B o zone territoriali omogenee diverse dalle zone A e B limitatamente alle parti di esse ricomprese in piani pluriennali di attuazione, a condizione che le relative previsioni siano state concretamente realizzate.

Ciò posto ci troviamo di fronte ad una situazione diversificata ed eterogenea in quanto: ci sono porti o porzioni di porti sottratti al vincolo paesaggistico, in quanto il loro ambito, in base alla disciplina urbanistica locale, era ricompreso alla data del 6 settembre 1985 nelle zone territoriali omogenee A o B ai sensi del d.m. 1144/1968; a) ci sono porzioni di porto escluse dal vincolo, in quanto comprese in Piani pluriennali di attuazione; b) ci sono porti che potrebbero essere sottratti al vincolo, se si ritiene che i piani regolatori vigenti alla data del 6 settembre 1985 possano essere assimilati ad un Piano pluriennale di attuazione (vedasi relativo approfondimento più avanti con particolare riferimento alla criticità della non completa attuazione di un piano regolatore portuale); c) I porti o porzioni essi, che non rientrano negli inquadramenti suindicati, sono da considerare assoggettati al vincolo paesaggistico e gli interventi di trasformazione territoriale nei rispettivi ambiti sono subordinati al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che, giova rammentare, in linea generale costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire, o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio.

Tornando alle esenzioni di cui al d.m. n. 1444/1968, si precisa che le zone A comprendono i centri storici e i nuclei di antica formazione; le zone B sono le aree totalmente o parzialmente edificate, con indice fondiario superiore a 1,5 mc/mq (art. 2, lett. A e B, d.m. n. 1444/1968, recante *Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati e rapporti massimi di copertura del suolo*). L'art. 146 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (d.lgs. n. 42/2004) richiede l'autorizzazione paesaggistica per ogni intervento che incida su immobili o aree dichiarate di interesse paesaggistico, salvo le deroghe espressamente previste dal legislatore o dai piani paesaggistici regionali (sul punto v. M.A. Sandulli, *Manuale di diritto urbanistico*, Torino, 2022, 203 ss.). Una deroga rilevante riguarda, appunto, le zone A e B classificate come tali nei piani urbanistici vigenti alla data del 6 settembre 1985, ossia alla data di entrata in vigore della legge Galasso. In tali casi, l'autorizzazione paesaggistica può non essere richiesta, purché sussistano determinate condizioni (Art. 146, co. 3, d.lgs. n. 42/2004: «non sono soggetti ad autorizzazione paesaggistica gli interventi [...] da realizzare in aree classificate come zone A o B dagli strumenti urbanistici vigenti alla data del 6 settembre 1985, salvo che non siano sottoposte a vincolo specifico»). Tuttavia, la giurisprudenza ha assunto un orientamento restrittivo circa l'applicazione automatica di tale deroga. Il Consiglio di Stato ha più volte affermato che la mera classificazione urbanistica non è sufficiente ad escludere il vincolo, in mancanza di una verifica puntuale dello stato dei luoghi e dell'inserimento esplicito dell'area nel piano paesaggistico (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 1853/2022, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «la deroga non può fondarsi sulla mera zonizzazione urbanistica ma su accertamenti di fatto in ordine all'effettivo grado di urbanizzazione e alla perdita del valore paesaggistico originario»). In particolare, si è ritenuto che la deroga non possa essere estesa analogicamente ad aree non chiaramente delimitate né qualificabili come prive di valore paesaggistico. Il principio fondamentale che emerge è quello secondo cui la tutela paesaggistica prevale sulle semplificazioni urbanistiche, in attuazione dell'art. 9 Cost. (In dottrina, v. S. Amoroso, *Diritto urbanistico*, Milano, 2021, 289; M. Ainis, *Tutela del paesaggio e governo del territorio*, Napoli, 2019, 118 ss.; sul piano costituzionale, C. Costa, *Il valore paesaggio nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 2020, 77 ss. La disciplina si fonda quindi su un equilibrio delicato tra vincolo e sviluppo: da un lato, la pianificazione urbanistica fornisce indicazioni di massima; dall'altro, la valutazione paesaggistica richiede una lettura contestuale e concreta, fondata non solo su categorie formali, ma su effettivi caratteri morfologici e storici del territorio. Sul punto v. anche parere ufficio legislativo Ministero della Cultura del 16 febbraio 2022, richiamato dalla Circolare 10/2022, per l'esclusione dalla autorizzazione paesaggistica degli ambiti portuali classificati come zone A e B alla data del 6 settembre 1985

⁶ P. Carpentieri, R. Garofoli, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 345 ss.; M. A. Sandulli – L. Casini, *La disciplina dei beni culturali e del paesaggio. Commentario al D.lgs. 42/2004*, cit., 381 ss.; F. Caringella, *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento ragionato*, cit., 259 ss.; R. Ferrara, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 230 ss.;

La procedura di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disciplinata dall'articolo 146 del Codice, prevede il coinvolgimento necessario della Soprintendenza competente per territorio⁷. La disciplina dettata dall'art. 146, d.lgs. 42/2004, per quanto qui di interesse, delinea con precisione il ruolo del Soprintendente nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica⁸. In particolare, il co. 5 stabilisce che sull'istanza di autorizzazione si pronuncia la Regione, la quale deve previamente acquisire il parere del Soprintendente.

Il procedimento prevede il concorso obbligato di due amministrazioni: la Regione (o Comune delegato) che gestisce e governa il procedimento, riceve l'istanza, svolge l'istruttoria, acquisisce il parere della locale commissione per la qualità architettonica e il paesaggio e formula entro 40 giorni una proposta di provvedimento negativo o positivo all'organo competente dello Stato, cioè la Soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici.

Il Soprintendente rende un parere vincolante – positivo o negativo – entro 45 giorni dalla ricezione della proposta e ad esso l'amministrazione regionale/locale dovrà conformarsi.

In caso di silenzio della Soprintendenza, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti, l'amministrazione competente decide comunque sulla domanda di autorizzazione. Quanto descritto costituisce il regime ordinario procedimentale che si avvia a seguito di domanda del soggetto proprietario, o possessore o detentore a qualsiasi titolo del bene paesaggistico tutelato, ma ai fini del presente lavoro interessa di più la proceduralizzazione dell'iniziativa tesa ad ottenere il titolo di legittimazione dell'opera pubblica o privata attraverso l'istituto della conferenza dei servizi, sulla base di quanto stabilito dall'art. 147, d.lgs. n. 42/2004, come meglio vedremo nei prossimi paragrafi.

Va infine precisato che il parere paesaggistico, tuttavia, muta di natura a seconda della fase di pianificazione raggiunta. Infatti, una volta che siano state approvate le prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli artt. 140, co. 2, 141, co. 1, 141-bis e 143, co. 1, lett. b), c) e d), e una volta che il Ministero competente abbia verificato, su richiesta della Regione interessata, l'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, il parere del Soprintendente da vincolante diviene obbligatorio ma non vincolante. Il successivo co. 8 chiarisce che il Soprintendente deve rendere il parere di cui al co. 5 limitatamente alla verifica della compatibilità paesaggistica del progetto nel suo complesso e della conformità alle disposizioni del piano paesaggistico o alla specifica disciplina di cui all'art. 140, co. 2. Tale parere deve essere reso entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Completa il quadro il co. 9, il quale prevede che, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti senza che il Soprintendente abbia reso il parere, l'amministrazione competente può comunque provvedere sulla domanda di autorizzazione.

3. Il conflitto tra specialità portuale e generalità paesaggistica. La l. n. 84/1994 di riordino della legislazione in materia portuale ha introdotto un sistema di *governance* basato

G. Sciallo, *Il vincolo paesaggistico ope legis nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2022, 1134 ss.; A. Crosetti, *Tutela del paesaggio e pianificazione territoriale: l'art. 142 e i suoi sviluppi giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 465 ss.; G. Civitarese Matteucci, *La portata precettiva dell'art. 142 del Codice e i suoi effetti sui rapporti proprietari*, in *Federalismi.it*, 2020, 1 ss. G. Sciallo, *Il paesaggio tra amministrazione e giurisdizione: alcuni profili critici*, in *Aedon*, 2008; Id., *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *Aedon*, 2008

⁷ M. Lunardelli, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1115 ss.

⁸ L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio. Fuori dai casi di cui all'art. 167, co. 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione (art. 146, co. 4).

sulle Autorità Portuali (oggi Autorità di Sistema Portuale), attribuendo loro competenze pianificatorie e gestionali finalizzate allo sviluppo e all'ammodernamento delle infrastrutture portuali. Il *Piano Regolatore Portuale* (PRP), strumento centrale della pianificazione portuale, deve contemperare le esigenze di sviluppo con i vincoli ambientali e paesaggistici esistenti⁹. Il d.lgs. n. 169/2016, nel riformare il sistema portuale italiano attraverso l'istituzione delle Autorità di Sistema Portuale, ha poi ribadito la necessità di garantire lo sviluppo sostenibile dei porti, introducendo strumenti di pianificazione strategica come il *Piano Regolatore di Sistema Portuale* e il *Documento di Pianificazione Strategica di Sistema*. Tuttavia, la riforma non ha affrontato direttamente le criticità procedurali relative all'autorizzazione paesaggistica degli interventi portuali, lasciando irrisolto il nodo del coordinamento tra pianificazione portuale, realizzazione di opere portuali e tutela paesaggistica.

Una delle principali criticità del sistema attuale deriva dalla sovrapposizione di regimi autorizzatori speciali. Mentre la realizzazione di opere portuali segue procedure specifiche disciplinate dalla normativa di settore, con tempi e modalità calibrati sulle esigenze della logistica marittima, l'autorizzazione paesaggistica risponde a logiche e tempistiche proprie, orientate alla conservazione dei valori culturali del territorio.

Questa dicotomia genera frequenti conflitti procedurali che si manifestano attraverso un disallineamento temporale particolarmente evidente. I tempi di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, che possono protrarsi per diversi mesi, contrastano infatti con le esigenze di rapidità richieste dal mercato portuale globale, dove la capacità di adattamento rapido alle mutevoli esigenze della logistica internazionale costituisce un fattore competitivo determinante.

A questo si aggiunge una profonda differenza di approccio valutativo. La pianificazione portuale è necessariamente orientata alla funzionalità e all'efficienza operativa, dovendo rispondere a criteri di produttività e competitività internazionale. La valutazione paesaggistica, per contro, privilegia la conservazione dei valori estetici e culturali del territorio, applicando parametri di giudizio che spesso prescindono dalle esigenze funzionali delle infrastrutture portuali.

La frammentazione delle competenze costituisce un ulteriore elemento di complessità. La molteplicità di soggetti coinvolti nel procedimento autorizzativo determina difficoltà di coordinamento e rischi di sovrapposizione, con conseguenti rallentamenti e incertezze interpretative che si ripercuotono negativamente sulla realizzazione delle opere.

La modificazione del paesaggio è imposta a tutela di interessi costituzionalmente protetti. Gran parte degli interventi infrastrutturali nei porti sono, oggi, determinati dalle esigenze connesse alla transizione energetica.

La transizione energetica rappresenta, infatti, una delle sfide più significative per il futuro dei porti, con implicazioni rilevanti per la tutela paesaggistica. La necessità di ridurre le emissioni e di sviluppare fonti energetiche rinnovabili richiede l'installazione di nuove infrastrutture che possono avere impatti significativi sul paesaggio portuale¹⁰.

Gli impianti eolici *offshore*, sempre più diffusi nelle acque antistanti i porti, pongono questioni complesse di impatto visivo. Le pale eoliche, visibili da grande distanza, modificano significativamente l'orizzonte marino tradizionale. Tuttavia, l'esperienza di alcuni paesi del Nord Europa dimostra che questi impianti possono essere progettati e localizzati in modo da minimizzare l'impatto visivo, e in alcuni casi possono addirittura diventare elementi

⁹ S.M. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit.

¹⁰ F. Albione, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in *Riv. giur. ed.*, 2023, 231 ss.; L. Ammanati, *Paesaggi rinnovabili*, Torino, 2018; S. Amorosino, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 281 ss.

caratterizzanti di un nuovo paesaggio energetico sostenibile.

I campi fotovoltaici necessari per l'elettrificazione delle operazioni portuali richiedono l'occupazione di ampie superfici, con potenziale alterazione del paesaggio portuale consolidato. La sfida progettuale consiste nell'integrare questi impianti nell'architettura portuale esistente, utilizzando superfici già antropizzate come coperture di magazzini e terminal, o sviluppando soluzioni innovative come pannelli fotovoltaici integrati nelle pavimentazioni o nelle barriere antirumore.

Le infrastrutture per l'idrogeno verde, destinate a svolgere un ruolo centrale nella decarbonizzazione del trasporto marittimo, introducono nuovi elementi industriali nel paesaggio portuale. Elettrolizzatori, serbatoi di stoccaggio e reti di distribuzione richiedono spazi significativi e possono avere impatti visivi rilevanti. La progettazione integrata di questi impianti, considerando fin dall'inizio gli aspetti paesaggistici, può tuttavia produrre soluzioni di qualità che valorizzino l'immagine del porto come hub dell'energia pulita.

L'elettrificazione delle banchine per l'alimentazione delle navi in sosta comporta la proliferazione di infrastrutture tecniche che, se non adeguatamente progettate, possono compromettere la qualità visiva delle aree portuali. L'interramento dei cavi, l'integrazione delle cabine elettriche nell'architettura esistente e l'uso di soluzioni tecniche innovative possono minimizzare questi impatti.

Il cambiamento climatico impone un ripensamento radicale delle infrastrutture portuali, con implicazioni profonde per il paesaggio costiero. L'innalzamento del livello del mare, l'intensificazione degli eventi estremi e i cambiamenti nei pattern meteorologici richiedono interventi di adattamento che devono essere progettati considerando non solo la funzionalità tecnica ma anche l'integrazione paesaggistica¹¹.

L'innalzamento delle banchine per contrastare l'aumento del livello del mare modifica radicalmente il rapporto visivo e funzionale tra porto e città. Banchine più alte creano barriere visive e fisiche che possono isolare il porto dal contesto urbano. La progettazione di soluzioni graduate, con terrazze e percorsi a quote intermedie, può mitigare questo impatto creando spazi di transizione fruibili.

Le opere di protezione costiera di nuova generazione devono rispondere a sollecitazioni sempre più intense. Dighe foranee più alte e robuste, barriere mobili contro le mareggiate, sistemi di dissipazione dell'energia delle onde richiedono un ripensamento progettuale che consideri questi elementi come parte integrante del paesaggio costiero. L'integrazione di funzioni multiple, come la produzione di energia dal moto ondoso o la creazione di habitat marini artificiali, può trasformare queste opere da elementi di impatto a risorse per il territorio.

I sistemi di gestione delle acque meteoriche assumono importanza crescente con l'intensificazione degli eventi estremi. Vasche di raccolta, sistemi di pompaggio, reti di drenaggio sostenibile devono essere integrati nel paesaggio portuale. Le *nature-based solutions*, come *rain gardens* e sistemi di fitodepurazione, possono svolgere funzioni tecniche creando al contempo elementi di qualità paesaggistica.

La resilienza climatica richiede un approccio adattativo che consideri l'evoluzione nel tempo delle infrastrutture. La progettazione modulare e flessibile, che consenta adattamenti

¹¹ L'innalzamento del livello del mare e l'intensificarsi degli eventi climatici estremi impongono l'adozione di misure di adattamento infrastrutturale che integrino funzionalità tecnica e qualità paesaggistica. In dottrina è ormai condiviso che la progettazione di opere di resilienza climatica in ambito costiero debba orientarsi verso soluzioni *nature-based* o ibride, capaci di armonizzarsi con il contesto visivo e ambientale (cfr. L. Fusco Girard – G. Folloni, *Infrastrutture blu e paesaggi costieri*, in *Urbanistica Informazioni*, 2021, 296, 27 ss.; UNCTAD, *Guidelines for Climate-Resilient Ports*, 2022).

progressivi in risposta ai cambiamenti climatici, deve diventare standard. Questo approccio dinamico al paesaggio portuale richiede nuovi strumenti normativi e procedurali che superino la rigidità degli attuali vincoli.

Un altro fattore che spinge a rinnovare le infrastrutture portuali, con necessarie modifiche al paesaggio¹² è la rivoluzione digitale. La rivoluzione digitale sta trasformando radicalmente l'operatività e l'aspetto dei porti moderni. Terminal completamente automatizzati, sistemi di movimentazione autonomi e tecnologie digitali avanzate stanno ridefinendo il paesaggio portuale tradizionale.

Le gru automatizzate di ultima generazione raggiungono altezze sempre maggiori per servire le navi portacontainer di dimensioni crescenti. Queste strutture, che possono superare i 100 metri di altezza, hanno un impatto visivo significativo sullo skyline portuale e sono visibili da grande distanza. La sfida progettuale consiste nel considerare questi elementi non come mere strutture funzionali, ma come componenti di un nuovo paesaggio portuale che richiede attenzione estetica e integrazione architettonica.

I terminal automatizzati presentano caratteristiche paesaggistiche peculiari. L'assenza di personale operativo consente configurazioni più compatte ed efficienti, potenzialmente liberando spazi per altri usi. Tuttavia, la standardizzazione e la ripetitività degli elementi possono creare paesaggi monotoni e alienanti se non adeguatamente progettati. L'introduzione di elementi di variazione, l'uso del colore e dell'illuminazione, la creazione di landmark architettonici possono trasformare questi spazi in ambienti di qualità.

La digitalizzazione offre anche opportunità per migliorare l'integrazione paesaggistica. Sistemi di illuminazione intelligente possono ridurre l'inquinamento luminoso e creare scenografie notturne di qualità. La realtà aumentata può valorizzare il patrimonio storico portuale attraverso installazioni digitali che raccontano la storia del porto. I big data possono ottimizzare l'uso degli spazi, riducendo l'espansione fisica delle infrastrutture.

4. La questione delle competenze. La ripartizione delle competenze in materia rappresenta un primo elemento di complessità che contribuisce all'incertezza del quadro normativo. L'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni la materia «valorizzazione dei beni culturali e ambientali», mentre riserva alla competenza esclusiva statale i «porti e aeroporti civili» di rilevanza nazionale¹³.

Questa dicotomia genera frequenti conflitti interpretativi che si traducono in contenziosi costituzionali tra Stato e Regioni sulla delimitazione delle rispettive sfere di competenza. La sovrapposizione di strumenti pianificatori, con piani paesaggistici regionali e piani regolatori portuali che applicano criteri valutativi potenzialmente confliggenti, crea un quadro di

¹² L'introduzione di terminal portuali automatizzati e di sistemi digitali avanzati (quali veicoli a guida autonoma, *digital twin*, sensoristica integrata e reti 5G) comporta una radicale trasformazione morfologica e funzionale del paesaggio portuale, imponendo una nuova riflessione sulle tecniche di valutazione paesaggistica. In dottrina si è parlato di «paesaggio portuale smart», da intendersi come nuovo paradigma di coesistenza tra innovazione tecnologica, sostenibilità e valore visivo del contesto (cfr. L. Heilig, R. Stahlbock, S. Voß, *From Digitalization to Data-Driven Decision Making in Container Terminals*, in *Decision Support Systems*, 2019, 34 ss.; J.-P. Rodrigue – T. Notteboom, *Port Economics, Management and Policy*, Routledge, 2022, 417 ss.). La giurisprudenza italiana ha confermato l'obbligo di considerare gli effetti paesaggistici delle trasformazioni infrastrutturali legate all'automazione, imponendo una valutazione d'impatto ambientale (VIA) che tenga conto delle ricadute visive e spaziali specifiche (TAR Lazio, 27 gennaio 2021, n. 1080, in *Giust. Amm.*, 2021, con nota di G. Iacovone). In tal senso, l'evoluzione del paesaggio portuale non può più essere letta secondo schemi statici, ma deve integrarsi nel quadro più ampio della transizione digitale, valorizzando l'identità marittima del territorio.

¹³ Per un'analisi approfondita del riparto di competenze, v. da ultimo L. Cuocolo e E. Mostacci (a cura di), *Il riparto di competenze tra stato e regioni*, Pisa, 2023; A. Chiappetta, *Concorrenza fra Stato e regioni in materia di «porti e aeroporti civili»: a margine della sentenza n. 208 del 2020*, in *Giur. cost.*, 2020, 2369 ss.

incertezza che ostacola lo sviluppo armonico delle infrastrutture portuali¹⁴.

Le Regioni, titolari di significative competenze in materia paesaggistica attraverso i *Piani Paesaggistici Regionali*, si trovano spesso in contrasto con le Autorità di Sistema Portuale nella definizione delle trasformazioni ammissibili nelle aree portuali. La mancanza di meccanismi efficaci di coordinamento e di sedi di concertazione preventiva determina rallentamenti procedurali e incertezza giuridica per gli operatori, con conseguenze negative sulla capacità di attrarre investimenti e di programmare lo sviluppo infrastrutturale.

Il Consiglio di Stato ha sviluppato, si è visto, nel tempo una giurisprudenza articolata sul tema del bilanciamento tra tutela paesaggistica e sviluppo portuale, cercando di individuare criteri interpretativi che consentano una composizione ragionevole degli interessi in gioco. In una prima fase, l'orientamento giurisprudenziale è stato caratterizzato da un approccio rigoroso che privilegiava la tutela paesaggistica quale valore primario di rango costituzionale¹⁵. Successivamente, la giurisprudenza ha mostrato una maggiore sensibilità verso le specificità del contesto portuale¹⁶.

¹⁴ Il progetto di realizzazione della nuova diga foranea del porto di Genova rappresenta un caso paradigmatico delle criticità analizzate. L'opera, considerata strategica per il rilancio del primo porto italiano, prevede la costruzione di una nuova diga lunga circa 6 chilometri che consentirà l'accesso di navi di ultima generazione, garantendo al porto ligure di mantenere la propria competitività nel contesto mediterraneo.

Il procedimento autorizzativo ha evidenziato le difficoltà di conciliare l'interesse allo sviluppo portuale con la tutela del paesaggio costiero. Le valutazioni della Soprintendenza hanno sollevato criticità relative all'impatto visivo dell'infrastruttura sul profilo costiero, richiedendo modifiche progettuali che hanno comportato rallentamenti significativi e aumento dei costi. La vicenda ha messo in luce come l'applicazione di criteri di valutazione paesaggistica pensati per contesti naturali o seminaturali risulti problematica quando applicata a un'area portuale industriale consolidata da secoli di attività antropica.

La necessità di preservare visuali paesaggistiche in un contesto già caratterizzato da infrastrutture portuali massive evidenzia le contraddizioni del sistema attuale. Il porto di Genova, infatti, rappresenta da secoli un elemento costitutivo del paesaggio ligure, e la sua evoluzione infrastrutturale dovrebbe essere valutata considerando questa stratificazione storica piuttosto che applicando criteri astratti di conservazione paesaggistica. Il caso veneziano, pur nella sua unicità derivante dal contesto lagunare di eccezionale valore universale riconosciuto dall'UNESCO, illustra in modo emblematico il conflitto tra sviluppo portuale e tutela paesaggistica. Il dibattito sulle grandi navi da crociera nel bacino di San Marco ha assunto dimensioni internazionali, polarizzando l'opinione pubblica e generando un contenzioso amministrativo di straordinaria complessità.

La vicenda ha visto l'emanazione di numerosi provvedimenti emergenziali, culminati nel d.l. n. 45/2021 che ha vietato il transito delle grandi navi nel bacino di San Marco e nel canale della Giudecca. La soluzione adottata, che prevede la realizzazione di nuovi approdi fuori dalla laguna storica, rappresenta un caso estremo di prevalenza assoluta delle esigenze di tutela paesaggistica e ambientale sulle esigenze economiche del porto. L'esperienza veneziana dimostra come l'assenza di criteri chiari e condivisi per il bilanciamento degli interessi possa condurre a soluzioni radicali che penalizzano intere filiere economiche. Il settore crocieristico, che rappresentava una componente significativa dell'economia portuale veneziana, è stato di fatto espulso dalla laguna senza che fossero preventivamente approntate soluzioni alternative adeguate, con conseguenze economiche e occupazionali rilevanti per l'intero territorio.

¹⁵ G. Severini, *L'evoluzione storica del concetto giuridico di paesaggio*, in G. Morbidelli e M. Morisi (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri*, Firenze, 2019 e in www.giustizia-amministrativa.it; con il titolo *"Paesaggio": storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica* è pubblicato anche in www.aedon.mulino.it. In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato 29 marzo 2021, n. 2640, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ La chiara evoluzione verso approcci più bilanciati, documentata in modo paradigmatico dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, 28 maggio 2024, n. 4766, in fiscalitadellenergia.it con nota *Il Consiglio di Stato sul bilanciamento fra interesse pubblico e privato nell'installazione di fonti di energia rinnovabile*. Questa pronuncia rappresenta un punto di svolta nell'orientamento giurisprudenziale, precisa il Consiglio, infatti, che «il diniego dell'Amministrazione non è stato adeguatamente sorretto da una comparazione fra tutti gli interessi pubblici e privati che vengono in rilievo, bensì è stato imprudentemente giustificato dal dirimente valore attribuito al profilo paesaggistico» e aggiunge che «la prevalenza riconosciuta a quest'ultimo interesse non trova riscontro nel sistema costituzionale, anche alla luce della riforma dell'articolo 9 della Costituzione. Si torna a escludere, infatti, che la tutela paesaggistica possa indiscutibilmente prevalere rispetto agli altri interessi antagonisti, ivi compresa la

Questa evoluzione giurisprudenziale riflette la crescente consapevolezza della necessità di adattare i criteri di valutazione paesaggistica alle peculiarità del contesto portuale, caratterizzato da secoli di stratificazione antropica e da una vocazione funzionale che non può essere ignorata nella valutazione di compatibilità paesaggistica.

La giurisprudenza amministrativa ha progressivamente elaborato il principio secondo cui la tutela paesaggistica nei porti deve essere esercitata secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza¹⁷. Questo orientamento si fonda sulla considerazione che la valutazione paesaggistica non può prescindere dal contesto in cui si inserisce l'intervento, dovendo necessariamente tenere conto della natura già compromessa e industrializzata di molte aree portuali¹⁸.

Il bilanciamento degli interessi costituisce un elemento centrale di questo approccio. La tutela del paesaggio, pur mantenendo il suo carattere di valore primario, deve essere temperata con altri interessi pubblici rilevanti, quali lo sviluppo economico e la competitività del sistema portuale nazionale. Questa operazione di bilanciamento richiede una valutazione caso per caso che consideri tutti gli elementi rilevanti, inclusa l'importanza strategica dell'infrastruttura per il sistema economico nazionale¹⁹.

La valutazione dinamica rappresenta un ulteriore aspetto qualificante di questo orientamento. Il giudizio di compatibilità paesaggistica deve considerare l'evoluzione storica del porto e la sua vocazione funzionale consolidata nel tempo. Non si tratta quindi di applicare meccanicamente criteri pensati per contesti naturali o rurali, ma di sviluppare parametri di valutazione specifici che tengano conto della natura peculiare delle aree portuali.

Un aspetto particolarmente critico riguarda i limiti del sindacato giurisdizionale sulle

produzione di energia da fonti rinnovabili». Nello stesso solco si era del resto già posta la sentenza del Consiglio di Stato 2 febbraio 2024, n. 1093, in , con nota redazionale di C. Contessa, *Valutazioni paesaggistiche e silenzio-assenso c.d. "orizzontale"*, che ha chiarito che «l'istituto del c.d. "silenzio-assenso orizzontale" di cui all'art. 17-bis della L. n. 241/1990 trova applicazione anche a fronte di procedimenti nell'ambito dei quali venga in rilievo l'espressione di giudizio da parte di amministrazioni alle quali (come nel caso delle Soprintendenze) è demandata la cura di valori costituzionali cc.dd. "sensibili" quale il paesaggio». L'evoluzione documentata dalle sentenze nn. 4766/2024 e 1093/2024 non rappresenta un caso isolato, ma si inserisce in un filone giurisprudenziale consolidato. Le stesse pronunce richiamano espressamente le sentenze del Consiglio di Stato n. 10624/2022 e n. 8167/2022, che avevano già sottolineato "la necessità di una valutazione equilibrata e pluralistica degli interessi, conforme ai principi di imparzialità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa". La sentenza, in particolare, n. 10624/2022, analizzata in dettaglio dalla dottrina, ha contribuito a definire i contorni del nuovo approccio, distinguendo chiaramente tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Come evidenziato nell'analisi di L. Belli (L. Belli, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia paesaggistica in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *LANUS - Diritto e Finanza*, 2022), questa pronuncia ha chiarito che nelle decisioni politico-amministrative il sindacato del giudice è "incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme».

¹⁷ G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016

¹⁸ Cons. Stato 13 dicembre 2021, n. 8294, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 657 ss., con nota di A. Pirri Valentini, *La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica all'insorgere di nuovi interessi pubblici*.

¹⁹ In materia è opportuno ricordare la recentissima sentenza del TAR Sicilia, 1° aprile 2025, n. 717 in *giustizia-amministrativa.it* che ha confermato la non vincolatività del parere della Soprintendenza nell'ambito di un procedimento autorizzatorio unico regionale, accertando l'illegittimità dell'operato regionale per aver arbitrariamente attribuito portata vincolante al parere (negativo) della Soprintendenza, e ciò in ragione del deficit istruttorio relativo alle asserite criticità paesaggistiche evocate in modo generico. Se ne deduce che le amministrazioni procedenti devono svolgere sempre una autonoma valutazione sulle risultanze istruttorie, evitando adesioni acritiche della posizione della Soprintendenza medesima. Il giudice amministrativo ha peraltro censurato anche il contenuto del parere della Soprintendenza in quanto fondato su argomentazioni generiche e non accompagnato dalla formulazione di proposte prescrittive o dall'individuazione di misure mitigative idonee a rendere compatibile l'intervento con l'interesse tutelato, considerando tale vizio ancora più grave tenuto conto dell'intervento funzionale all'implementazione di energie rinnovabili, e ciò in piena coerenza con la sentenza del Cons. Stato, 12 aprile 2021, n. 2983 in *giustizia-amministrativa.it*.

valutazioni tecniche delle Soprintendenze. Il giudice amministrativo, pur potendo verificare la logicità e la coerenza della motivazione, incontra limiti significativi nella possibilità di sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione specializzata²⁰.

La giurisprudenza ha chiarito che il sindacato può estendersi alla verifica dell'attendibilità delle valutazioni tecniche sotto il profilo della loro non manifesta erroneità, della completezza dell'istruttoria e della considerazione di tutti gli elementi rilevanti, nonché della logicità e coerenza del percorso motivazionale. Resta tuttavia preclusa al giudice la possibilità di effettuare una propria autonoma valutazione tecnica, con la conseguenza che decisioni delle Soprintendenze tecnicamente opinabili ma non manifestamente illogiche tendono a essere confermate in sede giurisdizionale.

Questa limitazione del sindacato giurisdizionale contribuisce all'incertezza del sistema, lasciando ampi margini di discrezionalità alle Soprintendenze nella valutazione di compatibilità paesaggistica degli interventi portuali. La mancanza di criteri oggettivi e condivisi rende difficile per gli operatori prevedere l'esito delle valutazioni, con conseguenze negative sulla programmazione degli investimenti e sulla competitività del sistema portuale.

5. La conferenza di servizi per la realizzazione di opere portuali. La conferenza di servizi, si è anticipato, rappresenta lo strumento ordinario per la composizione degli interessi pubblici coinvolti nei procedimenti complessi relativi alla realizzazione di opere portuali. Rinviano alla sterminata pubblicistica esistente in tema di conferenza dei servizi, si ritiene opportuno esporre in questa sede un breve cenno sulla tematica del superamento del dissenso espresso da amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili²¹.

Chiariamo innanzitutto che gli interessi sensibili sono quelli connessi alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, come recitava il primo comma del soppresso art. 14-*quater*, l. n. 241/90 e come oggi riportato nel vigente art. 14-*quinqüies*, rubricato «Rimedi per le amministrazioni dissenzienti», introdotto dal d.lgs. n. 127/2016²².

²⁰ Questa affermazione trova piena conferma nella sentenza del Consiglio di Stato 19 luglio 2024, n. 6515. La pronuncia stabilisce che «in materia di autorizzazione paesaggistica il giudizio affidato all'Amministrazione preposta è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità» epperanto «L'apprezzamento così compiuto è quindi sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche». Il principio fondamentale è, dunque, che «in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile».

²¹ Sulla disciplina della conferenza dei servizi, si vedano, *ex multis* A. Cordero Mussi, *Il nuovo volto della conferenza dei servizi dopo la riforma Madia*, Torino, 2021; D. Quitadamo, T. Tosi, *La riforma della conferenza di servizi – D.lgs. 127/2016*, Milano, 2017; M. De Benedetti, A. Zenca, *La riforma della conferenza di servizi alla luce del D.lgs. n. 127/2016*, Roma, 2017; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, 2016. 2 ss.; G. Corso, *La conferenza di servizi. Coordinamento dell'azione amministrativa e tutela del cittadino*, Torino, 2012; F. Francario, *La conferenza di servizi nel procedimento amministrativo*, Milano, 2007; M. Renna, *Conferenza di servizi e semplificazione amministrativa*, Padova, 2002; G. Piperata, *La conferenza dei servizi nella teoria del procedimento amministrativo*, Napoli, 1999.

²² Sul superamento del dissenso nella conferenza dei servizi e sull'applicazione dell'art. 14-*quinqüies*, l. n. 241/1990, si vedano: L. Golisano, *Dissenso e interesse pubblico nella conferenza di servizi: una geometria variabile?*, in *Federalismi.it*, 2024, 1 ss.; G. Tropea, *La posizione del dissenziente nella conferenza dei servizi e il potere sostitutivo del Consiglio dei Ministri*, in *Giustizia insieme*, 2023, 67 ss.; L. Ferrara, *Le conferenze decisorie e il ruolo del dissenso nella L. 241/1990*, Milano, 2021; D. Sorace, *Il dissenso qualificato nella conferenza di servizi dopo il D.lgs. 127/2016*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 245 ss.; S. Tarullo, *L'interesse pubblico prevalente e la motivazione rafforzata: il nuovo art. 14-*

La normativa in vigore su tale articolato argomento ha visto una significativa novità attraverso un diverso meccanismo del superamento del dissenso: nell'abrogato testo dell'art. 14-*quater* il dissenso connesso ad un interesse sensibile bloccava il procedimento e costringeva il soggetto procedente ad interessare il Consiglio dei Ministri, mentre il vigente art. 14-*quinquies* prevede come presupposto dell'attivazione dei poteri del Consiglio dei Ministri la presentazione di un reclamo avverso la conclusione favorevole della conferenza dei servizi, da parte dell'amministrazione dissenziente preposta alla tutela di un interesse sensibile.

Al di là del diverso meccanismo procedimentale di innesco della decisione Consiglio dei ministri, giova precisare che non è variata la sostanziale architettura giuridica che continua a basarsi su uno spostamento delle funzioni decisionali all'esterno della conferenza dei servizi²³.

La novella prevede, come detto, che l'innesco della procedura straordinaria presso il Consiglio dei ministri non si avvia più per atto del soggetto procedente che non si rassegna alla conclusione negativa correlata all'ostacolo rappresentato da una valutazione di dissenso di un soggetto istituzionale preposto alla tutela di un interesse sensibile. Ora invece il soggetto procedente, ritenendo che l'interesse sotteso ad un'opera sia prevalente rispetto alle

quinquies l. 241/1990, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 311 ss. In giurisprudenza, si vedano, Cons. Stato, sez. I, 2 febbraio 2023, n. 275, in *Giust. Amm.*, 2023, con nota redazionale; Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 2022, n. 10876, in *Foro amm.*, 2022, 3475 ss.; TAR Lazio, 3 aprile 2021, n. 3952, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 412 ss.; Corte cost., 18 febbraio 2020, n. 23, in *Giur. cost.*, 2020, 287 ss.

²³ Si ritiene opportuno un sintetico *excursus* delle varie soluzioni legislative che storicamente sono state adottate per dirimere la complessa questione. Una prima disciplina degli interessi sensibili è stata introdotta con l'art. 17, co. 3, l. n. 127/1997, che rivisitava l'art. 14, co. 4, l. n. 241/90, laddove in presenza di motivato dissenso, l'amministrazione procedente poteva chiedere «una determinazione di conclusione del procedimento al Consiglio dei ministri».

Una rimodulazione veniva apportata dall'art. 12, l. n. 340/2000 con cui si riformava l'art. 14-*quater*, l. n. 241/90 e si stabiliva che «la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia una amministrazione statale, ovvero ai competenti organi collegiali esecutivi degli enti territoriali, nelle altre ipotesi», limitandosi ad intervenire esclusivamente sull'organo decidente.

Ancora sull'organo decidente interveniva l'art. 11, l. n. 15/2005 attraverso una revisione ulteriore dell'art. 14-*quater*, l. n. 241/90, stabilendo che nel caso di dissenso tra amministrazioni statali la decisione fosse rimessa al Consiglio dei ministri, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali fosse rimessa alla Conferenza Stato-Regioni, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali fosse demandata alla Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. n. 281/1997, con possibilità in ogni caso di adire il Consiglio dei ministri.

La l. n. 78/2010, all'art. 49, co. 3 interveniva nuovamente sull'art. 14-*quater*, l. n. 241/90 sancendo che la decisione «è rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la Regione o le Regioni e Province autonome interessate, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero previa intesa con la Regione e gli enti locali interessati, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e un ente locale o tra più enti locali. Se l'intesa non è raggiunta nei successivi trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei ministri può essere comunque adottata». Si aggiunge che in materia è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza n. 179/2012 che, imponendo una valorizzazione del ruolo delle Regioni, ha dato luogo ad una ulteriore riformulazione dell'art. 14-*quater* contenuta nell'art. 33-*octies*, d.l. n. 179/2012 (Corte Cost., sentenza n. 179/2012). Infine, interveniva l'art. 1, d.lgs. n. 127/2016 che ha riscritto la disciplina intera della conferenza dei servizi e ha fortemente innovato la questione in argomento soprattutto sul piano procedimentale, introducendo nel rinnovato art. 14-*quinquies* (oggi vigente) nuovi poteri e oneri per le amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili. Queste amministrazioni hanno la possibilità di formulare un motivato dissenso nel corso della conferenza dei servizi e la possibilità di proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri (co. 1), la quale «sospende l'efficacia della determinazione di conclusione motivata della conferenza» (co. 3). Esprimere il dissenso motivato nel corso della conferenza dei servizi costituisce un onere dell'amministrazione portatrice di interessi qualificati e, qualora non assolto, impedisce la proposizione dell'opposizione.

valutazioni negative di un'amministrazione preposta alla tutela degli interessi sensibili, può concludere positivamente la conferenza, previa ponderazione delle posizioni prevalenti, mentre spetterà al soggetto dissenziente, titolare della tutela dell'interesse sensibile, promuovere l'opposizione entro 10 giorni dalla sua comunicazione²⁴, qualora ritenga non sacrificabile quell'interesse qualificato rispetto all'esigenza di realizzazione dell'opera pubblica²⁵.

L'art. 14-*quinquies*, al co. 4, precisa che in attuazione al principio di leale collaborazione, la Presidenza del Consiglio indice una riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno manifestato il dissenso e le altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, nel corso della quale saranno promosse iniziative per l'individuazione di una soluzione condivisa. In caso di insuccesso, verrà indetta una seconda riunione con le stesse modalità e finalità.

Il co. 6 dell'art. 14-*quinquies* precisa che ove all'esito delle riunioni sia raggiunta un'intesa, l'amministrazione procedente adotta una nuova determina motivata di conclusione della conferenza. Qualora invece all'esito delle suddette riunioni l'intesa non sia raggiunta, l'intera questione è rimessa alla prima riunione utile del Consiglio dei Ministri²⁶ che può: a) accogliere l'opposizione e in tal caso viene meno in via definitiva l'efficacia della determinazione di conclusione della conferenza dei servizi²⁷; b) accogliere parzialmente l'opposizione, modificando il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza; c) non accogliere l'opposizione, e in tal caso la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquista definitivamente efficacia.

Questo nuovo meccanismo presenta implicazioni particolarmente rilevanti per il settore portuale. La possibilità per l'Autorità di Sistema Portuale, quale amministrazione procedente, di superare il dissenso della Soprintendenza attraverso una determinazione motivata rappresenta un cambio di paradigma significativo. Tuttavia, la complessità del procedimento di opposizione e l'incertezza circa il suo esito finale continuano a rappresentare elementi di criticità per la programmazione e realizzazione delle opere portuali strategiche. Criticità che ne limitano l'efficacia pratica. La rimessione al Consiglio dei ministri comporta, spesso, tempi lunghi e procedure complesse che mal si conciliano con le dinamiche del settore portuale.

²⁴ Il termine è da considerarsi perentorio. A riguardo, precisano le citate istruzioni governative, si devono considerare i principi fondamentali posti dalla l. n. 241/90 di celerità efficacia ed efficienza del procedimento amministrativo.

L'opposizione è presentata dall'amministrazione opponente al Presidente del Consiglio dei ministri, indirizzandola al Dipartimento per il coordinamento amministrativo della presidenza del Consiglio e, per conoscenza, all'amministrazione procedente, e ciò in quanto l'opposizione sospende gli effetti giuridici del provvedimento opposto.

²⁴ In primo luogo, viene verificata, pena la sua inammissibilità la sussistenza dei requisiti per l'opposizione tra i quali in particolare la legittimazione a proporla.

²⁵ Sul sito del governo sono consultabili le "linee guida operative per la presentazione dell'opposizione da parte dell'amministrazione dissenziente. In essa è riportata il parere del Consiglio di Stato n. 2534 del 30 settembre 2019 che ha escluso in via generale la legittimazione dei Comuni, chiarendo che «le norme costituzionali e le leggi ordinarie dimostrano che i comuni in generale non sono preposti – nel senso tecnico e specifico del termine – ad alcuna delle funzioni di tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o della tutela della salute e della pulita incolumità dei cittadini di cui all'art. 14-*quinquies*». Le amministrazioni a cui è riservato l'opposizione in sede di Consiglio dei ministri sono quelle «alle quali le norme speciali attribuiscono una norma diretta, prevalentemente di natura tecnico scientifica, ed ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati».

²⁶ Alla riunione del Consiglio dei ministri possono partecipare i Presidenti delle Regioni (o delle province autonome) interessate.

²⁷ Le citate linee guida governative precisano che «la delibera del Consiglio dei ministri ha valore costitutivo di conclusione della conferenza e modifica la precedente determinazione nel senso richiesto dall'opponente».

Inoltre, la decisione politica può risultare inadeguata per questioni che richiedono valutazioni tecniche specialistiche, rischiando di politicizzare eccessivamente scelte che dovrebbero essere guidate da criteri tecnici oggettivi.

6. La vexata quaestio del silenzio-assenso nell'ambito della conferenza dei servizi, in materia paesaggistica. In questo contesto normativo si inserisce l'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, che codifica il principio del cosiddetto silenzio-assenso orizzontale. Tale norma dispone, al co. 3, che le previsioni dei co. 1 e 2 — relative appunto al silenzio-assenso tra amministrazioni — si applicano anche ai casi in cui è necessaria l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti amministrativi o normativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche. Sempre il co. 3 stabilisce che, in tali ipotesi, salvo che disposizioni di legge o provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2 della medesima legge non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni interessate devono comunicare il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dalla ricezione della richiesta. Decorso inutilmente tali termini, l'assenso, il concerto o il nulla osta si intendono acquisiti.

Appare quindi evidente che il coordinamento tra l'art. 146 del *Codice dei beni culturali* e il generale principio del silenzio-assenso orizzontale pone una questione delicata sotto il profilo interpretativo. Da un lato, infatti, l'art. 146 prevede termini specifici (quarantacinque e sessanta giorni) per la manifestazione del parere del Soprintendente, nonché la possibilità, decorso tale termine, per l'amministrazione competente di procedere comunque sull'istanza. Dall'altro, la l. n. 241/1990 contempla un termine di novanta giorni, salvo diversa previsione legislativa, trascorso il quale il silenzio equivale ad assenso, anche per i pareri resi da amministrazioni che operano a tutela di interessi sensibili, quali l'ambiente e il paesaggio. È proprio su questo punto che si concentra il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, il quale si interroga, in particolare, sulla portata e sull'effettiva applicabilità del silenzio-assenso orizzontale nei procedimenti che coinvolgono il parere del Soprintendente ai sensi dell'art. 146²⁸.

Sul tema dell'operatività del silenzio-assenso nei procedimenti che coinvolgono amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e dei beni culturali, la giurisprudenza più recente ha assunto posizioni di particolare rilievo sistematico. Si è infatti consolidato l'orientamento secondo cui, anche in tali ambiti, il meccanismo del silenzio-assenso si applica pienamente, con la conseguenza che il mancato esercizio del potere entro i termini di legge comporta la formazione di un assenso tacito.

In questa direzione si è espresso, con una dirompente e innovativa²⁹ sentenza, il Consiglio di

²⁸ V. Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2024, n. 5234, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Ancora nel 2021 il Consiglio di Stato con sentenza del 29 marzo 2021, n. 2640, si esprimeva sull'inoperatività del silenzio-assenso della Soprintendenza, in materia di autorizzazione paesaggistica, valutando che: a) la conferenza dei servizi costituisce soltanto un modulo procedimentale semplificatorio per l'acquisizione degli atti di assenso; b) nella sostanza, anche nel corso della conferenza dei servizi, il potere autorizzatorio paesaggistico appartiene alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento da questa sottoposta (parere che sebbene vincolante in via ordinaria, cessa di esserlo se tardivo o può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione ai sensi dell'art. 146, co. 9, d.lgs. n. 42/2004); c) l'effetto del silenzio assenso nella conferenza dei servizi va riferito soltanto agli «assensi» da rendere direttamente all'amministrazione procedente, ma non anche al rapporto «interno» tra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi; d) diversamente ragionando, si attribuirebbe un effetto di sostanziale vanificazione del contrario avviso espresso dalla Regione da parte del silenzio serbato dalla Soprintendenza *ex lege* chiamata a pronunciarsi non direttamente sulla compatibilità paesaggistica del progetto, bensì sulla proposta del provvedimento formulata da altra amministrazione competente in prima battuta.

Stato 2 ottobre 2023, n. 8610³⁰ affermando che l'art. 17-*bis*, co. 3, l. n. 241/1990, si applica anche alle ipotesi in cui il procedimento coinvolga interessi paesaggistici, ambientali o culturali. A detta del Collegio, l'orientamento tradizionale che escludeva l'operatività del silenzio-assenso in tali casi non appare più sostenibile, soprattutto alla luce della riforma Madia e delle modifiche introdotte agli artt. 14-*bis* e 17-*bis*, l. n. 241/1990. In proposito, è stato osservato che “la locuzione utilizzata dal legislatore mira a chiarire definitivamente che l'organo che si pronuncia tardivamente ha perso il potere di decidere: dunque, il suo atto, adottato in carenza di potere relativamente ad uno specifico progetto, è privo di effetti nell'ordinamento amministrativo”. Il Consiglio di Stato ha altresì evidenziato che il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale esprime una chiara volontà del legislatore di contrastare l'inerzia amministrativa, configurando l'assenso tacito come la più incisiva reazione a tale inerzia, con la conseguente perdita del potere di opporsi o di impedire la conclusione del procedimento. Simili conclusioni si impongono anche con riguardo alla disciplina della conferenza di servizi, la cui riforma, secondo il Consiglio di Stato, ha perseguito finalità analoghe di semplificazione e certezza, come confermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 246/2018, che ha ribadito l'applicabilità del silenzio-assenso ex art. 17-*bis* anche nei procedimenti che richiedono la convocazione della conferenza di servizi³¹³².

Nello stesso solco si colloca la successiva pronuncia del Consiglio di Stato³³ n. 4948/2024, che ha sottolineato come l'istituto del silenzio-assenso, pur mirando alla semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, non pregiudica la tutela degli interessi sensibili. Di conseguenza, l'eventuale parere tardivo, così come ogni altra determinazione adottata oltre il termine previsto, deve considerarsi giuridicamente irrilevante e privo di effetti, poiché la formazione del silenzio-assenso determina la perdita della competenza da parte dell'autorità rimasta inerte. Il Consiglio di Stato ha, da ultimo e consolidando la giurisprudenza in materia³⁴, ribadito che i termini previsti per la manifestazione dei pareri all'interno della conferenza di servizi sono espressamente qualificati come perentori, e che la formazione dell'assenso tacito comporta l'esaurimento del potere di provvedere da parte dell'amministrazione interpellata. Tale conclusione risulta ulteriormente rafforzata dalla

³⁰ Cons. Stato 2 ottobre 2023, n. 8610, in *Foro amm.*, 2023, 2156, nonché in *fiscalitadellenergia.it* e *ambientediritto.it*, ove il Collegio ha precisato che «nemmeno può considerarsi decisiva, per giungere a diverse conclusioni, l'obiezione che fa perno sulla considerazione per cui, applicando lo schema del silenzio-assenso al parere paesaggistico della Soprintendenza, verrebbe sacrificato il principio della competenza (prefigurato dall'art. 117 della Cost., co. 1, lett. s., che assegna, nell'interpretazione datane dalla Corte Cost., allo Stato la competenza ad esercitare la funzione di tutela) inibendo alla Soprintendenza di tutelare l'interesse paesaggistico successivamente alla scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto rendere il proprio parere. Contro tale obiezione, è agevole replicare che il legislatore, attraverso gli istituti di semplificazione in esame (17 *bis* e 14 *bis*) ha cercato di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica. In tale composito quadro, la competenza della Soprintendenza resta garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione». In dottrina D. Di Maria, *Anche al parere della Soprintendenza si applica il silenzio assenso; superato il vecchio orientamento*, in *iusmanagement.org*, 2023.

³¹ Corte cost., 12 dicembre 2018, n. 246, in *Giur. it.*, 2019, 391.

³² Cons. Stato 2 febbraio 2024, n. 1093, in *giustizia-amministrativa.it* ha chiarito che «l'istituto del c.d. “silenzio-assenso orizzontale” di cui all'art. 17-*bis* della L. n. 241/1990 trova applicazione anche a fronte di procedimenti nell'ambito dei quali venga in rilievo l'espressione di giudizio da parte di amministrazioni alle quali (come nel caso delle Soprintendenze) è demandata la cura di valori costituzionali cc.dd. “sensibili” quale il paesaggio». In arg. L. Belli, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia paesaggistica in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *LANUS - Diritto e Finanza*, 2022.

³³ Cons. Stato 15 maggio 2024, n. 4948, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ Cons. Stato 5 agosto 2024, n. 6966, in *giustizia-amministrativa.it*.

modifica apportata all'art. 2, l. n. 241/1990³⁵, che ha introdotto il comma 8-bis, inequivocabile nell'affermare che gli atti tardivi adottati nel corso della conferenza di servizi sono da ritenersi inefficaci e privi di effetti nell'ordinamento^{36,37}. In un recentissimo arresto il Consiglio di Stato³⁸ ha richiamato il principio della «decisione pluristrutturata», secondo cui nei procedimenti caratterizzati da cogestione delle funzioni, come nel caso delle conferenze di servizi, il silenzio serbato dall'autorità codetentrica del potere si trasforma *ope legis* in un atto di assenso, consentendo all'amministrazione procedente di concludere il procedimento³⁹. Tale meccanismo assicura il bilanciamento tra le esigenze di semplificazione e quelle di tutela degli interessi pubblici, senza che il silenzio possa paralizzare l'azione amministrativa.

Il silenzio-assenso rappresenta, dunque, uno strumento di bilanciamento tra le esigenze di semplificazione amministrativa e la tutela degli interessi pubblici primari. Tale bilanciamento deve essere operato nel rispetto dei principi costituzionali, in particolare dell'articolo 9 della Costituzione per quanto concerne la tutela dell'ambiente e del paesaggio⁴⁰. L'orientamento

³⁵ Ad opera dell'art. 12, co. 1, lett. a), n. 2, d.l. n. 76/2020 (conv. con mod. dalla l. n. 120/2020).

³⁶ In linea con tali premesse si è espresso anche il TAR Sardegna 10 gennaio 2025, n. 571, in *giustizia-amministrativa.it*, il quale ha rilevato che il parere tardivo reso dalla Soprintendenza nell'ambito di un procedimento in conferenza di servizi è inefficace, dovendosi ritenere formatosi il silenzio-assenso ex art. 17-bis, l. n. 241/1990 anche nei confronti dei pareri espressi da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, tra cui i beni culturali e paesaggistici³⁶. Ne consegue che il parere tardivo deve considerarsi *tamquam non esset*. La giurisprudenza amministrativa più recente ha, dunque, chiarito che la disciplina della conferenza di servizi asincrona prevede termini precisi e univoci, il cui superamento comporta, per legge, la formazione dell'assenso tacito. Non è quindi consentito né un approccio interpretativo formalistico che svuoti di efficacia la disciplina di semplificazione, né una lettura eccessivamente elastica, dovendosi dare applicazione rigorosa alla volontà del legislatore. Il silenzio-assenso rappresenta infatti una valutazione legale tipica, in forza della quale l'inerzia si traduce in un effetto positivo sul procedimento, con l'ulteriore conseguenza che, una volta maturati i presupposti di legge, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche in presenza di vizi sostanziali della domanda, con effetti che si sottraggono alla logica della mera annullabilità.

³⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610, cit.

³⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2025, n. 4855, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁹ La recentissima sentenza del Consiglio di Stato 9 aprile 2025, n. 3051 in *deiusitia.it*, ha infine ulteriormente consolidato questo orientamento in materia di condono edilizio. Nel caso di specie, relativo a istanze di condono presentate nel 2004 e integrate nel 2009, il Supremo Consesso ha chiarito che il decorso del termine prescritto di due anni senza l'emanazione di alcun provvedimento espresso comporta la formazione del provvedimento implicito di concessione in sanatoria. La sentenza ha, peraltro, rimarcato che il decorso di un tempo significativo dalla formazione del silenzio-assenso esaurisce per il Comune il potere di intervenire in autotutela per annullare il titolo formatosi *per silentium*. Il Consiglio peraltro richiama Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746 per rimarcare che «il silenzio-assenso si forma anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non è conforme alle norme che ne disciplinano lo svolgimento, e ciò in ragione dell'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione –, che viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi silenziosamente».

⁴⁰ In arg. v. A. Sau, *Il rapporto tra funzione urbanistica e tutela paesaggistica oltre il "mito" della primarietà. Qualche considerazione a margine di Consiglio di Stato 31 marzo 2022, n. 2371*, cit., 68 ss. In arg. R. Saija, *Dal paesaggio all'ambiente: l'articolo 9, comma 2 Cost. attraverso la Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 131-140; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 115 ss.; G. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 1 ss.; T. Montanari, *Cultura e patrimonio nel progetto della Costituzione italiana: una lettura dell'articolo 9*, cit., 45 ss.; A. Speciale, *Sulla genesi dell'articolo 9 della Costituzione*, cit., 34 ss.; M. Cartabia, N. Lupo, *The Constitution of Italy. A Contextual Analysis*, cit., 89 ss.; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 211 ss.; L. Nazzicone, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, cit., 1 ss.; F. Bilancia, *La Costituzione ecologica. Prime riflessioni sulla riforma del 2022*, cit., 47 ss.; G. Verde, *Costituzione e ambiente: profili evolutivi dell'art. 9 Cost.*, cit., 67 ss.; A. De Luca, *I diritti delle future generazioni e la nuova formulazione dell'art. 9 Cost.*, cit.; M. Ferretti, *Costituzione e ambiente: cosa cambia all'articolo 9*, cit.; P. Gallo, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, cit.; G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, cit.; L. De Biase, *Costituzione letteraria. Art. 9: promuovere e tutelare*, cit.; P. Carpentieri, *Principio di differenziazione e paesaggio*, cit., 71 ss.

giurisprudenziale più recente ha correttamente riconosciuto che la previsione di meccanismi di silenzio-assenso non comporta necessariamente una compressione della tutela degli interessi sensibili, purché siano predisposte adeguate garanzie procedimentali⁴¹. Tali garanzie includono la completezza dell'istruttoria, la verifica della conformità alle prescrizioni normative e la possibilità di interventi di autotutela da parte dell'amministrazione entro termini ragionevoli.

7. L'Autorizzazione Unica ZES/ZLS. L'art. 15, d.l. n. 124/2023, prevede, per le opere infrastrutturali nelle ZES⁴² (la semplificazione si estende anche alle aree ZLS)⁴³, che: a) tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di trenta giorni; per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, alla tutela della salute o dell'incolumità pubblica, il suddetto termine è fissato in quarantacinque giorni, fatti salvi i maggiori termini previsti dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea; b) l'amministrazione procedente svolge, entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni di competenza delle singole amministrazioni una riunione telematica di tutte le amministrazioni coinvolte nella quale, preso atto delle rispettive posizioni, procede senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi, tenendo altresì in considerazione i potenziali impatti nella realizzazione del progetto o dell'intervento oggetto dell'istanza nonché il conseguimento degli obiettivi indicati nel Piano strategico della ZES unica; c) contro la determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi può essere proposta opposizione dalle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili. Tuttavia, si considera in ogni caso acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione ovvero, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione, ovvero abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza; d) a determinazione motivata⁴⁴ di conclusione della conferenza di servizi sostituisce ogni altra autorizzazione,

⁴¹ In arg. E. Giovannelli, *Contributo allo studio del silenzio-assenso orizzontale. Questioni irrisolte, sviluppi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2024; F. Scalia, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2024, 125 ss.; P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora L'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 77 ss.; G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? Competenze procedimentali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 235 ss.; G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 11 ss.; E. SCOTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, Torino, 566 ss.; F. Martinez, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2018, 747 ss.

⁴² Per una panoramica sulla disciplina delle Zone Economiche Speciali (ZES) si vedano, tra gli altri G.P. Manzella, *Vantaggi e rischi della ZES Unica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 201 ss.; F. Liguori, *Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le "Zone Economiche Speciali" (ZES)*, in *CERIDAP*, 2022, 1 ss.; E. Zizzo, *Le ZES: tra successo europeo e débâcle italiana*, in *Annali UniBa*, 2018; L. Antonini, *ZES e autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 2020; P. Cellino, *ZES unica e modello nazionale*, in *Giustiziainsieme.it*, 2024; S. Martinelli, *Autorizzazione unica ZES e sportello digitale*, in *Federalismi.it*, 2024; A. Punzi, *ZES e infrastrutture*, in *Riv. giur. dir. pubbl. econ.*, 2023, 521 ss.; Fondazione Nazionale Commercialisti, *Le ZES in Italia e in Europa*, 2017. In giurisprudenza: Corte cost., sentenza n. 175/2024, in *Giur. cost.*, 2024.

⁴³ C. De Stefanis, *Al via le zone semplificate al Centro Nord*, in *Pratica fisc. prof.*, 2024, 43 ss.

⁴⁴ La determinazione motivata comprende, recandone l'indicazione esplicita, la valutazione di impatto ambientale e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto.

approvazione e parere comunque denominati e consente la realizzazione di tutte le opere, prestazioni e attività previste nel progetto e, ove necessario, costituisce variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dell'intervento; e) qualora siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti che abbiano condotto ad un diniego di autorizzazione, il coordinatore della Struttura di missione ZES può chiedere al Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR il deferimento della questione al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti⁴⁵; f) qualora all'esito della suddetta riunione l'intesa non sia raggiunta l'amministrazione può ricorrere al Consiglio dei Ministri con le modalità già esaminate⁴⁶.

L'ultimo comma della disposizione in esame estende il meccanismo semplificatorio previsto dall'Autorizzazione Unica alle «alle attività economiche ovvero all'insediamento di attività industriali, produttive e logistiche, presentati da soggetti pubblici o privati, di competenza delle Autorità di sistema portuale»⁴⁷.

L'autorizzazione unica rappresenta il cuore pulsante del sistema delle ZES, configurandosi come lo strumento procedurale attraverso cui si realizza concretamente l'obiettivo di semplificazione amministrativa. La comprensione della natura giuridica e delle caratteristiche distintive di questo istituto è essenziale per cogliere appieno la portata innovativa del sistema e per valutare correttamente le implicazioni delle recenti pronunce giurisprudenziali.

Il primo elemento qualificante dell'autorizzazione unica ZES risiede nella sua natura sostitutiva integrale. A differenza di altri strumenti di semplificazione che si limitano a coordinare procedimenti distinti mantenendo la pluralità dei titoli abilitativi, l'autorizzazione unica ZES sostituisce completamente tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per la realizzazione dell'investimento e l'avvio dell'attività economica. Questa peculiarità comporta che l'amministrazione pubblica o l'impresa che ne siano beneficiarie non debbano più interfacciarsi con una molteplicità di amministrazioni e, soprattutto, non debbano più attendere il rilascio di titoli abilitativi separati, ma possano ottenere attraverso

⁴⁵ La Presidenza del Consiglio dei ministri indice, entro dieci giorni dalla richiesta, una riunione preliminare con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso valutazioni contrastanti. In tale riunione i partecipanti formulano proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca, in tutto o in parte, il diniego di autorizzazione.

⁴⁶ L'autorizzazione unica ZES trova la sua disciplina negli articoli 10 ss., d.l.n. 124/2023, che ne definisce i contenuti, le procedure e gli effetti. Secondo la formulazione attuale della norma (art. 15, co. 5), «la determinazione motivata di conclusione della conferenza di servizi sostituisce ogni altra autorizzazione, approvazione e parere comunque denominati e consente la realizzazione di tutte le opere, prestazioni e attività previste nel progetto. Ove necessario, essa costituisce variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dell'intervento. La determinazione motivata comprende, recandone l'indicazione esplicita, la valutazione di impatto ambientale e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto».

Questa definizione normativa, apparentemente semplice, racchiude in realtà una complessità giuridica notevole. L'autorizzazione unica non si configura infatti come un mero strumento di concentrazione procedurale, ma assume caratteristiche peculiari che la distinguono nettamente da altri istituti di semplificazione amministrativa presenti nell'ordinamento italiano.

⁴⁷ Nel caso di progetti di iniziativa privata, la Struttura di missione ZES trasmette, entro il termine di cui al co. 4, alinea, tramite il S.U.D. ZES, l'istanza e la documentazione presentata all'Autorità di sistema portuale competente, che, in qualità di amministrazione procedente, provvede a convocare la conferenza di servizi e a rilasciare l'autorizzazione unica prevista dai citati commi da 1 a 6. Nel caso di progetti di iniziativa pubblica, l'Autorità di sistema portuale competente, in qualità di amministrazione procedente, acquisisce direttamente l'eventuale istanza e la documentazione necessaria, comprendente i codici unici di progetto da sottoporre a monitoraggio mediante i sistemi informativi del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, e provvede a convocare la conferenza di servizi, informando la Struttura di missione ZES tramite il S.U.D. ZES, nonché a rilasciare l'autorizzazione unica prevista

un unico procedimento tutti i permessi/autorizzazioni/pareri necessari per la realizzazione dell'opera e l'avvio dell'attività.

La portata sostitutiva dell'autorizzazione unica è particolarmente ampia e comprende – si è anticipato – non solo le autorizzazioni in senso stretto, ma anche concessioni, nulla osta, pareri e qualsiasi altro atto di assenso, comunque denominato. Questa formulazione onnicomprensiva riflette la volontà del legislatore di eliminare ogni possibile frammentazione procedurale.

Il secondo elemento qualificante dell'autorizzazione unica ZES è rappresentato dalla sua capacità di costituire variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale⁴⁸.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito, con benefici effetti definitivi, che la funzione di variante urbanistica dell'autorizzazione unica non opera automaticamente, ma richiede una specifica valutazione da parte dell'amministrazione competente.

Il terzo elemento qualificante dell'autorizzazione unica ZES è costituito dal procedimento attraverso cui essa viene rilasciata. Il legislatore ha previsto un procedimento complesso ma efficiente, caratterizzato dalla convocazione di una conferenza di servizi decisoria⁴⁹ in forma simultanea e modalità sincrona, che deve concludersi entro massimo 45 giorni. Questo termine, significativamente più breve rispetto ai tempi medi dei procedimenti ordinari, riflette l'obiettivo di garantire certezza dei tempi e prevedibilità delle decisioni amministrative⁵⁰.

Un aspetto particolarmente significativo del procedimento per l'autorizzazione unica ZES è rappresentato dall'estensione del meccanismo del silenzio-assenso alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili. L'articolo 15, co. 4, lett. a), d.l. n. 14/2023 prevede, infatti, che «tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di trenta giorni; per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, alla tutela della salute o dell'incolumità pubblica, il suddetto termine è fissato in quarantacinque giorni, fatti salvi i maggiori termini previsti dalle disposizioni del diritto dell'Unione europea» e che (lett. c) «si considera in ogni caso acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione ovvero, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione, ovvero abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza».

Questa estensione del silenzio-assenso rappresenta una delle innovazioni principali

⁴⁸ La funzione di variante urbanistica dell'autorizzazione unica ZES presenta profili di particolare interesse e complessità. Da un lato, essa consente di superare eventuali difformità tra il progetto di investimento e le previsioni degli strumenti urbanistici vigenti, eliminando un potenziale ostacolo alla realizzazione di investimenti strategici. Dall'altro lato, essa solleva questioni delicate relative al bilanciamento tra esigenze di sviluppo economico e tutela degli interessi urbanistici e territoriali.

⁴⁹ Sulla disciplina della conferenza dei servizi, si vedano, *ex multis* A. Cordero Mussi, *Il nuovo volto della conferenza dei servizi dopo la riforma Madia*, Torino, 2021; D. Quitadamo, T. Tosi, *La riforma della conferenza di servizi – D.lgs. 127/2016*, Milano, 2017; M. De Benedetti, A. Zenca, *La riforma della conferenza di servizi alla luce del D.lgs. n. 127/2016*, Roma, 2017; E. Scotti, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *federalismi.it*, 2016; 2 ss.; G. Corso, *La conferenza di servizi. Coordinamento dell'azione amministrativa e tutela del cittadino*, Torino, 2012; F. Francario, *La conferenza di servizi nel procedimento amministrativo*, Milano, 2007; M. Renna, *Conferenza di servizi e semplificazione amministrativa*, Padova, 2002; G. Piperata, *La conferenza dei servizi nella teoria del procedimento amministrativo*, Napoli, 1999.

⁵⁰ Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica ZES presenta, peraltro, alcune caratteristiche innovative che lo distinguono dai procedimenti ordinari. In primo luogo, la conferenza di servizi è obbligatoria e non facoltativa, il che garantisce il coinvolgimento di tutte le amministrazioni competenti fin dall'inizio del procedimento. In secondo luogo, la conferenza si svolge – come anticipato – in modalità sincrona, il che consente un confronto diretto e immediato tra le diverse amministrazioni e facilita il raggiungimento di soluzioni condivise.

dell'Autorizzazione Unica Zes, e forse per questo e, per taluni aspetti, tra le più controverse⁵¹. Il quarto elemento qualificante dell'autorizzazione unica ZES è rappresentato dai suoi effetti giuridici. L'autorizzazione unica non si limita a sostituire formalmente gli atti di assenso necessari, ma produce tutti gli effetti giuridici che sarebbero derivati dal rilascio dei singoli titoli abilitativi. Questo significa che l'autorizzazione unica conferisce al beneficiario tutti i diritti e gli obblighi che sarebbero derivati dall'ottenimento delle singole autorizzazioni, concessioni e nulla osta sostituiti.

Gli effetti dell'autorizzazione unica ZES si estendono anche ai rapporti con i terzi e alle garanzie procedimentali. L'autorizzazione unica deve, infatti, contenere tutte le prescrizioni e le condizioni che sarebbero state imposte dai singoli atti sostituiti, garantendo così il mantenimento del livello di tutela degli interessi pubblici coinvolti. Questa esigenza comporta che l'istruttoria per il rilascio dell'autorizzazione unica debba essere particolarmente approfondita e che il provvedimento finale debba essere adeguatamente motivato.

L'autorizzazione unica ZES si caratterizza, ancora, per la sua flessibilità e adattabilità alle diverse tipologie di investimento. Il legislatore ha infatti previsto che il contenuto dell'autorizzazione possa variare in funzione delle caratteristiche specifiche del progetto, garantendo così che lo strumento possa essere utilizzato efficacemente per una vasta gamma di investimenti, dai progetti industriali a quelli logistici, dai servizi alle attività di ricerca e sviluppo, agli investimenti pubblici (si veda in particolare la disciplina della cosiddetta Zes portuale in cui l'autorizzazione unica è rilasciata ai sensi dell'art. 15, co. 7, d.l. n. 124/2023, dalle Autorità di sistema portuale⁵²).

La disciplina dell'autorizzazione unica ZES presenta infine alcuni profili di coordinamento con altri strumenti di semplificazione amministrativa presenti nell'ordinamento. Il legislatore ha infatti chiarito che l'autorizzazione unica ZES prevale su altri strumenti di semplificazione eventualmente applicabili, garantendo così l'unicità del regime procedurale ed evitando sovrapposizioni o conflitti normativi⁵³.

⁵¹ R. Leonardi, *Condizioni e limiti del dissenso nella conferenza di servizi: la corsa alla semplificazione non si può arrestare (nota a Tar Campania, Napoli, Sez. I, 11 aprile 2024, n. 2407)*, in *giustiziasieme.it*, 2024.

⁵² Tale norma prevede che: «le disposizioni dei commi da 1 a 6 si applicano altresì ai progetti inerenti alle attività economiche ovvero all'insediamento di attività industriali, produttive e logistiche, presentati da soggetti pubblici o privati, di competenza delle Autorità di sistema portuale. Nel caso di progetti di iniziativa privata, la Struttura di missione ZES trasmette, entro il termine di cui al co. 4, alinea, tramite il S.U.D. ZES, l'istanza e la documentazione presentata all'Autorità di sistema portuale competente, che, in qualità di amministrazione procedente, provvede a convocare la conferenza di servizi e a rilasciare l'autorizzazione unica prevista dai citati commi da 1 a 6. Nel caso di progetti di iniziativa pubblica, l'Autorità di sistema portuale competente, in qualità di amministrazione procedente, acquisisce direttamente l'eventuale istanza e la documentazione necessaria, comprendente i codici unici di progetto da sottoporre a monitoraggio mediante i sistemi informativi del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, e provvede a convocare la conferenza di servizi, informando la Struttura di missione ZES tramite il S.U.D. ZES, nonché a rilasciare l'autorizzazione unica prevista dai citati commi da 1 a 6. Alla conferenza di servizi indetta dall'Autorità di sistema portuale partecipa sempre un rappresentante della Struttura di missione ZES. Qualora il rappresentante della Struttura di missione ZES abbia fatto constare il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza, il coordinatore della Struttura di missione ZES può chiedere al Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR il deferimento della questione al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione e armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, entro dieci giorni dalla comunicazione della determinazione motivata di conclusione della conferenza. In caso di deferimento della questione al Consiglio dei ministri ai sensi del quinto periodo del presente comma, si applicano le disposizioni del comma 6, quarto, quinto, sesto e settimo periodo».

⁵³ In giurisprudenza v. TAR Campania, 4 giugno 2025, n. 4226, in *giustizia-amministrativa.it* e Tar Campania (Salerno), 12 giugno 2025, n. 1087, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina U. Patroni Griffi, *L'autorizzazione unica ZES tra semplificazione amministrativa e tutela degli interessi pubblici, profili critici e orientamenti giurisprudenziali*, in *Ibattellidelreno.it*, 2025.

L'analisi degli elementi qualificanti dell'autorizzazione unica ZES evidenzia la complessità e l'innovatività di questo strumento, che rappresenta uno dei tentativi più avanzati di semplificazione amministrativa mai sperimentati nell'ordinamento italiano e non a caso è stato esteso alle Zone Logistiche Semplificate (ZLS) istituite nel Centro-Nord Italia⁵⁴. Tuttavia, come dimostrano le recenti pronunce giurisprudenziali, l'applicazione pratica di questo istituto solleva questioni interpretative di notevole complessità che richiedono un'attenta valutazione caso per caso.

8. Il confronto internazionale. L'analisi comparata con altri ordinamenti europei offre spunti interessanti per la riforma del sistema italiano. I principali paesi europei hanno sviluppato approcci differenziati alla questione del bilanciamento tra sviluppo portuale e tutela paesaggistica, dai quali è possibile trarre utili indicazioni.

Il sistema francese si caratterizza per un approccio pragmatico che riconosce la specificità delle aree portuali. Il *Code de l'urbanisme* prevede infatti disposizioni speciali per le zone portuali che temperano l'applicazione dei vincoli paesaggistici ordinari. La zonizzazione speciale dei porti consente di modulare l'intensità della tutela in funzione delle caratteristiche delle diverse aree, mentre l'integrazione della pianificazione portuale nella pianificazione territoriale generale garantisce coerenza e coordinamento. Le procedure accelerate per le opere di interesse nazionale assicurano tempi certi per la realizzazione delle infrastrutture strategiche⁵⁵.

Il modello spagnolo presenta caratteristiche di particolare interesse per il caso italiano. La *Ley de Costas* contempla un regime speciale per i porti di interesse generale che facilita significativamente la realizzazione di infrastrutture. La competenza esclusiva statale sui porti di interesse generale elimina conflitti di competenza tra livelli di governo, mentre le procedure semplificate garantiscono rapidità decisionale. I meccanismi di coordinamento tra amministrazioni, basati su protocolli e accordi preventivi, prevengono conflitti in fase attuativa⁵⁶.

Il caso olandese rappresenta un'eccellenza nella pianificazione integrata di lungo periodo. Il sistema dei Paesi Bassi si caratterizza per orizzonti temporali estesi (30-50 anni) che consentono di programmare lo sviluppo infrastrutturale con largo anticipo, facilitando l'integrazione paesaggistica. Il forte coordinamento tra livelli di governo, realizzato attraverso strutture permanenti di concertazione, garantisce coerenza nelle scelte. L'approccio progettuale innovativo, che considera la qualità architettonica e paesaggistica come elemento qualificante della competitività portuale, ha prodotto risultati di eccellenza riconosciuti internazionalmente⁵⁷.

⁵⁴ C. De Stefanis, *Al via le zone semplificate al Centro Nord*, cit., 43 ss.

⁵⁵ Sul punto, v. *Code de l'urbanisme*, art. L.151-23, in www.legifrance.gouv.fr; cfr. anche A. Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme*, Paris, 2022, 173 ss., ove si evidenzia come la zonizzazione portuale consenta una modulazione dei vincoli paesaggistici in funzione delle esigenze infrastrutturali e della natura strategica delle aree interessate.

⁵⁶ La Ley 22/1988, de Costas, all'art. 3, esclude dal proprio ambito di applicazione i porti di interesse generale, i quali restano assoggettati a una disciplina speciale contenuta nella Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, nonché nel Real Decreto Legislativo 2/2011, che conferisce allo Stato competenza esclusiva in materia di pianificazione, realizzazione e gestione di tali infrastrutture (artt. 12 ss.). La normativa sui porti stabilisce, inoltre, procedure semplificate e meccanismi di coordinamento istituzionale, basati su protocolli e convenzioni tra l'amministrazione centrale (Puertos del Estado) e le Comunità autonome, al fine di garantire celerità decisionale ed evitare conflitti di competenza. Sul punto, v. A. Sánchez Blanco, *La gestión de los puertos de interés general: actividad comercial y dominio público*, in *Revista REALA*, 2002, 115 ss.

⁵⁷ Il sistema di pianificazione territoriale e infrastrutturale dei Paesi Bassi si fonda su strumenti normativi e strategici a lungo termine, che prevedono orizzonti temporali fino a 30–50 anni. In particolare, l'*Omgevingswet* (Legge sull'ambiente e l'assetto del territorio), entrata in vigore nel 2024, introduce un approccio integrato alla gestione

L'esperienza di alcuni porti extraeuropei dimostra che è possibile coniugare sviluppo infrastrutturale e qualità paesaggistica attraverso approcci innovativi che considerano il paesaggio non come vincolo ma come risorsa.

Singapore ha sviluppato un modello di integrazione porto-città che ha trasformato il *waterfront* in un elemento di attrazione turistica e di qualità urbana. Gli investimenti significativi nella qualità architettonica delle infrastrutture portuali hanno creato landmark riconoscibili che contribuiscono all'identità della città-stato. La creazione di spazi pubblici fruibili lungo il *waterfront* ha trasformato aree precedentemente inaccessibili in luoghi di aggregazione sociale, dimostrando come lo sviluppo portuale possa contribuire alla qualità urbana complessiva.

Sydney rappresenta un altro esempio significativo di valorizzazione paesaggistica del porto. Il sistema australiano ha saputo bilanciare rigidi controlli sul patrimonio storico con le esigenze di sviluppo sostenibile del porto. Il *waterfront* di qualità è diventato un elemento di attrazione per turismo e investimenti, generando valore economico aggiuntivo⁵⁸. La *governance* integrata degli aspetti funzionali e paesaggistici, attraverso autorità dedicate con competenze trasversali, ha garantito coerenza nelle scelte di sviluppo.

Si aggiunga che di recente i porti industriali/commerciali sono essi stessi divenuti attrattori turistici⁵⁹, casi esemplificativi sono Barcellona, Amburgo, Rotterdam e Anversa visitati da centinaia di migliaia di turisti.

Questi esempi dimostrano che la qualità paesaggistica può diventare un fattore di competitività piuttosto che un vincolo. L'investimento nella qualità progettuale e nella valorizzazione paesaggistica genera ritorni economici significativi attraverso l'attrazione di turismo, investimenti e attività di pregio. La sfida per il sistema italiano è quella di superare la contrapposizione tra tutela e sviluppo per abbracciare una visione integrata che consideri la qualità paesaggistica come componente essenziale della competitività portuale.

9. Conclusioni e prospettive. Una delle proposte più innovative per superare le criticità attuali riguarda l'istituzione di una Soprintendenza speciale dedicata esclusivamente alle aree portuali. Questa soluzione, che trova precedenti nell'istituzione di Soprintendenze speciali per specifiche aree geografiche o tematiche, potrebbe consentire lo sviluppo di competenze specialistiche nella valutazione paesaggistica delle opere portuali⁶⁰.

dello spazio fisico, con strumenti di pianificazione multilivello che unificano urbanistica, ambiente, infrastrutture e paesaggio. Il precedente *Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte* (SVIR) definiva già una visione strategica nazionale fino al 2040, integrata con i *Nationale Omgevingsvisie* (NOVI). La pianificazione è attuata mediante un forte coordinamento intergovernativo, reso possibile da strutture permanenti di concertazione tra governo centrale, province e municipalità, secondo un modello di *multi-level governance* ispirato al principio della co-produzione decisionale. Sul punto, v. H. Priemus, H. Zonneveld, *Planning and the challenge of the Dutch delta*, in *European Planning Studies*, 2003, 351 ss.; PBL Netherlands Environmental Assessment Agency, *Spatial Outlook 2023*, The Hague, 2023; J. de Roo, G. Porter, *Fuzzy Planning: the role of actors in a fuzzy governance environment*, Aldershot, Ashgate, 2007. La giurisprudenza olandese ha più volte ribadito il principio della "coerenza sistemica" tra gli atti di pianificazione nazionale e locale, in quanto elemento essenziale di legittimità degli strumenti esecutivi (*Raad van State*, sent. 2010/8731, su piani infrastrutturali di Rotterdam-Harborlink).

⁵⁸ G. Amendola, *Il turista e la città. Tra Grand Tour e architettura*, Bari, 2025, 72 ss.

⁵⁹ E. Tommarchi, *Port Cities, Heritage Cities. A comparative perspective on maritime cultural quarters*, in *Portus Plus*, 2020; M. Caja, *La HafenCity Hamburg: Una città-porto tra continuità e innovazione*, in *Portus Plus*, 2011; M.J. Andrade, J.P. Costa, *Touristification of European Port-Cities: Impacts on Local Populations and Cultural Heritage*, in A. Carpenter, R. Lozano (a cura di) *European Port Cities in Transition. Strategies for Sustainability*, Cham, 2020.

⁶⁰ La Soprintendenza speciale per il PNRR è stata istituita con il d.l. n. 77/2021 (*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza*), convertito con l. n. 108/2021, e disciplinata dal d.P.C.M. n. 169/2019, come modificato dal d.P.C.M. n. 123/202. La Soprintendenza speciale PNRR è configurata come «ufficio di livello dirigenziale generale straordinario» (il che conferma la possibilità di istituire strutture specializzate con durata determinata).

La Soprintendenza speciale per i porti dovrebbe caratterizzarsi per una composizione multidisciplinare che includa non solo le tradizionali professionalità del Ministero della Cultura, ma anche ingegneri portuali, esperti di logistica marittima e specialisti in economia dei trasporti. Questa eterogeneità di competenze garantirebbe una valutazione più equilibrata e consapevole delle specificità del contesto portuale, superando l'approccio mono disciplinare che caratterizza le attuali Soprintendenze territoriali.

La competenza territoriale di tale organismo dovrebbe estendersi a tutti i porti di rilevanza nazionale, garantendo uniformità di criteri valutativi e certezza del diritto per gli operatori. L'adozione di procedure dedicate, con tempi certi calibrati sulle esigenze del settore portuale, consentirebbe di superare l'attuale disallineamento temporale tra procedure portuali e autorizzazioni paesaggistiche.

Particolarmente importante sarebbe il ruolo di coordinamento preventivo che la Soprintendenza speciale potrebbe svolgere nella fase di pianificazione. La partecipazione attiva alla redazione dei Piani Regolatori Portuali e dei Piani di Sistema consentirebbe di individuare preventivamente le soluzioni progettuali più idonee a coniugare sviluppo infrastrutturale e tutela paesaggistica, prevenendo conflitti in fase attuativa.

Il modello di riferimento potrebbe essere individuato nella Soprintendenza speciale per il PNRR, istituita con l'obiettivo di accelerare le procedure per le opere del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*. L'esperienza di questo organismo, che ha dimostrato come sia possibile coniugare celerità procedurale e qualità delle valutazioni tecniche, potrebbe essere utilmente trasferita al settore portuale.

Un'ulteriore proposta di riforma riguarda l'attribuzione alle Autorità di Sistema Portuale di competenze dirette in materia paesaggistica, sul modello di quanto previsto per gli Enti Parco nazionali. L'articolo 146, co. 6, del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* consente infatti forme di delega delle competenze paesaggistiche a enti dotati di particolare qualificazione tecnica: province, forme associative e di cooperazione fra enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni⁶¹.

L'estensione di questo modello alle AdSP presenterebbe indubbi vantaggi in termini di efficienza e coerenza amministrativa. La concentrazione in un unico soggetto delle competenze pianificatorie e autorizzative eliminerebbe duplicazioni procedurali e conflitti di competenza, garantendo una gestione unitaria e coordinata dello sviluppo portuale. Le AdSP, attraverso i propri uffici tecnici, potrebbero sviluppare competenze specialistiche nella valutazione paesaggistica portuale, superando l'attuale frammentazione delle valutazioni.

o permanente). Tale Soprintendenza conferma non solo che l'efficienza amministrativa è un principio legittimo per l'istituzione di Soprintendenze speciali, ma anche che il legislatore ha già riconosciuto la necessità di meccanismi di coordinamento e, quando necessario, di sostituzione delle competenze ordinarie per garantire efficacia ed efficienza amministrativa in settori strategici. La dottrina da tempo conviene sulla legittimità e sull'opportunità della specializzazione delle Soprintendenze v. sul punto M. Lunarelli, *Le Soprintendenze Archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1115 ss., che distingue chiaramente tra Soprintendenze ordinarie e speciali: «le Soprintendenze non possono essere considerate applicando come criterio esclusivo o prevalente quello dell'efficienza, eccetto che per le soprintendenze speciali, che agiscono secondo un approccio aziendalistico». Questa distinzione conferma che le Soprintendenze speciali possono legittimamente adottare criteri organizzativi e operativi diversi da quelli tradizionali, orientati all'efficienza e alla specializzazione settoriale, esattamente come proposto nel documento per le aree portuali.

⁶¹ La delega di funzioni paesaggistiche agli Enti Parco è prevista dalla l. n. 394/1991 (art. 13), che riconosce agli stessi poteri di rilascio del nulla osta paesaggistico per interventi all'interno delle aree protette. In giurisprudenza amministrativa, il TAR Campania (TAR Campania, 4 novembre 2022, n. 2946, in *giustizia-amministrativa.it*) e il Consiglio di Stato (Cons. di Stato 2 ottobre 2023, n. 8610, cit.) hanno riconosciuto che tali deleghe richiedono silenzio-assenso vincolante ed effettiva supervisione ministeriale. Attenta dottrina (S. Galletti, *Tutela del paesaggio e aree protette*, in *Urbanistica e Ambiente*, 2020) evidenzia che il modello funziona se supportato da controlli e struttura sanzionatoria efficaci, garantendo coniugazione tra snellezza procedurale e tutela paesaggistica.

Peraltro, permetterebbe di superare l'evidente aporia determinata dal fatto che la pianificazione portuale è stata del tutto resa autonoma da quella territoriale, eppure – in presenza di delega ai comuni delle competenze in materia paesaggistica, come sempre accade – le opere portuali siano assoggettate ad un parere reso dalla commissione paesaggistica comunale.

La delega integra le adeguate garanzie previste dal legislatore per il mantenimento di elevati standard di tutela. La AdSP infatti, per legge, sono enti che dispongono “di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia”. La predisposizione di piani paesaggistici di dettaglio per le aree portuali, sottoposti all'approvazione del Ministero della Cultura, garantisce il mantenimento del controllo statale sugli indirizzi generali di tutela. L'esperienza degli Enti Parco dimostra che questo modello può funzionare efficacemente, garantendo al contempo snellezza procedurale e adeguata tutela dei valori paesaggistici.

Una proposta particolarmente ambiziosa riguarda l'estensione dei meccanismi procedurali previsti per le ZES e ZLS all'intero sistema portuale nazionale (modificando l'art. 5, co. 5 *bis* e *ter*, l. n. 84/1994). Questa soluzione, che richiederebbe un intervento legislativo organico, consentirebbe di superare l'attuale frammentazione normativa garantendo procedure uniformi per tutti i porti di rilevanza nazionale⁶².

L'esperienza della ZES unica per il Mezzogiorno dimostra l'efficacia di un approccio unitario e coordinato. L'estensione di questo modello all'intero territorio nazionale, con gli opportuni adattamenti, potrebbe garantire quella certezza del diritto e quella rapidità procedurale indispensabili per la competitività del sistema portuale italiano. Le procedure semplificate dovrebbero applicarsi a tutti i porti sede di Autorità di Sistema Portuale, con meccanismi di superamento del dissenso analoghi a quelli già sperimentati nelle ZES.

La proposta dovrebbe prevedere tempi certi e perentori per la conclusione dei procedimenti, con silenzio-assenso decorsi i termini massimi previsti⁶³. L'istituzione di uno sportello unico per tutte le autorizzazioni necessarie, sul modello già sperimentato in altri settori, garantirebbe unicità dell'interlocutore e semplificazione per gli operatori.

Un approccio alternativo o complementare alle proposte precedenti riguarda il rafforzamento degli strumenti di pianificazione integrata⁶⁴. L'esperienza dimostra che molti conflitti potrebbero essere prevenuti attraverso un migliore coordinamento tra pianificazione paesaggistica regionale e pianificazione portuale in fase strategica.

La co-pianificazione rappresenta l'elemento centrale di questo approccio. L'elaborazione

⁶² In questo senso, v. le proposte di Assoporti nel documento *Semplificazione delle procedure autorizzative nei porti*, 2022.

⁶³ In arg. E. Giovannelli, *Contributo allo studio del silenzio-assenso orizzontale. Questioni irrisolte, sviluppi e prospettive*, cit; F. Scalia, *La controversa relazione tra il silenzio endoprocedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, cit., 125 ss.; P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit., 77 ss.; G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? Competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, cit.; M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la “questione aperta” del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, cit. 235 ss.; G. Corso, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *federalismi.it*, 2015; F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit., 11 ss.; E. Scotti, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 566 ss.; F. Martinez, *La “non decisione” sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990*, cit., 747 ss.

⁶⁴ In arg. v. S. Amoroso, *La “compressione” del governo del territorio tra infrastrutture strategiche, energie rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2023, 429 ss.; S. Peduto, *La pianificazione delle aree idonee come strumento di risoluzione dei conflitti tra interesse strategico, paesaggistico e ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 699 ss.

congiunta di piani paesaggistici e piani portuali (o meglio di un piano paesaggistico portuale regionale) attraverso tavoli tecnici permanenti (Ministero della Cultura, Regione e AdSP) consentirebbe di individuare soluzioni condivise che contemperino ab origine le diverse esigenze. La valutazione ambientale strategica, opportunamente rafforzata negli aspetti paesaggistici, potrebbe costituire la sede naturale per questa integrazione, consentendo di valutare preventivamente gli impatti cumulativi delle trasformazioni previste.

La zonizzazione differenziata all'interno delle aree portuali permetterebbe di modulare l'intensità della tutela paesaggistica in funzione delle caratteristiche specifiche delle diverse zone. Aree di particolare pregio o visibilità potrebbero essere soggette a tutele più stringenti, mentre zone già compromesse o destinate a funzioni prettamente operative potrebbero beneficiare di regime semplificati.

La definizione preventiva di linee guida progettuali condivise costituirebbe un ulteriore strumento per prevenire conflitti in fase attuativa. Criteri chiari e oggettivi per la valutazione della compatibilità paesaggistica delle opere portuali, definiti congiuntamente dalle amministrazioni competenti, garantirebbero maggiore certezza agli operatori e ridurrebbero la discrezionalità delle valutazioni caso per caso.

L'introduzione di meccanismi di compensazione paesaggistica rappresenta un'ulteriore strada percorribile per bilanciare gli impatti inevitabili di alcune opere portuali. Sul modello della compensazione ambientale già prevista dalla normativa VIA, potrebbero essere introdotti obblighi di compensazione specificamente orientati al paesaggio.

La compensazione paesaggistica non dovrebbe limitarsi a una mera monetizzazione del danno, ma tradursi in interventi concreti di riqualificazione e valorizzazione. Il recupero di aree degradate del *waterfront* portuale potrebbe compensare l'impatto di nuove infrastrutture, creando un saldo positivo in termini di qualità paesaggistica complessiva. La realizzazione di opere di qualità architettonica, capaci di divenire nuovi elementi identitari del paesaggio portuale, rappresenterebbe una forma di compensazione particolarmente efficace.

Gli interventi di mitigazione degli impatti, attraverso schermature vegetali, barriere visive di qualità o soluzioni progettuali innovative, potrebbero ridurre significativamente l'impatto percettivo delle nuove opere. Parallelamente, investimenti nella valorizzazione culturale e nella fruibilità turistica delle aree portuali storiche potrebbero creare nuove opportunità di sviluppo compatibili con la tutela paesaggistica.

Il sistema di compensazione dovrebbe essere regolamentato con precisione, definendo criteri oggettivi per la quantificazione degli impatti e la determinazione delle compensazioni necessarie. L'istituzione di un fondo dedicato, alimentato dai contributi degli operatori che realizzano interventi impattanti, potrebbe garantire le risorse necessarie per gli interventi di riqualificazione.

Per concludere, la questione della tutela paesaggistica nei porti rappresenta una delle sfide più complesse e urgenti per il sistema portuale italiano. L'analisi condotta ha evidenziato come il conflitto tra esigenze di sviluppo infrastrutturale e tutela del paesaggio, lungi dall'essere risolto, si sia anzi acuito con l'emergere di nuove sfide legate alla transizione ecologica, alla digitalizzazione e al cambiamento climatico.

Le criticità del sistema attuale sono molteplici e interconnesse. La frammentazione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali genera incertezza normativa e conflitti procedurali che rallentano lo sviluppo infrastrutturale. L'inadeguatezza delle procedure autorizzative, pensate per contesti diversi da quello portuale, determina tempi incompatibili con le dinamiche del mercato globale. La rigidità dei criteri valutativi applicati dalle Soprintendenze, che non tengono adeguatamente conto della specificità del contesto portuale, rischia di bloccare interventi essenziali per la competitività del sistema paese.

I tentativi di soluzione finora sperimentati hanno mostrato luci e ombre. L'introduzione di

meccanismi di superamento del dissenso, particolarmente attraverso la disciplina delle ZES, ha dimostrato che è possibile contemperare tutela e sviluppo attraverso procedure più efficienti. La recente riforma della ZES unica per il Mezzogiorno rappresenta un'evoluzione significativa in questa direzione, creando un modello che potrebbe essere utilmente esteso ad altre realtà territoriali.

Le proposte di riforma esaminate offrono prospettive interessanti per il superamento dell'attuale impasse. Tuttavia, nessuna soluzione procedurale o organizzativa può essere efficace senza un profondo cambio di paradigma culturale. È necessario superare la contrapposizione tra tutela e sviluppo per abbracciare una visione integrata che consideri la qualità paesaggistica come componente essenziale della competitività portuale. I porti non devono essere visti come corpi estranei nel paesaggio costiero, ma come elementi costitutivi di un paesaggio culturale stratificato che evolve mantenendo i propri valori identitari.

L'esperienza internazionale dimostra che questa sintesi è possibile. Porti come quelli di Singapore, Sydney o Rotterdam hanno saputo coniugare efficienza operativa e qualità paesaggistica, trasformando il *waterfront* in risorsa per l'intero territorio. La qualità progettuale, l'innovazione tecnologica e la pianificazione integrata sono gli strumenti attraverso cui questa trasformazione può realizzarsi.

Le sfide emergenti rendono ancora più urgente questa evoluzione. La transizione energetica richiede l'installazione di nuove infrastrutture che devono essere progettate come elementi qualificanti del nuovo paesaggio portuale sostenibile. La digitalizzazione e l'automazione stanno creando paesaggi portuali inediti che richiedono nuovi approcci progettuali e valutativi. Il cambiamento climatico impone interventi di adattamento che devono coniugare resilienza tecnica e qualità paesaggistica.

In questo contesto, il ruolo del diritto è quello di fornire un quadro normativo che faciliti questa evoluzione senza rinunciare alla tutela dei valori fondamentali. Servono norme che garantiscano certezza e rapidità decisionale senza sacrificare la qualità delle valutazioni. Procedure che valorizzino la progettazione e la pianificazione integrate. Meccanismi che incentivino la qualità architettonica e paesaggistica degli interventi.

La strada da percorrere richiede coraggio politico e visione strategica. È necessario un nuovo patto tra tutti gli attori coinvolti - istituzioni, operatori portuali, comunità locali, professionisti - che riconosca il valore strategico dei porti per l'economia nazionale e al contempo garantisca la tutela e valorizzazione del paesaggio costiero. Solo attraverso questo approccio integrato sarà possibile costruire il sistema portuale del futuro: efficiente, sostenibile e paesaggisticamente integrato.

Il tempo per agire è ora. La competizione internazionale non attende, e i porti italiani rischiano di perdere definitivamente posizioni se non sapranno modernizzarsi rapidamente. Ma questa modernizzazione non può avvenire a scapito del patrimonio paesaggistico che caratterizza le coste italiane. La sfida è quella di dimostrare che efficienza e bellezza, sviluppo e tutela, innovazione e tradizione possono e devono coesistere. È una sfida difficile ma non impossibile, che richiede il meglio delle competenze tecniche, giuridiche e progettuali del paese.

In conclusione, la questione della tutela paesaggistica nei porti non è solo un problema tecnico-giuridico, ma tocca il cuore dell'identità nazionale e del modello di sviluppo che l'Italia intende perseguire. Risolverla significa contribuire a definire il futuro del paese, dimostrando che è possibile essere competitivi nel mercato globale senza rinunciare ai valori che rendono unico il territorio italiano. È questa la vera posta in gioco, ed è per questo che trovare una soluzione non è solo opportuno, ma assolutamente necessario.

Abstract. La tutela paesaggistica nei porti marittimi rappresenta uno dei nodi gordiani più

complessi del diritto portuale italiano contemporaneo. L'intersezione tra le esigenze di sviluppo infrastrutturale, la competitività economica dei porti e la protezione del patrimonio paesaggistico costiero genera un conflitto normativo e operativo che, nonostante numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali, rimane sostanzialmente irrisolto. Il presente lavoro analizza criticamente lo stato dell'arte della tutela paesaggistica nelle aree portuali, evidenziando le principali criticità normative e procedurali derivanti dalla sovrapposizione tra il regime generale del *Codice dei beni culturali* (d.lgs. n. 42/2004) e la disciplina speciale portuale. Particolare attenzione è dedicata ai recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di silenzio-assenso orizzontale e ai meccanismi di semplificazione introdotti per le Zone Economiche Speciali. L'analisi evidenzia come le sfide emergenti - transizione energetica, digitalizzazione, cambiamento climatico - rendano ancora più urgente il superamento dell'attuale frammentazione normativa. La ricerca esamina le soluzioni adottate in altri ordinamenti europei ed extraeuropei, proponendo un ventaglio di opzioni di riforma che spaziano dall'istituzione di una Soprintendenza speciale dedicata ai porti all'estensione dei meccanismi procedurali delle ZES all'intero sistema portuale nazionale. Le conclusioni sottolineano la necessità di un cambio di paradigma culturale che superi la contrapposizione tra tutela e sviluppo, abbracciando una visione integrata che consideri la qualità paesaggistica come componente essenziale della competitività portuale.

Abstract. Landscape protection in maritime ports represents one of the most complex Gordian knots in contemporary Italian port law. The intersection between infrastructure development needs, economic competitiveness of ports, and protection of coastal landscape heritage generates a regulatory and operational conflict that, despite numerous legislative and jurisprudential interventions, remains substantially unresolved. This work critically analyzes the state of the art of landscape protection in port areas, highlighting the main regulatory and procedural criticalities arising from the overlap between the general regime of the *Cultural Heritage Code* (legislative decree no. 42/2004) and special port regulations. Particular attention is given to recent jurisprudential developments regarding horizontal tacit consent and simplification mechanisms introduced for Special Economic Zones. The analysis shows how emerging challenges - energy transition, digitalization, climate change - make overcoming the current regulatory fragmentation even more urgent. The research examines solutions adopted in other European and extra-European legal systems, proposing a range of reform options ranging from establishing a special Superintendency dedicated to ports to extending ZES procedural mechanisms to the entire national port system. The conclusions emphasize the need for a cultural paradigm shift that overcomes the opposition between protection and development, embracing an integrated vision that considers landscape quality as an essential component of port competitiveness.

Parole chiave. Tutela paesaggistica – Porti marittimi – Autorità di Sistema Portuale – Soprintendenza – Autorizzazione paesaggistica – Zone Economiche Speciali (ZES) – Conferenza di servizi – Silenzio-assenso orizzontale – Competenze costituzionali – Pianificazione portuale – Transizione energetica – Compensazione paesaggistica – Semplificazione amministrativa – Bilanciamento di interessi.

Key words. Landscape protection – Seaports – Port System Authority – Superintendency – Landscape authorisation – Special Economic Zones (SEZs) – Services Conference – Horizontal silence-consent – Constitutional competences – Port planning – Energy transition – Landscape compensation – Administrative simplification – Balancing of interests.

TEORIA E PRASSI DELLA FORMA DI GOVERNO: SPUNTI SULL'ELEZIONE DIRETTA DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO A PARTIRE DAL FATTO A RILEVANZA COSTITUZIONALE COME NUOVO FORMANTE*

di Luca Dell'Atti** e Marta Ferrara***

47

Sommario: 1. Introduzione. Domande a fondamento della ricerca e approccio analitico. – 2. Il fatto come evento trasformativo delle regole tra costituzione formale e materiale. – 3. Macro e micro-legalità costituzionale alla prova di «resistenza» del fatto. – 4. Mutamenti impliciti: la funzione integrativa del fatto emergenziale ed europeo nel senso della tendenza diarchica. – 5. Mutamenti espliciti: la funzione conformativa del fatto leaderistico nel senso della tensione monocratica. – 6. Tracce conclusive. Per una qualificazione costituzionalmente orientata dei mutamenti della forma di governo, con particolare attenzione alla figura-Parlamento.

1. Introduzione. Domande a fondamento della ricerca e approccio analitico. Il presente studio, redatto a quattro mani, si interroga sulla incidenza del fatto sulle più recenti evoluzioni conosciute dall'organo-Governo tanto nel suo assetto interno – e, precisamente, nel rapporto tra Presidente del Consiglio e Consiglio dei ministri e tra Presidente del Consiglio e singolo ministro –, quanto in quello esterno – implicante l'interrelazione tra i poteri dello Stato –, nella più ampia dinamica della forma di governo. In questo perimetro tematico, il lavoro intende sviluppare due livelli, l'uno teorico, l'altro di prassi. Il primo ospita le letture che la dottrina nazionale e comparata hanno impresso al fatto rilevante «nel» e «per» il diritto pubblico e al suo impatto sull'ordinamento; il secondo riannoda, invece, i principali casi materiali in cui il fatto è sembrato riflettersi sull'Esecutivo, determinando un'intensificazione o, al contrario, un ridimensionamento della sua azione complessiva, quando non un diverso bilanciamento tra le sue componenti interne.

Anticipando un'obiezione di facile intuizione – non foss'altro perché sorta in un primo momento negli stessi Autori –, giova sgombrare il campo dall'idea che uno studio (l'ennesimo) sul Governo sia privo di reale innovatività. Al di là dell'argomentazione, per così dire, logica, secondo cui il fatto espone le funzioni esecutive e le relazioni intersistemiche a un esercizio che è per definizione sempre diverso da quelli che lo hanno preceduto, si ritiene qui infatti che il *factum* e la sua metabolizzazione sistemica abbiano in qualche misura predisposto l'ordinamento ad accogliere il dibattito intorno alla possibile elezione diretta del presidente del consiglio dei ministri, condensata oggi in un disegno di legge di revisione di

* *Sottoposto a referendum*. Secondo la seguente partizione: a Marta Ferrara si imputano i §§ 1, 2 e 3; mentre a Luca Dell'Atti i successivi §§ 4, 5, 6.

** Ricercatore t.d., lett. b), di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Bari Aldo Moro.

*** Ricercatrice t.d., lett. b), di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Teramo.

iniziativa governativa¹.

Prima di addentrarsi nel lavoro, talune precisazioni di metodo e di merito costituzionale appaiono indifferibili. Nel contesto della forma di governo parlamentare, qualsiasi isolamento analitico del Governo dal *pantheon* di soggetti istituzionali conduce a una visione parziale e riduzionistica della costituzione dei poteri. Per quanto, infatti, gli eventi producano riflessi innovativi più avvertibili sulla funzione esecutiva, essi in ogni caso influenzano anche le azioni degli altri attori pubblici, non solo per la relazione permanente che avvince l'esecutivo al legislativo², ma anche per la regola di proporzionalità inversa che alimenta l'equilibrio dei pubblici poteri. Quando un soggetto istituzionale cresce in peso funzionale, un altro, in modo inevitabile, tende infatti a ridursi. Per questo, lo studio considera l'impatto di un fatto o di un fattore specifico – qui usati come sinonimi – in relazione non solo all'organo-Governo, ma anche agli altri soggetti istituzionali che ne sono anche solo in misura marginale investiti.

L'architettura bipartita e mista che sorregge il lavoro, costituita, come detto, dalla teoria e dalla prassi, incide sulla scelta del metodo analitico, che sarà deduttivo, nella ricostruzione teorica del circuito fatto-governo, quindi induttivo, nella rassegna delle prassi maturate nel periodo che intercorre tra la XVI e la XIX legislatura, sui quali lo studio si concentra.

2. Il fatto come evento trasformativo delle regole tra costituzione formale e materiale.

Il mutamento prodotto da eventi materiali³ rappresenta per gli assetti istituzionali e normativi un fattore costante di dinamismo, che incide sostanzialmente su tutti i processi ascrivibili al diritto pubblico, introducendo una misura del tempo autonoma, distinta e di certo più attuale rispetto a quella che le regole formalizzate tendono a esprimere. Il fatto si profila però anche come elemento di tensione, quando contribuisce a «stressare» lo Stato-ordinamento

¹ Cfr. d.d.l. cost. A.S. 935, A.C. 1921, *Modifiche alla parte seconda della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica*, XIX leg.; *infra*, § 5. Allo stato in cui si scrive, il d.d.l. è corso di esame in prima lettura presso la Camera dei deputati.

² L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, 642 ss.

³ Qui da intendersi come eventi naturalistici che sono collocabili al di fuori del diritto positivo e che possono innescare *ex se* un cambiamento alla Costituzione in senso formale e materiale.

comprimendone, a date condizioni, la continuità⁴, che ne è uno tra i principi di struttura⁵. Nell'uno e nell'altro caso – che si interpreti l'accadimento materiale come fattore innovativo o come evento dalla capacità dirompente –, il fatto veicola nell'ordinamento una realtà materiale che stimola la normatività della Costituzione, il rispetto dei suoi limiti, e, in definitiva, la sua durata nel tempo⁶. Questo spiega perché la relazione tra fatto e diritto pubblico rappresenta un tema classico nella teoria generale⁷ e nella relativa configurazione dello Stato moderno⁸, ma non solo. Essa si pone, oggi, come legame esistenziale all'interno dei rapporti tra diritto domestico e diritto sovranazionale⁹ e in quelli tra tecnica e diritto¹⁰, che taluni interpretano in senso problematico come perdita della capacità ordinante della Costituzione¹¹. Le direzioni attraverso le quali il fatto sembra agire nello stato contemporaneo sono due: quella della «integrazione» e quella della «conformazione». L'integrazione fattuale

⁴ Per un inquadramento generale sulla continuità nella riflessione pubblicistica italiana, si vedano, almeno, L. Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, I, Milano, 1958, 3 ss.; C. Mortati, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 204-214; V. Crisafulli, *La continuità dello Stato* (1964), ripubblicato in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 3-52; Id., *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale italiano* (1970), II ed. riv. e accr., rist. in., Milano, 1984, 107-110; T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), ora in *Opere*, t. I. *Teoria generale*, Milano, 2000, 479 ss.; E. Tosato, voce *Stato (dir. cost.)*, c) *Teoria generale e diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, spec. 774 s.; G. Azzariti, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, 2000; S. Pugliatti, *La grammatica e il diritto*, Milano, 1978, 79-100; C. Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2014, 1-11; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 69-70, 91 ss.; Id., *Costituente e costituzionalismo: continuità e discontinuità*, in *Dem. dir.*, 4, 2005, 12 ss.; con attenzione specifica alla transizione costituzionale italiana avutasi tra il 25 luglio 1943 e il 2 giugno 1946 e ai connessi aspetti giuridico-istituzionali, M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, 2000, in part. 241 ss.; Id., (voce) *Continuità*, in M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, 100 ss.; Id., voce *Costituzione provvisoria*, *ivi*, 126 ss.; nonché, con uno sguardo al successivo processo costituente, C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, 1945, ora in *Raccolta di scritti. I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, 1972, 3 ss. Di recente, lo specifico profilo giurisdizionale nella fase provvisoria è stato affrontato da A. Ridolfi, *La giurisdizione durante il regime costituzionale provvisorio e la sua valutazione nella giurisprudenza successiva*, in *Nomos*, 2, 2017, 1 ss., mentre un approccio «di sistema» sulle ricadute istituzionali, normative e organiche del principio di continuità si trova, ove si voglia, in M. Ferrara, *Contributo allo studio della continuità come principio di sistema nel diritto pubblico*, Torino, 2024.

⁵ Per questa definizione cfr. M. Ferrara, *Contributo allo studio della continuità*, cit., in part. 74-76.

⁶ V. Crisafulli, *La continuità dello Stato* (1964), ripubblicato in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 4 ss.

⁷ La dottrina si è tradizionalmente divisa in ordine alle classificazioni del fatto e alla qualità dell'impatto di questo sul sistema giuridico, salvo poi trovare una qualche convergenza verso l'inammissibilità di modifiche che vadano oltre il limite generale della continuità ordinamentale che è identificabile, seppure da angolazioni teoriche differenti, nel nucleo assiologico delle Costituzioni moderne. Rispetto a quest'ultimo profilo una spaccatura si registra in letteratura, semmai, in relazione al diverso approccio, formale (H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la prospettiva del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, 114 e 374, per il quale la continuità è data dalle norme costituzionali razionalizzate), realista (C. Schmitt, R. Smend) e materiale (Jellinek, Mortati, Romano), attraverso cui la continuità è esaminata.

⁸ In senso conforme, v., tra gli altri, P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 18-21.

⁹ Su cui *ultra*, in questo paragrafo.

¹⁰ Tema che ha negli ultimi anni raggiunto una forte dilatazione tematica. Per un inquadramento delle questioni più rilevanti, si vedano: E. Cheli, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 1-10; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità*, in *DPCE on line*, 50 (num. sp.), 2021, 1737-1752, nonché, più di recente e con una specifica attenzione al ruolo europeo nella regolazione degli assetti digitali, il volume a più voci curato da F. Pizzetti, *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024.

¹¹ A. Mangia, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, 1, 2020, 82.

entro il dato normativo si apprezza, in particolare, nel rapporto tra la prassi e la forma di governo¹², mentre la conformazione si riscontra nel processo di giuridicizzazione del fatto, che acquisisce in tal modo stabilità e certezza, nel caso macroscopico dell'instaurazione di fatto di un ordinamento¹³, come in quello più circoscritto della sottoscrizione dell'accordo di prestito (art. 15, reg. UE 2021/241)¹⁴, da parte dello Stato che beneficia delle risorse economiche provenienti dal programma europeo *Next Generation*. La giuridificazione del fatto assolve infatti a una funzione di metabolizzazione dei mutamenti, anche quando questi coinvolgono sistemi normativi di differente livello.

3. Macro e micro-legalità costituzionale alla prova di «resistenza» del fatto. Come anticipato, il fatto si pone in un rapporto di tensione con il diritto della continuità, non tanto sul versante della funzione «normogena», in virtù della quale il fatto anticipa ciò che è rilevante per i processi giuridici – Georg Jellinek definisce questa capacità come «forza normativa del fatto»¹⁵, mentre Hans Kelsen, quella di «metamorfosi del fattuale nel normativo»¹⁶ –, quanto su quello della funzione per così dire *disruptive*¹⁷, che coincide con il mutamento quando non con la sostanziale e irreversibile alterazione dell'assetto costituito. Il fatto può aprire, infatti, una crisi di macro-legalità costituzionale, quando incide in senso modificativo sull'ordine costituito al punto da determinare, in casi estremi, la rarefazione dello Stato, con un definitivo cambiamento dello «schema astratto di libertà e autorità»¹⁸. Vero è che, al di là delle qualificazioni dei fatti *disruptive* in termini di rottura o di discontinuità più o meno reversibile, sorge, come anticipato, una questione di normatività della Costituzione e dei suoi rimedi a tutela della continuità, mediante i quali essa resiste alla «dittatura» del fatto e previene, ove possibile, la manifestazione di rotture. È chiaro, infatti, che una norma della continuità come l'art. 139 Cost., che fa della struttura repubblicana l'unico limite espresso alla procedura di revisione, non può assicurare l'inespugnabile ed eterna tenuta del principio¹⁹, né elidere in via assoluta l'ipotesi di superamento sistemico per vie differenti dalle procedure formalizzate. Diversamente, a voler sostenere l'assoluta impermeabilità dell'art. 139 cost. al fatto, si produrrebbe l'archiviazione del problema teorico delle modifiche tacite²⁰.

¹² M. Ainis, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale* (2007), ora in *Sette profili di diritto pubblico*, Napoli, 2013, 20.

¹³ C. Esposito, (voce) *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1961, vol. IX, 462 ss.

¹⁴ Regolamento(UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

¹⁵ G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, tr. it. sulla II ed. tedesca di M. Petrozziello, Milano, 1921, 518.

¹⁶ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (*Das Problem der Souveränität*, Tübingen, 1920), tr. it. A. Carrino, Milano, 1989, 241.

¹⁷ Richiamando l'espressione messa a punto, per alter finalità analitiche, da C. Christensen, J.L. Bower, *Disruptive Technologies: Catching the Wave*, H.B.R., 73, 1, January-February, 1995, 45-53.

¹⁸ Così C. Mortati, in un appunto preparatorio di una relazione che avrebbe dovuto tenere a Sassari, sul diritto di resistenza; sull'importanza di questi ritrovamenti, cfr. T. Serra, *Il 'diritto' di resistenza in Mortati*, in *Nomos*, 1, 2016, 1 ss. È questo il caso in cui il fatto determina un contrasto aperto e dirompente con la continuità, al punto da eccederne la capacità contenitiva e degenerare in una situazione estranea all'ordine posto. Rispetto a queste ultime ipotesi, la dottrina tende invero a ridimensionare il *chaos* provocato dal discontinuo sull'assetto istituzionale e normativo previgente per un principio di economia ordinamentale che è prossimo a quello di continuità. Pertanto, in una situazione in cui il diritto previgente è superato e uno nuovo va via via affermandosi, non è escluso che il nuovo potere trovi di qualche utilità l'applicazione temporanea del diritto previgente.

¹⁹ L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni, ebook*, Bologna, 34 ss. *Contra* v. S.M. Cicconetti, (voce) *Revisione costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, vol. XL, 156.

²⁰ Su cui si vedano almeno: P. Laband, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, Zahn & Jaensch, 1895, 2 ss.; F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione* (1951), in *Scritti di diritto*

Ora, tenendo in disparte la rilevanza del fatto come problema di macro-legalità che non ha assunto, almeno nell'Italia repubblicana, le fattezze preoccupanti di rottura irreversibile o di instaurazione di una nuova Costituzione, ci si concentra sulla sua incidenza «micro», con particolare riguardo all'organo-Governo e al suo assetto interno, sul versante sia soggettivo, sia funzionale. Il circuito analitico in cui ci si addentra guarda, nello specifico, ai rapporti tra fatto, continuità e potere esecutivo, sul presupposto che anche gli attori istituzionali e, nello specifico, quelli che agiscono all'interno della forma di governo, siano calati nel contesto del diritto della continuità e da questo vincolati. L'impostazione qui descritta è evidentemente lontana dall'ottica meramente politica e ideologica con cui le categorie del continuo e del discontinuo vengono in genere evocate nella dialettica politica, di riflesso alla logica «schmittiana» nemico-amico. La prospettiva, semmai, è quella di valutare dal punto di vista giuridico i mutamenti fattuali occorsi a partire dalla XVIII legislatura in relazione alle norme costituzionali che definiscono la forma di governo nel quadro della democrazia rappresentativa e parlamentare (artt. 94 e 95 Cost., ma anche gli artt. 1, 3, 48 e 49 Cost.), fungendo da parametri della continuità ai fini della formazione dell'Esecutivo e della sua azione nel quadro costituzionale.

Sul piano teorico più generale, il fatto può atteggiarsi a causa attivante o di un mutamento della Costituzione «espresso», che si traduce nell'adozione di una legge di revisione formale della Carta, o di un mutamento «tacito» o «implicito», che è veicolato da consuetudini, convenzioni costituzionali e prassi²¹ e, per una parte della dottrina a impronta estensiva, anche da atti formali diversi dal *genus* delle leggi di revisione, come le leggi ordinarie²². La prassi suggerisce inoltre come i processi di integrazione costituzionale, tra cui quello di ibridazione del diritto nazionale con quello europeo²³, rendano possibile la «transizione categoriale» di un fatto da elemento implicito del mutamento a uno esplicito, per effetto di un successivo suo consolidamento all'interno di procedure giuridicizzate²⁴.

Il fatto di cui si discorre e di cui si riconosce il ruolo dinamico ai fini del mutamento implicito si situa all'interno di quella nozione di Costituzione materiale che è stata elaborata come noto da Mortati²⁵ ma che non è stata accolta sempre in modo pacifico in dottrina, ove non sono mancate le critiche avverso il contenuto eccessivamente sociologico della formula e la sua tendenza a una deriva olistica²⁶.

Allo scopo di tentare una riconduzione per categorie omogenee dei molteplici casi di prassi che hanno riguardato la «vita e la morte» dei governi più recenti e le loro travagliate vicende inerenti, tra le altre, alla scelta dei presidenti del consiglio e alla nomina dei ministri, ci si può concentrare sulle due principali funzioni che i fatti giuridicamente rilevanti svolgono in relazione alla forma di governo. Gli eventi materiali che incidono sul Governo afferiscono, in particolare, a una prima funzione di integrazione del dato formale, rappresentato dalle norme costituzionali; quindi, a una seconda, di conformazione delle norme costituzionali e ordinamentali. Nel primo caso, la norma preesiste al fatto, mentre nel secondo lo segue,

costituzionale, I, Torino, 1965, 83 ss.; R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto Costituzionale*, 1, 2020, 23-45.

²¹ T. Groppi, *Commento all'art. 138*, *Commento all'art. 138*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, 2719 ss.

²² A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Diritto e società*, 4, 2005, 451 ss.

²³ V. *infra*, § 4.

²⁴ Cfr. *supra*, § 2.

²⁵ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, 1940, ristampa inalterata con introduzione di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, 198.

²⁶ T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, 33; S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, risp. 36 e 40.

giuridicizzandolo.

Si può poi discutere in ordine agli effetti – a manifestazione singola o combinata – che gli accidenti producono sui componenti del Governo e sugli altri attori istituzionali. La sensazione è che i mutamenti taciti provochino un accrescimento delle funzioni di rappresentanza e coordinamento proprie, rispettivamente, del capo dello Stato e del presidente del consiglio, in modo duale; mentre quelli espliciti, fatti salvi i casi di crisi multiformi, tendono a favorire il peso funzionale del presidente del Consiglio, all'interno di un processo che può caratterizzarsi, in tutto o in parte, per una cristallizzazione *ex post* dei mutamenti impliciti.

4. Mutamenti impliciti: la funzione integrativa del fatto emergenziale ed europeo nel senso della tendenza diarchica. Fra i più significativi fattori di condizionamento *ab externo* della forma di governo italiana vi è l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, la quale è in grado di spiegare notevoli vincoli nei confronti del diritto nazionale per via del principio della *primauté* del diritto unionale su quello interno, anche di rango costituzionale, nonostante la sua qualificazione, da parte di certa dottrina, quale fonte fatto, poiché penetra l'ordinamento dall'esterno²⁷. Ben oltre, tuttavia, il profilo giuridico formale dell'adozione, attuazione o immediata applicazione di atti europei vincolanti, secondo le disposizioni pattizie che disciplinano i rapporti fra fonti unionali e interne, rileva qui la capacità di condizionamento sostanziale dell'Ue sulla definizione di *policies*, e, di seguito, sull'adozione di atti che danno loro forma giuridica, in grado di imprimere una poderosa flessione all'intero corpo della forma di governo delineata dalla Costituzione; in essa, soprattutto, alle disposizioni «a fattispecie aperta», cioè in grado di aprirsi a diverse e comunque legittime interpretazioni in ragione – per diverso tempo – dell'integrazione del fattore politico/partitico inteso quale formante della forma di governo²⁸, che – nei tempi più recenti – lascia spazio al (o, per lo meno convive col) fattore europeo²⁹.

Le disposizioni in parola sono anzitutto quelle che regolano le attribuzioni del presidente della Repubblica e del presidente del Consiglio, da cui dipende la definizione della posizione complessiva dei due organi nell'assetto costituzionale e i reciproci rapporti. Non per caso la costituzionalistica è tornata, negli ultimi anni, a produrre studi monografici e/o collettivi sui due organi nella loro complessità³⁰, nonché specifiche riflessioni relative all'estensione del ruolo di garanzia del capo dello Stato³¹ e alla primazia del presidente del Consiglio nel collegio governativo³² derivanti proprio dalla dimensione sovranazionale di una buona parte dell'indirizzo politico.

²⁷ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, VI ed. agg., 176; 202 ss.

²⁸ S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in F. Musella, (a cura di), *Il governo in Italia*, Bologna, 2019, 30 ss.

²⁹ N. Lupo, *Il Governo italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2018, 915 ss.

³⁰ S. Cassese, G. Galasso, A. Melloni (a cura di), *I presidenti della Repubblica*, Bologna, 2018; A. Pertici, *Presidenti della Repubblica*, Bologna, 2019; I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, Napoli, 2018; S. Cassese, A. Melloni, A. Pajno (a cura di), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2022; L. Dell'Atti, *Genesis, evoluzioni ed equivoci dell'organo Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, 2022.

³¹ B. Caravita, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle Camere*, in *Federalismi*, 22, 2010; A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 17 settembre; G. Piccirilli, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 387 ss.; M. Ferrara, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, Napoli, 2019.

³² I. Ciolli, *Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del Presidente del Consiglio*, in *Costituzionalismo*, 2, 2017, 199 ss.; E. Catelani, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione Europea*, Milano, 2019, 431 ss.

Del resto, la compartecipazione di capo dello Stato e capo del Governo occupa un posto centrale nella procedura di formazione del Governo, la quale, lungi dal descrivere solo la fase genetica di un certo gabinetto, offre alla costituzionalistica una prospettiva visuale attraverso cui analizzare le vicende complessive relative all'indirizzo politico e, per estensione, alla forma di governo parlamentare, che nel primo – nel fondamentale rapporto fra Parlamento e Governo – trova il suo vero *core*³³.

Il procedimento in parola è scandito dagli artt. 92, 93 e 94 Cost. che, tenuti assieme dalle consuetudini di matrice prerепubblicana, garantiscono la continuità dell'ordinamento tramite quella del Governo³⁴, il quale, se assume la pienezza sostanziale dei suoi poteri con la fiducia delle Camere, entra però formalmente in carica col giuramento nelle mani del presidente della Repubblica³⁵. È questa una singolarità del sistema italiano, ove confrontato con vicini sistemi parlamentari, nei quali il chiaro carattere monista della forma di governo dipende dal ruolo essenziale assegnato all'assemblea parlamentare nella legittimazione del *premier* – si badi – e non dell'intero collegio governativo³⁶.

Nelle parti non scritte delle citate disposizioni si sono sviluppati, in via di prassi, i rapporti fra capo dello Stato e capo del Governo, di cui sembra utile richiamare (sommariamente, poiché diffusamente commentati) gli accadimenti relativi ai gabinetti succedutisi nel corso della XVIII legislatura, in connessione con altre vicende costitutive del Governo che hanno parimenti evidenziato una latente tendenza alla diarchizzazione del sistema, in un reciproco processo di rafforzamento dei due vertici.

In dottrina, si è tratto un dato comune dalle tre esperienze di governo della legislatura in commento, per il resto molto diverse, quello della «governabilità a tutti i costi»³⁷: pur di non sciogliere le Camere anticipatamente, cioè, veniva agevolato un gabinetto sostenuto da due partiti che si erano presentati alternativi alle elezioni, smembrando la coalizione di centrodestra; rotto il patto Lega-Movimento 5 stelle, veniva assegnato un nuovo incarico al presidente del Consiglio dimissionario, ma col mandato di formare una maggioranza di fatto inversa, coi gruppi del centrosinistra, caduto il quale, infine, veniva formato un gabinetto a guida tecnica e composizione mista tecnica e politica. Solo alla caduta del governo Draghi, per via del venir meno del Movimento 5 stelle, i cui, gruppi parlamentari, nonostante avessero subito la scissione numericamente più significativa della storia repubblicana, restavano i più numerosi, si ricorreva allo scioglimento anticipato, a pochi mesi dallo spirare naturale della legislatura. Dunque, pur di non sciogliere le Camere, venivano agevolate successioni di formule politiche molto diverse fra loro, ma soprattutto, distanti da (se non distoniche con) gli esiti delle elezioni politiche del 2018. Al ripristino della carica rappresentativa del Parlamento, che può derivare solo dalle elezioni, allo scopo di rimettere alle nuove Camere il compito di risolvere la crisi di governo, si sostituiva il presidente della Repubblica, che invitava i partiti a trovare un accordo (qualche che fosse) sospingendoli nella direzione della governabilità anche quando i rapporti di cortesia istituzionale risultavano incrinati al punto da portare il *leader* del partito di maggioranza relativa (e ministro *in pectore*) a invocare la messa

³³ M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972. Sulle recenti evoluzioni delle teorie sull'indirizzo politico A. Morrone, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 7 ss.

³⁴ G. Cavaglion, *La formazione del Governo*, 2020.

³⁵ A. Torre, *Art. 93*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 1996, 1794 ss.

³⁶ Per un'analisi comparata di tali procedimenti v. S. Bonfiglio, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Torino, 2023.

³⁷ Così A. Lucarelli, *Il modello dualista dei "Presidenti": prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in questa Rivista, 1, 2021, II.

in stato di accusa del capo dello Stato.

In tutti gli avvicendamenti dei gabinetti sopra sintetizzati, insomma, l'obiettivo di assicurare la presenza di un Governo sembra aver prevalso su quello di assicurarne la rappresentatività: non tanto del gabinetto in quanto tale, quanto del circuito democratico nel suo complesso, e, in particolare, del *continuum* fra maggioranza e Governo che trova in Parlamento il necessario contrappunto dialettico nell'opposizione.

Sulla specifica posizione del presidente del Consiglio, in dottrina se ne segnalava un significativo e irregolare ridimensionamento proprio nelle intricate vicende costitutive del governo Conte I, a opera del «contratto di governo per il cambiamento», siglato dai *leader* dei partiti della costituenda maggioranza parlamentare³⁸. D'altra parte, per via dell'avvenuta frammentazione del sistema partitico (almeno) in tre poli, nonché della nuova legge elettorale che non ricorreva più a un congegno *majority assurance*, le convenzioni proprie del bipolarismo dell'alternanza non potevano operare. Così, dinanzi ai veti incrociati circa l'approdo alla presidenza del Consiglio di uno dei due *leader* del partito della maggioranza, la soluzione più adeguata sembrava l'attribuzione dell'incarico a un tecnico di area, che, per forza di cose, svolgeva un ruolo recessivo rispetto ai *leader* dei partiti, cui primariamente spettava l'onere di far funzionare l'inedita *partnership*, anche entrando nella compagine governativa quali vicepresidenti del Consiglio (invero continuando le prassi seguite dai governi Berlusconi II, III, Prodi II, Letta e ripresa, ora, dal governo Meloni).

Sebbene da qualche parte etichettato come anomalo³⁹, insomma, sembra a chi scrive che nella formazione del Conte I le cose si siano svolte in modo tutto sommato coerente a ripetute convenzioni che hanno contraddistinto l'evoluzione del sistema parlamentare italiano. Peculiare, invece, il rifiuto del presidente della Repubblica di nominare Paolo Savona al ministero dell'economia e delle finanze, non per il rifiuto in sé, che vanta noti precedenti, bensì per la sua motivazione – vale a dire la garanzia dell'appartenenza italiana all'Unione europea e, in particolare, a quella monetaria – ancorata, dunque, proprio al vincolo esterno⁴⁰. L'esperienza di governo cd. giallo-verde naufragava presto per il venir meno del patto di maggioranza, dimostrando che l'inedito «contratto di governo» era, invero, un classico accordo di governo, venato di peculiarità sul piano estetico/mediatico più che su quello sostanziale, del resto incapace di produrre effetti giuridici per la sua natura pur sempre politica⁴¹. In ogni caso, la formazione del governo Conte II – a parte il re-incarico al presidente del Consiglio dimissionario chiamato a formare un gabinetto sostenuto da una formula partitica assai diversa – percorreva nel modo più tradizionale e senza colpi di scena di sorta l'*iter* di formazione del Governo⁴².

Ancora a proposito della posizione del presidente del Consiglio, l'esperienza del Conte II viene notoriamente in rilievo per l'esposizione mediatica assunta dal capo del Governo durante la (e per via della) gestione dell'emergenza pandemica. La costituzionalistica, da più parti, ha messo in dubbio la piena legittimità del ricorso allo strumento del d.p.c.m. per l'adozione delle misure di contrasto al contagio, tuttavia affidate a tale atto sulla base della normativa ad hoc creata dal d.l. n. 6/2020, presto sostituito col d.l. n. 19, il quale, in risposta

³⁸ A. D'Andrea, *Del ridimensionamento per contratto del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposti dal capipartito)*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, 681 ss.; G. Di Cosimo, *Chi guiderà il governo presieduto dal professor Conte?*, in *La costituzione.info*, 2018, 25 maggio.

³⁹ M. Siclari, *Primi rilievi sulla formazione del governo Conte*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018.

⁴⁰ M. Ferrara, *Capo dello Stato*, cit., p. 32.

⁴¹ Fra gli altri v. I. Ciolli, *La formazione del I governo Conte tra regole, regolarità, innovazione e presunta privatizzazione degli accordi di governo*, in L. Tedoldi (a cura di), *Il presidente del Consiglio dei ministri*, cit., 485 ss.

⁴² Così A. Ruggeri, *La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web*, in *Consulta online*, 3, 2019.

a diverse critiche e preoccupazioni, prevedeva, oltre al coinvolgimento di altri membri del Governo nella gestione emergenziale, un preventivo passaggio dalle Camere e il coinvolgimento dei *forum* della cooperazione intergovernativa.

Anzi, con riferimento al principale strumento messo in campo per contrastare i contraccolpi economici della pandemia – vale a dire il *Recovery and Resilience Facility* (d'ora in poi RRF) nell'ambito della più ampia strategia di *Next Generation EU* –, la cui necessaria implementazione è stato argomento della formazione di un governo a guida tecnica dopo le dimissioni del secondo gabinetto Conte, si è notata la spirale di centralizzazione che ha connotato il passaggio dal governo Conte II al governo Draghi nella predisposizione dei meccanismi di *governance* del PNRR, dal secondo costruito attorno alla centralità della «cabina di regia» appositamente istituita presso la Presidenza del Consiglio e chiamata al coordinamento delle attività relative all'attuazione del piano, sia sul versante endo-governativo che su quello esterno⁴³.

Del resto, già il procedimento di formazione del governo Draghi registrava – specularmente rispetto a quello del Conte I – la marginalizzazione dei molti partiti della trasversale maggioranza in funzione dell'emersione di una sorta di modello dualista incentrato sul rapporto reciproco fra presidente della Repubblica e presidente del Consiglio incaricato⁴⁴, per via di un'interpretazione letterale ma minimale dell'art. 92, co. 2, Cost⁴⁵.

In entrambi i casi (assai diversi), gli indefiniti poteri di intermediazione affidati al presidente della Repubblica sono stati il veicolo attraverso cui il fatto dell'appartenenza all'Unione europea ha condizionato direttamente scelte di indirizzo del costituendo gabinetto: nel primo caso, l'impossibilità di ipotizzare la messa in discussione dell'euro⁴⁶, nel secondo, l'implementazione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, di cui, inoltre, si osserva in dottrina la capacità di condizionare l'indirizzo politico di governi e parlamenti oltre la legislatura XVIII nel corso della quale è stato adottato⁴⁷.

Il «fatto europeo» insomma, dimostra di poter condizionare l'*an* della formazione del Governo – tramite le attribuzioni presidenziali di cui agli artt. 88, co. 1, e 92, co. 2, Cost. – estendendo i confini della *extrema ratio* richiesta per lo scioglimento anticipato oltre l'ipotesi di incapacità dei gruppi parlamentari di dare autonomamente vita a un nuovo gabinetto, come pure i confini della nomina del presidente del Consiglio, accogliendo ipotesi di derivazione più presidenziale che parlamentare dell'incaricato. Si tratta di caratteri tipici del governo a guida tecnica: nella formazione dei governi Monti e Draghi erano gli asseriti rischi, rispettivamente, per la tenuta dei conti pubblici e della salute pubblica a sconsigliare di sciogliere le Camere⁴⁸, cui si aggiunga che la necessaria aderenza ai piani europei di reazione alle due crisi (rispettivamente il *Fiscal Compact* e il citato RRF) consigliava la nomina di un

⁴³ M. Guidi, M. Moschella, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 3, 2021, 405 ss.

⁴⁴ A. Lucarelli, *Il modello dualista dei "presidenti"*, cit.

⁴⁵ Per la posizione favorevole a tale interpretazione M. Ainis, *Le mosse di Draghi e la rivincita della Costituzione*, su *La Repubblica*, 12 febbraio 2021, e S. Cassese, *Le regole rispettate*, su *Il Corriere della sera*, 18 febbraio 2021; per quella critica G. Zagrebelsky, *La democrazia dall'alto*, su *La Repubblica*, 25 febbraio 2021, e M. Volpi, *La formazione del governo segnata dall'oscuramento della Costituzione*, su *Il Manifesto*, 13 febbraio 2021.

⁴⁶ A. Pertici, *Dalle elezioni del 4 marzo 2018 alla formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018.

⁴⁷ F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo*, 2, 2021, 51 ss.; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *Federalismi*, 18, 2021, 235 ss.; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, 1, 2022.

⁴⁸ A. Pierini, *I Governi tecnici in Italia*, in M. Volpi (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017, 43 ss.; C. De Fiores, *Alla ricerca della neutralità perduta. Presidenti della Repubblica e governi tecnocratici alla prova dell'emergenza*, in *Teoria politica*, 11, 2011, 25 ss.

nuovo gabinetto in grado di assicurare la loro implementazione, alla guida del quale venivano collocate personalità di riconosciuto profilo tecnico e spiccata autorevolezza, derivanti proprio dall'aver ricoperto ruoli di rilievo nelle istituzioni europee⁴⁹.

Assieme all'elemento sovranazionale, insomma, che connota in modo sempre più prescrittivo la forma di governo italiana, è il fattore emergenziale, legato al ricorsivo irrompere di eventi imprevisi, ad averne conformato gli equilibri e i rapporti, soprattutto nel senso di rafforzare la capacità decisionale del sistema, a scapito della sua rappresentatività, attraverso un rafforzamento del duo capo dello Stato-capo del Governo, a scapito del Parlamento, nello specifico senso di garantire l'esistenza di un gabinetto autorevole in grado di implementare decisioni prevalentemente assunte *aliunde*, sebbene col concorso dell'esecutivo italiano e, in particolare, del suo vertice. Ragione per cui si è sostenuto in dottrina che il rafforzamento del Governo rispetto al Parlamento corrisponde, invero, a un ridimensionamento dell'autonomia decisionale del primo sul piano internazionale⁵⁰; un esecutivo, allora, intrinsecamente debole nei confronti di maggioranze parlamentari frammentate e litigiose, la cui compattezza viene assicurata più dal continuo ricorso a tecnicismi parlamentari (quali la questione di fiducia e il *maxiemendamento*) che sul piano della solidità della formula politico-programmatica del gabinetto⁵¹.

Quest'ultima considerazione consente di osservare, nella magmaticità degli eventi dei governi succedutisi nella XVIII legislatura, il contributo di un terzo elemento, cioè la crisi (oramai pressoché endemica) di rappresentatività dei partiti italiani⁵² e la loro conseguente difficoltà ad assumere direttamente la responsabilità di fronteggiare momenti cruciali e, più in generale, di offrire formule politiche in grado – a prescindere dalla durata dei singoli gabinetti – di dare stabilità al sistema in una certa fase storica.

In effetti, la brevità del tempo medio di vita degli esecutivi è carattere tipico del Governo italiano che, però, considerato *uti singuli* dice poco. Occorre, invece, raffrontarlo col dato della stabilità della formula politica: dal 1948 a oggi si sono succedute, a capo di 78 governi, 33 persone. Mentre sino al 2011, il rapporto fra governi e presidenti del Consiglio è superiore a 2 su 1, dal 2011 a oggi il rapporto scende vertiginosamente a 1 su 1, essendosi, dal governo Monti al governo Meloni, succeduti 7 presidenti del Consiglio a capo di 8 gabinetti. Dalla lettura qualitativa di questi dati, con le cognizioni proprie della scienza politica applicata alle istituzioni e di quella giuridico-costituzionalistica, sembra potersi desumere che la stabilità complessiva in una certa fase è data – più che dalla durata degli esecutivi rispetto a quella della legislatura fissata dall'art. 60, co. 1, Cost. – dalla solidità dei partiti, dalla loro capacità di rappresentare interessi presenti nella società e di condizionare – certo, occupandole – le istituzioni repubblicane e, perciò, l'attività degli organi costituzionali.

Senza riaprire il dibattito circa la vincolatività giuridica o meno delle convenzioni elaborate dai partiti per integrare le norme costituzionali «a fattispecie aperta»⁵³, è diffusamente riconosciuto in dottrina che il fattore partitico conformi, per lo meno sul piano pratico, il modo d'essere della forma di governo, cosicché le difficoltà incontrate dai partiti nell'elaborare, praticare o consolidare regolarità (nuove o vecchie che siano), rappresentano un ulteriore fattore di sovraesposizione della «diarchia» nella direzione sospinta dal fatto emergenziale e richiesta dal fatto del vincolo esterno.

⁴⁹ M. Volpi, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in Id. (a cura di), *Governi tecnici*, cit., 1 ss.

⁵⁰ F. Salmoni, *Piano Marshall*, cit.

⁵¹ C. De Micheli, *Parlamento e governo in Italia*, Milano, 2015, spec. 107.

⁵² G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2017.

⁵³ Per questo dibattito classicamente si rinvia, su posizioni opposte, a L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, vol. XIX, 642 ss.; e M. Luciani, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, 538 ss.

5. Mutamenti espliciti: la funzione conformativa del fatto leaderistico nel senso della tensione monocratica.

Le esigenze di stabilità e decisionalità del Governo, ricondotte alla dimensione internazionale dei problemi contemporanei e dei consessi chiamati ad affrontarli, abitano da tempo il dibattito sulle riforme. Per esempio, la relazione finale dei lavori della commissione dei cd. saggi insediata dal governo Letta e presieduta dal suo ministro Quagliariello (qui citata perché composta da costituzionalisti e, dunque, di valore esemplificativo della riflessione dottrinale) indicava come prioritario garantire «efficienza, capacità decisionale e tempestività» al sistema di governo, «tenuto a misurarsi con competitori dotati di più salde strutture politiche», ritenendo a tal fine utili, fra l'altro, «meccanismi istituzionali che assicurino maggiore stabilità ed efficacia all'Esecutivo, agevolandone la capacità di governo»⁵⁴. Stabilità ed efficienza decisionale, del resto, sono le componenti del più ampio (e invero polisemico) concetto di governabilità⁵⁵, autentico *topos* della riflessione dottrinale sulle prestazioni della forma di governo⁵⁶, tanto ridondante da divenire oggetto di attenzione della giurisprudenza costituzionale, dalle pronunce in materia elettorale⁵⁷ a quelle sulle procedure di bilancio⁵⁸, che torna oggi al centro del dibattito attorno al disegno di legge costituzionale del governo in carica che viaggia nei rami del Parlamento al momento in cui si scrive⁵⁹.

È interessante osservare che la necessità di attrezzare il sistema italiano di un esecutivo stabile e di un *premier* forte viene sostenuta nondimeno l'apertura internazionale dell'ordinamento avrebbe già determinato, a Costituzione invariata, un processo del genere. Senza dire, poi, del frastagliato e problematico tema dell'alterazione impressa al sistema delle fonti e, di conseguenza, agli equilibri della stessa forma di governo, come da ultimo attestato, con una recente pronuncia sulla decretazione d'urgenza, dalla Corte costituzionale⁶⁰.

Inoltre, dopo un decennio di instabilità e stallo dell'assetto partitico, le elezioni del 2022 hanno restituito una maggioranza parlamentare chiara e solida, consentendo l'agevole dispiegarsi di consolidate prassi e convenzioni che hanno riconsegnato al Governo una connotazione eminentemente politica e ai partiti un certo protagonismo nei rapporti istituzionali. Di entrambi i fenomeni il processo di formazione del governo Meloni è ben esplicativo, come pure le tornate elettorali regionali e locali sin qui celebrate che paiono attestare la tendenza al ritorno a un sistema bipolare.

In altri termini, non si spiegherebbe l'esigenza di realizzare *ex lege* quei passi verso la normalizzazione del sistema parlamentare che, sul piano convenzionale ed elettorale, i partiti stanno già riuscendo a compiere⁶¹, se non si tenesse conto di un altro essenziale fattore che, da circa tre decenni, influenza linearmente il sistema dei partiti e quello di governo: prima e più che altrove, lo scenario politico italiano ha visto la transizione dal modello partitico di massa, burocratico, guidato da una nomenclatura di funzionari, a quello personale e incentrato sul *leader*, non tanto sulla sua persona *pro tempore*, ma sulla funzione propriamente

⁵⁴ Commissione per le riforme costituzionali, 2013, IV, 1, lett. a) e c).

⁵⁵ G. Pasquino, *Governabilità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1994, vol. 4.

⁵⁶ A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 296 ss.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 1/2014 e 35/2017.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., ordd. nn. 17/2019 e 60/2020.

⁵⁹ In questo senso, nel riferito dibattito, v. E. Catelani, *Riforme costituzionali per garantire la stabilità governativa*, in *Federalismi – Paper*, e G. Cerrina Feroni, *Rafforzare il Premier per rafforzare la legislatura: spunti per una riforma possibile*, entrambi in *Federalismi – Paper*, 7 giugno 2023; nonché A.M. Poggi, *Le "virtù" del premierato*, Torino, 2024, *passim*.

⁶⁰ Si tratta di Corte cost., sent. n. 146/2024, con note di R. Dickmann, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti*, e F. Fabrizzi, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, entrambi in *Federalismi*, 22, risp. 50 ss. e 73 ss.

⁶¹ Così R. Bin, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo. Qualche riflessione*, in *Federalismi – Paper*, 7 giugno 2023.

rappresentativa e non più solo di guida attribuita alla *leadership*⁶². Il riferimento è naturalmente agli anni '90 del secolo scorso, all'inedito modello aziendale e personale di partito cucito addosso alla singolare combinazione fra potere carismatico ed economico di Silvio Berlusconi. Singolarità, perciò, in qualche misura irripetibile, che, tuttavia, ha influenzato l'intero assetto partitico italiano, lo stesso sistema elettorale (la l. n. 270/2005 contemplava espressamente la figura del capo della coalizione) e, infine, tentato la complessiva torsione costituzionale attraverso la riforma efficacemente (e criticamente) etichettata in dottrina come «premierato assoluto»⁶³.

Del resto, una delle più significative lacune della forma di governo costituzionale del 1948 riguarda la mancata previsione di una forte «*leadership* democratica» in grado di reiterare quanto i sistemi parlamentari evolutosi seguendo il cd. modello Westminster avevano sperimentato in via di prassi⁶⁴. L'attuazione minimale e solo parziale dell'o.d.g. Perassi restituiva un disegno costituzionale non razionalizzato, conservando una certa continuità col passato prerepubblicano proprio con riguardo alle figure del capo dello Stato e di quello del Governo, ai rapporti fra essi e, in definitiva, al carattere autenticamente monistico del sistema parlamentare italiano⁶⁵.

E, in effetti, il processo di attuazione in via di prassi di una forma di governo dai confini ambigui è stata spesso, sin dai suoi primi passi, costellata da tentativi di emersione costituzionale del presidente della Repubblica⁶⁶, nei tempi più recenti resi di certo più agevoli dalla debolezza dell'assetto partitico e vieppiù sostenuti dall'incidenza interna del fattore europeo. Parallelamente, il dibattito sulle riforme istituzionali viene inaugurato all'inizio degli anni '80, fase delle prime esperienze di coincidenza fra *leadership* e *premiership* per la prima volta non provenienti dalla Democrazia cristiana, in concomitanza con l'inizio della crisi del sistema dei partiti; decennio chiuso con l'approvazione della l. n. 400/1988 sulla Presidenza del Consiglio, nello spirito di una sorta di emancipazione dell'assetto istituzionale da quello dei partiti.

Il decennio, per di più, ospitava la prima commissione per le riforme istituzionale che avviava i tentativi di riforma costituzionale bipartisan in rottura all'art. 138 Cost. Senza entrare nel merito di ciascuno di essi, le bicamerali Bozzi (1983-5), De Mita-Iotti (1993-4), D'Alema (1997) e di nuovo la già citata commissione Quagliariello (2013) proponevano diversificate ipotesi di razionalizzazione del parlamentarismo attraverso la soluzione monocratica, fosse questa declinata – con una certa apparente invarianza – nei termini del premierato o del semipresidenzialismo⁶⁷. Ma più decisive nel senso della ricostruzione del sistema attorno alla centralità della figura monocratica del premier erano, non per caso, le proposte di riforma approvate a maggioranza e legate alla piattaforma politico-programmatica di specifiche *leadership*, vale a dire quelle di Berlusconi e Renzi. Queste, nonostante la diversa provenienza

⁶² Sul punto si rinvia a M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010, e Id., *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

⁶³ La formula è notoriamente di L. Elia: *ex multis* nel Suo *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005.

⁶⁴ Così classicamente G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, Firenze, Vallecchi, 1967, *passim*. Di recente, nello stesso senso, A.M. Poggi, *Le "virtù" del premierato*, cit., 54 ss.

⁶⁵ A. Barbera, *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011, 9 ss.

⁶⁶ Per una loro ricostruzione v. C. Fusaro, *Per una storia delle riforme istituzionali*, in *Rivista trimestrale di diritti pubblici*, 2015, 431 ss.

⁶⁷ Cfr. M. Prospero, *Tra presidenzialismo e governo del premier: culture ed attori della riforma costituzionale*, in R. Leo, G. Pitruzzella (a cura di), *Modelli istituzionali e riforma della Costituzione*, Bologna, 1999, 239 ss.; G. de Vergottini, *Oltre il parlamentarismo?*, Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti *I costituzionalisti e le riforme*, Università degli Studi Roma Tre, 28 giugno 2013, rinvenibile *online*.

politica e personale, possono essere assimilate, *quoad effectum*, alla proposta di revisione costituzionale sul cd. premierato elettivo: la riforma Renzi attribuiva il premio di maggioranza alla lista e non più alla coalizione, creando le condizioni *ex lege* per il governo monocolore e, dunque, per lo scontro elettorale fra leader, soprattutto nell'eventuale secondo turno, rendendo le elezioni della Camera anche il momento della elezione de facto del presidente del Consiglio⁶⁸; la riforma Berlusconi prevedeva un meccanismo ambiguo e articolato per il quale il primo ministro, pur sempre nominato dal capo dello Stato (esplicitamente sulla base degli esiti elettorali), si candidava ad assumere l'ufficio «mediante collegamento con i candidati ovvero con una o più liste di candidati all'elezione della Camera dei deputati, secondo modalità stabilite dalla legge»; la riforma Meloni, infine, ha il merito di superare le ambiguità delle altre formule, prevedendo, sic et simpliciter, l'elezione diretta del presidente del Consiglio, con ciò di certo creando un unicum sul piano comparato delle democrazie liberali, ma, a un tempo, portando coerenza coi sistemi di governo regionale e locale cui gli elettori italiani sono da tempo accostumati⁶⁹.

Le tre riforme, nelle molte diversità di metodo e di merito, risultano accomunate dalla concezione di democrazia loro sottesa e, in particolare, dall'obiettivo di innestare un meccanismo solido e rigido del circuito democratico, incentrato sul *leader* e, di seguito, sul *premier*, attorno a cui finisce per muoversi non solo il sistema partitico ma anche quello istituzionale. Un sistema, insomma, democratico ma monocratico, ove le elezioni sono strumento di scelta e legittimazione del *leader* (fra quelli che concorrono nella competizione elettorale), più che di distribuzione della rappresentanza parlamentare. Un'ipotesi che, in effetti, supererebbe le ambiguità dualistico/diarchiche che hanno connotato – con risalenti e ripetute avvisaglie – specialmente l'ultimo decennio di storia repubblicana.

Ebbene, uno dei profili della proposta di riforma governativa che attira le critiche di buona parte della dottrina è la compressione che ne deriverebbe al ruolo del capo dello Stato⁷⁰, nondimeno la relazione di accompagnamento al d.d.l. si sforza di precisare che la scelta di optare per un «criterio 'minimale' di modifica della Costituzione vigente» dipende dalla «convincione che si debba operare, per quanto possibile, in continuità con la nostra tradizione costituzionale e parlamentare» e, in particolare, «di preservare al massimo grado le prerogative del Presidente della Repubblica, che l'esperienza repubblicana ha confermato quale figura chiave della forma di governo italiana e dell'unità nazionale»⁷¹. Eppure, il vincolo al capo dello Stato di nominare il presidente del Consiglio eletto nelle urne e la strettoia derivante dalla rigida disciplina della casistica sullo scioglimento anticipato previsti dalla riforma – nel testo attualmente disponibile – modificherebbero, chiudendole, proprio quelle disposizioni «a fattispecie aperta», nell'ambito delle quali la combinazione fra fatto partitico, europeo ed emergenziale hanno determinato varie forme di pressione alla forma di governo parlamentare, in particolare alla centralità prevista per il Parlamento e, in ottica materiale, per i partiti e l'accordo fra essi.

6. Tracce conclusive. Per una qualificazione costituzionalmente orientata dei mutamenti della forma di governo, con particolare attenzione alla figura-Parlamento.

S'è visto come la combinazione fra fatto europeo ed emergenziale – la cui stretta connessione fa sì che se ne parli come un unico polo fattuale – flette la forma di governo nel senso di

⁶⁸ Così M. Volpi, *Riforma Renzi e Riforma Berlusconi: così lontane ... così vicine*, in *Democrazia e diritto*, 2, 2016, 119 ss.

⁶⁹ Per questa tesi v. T.E. Frosini, *Il premierato e i suoi nemici*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2023, XVII ss.

⁷⁰ Per un compendio delle quali si rinvia ad AA.VV., 2024, *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 627 ss.

⁷¹ A.S. 935, *Relazione*, 4.

spostarne il perno dal momento rappresentativo a quello decisionale, dall'esigenza di una decisione plurale e compromissoria, in quanto ampiamente consensuale, all'esigenza di una decisione rapida, reattiva e coerente con le indicazioni sovranazionali. In questo senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale, spiegando l'evoluzione dei procedimenti di bilancio nei seguenti termini: «le procedure legislative, finalizzate originariamente alla valorizzazione del contraddittorio, col passare degli anni hanno dovuto altresì farsi carico dell'efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, primieramente in materia economica e di bilancio, in ragione di fini, essi stessi desunti dalla Costituzione ovvero imposti dai vincoli europei, che hanno portato a un necessario bilanciamento con le ragioni del contraddittorio»⁷².

Con specifico riferimento al processo di formazione del Governo, si è assistito allo spostamento del momento centrale dall'accordo fra partiti alle prerogative del presidente della Repubblica, mentre il ruolo delle Camere è apparso, in qualche occasione, di mera ratifica e il procedimento fiduciario, nel suo complesso, un minimale *check* procedurale. Allo stesso tempo, il Governo e al suo interno specialmente il presidente del Consiglio hanno assunto una posizione centrale all'esito di quel processo di integrazione e apertura ordinamentale alla dimensione internazionale delle *issues* che si pongono all'attenzione dei governi, come pure delle scelte di *policies* che ne sono la risposta, flettendo l'assetto delle relazioni istituzionali e delle fonti normative alle riferite esigenze. Così, quando il presidente del Consiglio è espressione diretta dei partiti (come nel governo Conte I), il suo rilievo diminuisce; al contrario e specularmente, quando – più spesso – è incaricato dal presidente della Repubblica allo scopo di evitare lo scioglimento anticipato (è il caso dei governi Monti, Letta e Draghi), il suo rilievo aumenta e il relativo ispessimento dei poteri di promozione e coordinamento si armonizza con il rafforzamento dei poteri presidenziali di intermediazione. Queste flessioni – si è detto – avvengono nell'ambito e per via della laconicità del testo costituzionale, di cui offrono una certa interpretazione, imprimendo al diritto vivente un mutamento implicito, poiché si svolge a Costituzione invariata e, tutto sommato, nel rispetto formale di questa. Il fatto europeo ed emergenziale, insomma, svolge una funzione integrativa del disposto costituzionale in materia di forma di governo, anche grazie al carattere «a fattispecie aperta» di quest'ultimo.

Si è ricordato nel corso dei precedenti paragrafi che il fatto europeo/emergenziale ha progressivamente offuscato la portata integrativa del fatto partitico, tradizionalmente alla base dell'interpretazione della nostra Costituzione. Un fenomeno che deriva linearmente dalla crisi progressiva dei partiti, manifestatasi, tra l'altro, attraverso una sorta di processo di emancipazione dell'assetto istituzionale dal controllo partitico, attribuendo un rilievo agli organi costituzionali «in se e per sé», non più interpretabili come semplici strumenti di inверamento del cd. governo dei partiti.

Tuttavia, l'elemento personalistico che connota – dagli anni '80 dello scorso secolo e con una decisiva accelerazione negli anni '90 – il sistema dei partiti, ha conferito al fatto partitico una capacità d'impatto diversa e più dirompente sulla forma di governo costituzionale, tanto da trovare luogo nei tentativi di perpetrare mutamenti espliciti della Costituzione, attraverso l'introduzione di meccanismi elettorali e/o istituzionali volti a risolvere le ambiguità insite nella fluidità estrema del sistema parlamentare delineato dalla Carta del 1948. Tentativi diversi ma animati dal medesimo obiettivo di monocratizzare il sistema, cercando di conformare il disposto costituzionale, intrinsecamente ambiguo al punto da aver accolto fasi ondivaghe di

⁷² Corte cost., ord. n. 60/2020. In dottrina v. C. De Fiores, *Profili teorici e tendenze attuali del monocalameralismo*; e I. Massa Pinto, *Il "monocalameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 3, 2022, risp. 1 ss. e 87 ss.

tendenza diarchica, verso un modello di personalizzazione già intrapreso dai partiti, con forme e intensità diverse, ma lungo una direttrice comune.

Dunque, se il fatto emergenziale ed europeo trova nella lettera costituzionale lo spazio per insinuarsi e irrobustirsi fino a divenire il cuneo di mutamenti della forma di governo, pur a Costituzione invariata, il fatto personalistico, invece, incontra nella natura del testo costituzionale ostacoli che possono essere superati solo attraverso mutamenti espliciti, linearmente volti a modificare l'assetto istituzionale (come nei casi delle riforme Berlusconi e Meloni) oppure attraverso una flessione talmente forte e precisa, impressa da fonti esterne al testo costituzionale (ma strettamente contigue), da conformarne l'attuazione (come nel caso della riforma Renzi che operava specialmente sul piano della legislazione elettorale).

I due processi, insomma, appaiono di segno diverso, anche se in qualche misura sovrapponibile, ove si guardi al processo di legittimazione dell'organo-Governo e, più ancora, di genesi della politica generale del Governo: sebbene si rischi di semplificare segmenti assai dinamici della forma di governo, volendo schematizzare, si può dire che, da un lato, per via dell'effetto integrativo del fatto europeo/emergenziale, la legittimazione dell'esecutivo deriva dal capo dello Stato che si fa veicolo di esigenze provenienti *ab externo*, anche in tandem con un capo del Governo autorevole; dall'altro lato, per via dell'effetto conformativo del fatto leaderistico, il circuito rappresentativo viene in effetti riagganciato al momento elettorale, ma con una semplificazione plebiscitaria e immediata, in virtù della quale il *leader* possiede già un frammento di indirizzo politico derivante dall'elezione diretta. Si tratta, nel citato A.S. 935, di un obiettivo esplicitato nella relazione illustrativa: «la proposta di legge mira a consolidare il principio democratico, valorizzando il ruolo del corpo elettorale nella determinazione dell'indirizzo politico della Nazione, attraverso l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri e la stabilizzazione della sua carica, per dare appoggio e continuità al mandato democratico» (3).

In entrambi i casi, a farne le spese è la centralità del Parlamento, in termini non tanto simbolici ma sostanziali, relativi al carattere plurale e mediato dei processi che vi si svolgono o, meglio, che dovrebbero svolgersi (l'uso del condizionale è obbligato dalla frequenza del ricorso a strumenti la cui sovrapposizione finisce per coartare il dibattito parlamentare⁷³).

Per cui, entrambe le categorie di mutamento – implicito ed esplicito – e, parimenti, entrambe le classi di impatto fattuale – integrativo o conformativo – da cui le prime sgorgano meritano di essere scandagliate alla stregua dei principi e valori (e non solo delle procedure) che presiedono alla forma di governo.

Tornando alla linea culturale che, nella riflessione di cui al precedente paragrafo, tiene assieme diversi tentativi di trasformazione della forma di governo, il raffronto fra questi e lo spirito che informa il modello di democrazia accolto dalla Costituzione si fa agevole con riguardo alla riforma Renzi: poiché realizzata – per la parte che qui importa – con legge ordinaria (la l. n. 52/2015), è in effetti finita, dopo il varco aperto alla sindacabilità della legislazione

⁷³ Diffusamente la dottrina appare critica nei confronti del ribaltamento di rapporti fra Governo e Parlamento che vede il primo al fulcro della trama della gestione delle fonti, anche primarie. In questo senso, fra gli altri, M. Cartabia, *Il governo "signore delle fonti"*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, I ss.; T.E. Frosini, *L'espansione dei poteri normativi del Governo*, in F. Musella (a cura di), *Il governo in Italia*, Bologna, 2019, 153 ss. Sullo stretto e reciproco rapporto fra tenuta del sistema delle fonti ed equilibri della forma di governo si è espressa di recente la Corte costituzionale con la sentenza 146/2024 (con note di R. Dickmann, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti*; e F. Fabrizzi, *Una sentenza necessaria per stabilire un punto di non ritorno. Corte cost. 146/2024 e l'equilibrio della forma di governo*, entrambi in *Federalismi*, 22, 2024, risp. 50 ss. e 73 ss.). Per una corposa analisi dottrinale del tema si rinvia a Per una corposa analisi di questo rapporto si rimanda ad A. Cardone, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 509 ss.

elettorale dalla sent. n. 1/2014, all'attenzione della Corte costituzionale, la quale, nel censurarla, richiamava la non comprimibilità *tout court* del principio rappresentativo, declinato, lungo gli artt. 67, 70 e 94 Cost., nei termini «della specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea [cioè la Camera], organo fondamentale nell'assetto democratico dell'intero ordinamento»⁷⁴. Della riforma Berlusconi – che invece era realizzata attraverso la revisione, fra l'altro, del titolo III della seconda parte della Costituzione – in dottrina si segnalava il rischio di alterazione degli equilibri fondamentali tracciati dalla Carta⁷⁵. Una critica che ridonda, oggi, nella letteratura contraria alla riforma in corso – nel testo al momento a disposizione –, la quale appunta non tanto la singolarità sul piano comparato della formula del premierato elettivo, quanto la sua ultroneità rispetto alla forma di governo parlamentare⁷⁶, ove, con questa formula, si fa riferimento non già a un modellino manualistico, ma alla combinazione di principi, relazioni e prassi accolte dalla Costituzione che ne delineano il modello di democrazia.

Allora, lungo la linea della verifica dello scostamento con la struttura costituzionale della forma di governo, i due tipi di impatto fattuale e di relativo mutamento di cui si è detto si tengono assieme. Del resto, della necessità di leggere le disposizioni e le prassi sulla forma di governo assieme alle disposizioni su principi e diritti si dà conto in letteratura in modo risalente, da quell'autorevole dottrina che collega il principio di sovranità popolare e le sue forme di esercizio con il diritto di voto e la libertà di associarsi in partiti per concorrere alla politica nazionale, dunque con la legittimazione del Governo (e del suo capo) attraverso la fiducia espressa dalle Camere e, infine, con i poteri di indirizzo e coordinamento del presidente del Consiglio. Questi ultimi sono declinati come funzionali a dare unità al fascio di domande sociali, filtrate dai partiti, selezionate tramite le elezioni e, di seguito, gli accordi di governo da cui sgorga la fiducia parlamentare e, con essa, la legittimazione dell'esecutivo e del presidente del Consiglio⁷⁷.

Di qui la ragione per cui l'art. 95 Cost. è funzionale al consolidamento della trama dei principi della democrazia mediata, rappresentativa e parlamentare, che si articola, pertanto, non già solo attraverso la minimale descrizione delle procedure di parte seconda, ma, bensì, anche attraverso le prescrizioni contenute negli artt. 1, 3, 48 e 49 Cost. Una trama, dunque, che si dipana attorno a pilastri rigidi, ma che si sviluppa fluidamente attorno a questi. Da cui, allora, la fissità delle funzioni che la Costituzione attribuisce al presidente del Consiglio non sono di per sé incompatibili con la re-interpretazione resa opportuna alla luce delle evoluzioni concrete del sistema politico-istituzionale.

Un'efficace descrizione della ricerca di questo delicato punto di equilibrio fra lettera costituzionale e flessione in via di prassi è in una recente ri-lettura dottrinale dell'art. 95, comma 1, Cost.: «Esemplare nella sua semplicità, questa norma costituzionale è concettualmente collocabile tra due altri articoli o parti di essi, ovvero il 70 e il 94, co. 1, Cost. che esprimono due momenti formativi della titolarità potestativa: il primo forma il potere di legislazione («La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere») al cui

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 35/2017, diritto, p.to 9.2.

⁷⁵ Così, fra gli altri, L. Elia, *La Costituzione aggredita*, cit.; M. Fioravanti, *Costituzione e legge fondamentale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2006, 467 ss.; A. Pace, *L'incostituzionalità della costituzione di Berlusconi*, in *Astrid online*, 16 giugno 2006.

⁷⁶ Per questa opinione v. M. Ruotolo, *Tra premierato e possibile jackpot system. L'idea di democrazia sottesa alla proposta di riforma costituzionale*; C. De Fiores, *La retorica del capo alla prova della blindatura elettorale*; e M. Calamo Specchia, *E, della Costituzione repubblicana, "Italiani! Voi cosa volete fare?"*, tutti in *Diritto pubblico europeo – Rassegna Online*, 2, 2023, risp. XXI ss., XXVI ss. e XLVIII ss.

⁷⁷ Inevitabile, sul punto, il rinvio ai classici G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; P.A. Capotosti, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, Milano, 1975, e C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 1 ss.

esercizio il Governo non è mai estraneo perché vi partecipa attivamente mediante la sua capacità di promozione; il secondo vincola tassativamente il Governo all'ottenimento della fiducia parlamentare ("Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere") che si consolida esclusivamente con l'approvazione maggioritaria del programma governativo⁷⁸.

In altri termini, la centralità assegnata alle Camere dalla Costituzione per via dell'attribuzione del monopolio legislativo (art. 70) e di un autentico *ius vitae ac necis* sull'esecutivo (art. 94, comma 1), non vale, tuttavia, a fare di quest'ultimo un mero esecutore dei deliberati parlamentari, come se la forma di governo delineata dalla Carta fosse puntualmente definita in termini assembleari; invece, predispone il contesto costituzionale per accogliere quell'evoluzione della forma di governo parlamentare – ovunque diffusa – di cui il Governo diventa (per lo meno) il motore e, al suo interno, il premier, il promotore.

Di questa visione, appare, di recente, convinta anche la Corte costituzionale, la quale, dopo aver ribadito il nesso essenziale sussistente fra forma di Stato, forma di governo e sistema delle fonti, attesta l'evoluzione sostanziale dell'assetto istituzionale: «In una democrazia parlamentare moderna, che riconosce il fondamentale ruolo dei partiti politici (art. 49 Cost.), si realizza un continuum tra il Governo e il Parlamento, grazie all'operare della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo. Pertanto, quest'ultimo assume il ruolo di propulsore dell'indirizzo politico. Tale funzione, tuttavia, non può giustificare lo svuotamento del ruolo politico e legislativo del Parlamento, che resta la sede della rappresentanza della Nazione (art. 67 Cost.), in cui le minoranze politiche possono esprimere e promuovere le loro posizioni in un dibattito trasparente (art. 64, comma 2, Cost.), sotto il controllo dell'opinione pubblica». Dunque, secondo le Corte, la riconosciuta «flessibilità delle disposizioni costituzionali sulla forma di governo, modellate sullo schema delle 'norme a fattispecie aperta', non esclude l'operatività di principi normativi e di regole giuridiche indisponibili da parte della maggioranza, a garanzia della opzione costituzionale per la democrazia parlamentare e della tutela delle minoranze politiche». In definitiva, «La nostra democrazia parlamentare, pertanto, attribuisce al Governo significativi poteri normativi, che devono, però, essere esercitati nel rispetto degli equilibri costituzionalmente necessari»⁷⁹.

Insomma, sembra potersi trarre dai citati brani l'opportunità di richiamare, quali indicatori dei processi trasformativi, tanto *de iure condito* che *condendo*, gli equilibri che identificano il nucleo «necessario» delineato dalla Costituzione, con riferimento alla forma di governo parlamentare e alla forma di Stato pluralista; in grado di accogliere i mutamenti che si verificano per via dell'inevitabile svolgersi del contesto internazionale in cui gli organi costituzionali dello Stato sono destinati a operare, dell'evoluzione dell'assetto partitico in risposta ai cambiamenti della quantità e qualità di domande sociali provenienti dall'elettorato, nonché, infine, della discrezionalità del legislatore di riformare il testo costituzionale, purché nel rispetto dei limiti imposti dalla (super) rigidità dei suoi principi supremi.

Abstract. Lo studio ricostruisce i passaggi normativo-istituzionali che hanno favorito il dibattito politico su una possibile elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri, attualmente in discussione. In particolare, il lavoro si propone di contestualizzare nella teoria generale e nella prassi la rilevanza assunta in modo crescente dal "fatto" come nuovo formante del sistema giuridico.

Abstract. The paper maps the Regulatory and Institutional steps encouraging the Constitutional debate about the direct election of the Italian President of the Council of

⁷⁸ Così A. Torre, *Governo*, in R. Voza (a cura di), *Parole costituenti*, Bari, 2024, 206.

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 146/2024, diritto, p.to 4.

Ministers debate, that is currently under parliamentary discussion. In particular, the work aims to underline the growing relevance by the «fact» as a new legal formant, in the frame of Legal Theory and Public powers praxis.

Parole chiave. Fatto a rilevanza costituzionale – forma di governo – riforme costituzionali

Key words. Constitutional relevance of the «fact» – form of government – Constitutional reform.

IL CANONE DELLA RAGIONEVOLEZZA (E DELLA PROPORZIONALITÀ) NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA DI EDILIZIA ABITATIVA. SPUNTI A PARTIRE DALLA SENTENZA N. 1 DEL 2025*

di Francesco Zammartino **

65

Sommario. 1. Premessa – 2. Alcune note sulla vicenda processuale. – 3. Verso quali declinazioni dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità della Corte costituzionale in materia di edilizia abitativa. – 4. Considerazioni finali.

1. Premessa. Recentemente la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, c. 2-bis, e 3, c. 2-bis, della legge della Provincia autonoma di Trento n. 15/2015, recante *Disposizioni in materia di politica provinciale della casa*, offre alcuni (nuovi?) spunti di riflessione riguardo al criterio di ragionevolezza (nonché di proporzionalità), quale parametro di legittimità delle leggi e atti ad esse equiparati. Come è noto, da tempo la Consulta ha sancito che la legge difetta nella sua ragionevolezza laddove manchi il suo obiettivo e tradisca la sua *ratio*¹; ciò ha comportato che in sede di valutazione di legittimità delle leggi la ragionevolezza è diventata sinonimo di proporzionalità ovvero congruità «tra il mezzo ed il fine», costituendo l'unico limite invalicabile per il legislatore². Ma, sebbene la Corte costituzionale si sia prodigata nel costruire i contenuti e le modalità del giudizio da un punto di vista concreto, fa difetto ancora oggi una precisa teoria sul principio in esame che permetta di avere un contesto ben definito in merito alla legittimità costituzionale. Vengono posti in rilievo questioni che da anni sono al centro del dibattito dottrinale quali, tra le altre, la ragionevolezza qualora si liberi dal giudizio di comparazione costruito su uno schema ternario, diviene canone a sé stante? L'autonomia della ragionevolezza rispetto al giudizio di eguaglianza appare con tutta realtà solo nel caso l'art. 3 Cost. venga richiamato all'unisono sotto il profilo della disparità di trattamento? La ragionevolezza affrancatasi dal rapporto con l'art. 3 Cost., diviene operativa anche in relazione a parametri costituzionali diversi? Con queste brevi riflessioni, s'intende approfondire come il giudice delle leggi, pur con qualche carenza argomentativa, abbia voluto riaffermare, tra l'altro, l'esistenza di un sindacato

* *Sottoposto a referendum.*

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Napoli L'Orientale.

¹ Corte cost., sent. 43/1997, punto 2 del *Considerato in diritto*.

² In dottrina, *ex plurimis*, P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 21 ss.; M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, ivi, Milano, 1994, 245 ss.; R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, ivi, 229 ss.; S. Bartole, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno di L. Paladin, Padova, 2002, 35 ss.; V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, ivi, 116 ss.; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismi.it*, 3, 2015, 154.

di natura «elastica», fondato non tanto sui contenuti specifici della disposizione legislativa, quanto, invece, sulle finalità manifestate dell'intervento normativo.

2. Alcune note sulla vicenda processuale. Alla luce del quadro ora descritto, conviene illustrare le vicende concrete dalle quali origina il giudizio poi culminato con la sentenza di cui sopra.

In estrema sintesi, contro l'accoglimento del giudice di appello di Trento della domanda di un titolare di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, previa disapplicazione della normativa provinciale, in quanto confliggente con il principio di parità di trattamento, sancito dall'art. 11, par. 1, lett. d) e f), direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, si è opposta la Provincia autonoma di Trento che impugnava la sentenza del giudice di seconda cure, in quanto riteneva che il requisito della residenza decennale sul territorio italiano previsto dalla normativa provinciale, quale condizione tanto per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica quanto per l'erogazione del contributo integrativo del canone di locazione, non fosse in contrasto con gli artt. 3 e 11 Cost.

Con l'ordinanza n. 105/2024, la Cassazione, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, co. 2-bis, e 3, co. 2-bis, della legge della Provincia autonoma di Trento n. 15/2005, recante *Disposizioni in materia di politica provinciale della casa e modificazioni della legge provinciale 13 novembre 1992, n. 21 (Disciplina degli interventi provinciali in materia di edilizia abitativa)*, come introdotti, rispettivamente, dai co. 6 e 2 dell'art. 38 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 5/2019 (*Assestamento del bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2019-2021*), in quanto contrasterebbero con gli artt. 3 e 117, co. 1 e 5, Cost.

In particolare, il supremo giudice di legittimità ha affermato che le disposizioni censurate contrasterebbero con l'art. 3 Cost., in quanto avrebbero previsto, per l'accesso all'alloggio e per l'erogazione del contributo integrativo del canone di locazione condizioni irragionevoli, svincolate dalla valutazione dello stato di bisogno. Inoltre, il requisito della residenza decennale discriminerebbe gli stranieri e confliggerebbe, pertanto, con l'art. 117, co. 1 e 5, Cost., in relazione all'art. 11, par. 1, lett. d) e f), direttiva 2003/109/CE, che salvaguarda la parità di trattamento dei soggiornanti di lungo periodo rispetto ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano, nei settori delle prestazioni sociali e dell'accesso all'alloggio.

La Provincia autonoma di Trento, dal canto suo, ha contestato la fondatezza delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione, poiché gli articoli oggetto della censura, da una parte, avrebbero l'obiettivo di coordinare l'accesso all'edilizia residenziale pubblica con la disciplina statale del reddito di cittadinanza, contraddistinto, per una sua componente, da una funzione simile a quella del contributo integrativo del canone di locazione, dall'altra, lungi dal discriminare gli stranieri, conferirebbero un rilievo ragionevole, in un contesto di risorse limitate, al radicamento sul territorio, a cui la stessa direttiva 2003/109/CE mostra di risaltare.

3. Verso quali declinazioni dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità della Corte costituzionale in materia di edilizia abitativa. La pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, co. 2-bis, e 3, co. 2-bis, della legge della Provincia autonoma di Trento n. 15/2005, nella parte in cui richiedono, per l'assegnazione dell'alloggio a canone sostenibile e per il contributo integrativo del canone di locazione, la residenza in Italia per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo, induce, come è stato anticipato, ad analizzare alcune questioni che ineriscono

al controllo di ragionevolezza e all'intensità del suo sindacato.

Una definizione stipulativa preliminare è forse opportuna: il criterio di ragionevolezza prende origine dall'interazione tra primo e secondo comma dell'art. 3 Cost.³ e per un periodo non breve era asservito al principio di eguaglianza⁴, per poi, affrancatosi dal disposto costituzionale in esame, divenire quale «disposizione testuale necessaria per veicolare il parametro della ragionevolezza negli atti di promovimento del giudizio davanti alla Corte»⁵. Da questo momento il giudizio di ragionevolezza ha sempre più assunto un controllo sulla necessità della norma adottata riguardo al fine da raggiungere nel caso concreto, finendo per assumere le caratteristiche di un giudizio sull'esercizio della funzione legislativa⁶, un giudizio sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a deviare dal fine da perseguire⁷, al di là di ogni sillogismo giudiziale e molto attento al fatto⁸; al dato di realtà, insomma. Non risolvendosi più il giudizio in parola nella razionalità astratta del sistema giuridico, è accaduto che la Corte abbia ravvisato una illegittimità costituzionale non già nella regola in quanto tale, bensì negli effetti della stessa, fino ad esplorare l'applicazione concreta della norma oggetto del suo giudizio⁹. Le considerazioni che precedono mettono in evidenza la specificità di un giudizio che, nonostante la Corte costituzionale si sia prodigata nel costruirne i contenuti e le modalità da un punto di vista concreto, fa difetto ancora oggi di una precisa teoria che tenga conto anche (ma direi soprattutto) del delicato equilibrio tra principi o diritti costituzionali, spesso in tensione fra loro. In altri termini, che la «debole» predeterminazione dei paradigmi di giudizio non ha certo agevolato il compito della Corte stessa, che non di rado, invece di sindacare l'irragionevolezza della legge, ha esteso il suo giudizio fino a censurare le scelte di opportunità del legislatore¹⁰.

Ciò si è verificato soprattutto quando il giudice costituzionale è stato chiamato ad effettuare, in assenza di gerarchie in Costituzione¹¹, un bilanciamento tra principi o diritti costituzionali in tensione fra loro¹², per il quale non è più bastato la ricerca della mera congruità del mezzo rispetto al fine¹³, dovendo ricorrere a un ulteriore principio, qual è quello di proporzionalità, che, mediante l'utilizzo alternato dei criteri di idoneità e necessità, limitasse le pur necessarie limitazioni dei diritti o dei principi costituzionali nella misura strettamente indispensabile¹⁴. Ora ripercorrendo, infatti, i passaggi più significativi della sentenza, vanno innanzitutto esaminati, tra l'altro, alcuni aspetti dell'impianto argomentativo, in quanto il giudice delle leggi, applicando una logica aperta e flessibile, ha assunto, ancora una volta, quali limiti indicati dalla stessa giurisprudenza costituzionale, quelli della ragionevolezza e non arbitrarietà a tutela delle posizioni soggettive incise da atti potenzialmente arbitrari e discriminatori¹⁵.

³ Così, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornamento I*, Milano, 1997, 889 ss.

⁴ Cfr. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Torino, 2000.

⁵ M. Cartabia, *Ragionevolezza proporzionalità: oltre l'eguaglianza delle leggi*, *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Napoli, 2024, 2383.

⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2021, 212 ss.

⁷ Corte cost. sent., n. 267/2007, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁸ Per tutti, C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1573 ss.

⁹ Corte cost., sent. n. 347/1995.

¹⁰ *Ex plurimis*, Corte Cost. sent. n. 1130 del 1988.

¹¹ Corte cost., sent. n. 85/2013.

¹² A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*.

¹³ Cfr. B. Caravita, *Le quattro fasi del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 165 ss.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 264/2012.

¹⁵ Si cfr. Corte cost., sentt., nn 143/1989; 346/1991; 429/1995; 85/2013. In dottrina, per tutti, C. Esposito, *La Corte costituzionale come giudice della "non arbitrarietà" delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1962, 78 ss.

La Corte, che, a latere, ha anche riaffermato l'incompatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione europea, ribadendo che quest'ultimo se dotato di efficacia diretta impone al giudice di non applicare la normativa interna e, all'occorrenza, rinviare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (art. 267 TFUE), nella sentenza in esame non rinuncia, nella configurazione del diritto all'abitazione¹⁶, al noto duplice criterio oggettivo e soggettivo, riconducendolo, per quanto attiene al profilo oggettivo, a quel «tratto saliente della socialità» cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione¹⁷, per quanto riguarda al profilo soggettivo, alla «dignità della persona»¹⁸.

Ciò induce il Giudice delle leggi a considerare che le prestazioni in materia di edilizia residenziale sono fondamentalmente un servizio pubblico finalizzato a impedire che le persone, soprattutto quelle economicamente deboli, siano private di un alloggio. Secondo la Corte appare palesemente arbitrario o sproporzionato il bilanciamento effettuato dal legislatore della Provincia autonoma di Trento tra le finalità d'interesse generale perseguite ed il sacrificio imposto agli interessi dei privati, e quanto statuito è il frutto di un ragionamento che il Giudice delle leggi fa alla luce del fatto che le alternative esegetiche riguardano la combinazione di disposizioni, il cui rapporto crea la regola da adottare al caso concreto, configurandola anche in rapporto al parametro costituzionale.

Secondo la Consulta nella scelta del normatore della provincia di Trento di considerare la necessità abitativa più indifferibile solo perché più prolungata è la permanenza sul territorio italiano, s'annida un'intrinseca irragionevolezza che prospetta una discriminazione indiretta anche per i soggiornanti di lungo periodo «i quali, pur potendo vantare la permanenza quinquennale, necessaria per conseguire il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, più difficilmente cumulano i dieci anni di residenza richiesti dalla disposizione censurata»¹⁹.

In altre e sintetiche parole, la Corte individua nel requisito della residenza protratta un presupposto distortivo, in quanto essa «smarrisce ogni legame con le situazioni di bisogno e di disagio riferibile alla persona in quanto tale»²⁰.

Trattasi certamente di uno sviluppo giurisprudenziale importante²¹, in quanto consente alla Corte di ricostruire estensivamente la pretesa abitativa degli immigrati extracomunitari, riconducendola non più al solo diritto dell'abitazione in senso tradizionale, ma, altresì, a una seconda declinazione del diritto in esame, che sottintende ad una definizione più ampia del concetto di casa: la residenza di un nucleo familiare.

Per il Giudice costituzionale, quindi, il congegno indicato dal legislatore si presenta incongruo rispetto alle finalità perseguite ed incoerente nella sua configurazione interna, in contrasto, con il principio di ragionevolezza stabilito dall'art. 3 Cost.

È incoerente ed incongrua, infatti, la norma che prevede la regola della esclusione «unidirezionale» che viene in concreto fatta dipendere, quanto alla sua effettiva operatività, dalla circostanza – meramente casuale – connessa alla cadenza temporale.

Un filone argomentativo che porta il giudice costituzionale ad affermare che il mancato riconoscimento del diritto all'abitazione si traduce anche in un limite alla libertà, all'uguaglianza, alla dignità sociale e allo sviluppo della personalità dell'individuo.

Per quanto riguarda poi il bilanciamento, sembra però emergere dalla sentenza in esame una declinazione di quest'ultimo non come una modalità di giudizio della Corte, che investita di

¹⁶ Per tutti, F. Lucarelli, *Diritto all'abitazione e preesistenze urbane*, Napoli, 1976, *passim*.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 217/1988.

¹⁸ Corte Cost., sent. n. 6/2024.

¹⁹ Punto 9.6. del *Considerato in diritto*.

²⁰ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

²¹ Cfr. Corte cost., sentt. n. 7/2021 e 9/2021.

una questione su un interesse specifico deve necessariamente tenere conto delle implicazioni rispetto ad altri interessi costituzionali coinvolti, ma come una modalità di intervento che riguarda esclusivamente l'attività legislativa. Anche perché se il giudizio è in termini di ragionevolezza, la Corte avrebbe forse dovuto richiamare come *tertium comparationis* una norma in vigore che disciplina in maniera diversa un caso analogo e non una norma antecedente, al solo scopo di dimostrare che dal confronto con essa «traspare che la norma oggetto di censura si discosta in modo significativo [...]». Si tratta, infatti, di un paragone che in sé non può esprimere molto in termini di incostituzionalità, potendo al limite risultare di ausilio per descrivere l'evoluzione legislativa verso un progressivo allontanamento dai parametri costituzionali, ma non esaurire in via esclusiva il giudizio di incostituzionalità. Nella cornice qui esaminata sembra prendere così avvio un nuovo schema decisionale nel quale l'intervento del legislatore è considerato preferibile, purché le soluzioni normative risultino conformi a Costituzione.

Per di più, la sentenza in esame, al di là dell'innovativo approccio teleologico, si caratterizza anche per il rigoroso metodo di scrutinio utilizzato, affinché il rischio di scelte irragionevoli siano meglio calibrate. Come è stato precedentemente detto, la Corte utilizza il canone della ragionevolezza e, quindi, della proporzionalità. Nello statuire che «il requisito della residenza prolungata sul territorio nazionale, in ultima analisi, si dimostra irragionevole e sproporzionato per tutti coloro, cittadini e stranieri, cui si applica»²² essa ripercorre le caratteristiche tipiche del sindacato in parola, il quale, rifuggendo da rigidi schematismi si svolge attraverso ponderazioni assiologiche e casistiche che permettono di esaminare la proporzionalità dei mezzi legislativi prescelti, nel senso della loro idoneità e della necessità, ai fini stabiliti.

Nel riconoscimento e nella conseguente tutela di un (nuovo) diritto, non (ancora) preso in considerazione dalla legislazione ordinaria, la Corte costituzionale non andrebbe a colmare una vera e propria lacuna costituzionale ma ad esplicitare, presupponendo un nuovo circuito formativo tra legislatore e giudice costituzionale, le potenzialità insite nel Testo costituzionale (in questo specifico caso la funzione sociale dell'edilizia residenziale pubblica). Strada, quest'ultima, se percorsa, potrebbe sciogliere qualche nodo dei problematici profili relazionali tra Corte e legislatore, a patto però di non oltrepassare una «soglia invalicabile», oltretutto quel limite insito all'attività ermeneutica che vede nel suo superamento il sostanziale ed indebito rifacimento del dettato costituzionale²³.

4. Considerazioni finali. La sentenza in esame è interessante perché innanzitutto s'inquadra, a parere dello scrivente, in quel contesto di giudizi di ragionevolezza²⁴ e proporzionalità²⁵ della Corte in cui vengono rilevate illegittimità costituzionale non tanto nella regola in quanto tale, ma nel suo carattere inderogabile e inflessibile: ciò che viene censurato, in effetti, è l'automatismo legislativo²⁶, più della regola in sé e per sé analizzata, atteso che la sentenza del Giudice costituzionale ha quale obiettivo quello di ridare all'interprete la necessaria flessibilità che gli permetterebbe di conformare le norme al dato reale. Da ciò deriva il principio secondo cui il diritto all'abitazione si configura come «un

²² Punto 10 del *Considerato in diritto*.

²³ Sul punto, autorevolmente, M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 185 ss.; A. Lucarelli, *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, 3, 2024, 79 ss.

²⁴ Recentemente, Corte cost., sentt. nn. 77/2023 e 147/2024.

²⁵ Corte cost., sentt. nn. 270/2010, 20/2019, 14/2023.

²⁶ Più recentemente, L. Pace, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice della legge fra norma astratta e caso "concreto"*, Napoli, 2020.

diritto fondamentale di natura sociale»²⁷, intimamente connesso alla dignità della persona. Nelle motivazioni addotte dalla Corte emergono chiaramente le caratteristiche proprie del giudizio di ragionevolezza in cui la realtà empirica, facendo da reagente sulla norma oggetto del giudizio, agevola la Corte nel valutare la conformità ai principi costituzionali. Per quelle scelte legislative, che «condizionano alla residenza protratta l'erogazione di prestazioni a servizi destinati a soddisfare bisogni vitali, come quello abitativo», secondo la Corte va imposto un concetto di «razionalità formale», quale principio logico di non contraddizione, ed un principio di «razionalità pratica», come utilizzo della ragione vicino al «senso comune» per limitare la discrezionalità del legislatore. In considerazione di questo contesto, si potrebbe pensare all'utilizzo di quello scrutinio in senso stretto²⁸ che direttamente investe il merito delle scelte del legislatore nel momento in cui si «appaesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità, che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura, per così dire, sintomatica di eccesso di potere e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa»²⁹. Ma anche mediante una lettura estensiva della sentenza in epigrafe, non pare che si possa trarre un'inversione di rotta della Corte atteso che nelle modalità e nei contenuti del giudizio non si rileva un vizio di eccesso di potere legislativo.

Ma l'illegittimità degli articoli della legge provinciale di Trento è la conseguenza, come è stato anticipato, anche del fatto che, secondo la Consulta, essi non superano il c.d. test di proporzionalità, nel bilanciamento tra esigenze della disciplina normativa generale e tutela del diritto abitativo per le persone più vulnerabili.

Sempre più utilizzato negli ultimi tempi, tale canone, nonostante le sue tante cromature e sfumature, è coesistente alla teoria stessa dei diritti fondamentali se è vero che esso stabilisce la misura legittima dei loro limiti. Specificamente, è «sproporzionato il requisito della residenza per tutti coloro, cittadini o stranieri, cui si applica prolungata sul territorio nazionale»³⁰.

Per la Corte a ciò tende la proporzionalità nei suoi fattori, per cui una limitazione a un diritto sarà legittima solo se stabilita per un fine appropriato e con il minor grado di compressione delle situazioni giuridiche coinvolte. E a tale standard, non pare che gli artt. 5, co. 2-*bis*, e 3, co. 2-*bis*, legge della Provincia autonoma di Trento n. 15/2015 si conformino.

Abstract. Recentemente la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/2025, offre alcuni (nuovi?) spunti di riflessione riguardo al criterio di ragionevolezza (nonché di proporzionalità), quale parametro di legittimità, riguardo a un tema delicato qual è l'edilizia abitativa.

Con queste brevi riflessioni s'intende approfondire come il giudice delle leggi, pur con qualche carenza argomentativa, abbia voluto riaffermare, tra l'altro, l'esistenza di un sindacato di natura «elastica», fondato non tanto sui contenuti specifici della disposizione legislativa, quanto, invece, sulle finalità manifestate dell'intervento normativo.

Abstract. Recently, the Constitutional Court, with ruling no. 1/2025, offered some (new?) food for thought regarding the criterion of reasonableness (as well as proportionality) as a parameter of legitimacy regarding the sensitive issue of housing construction. These brief reflections aim to explore how the Constitutional Court, despite some shortcomings in its

²⁷ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Ma si cfr. anche sent. n. 209/2009.

²⁸ Corte cost. sent. n. 37/69.

²⁹ Corte cost. sent. 313/95, punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁰ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

reasoning, sought to reaffirm, among other things, the existence of a «flexible» review, based not so much on the specific content of the legislative provision as on the stated purposes of the regulatory intervention.

Parole chiave. Irragionevolezza – proporzionalità – arbitrio – bilanciamento.

Key words. Unreasonableness – proportionality – arbitrariness – balancing.

TEMPO, LEGALITÀ E DISCIPLINA PENALE PIÙ FAVOREVOLE NEL PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA CEDU: I CASI *SCOPPOLA* E *CESARANO*

*

di Davide Antonio Ambroselli**

72

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il caso *Cesarano c. Italia*. – 3. La sent. n. 210 del 2013 e l'applicabilità delle sentenze pilota CEDU a casi ad esse assimilabili. – 4. Il «caso-pilota» *Scoppola c. Italia*. – 5. Dalla Corte di cassazione alla Corte costituzionale: il problema delle questioni «gemelle» rispetto alla sentenza-pilota. – 6. La sentenza-pilota come parametro interposto del giudizio di costituzionalità. – 7. Tempo, legalità e disciplina penale più favorevole nel prisma della giurisprudenza CEDU: dal caso *Scoppola* al caso *Cesarano*.

1. Premessa. La sentenza che costituisce il punto di partenza del presente commento si colloca nell'ambito di un più ampio corpo di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi Corte EDU), che alimenta il dibattito dottrinale riconducibile alla c.d. tutela multilivello dei diritti¹.

Come noto, l'esecuzione delle decisioni della Corte EDU è demandata agli Stati destinatari delle sentenze. Ai sensi dell'art. 46 CEDU², tale esecuzione implica sia misure di carattere individuale sia interventi di natura generale³. Sul piano individuale, l'esecuzione si traduce nell'obbligo per lo Stato di corrispondere alla vittima una soddisfazione economica, comprensiva delle spese di lite, e, nei limiti consentiti dal proprio ordinamento, di garantire la c.d. *restitutio in integrum*, ovvero di ripristinare, per quanto possibile, la situazione anteriore alla violazione accertata⁴. Sul piano generale, è il Comitato dei Ministri, per il tramite del

* Sottoposto a referaggio.

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

¹ Cfr. E. Riveccio, *Produzione giurisprudenziale multilivello delle norme e tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 12 marzo 2025; A. Patroni Griffi, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *Federalismi.it*, 3, 2021; S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, in *Federalismi.it*, 25 novembre 2015; A. Ruggeri, *Carte internazionali, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2007.

² L'art. 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con la l. n. n. 848/1955), al comma primo, obbliga gli Stati firmatari a «conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti».

³ Sulle problematiche inerenti la difficile trasposizione della giurisprudenza CEDU nell'ordinamento nazionale si veda F. Gallo, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it.

⁴ Gli Stati devono provvedere all'esecuzione delle sentenze sotto la supervisione dell'organo politico del Consiglio d'Europa: il Comitato dei Ministri. Nonostante l'organo sia politico, in concreto il compito viene assolto da un Segretariato che rappresenta la struttura tecnica a supporto del Comitato dei Ministri nel valutare l'effettiva esecuzione, in modo indipendente ed obiettivo, da parte degli Stati firmatari. Cfr. G. Raimondi, *Il contributo della Corte EDU all'effettività dei diritti umani in Italia*, in *federalismi.it*, 20, 2023, 1 ss.

Segretariato, a vigilare affinché lo Stato elimini strutturalmente la causa della violazione, mediante l'adozione di riforme legislative, l'adeguamento di prassi amministrative o la modifica di fonti sub-primarie, ove necessario. Questi interventi si manifestano in modo particolare nell'ambito delle c.d. procedure o sentenze pilota (*infra*), mediante le quali è la stessa Corte EDU a individuare criticità sistemiche richiedenti misure generali di adeguamento.

In tale contesto, l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, oltre a richiedere l'adozione di misure compensative e correttive sul piano individuale e generale, pone in evidenza il ruolo cruciale che il diritto convenzionale assume nel garantire standard minimi di tutela che gli Stati sono chiamati a rispettare e, ove necessario, ad adeguare mediante interventi legislativi, amministrativi o giurisprudenziali.

È proprio in questo quadro multilivello, caratterizzato dalla compresenza di fonti sovranazionali e interne, che si innesta la riflessione che si tenterà di affrontare sul principio di legalità penale, così come sviluppato dalla giurisprudenza di Strasburgo⁵.

Il principio di legalità penale rappresenta uno dei cardini dello Stato di diritto, imponendo che ogni pena sia prevista dalla legge e che nessuno possa essere punito per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituisse reato. All'interno di tale principio si è progressivamente consolidata una dimensione ulteriore e più sostanziale: quella della retroattività della legge penale più favorevole al reo (*lex mitior*). Questo sotto-principio, che nel diritto interno italiano trova un'applicazione consolidata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella prassi giudiziaria, è stato a lungo oggetto di un'interpretazione più restrittiva da parte della Corte EDU, fino alla svolta inaugurata con la sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 2009.

L'intervento della Grande Camera in quel caso ha segnato un mutamento profondo nel modo in cui l'art. 7 CEDU viene interpretato: non più come semplice clausola di irretroattività della legge penale sfavorevole, ma anche come presidio del diritto alla pena più mite, se prevista da una legge sopravvenuta tra la commissione del fatto e la definizione del giudizio.

Tale orientamento si è poi consolidato, pur con alcune oscillazioni, fino a ricevere ulteriore conferma nella sentenza *Cesarano c. Italia* del 2024, nella quale la Corte ha riaffermato la centralità del principio della *lex mitior*, adeguandone gli effetti sulla base dei contesti in cui la scelta del rito viene espletata, facendo riguardo alle relative conseguenze sulla base della procedura nazionale⁶.

Il presente lavoro si propone di analizzare il percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte EDU sul tema della *lex mitior*, concentrandosi in particolare sui casi *Scoppola* (n. 2) e *Cesarano*, e valutando la portata sistemica delle due pronunce. Attraverso un confronto critico con il diritto interno e con l'orientamento della Corte costituzionale italiana, sarà seguita l'evoluzione della nozione di legalità penale, verso esiti di maggiore tutela effettiva dei diritti individuali nel perimetro del procedimento nazionale.

Perdurando i profili problematici nell'applicazione concreta di tali principi – specie in relazione all'individuazione della legge più favorevole in contesti normativi complessi – l'analisi si concentrerà anche sulla reazione delle Corti interne rispetto agli orientamenti provenienti da Strasburgo, con riferimento all'effettività e uniformità con cui il principio della *lex mitior* viene oggi garantito nell'ordinamento nazionale.

⁵ C. Murphy, *The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2, 2010, 192 ss. L'A. esamina il principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) e la sua applicazione nella giurisprudenza della CEDU, con particolare attenzione all'articolo 7 della Convenzione.

⁶ A commento della sentenza cfr. M. Di Benedetto, *La sentenza Cesarano. La CEDU si confronta con ipotesi specifiche sinora inesplorate e spiega come i principi Scoppola debbano trovare applicazione*, nota a Corte EDU, Sez. I, sent. 17 ottobre 2024, ric. n. 71250/16, *Cesarano c. Italia*, in *AvvocaturadelloStato.it*, 2024, 1 ss.

Il lavoro prenderà le mosse dalla più recente sentenza *Cesarano*, risalendo nel tempo per ricostruire, nelle grandi linee, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte dei Diritti, valutando come la produzione giurisprudenziale della Corte EDU abbia avuto effetti anche sul piano del diritto interno e della giurisprudenza costituzionale, in particolar modo con la sent. n. 210/2013 in materia di applicabilità delle «decisioni-pilota» provenienti da Strasburgo nei confronti di fattispecie a queste sovrapponibili, pur mancando riferimenti in specifiche pronunce nelle sedi sovranazionali.

2. Il caso Cesarano c. Italia. Nel primo e più recente caso posto a commento⁷, il ricorrente era stato rinviato a giudizio per strage e omicidio nel 1995. Secondo la legge del tempo in cui i fatti furono commessi, ovvero il 1983, le imputazioni, ove accertate, avrebbero condotto all'ergastolo, senza possibilità di ottenere il rito abbreviato. La Corte costituzionale nel 1991 aveva difatti dichiarato l'incostituzionalità, per eccesso di delega, del comma 2 dell'articolo 442 c.p.p. che introduceva il rito premiale⁸; e dalla declaratoria di illegittimità discendeva l'impossibilità di accedere al rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo.

Sul punto interveniva la l. n. 479/1999⁹ (c.d. *legge Carotti*), attribuendo la disponibilità della scelta della procedura abbreviata unicamente in capo all'imputato, senza che il pubblico ministero potesse opporsi; disponeva inoltre la reintroduzione del giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo, prevedendo in questo caso la pena in trenta anni di reclusione¹⁰. Successivamente sul punto il d.l. n. 341/2000 disponeva, tramite la tecnica della «interpretazione autentica», la distinzione, ai fini dell'irrogazione della pena premiale, tra i reati che prevedono l'ergastolo «con» isolamento diurno, per i quali stabiliva la trasformazione in ergastolo «semplice», dai reati «senza» isolamento diurno, prevedendo, solo in quest'ultimo caso, la conversione in anni trenta di reclusione.

Il ricorrente del giudizio in commento, diversamente da altri coimputati (che optarono in primo grado per la prosecuzione del giudizio secondo il rito abbreviato, venendo condannati a trenta anni di reclusione), aveva scelto in primo grado di procedere con il rito ordinario, venendo quindi condannato il 25 ottobre del 2007 dalla Corte d'Assise di Napoli alla pena dell'ergastolo. La condanna di primo grado veniva però annullata dalla Corte d'Assise d'appello per difetto di competenza, con conseguente restituzione degli atti alla Procura della Repubblica di Roma. Quando il 15 maggio 2012 il ricorrente veniva nuovamente rinviato a giudizio per i medesimi capi d'imputazione del 1995, chiedeva questa volta l'accesso al rito abbreviato; venendo quindi condannato alla pena dell'ergastolo *senza* isolamento diurno, in applicazione dell'art. 7, co. 2, d.l. n. 341/2000, vigente al momento della richiesta del rito. La decisione veniva confermata in appello e in Cassazione, con conseguente passaggio in giudicato.

Esauriti i gradi di ricorso interno, il ricorrente si rivolgeva alla Corte EDU contestando la

⁷ Causa *Cesarano c. Italia* – Prima sezione – sentenza 17 ottobre 2024 (ricorso n. 71250/16).

⁸ L'art. 2, punto 53, della l. delega legislativa al Governo per l'emanazione del codice di procedura penale prevedeva il potere del giudice di pronunciare sentenza di merito nell'udienza preliminare, decidendo allo stato degli atti su richiesta dell'imputato e consenso del pubblico ministero, ed indicava contestualmente «che, nel caso di condanna, le pene previste per il reato ritenuto in sentenza siano diminuite di un terzo». Il principio contenuto nella legge delega nella sua chiara formulazione, a detta della Corte, «è tale da far ritenere che la previsione del giudizio abbreviato riguardi solo i reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, essendo la diminuzione di un terzo concepibile solo se riferita ai reati punibili con una pena quantitativamente determinata e non, quindi, ai reati punibili con l'ergastolo». Sent. 176/1991, punto 3 *cons. in diritto*.

⁹ In vigore dal 2 gennaio 2000.

¹⁰ Previsione adesso superata con la legge n. 33/2019 che ha aggiunto il comma 1-bis all'articolo 438 c.p.p. in merito alla pena dell'ergastolo, escludendo il giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo. Cfr. le sentenze della Corte costituzionale nn. 210/2013, 260/2020 e 207/2022.

mancata conversione della pena da perpetua in temporanea, sulla scia della Sentenza *Scoppola* (cfr, *infra*) e della connessa giurisprudenza sulla *lex mitior*, che impone l'applicazione della pena più mite al condannato.

I giudici di Strasburgo sono pertanto chiamati a verificare se, al momento della scelta del giudizio abbreviato, il ricorrente potesse legittimamente nutrire l'aspettativa di incorrere, in caso di condanna, in una pena massima di trent'anni di reclusione, sulla base della versione più favorevole dell'art. 442, co. 2, c.p.p., come modificato dalla l. n. 479/1999 e vigente nel corso del procedimento di primo grado, piuttosto che nell'ergastolo senza isolamento diurno, previsto dalla formulazione introdotta dal d.l. n. 341/2000, e legge applicabile al momento della presentazione della richiesta di giudizio abbreviato.

Si tratta di un caso analogo, ma non perfettamente sovrapponibile, a quello deciso nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2), rispetto al quale presenta alcune rilevanti differenze.

In particolare, la Corte EDU è chiamata a stabilire se il principio affermato in *Scoppola* – secondo cui l'art. 7 CEDU, in linea con l'art. 2, co. 3, c.p. italiano¹¹, impone l'applicazione retroattiva della disciplina penale più favorevole anche quando questa non sia più accessibile al momento della decisione – possa estendersi anche al caso in esame. A differenza della vicenda *Scoppola*, ove l'imputato aveva formulato la richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della c.d. *legge Carotti* del 1999 (che non distingueva tra ergastolo con e senza isolamento diurno), nel caso *Cesarano* la scelta di rinunciare alle garanzie del dibattimento veniva esercitata nell'ottobre 2012, quando già trovava applicazione la disciplina dettata dall'art. 7, d.l. n. 341/2000. Quest'ultima prevedeva che soltanto gli imputati passibili di condanna all'ergastolo senza isolamento diurno potessero beneficiare della riduzione a trent'anni di reclusione in caso di scelta del giudizio abbreviato, mentre per coloro cui fosse applicato l'ergastolo con isolamento diurno, la riduzione di pena si traduceva nella mera esclusione dell'imposizione del regime di isolamento, con il mantenimento in ogni caso della pena dell'ergastolo semplice.

Il ricorrente Cesarano era stato condannato in via definitiva all'ergastolo *senza* isolamento diurno in ragione della scelta del giudizio abbreviato, ma a questa decisione si era opposto nei diversi gradi di giudizio chiedendo l'applicazione della pena più favorevole consistente nei trenta anni di reclusione. Secondo il ricorrente, difatti, la l. n. 479/2000, c.d. *Carotti*, che non faceva distinzione rispetto all'isolamento, rappresenterebbe la *lex mitior* a lui applicabile nella successione delle leggi nel tempo, che si traduce «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». La mancata concessione della pena più

¹¹ L'art. 2 c.p. può essere diviso in tre precetti normativi. Il primo di cui al primo comma, ribadisce il principio già contenuto nell'art. 25 Cost. (ma il codice penale precede la Costituzione) secondo il quale «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato». Al secondo comma si occupa dell'abolizione delle incriminazioni preesistenti, in rapporto alle quali si dispone la retroattività della pena abrogatrice: «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali». All'ultimo comma si prescrive che (disposizione che riguarda più da vicino la problematica affrontata dalla Corte) «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Il limite dell'intangibilità del giudicato ha subito una lieve flessione a seguito della novella legislativa avvenuta tramite l'art. 14 della legge n. 85 del 2006 la quale ha aggiunto ai commi precedenti un quarto in base al quale «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p.». Sul punto, oltre ai classici del diritto Penale, si segnala tra i più aggiornati il volume di G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, IX ed., Bologna, 2024.

mite, sempre secondo il ricorrente, aveva altresì determinato l'iniquità della procedura interna¹² e, dunque, la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione.

Sul punto la Corte EDU, specificando il principio già contenuto nella sentenza *Scoppola* sulla applicabilità della *lex mitior*, precisa, rispetto al passato, come nelle ipotesi di procedimenti aventi natura premiale innescati da una richiesta dell'imputato, il lasso di tempo da considerare ai fini della individuazione della pena meno afflittiva decorra dalla richiesta medesima, e non dalla commissione del fatto. All'epoca della richiesta il regime più favorevole al reo che optava per il rito premiale consisteva nella conversione dell'ergastolo con isolamento diurno in ergastolo *semplific*. A nulla rileverebbe la circostanza che dal 1995, anno di rinvio a giudizio, e sino al 2010, anno della prima condanna pronunciata con rito ordinario, sia esistita una disciplina più favorevole. È infatti il momento in cui l'imputato presta il proprio consenso alla rinuncia di determinate garanzie processuali – sottolinea la Corte EDU – a rappresentare l'elemento determinante per identificare la pena applicabile. Considerato che il giudice nazionale ha applicato la sanzione prevista dalla normativa vigente al momento della scelta del rito, la Corte perviene alla conclusione che nel caso di specie non sia configurabile una violazione dell'articolo 7 CEDU.

Analoga valutazione viene formulata con riferimento alla presunta lesione del diritto a un equo processo ai sensi dell'articolo 6, § 1, CEDU. La Corte rileva sul punto come il quadro normativo vigente al momento della richiesta di giudizio abbreviato non consentisse di maturare un'aspettativa in ordine all'irrogazione di una pena diversa dall'ergastolo senza isolamento diurno, con conseguente prevedibilità dell'esito sanzionatorio per l'imputato. A rafforzare tale conclusione, la Corte EDU richiama altresì il disposto dell'art. 4-ter, co. 2, l. n. 82/2000, con il quale il legislatore aveva previsto la possibilità di remissione in termini per avanzare richiesta di giudizio abbreviato nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della l. n. 479/1999, a condizione che, in primo grado, non fosse stata ancora conclusa l'istruttoria dibattimentale ovvero che, in sede di appello, fosse disposta la rinnovazione dell'istruttoria stessa. Cesarano non si era avvalso di tale facoltà, richiedendo il giudizio abbreviato solo successivamente, quando cioè il legislatore era intervenuto con la distinzione tra isolamento diurno e non. Pertanto il principio già richiamato della sentenza *Scoppola* concernente l'applicabilità della *lex mitior* – questo l'elemento di novità della sentenza – deve adattarsi a quei casi nei quali il cambio di regime non sia derivante unicamente da una scelta del legislatore, ma anche e soprattutto dalle scelte processuali dell'imputato. Per i motivi esposti la Corte di Strasburgo rigettava il ricorso del Cesarano¹³.

Si tratta di una decisione in linea con quanto affermato dalla Corte di Cassazione nel 2012 secondo la quale l'applicazione dei principi di diritto intertemporale in materia penale «con specifico riferimento alla disciplina del giudizio abbreviato prescelto dal ricorrente, non può essere ancorata, per individuare la disposizione che prevede la pena più mite, al mero dato formale delle diverse leggi succedutesi tra la data di commissione dei reati e la pronuncia della sentenza definitiva, ma presuppone la coordinazione di tale dato, di per sé neutro, con le modalità e con i tempi di accesso al rito speciale, da cui direttamente deriva, in base alla legge vigente, il trattamento sanzionatorio da applicare [...]»¹⁴.

Anche la Corte costituzionale era intervenuta sull'argomento (*infra* par. 3) dichiarando

¹² La pena giusta e proporzionata, in quanto attinente alla libertà personale, rappresenta uno dei beni fondamentali cui prestare protezione. In questo senso, la rilevanza dei beni comuni è funzionale alla dignità ed ai diritti fondamentali. Cfr. A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 11 ss.

¹³ Per una succinta ricostruzione dei fatti si rinvia inoltre al sito *questionegiustizia.it*, sezione *sentenze di ottobre 2024* caso *Cesarano c. Italia*.

¹⁴ S. U. della Corte di Cassazione, n. 34233/2012.

illegittimo l'art. 7, d.l. n. 341/2000 nella misura in cui l'interpretazione autentica produceva effetti retroattivi *in malam partem* nei confronti dell'imputato punibile con l'ergastolo con isolamento diurno che avesse già avuto accesso al rito abbreviato, venendo sacrificata l'aspettativa, proprio in virtù della novella legislativa di interpretazione autentica, dell'ottenimento della conversione della pena perpetua in temporanea.

Il ricorrente Cesarano, diversamente dal caso oggetto della declaratoria di incostituzionalità, non si era avvalso della possibilità di chiedere il rito abbreviato alla prima udienza successiva all'entrata in vigore della l. n. 479/1999, come avrebbe potuto fare in base alle relative disposizioni transitorie richiamate¹⁵. La scelta di propendere per il rito abbreviato diversi anni dopo, ovvero nel 2012, quando la pena di trenta anni di reclusione non era più una condanna possibile aderendo al rito premiale, impone l'applicazione, sostiene la Corte dei Diritti, della legge più favorevole «al momento dell'istanza», dovendo il giudice dell'esecuzione sostituire la pena da perpetua in temporanea solo nei confronti di chi avesse optato per il rito abbreviato tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000, indipendentemente dalla presentazione di istanza alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ne discende che qualora il sistema interno subordini uno sconto di pena ad una determinata scelta procedurale, l'entità di tale sconto non può che essere individuato dalla legge vigente al momento della scelta del rito; e solo rispetto a tale legge è ammesso un confronto con eventuali sopravvenute leggi sanzionatorie¹⁶.

3. La sent. n. 210 del 2013 e l'applicabilità delle sentenze pilota CEDU a casi ad esse assimilabili. La sentenza *Cesarano* si rivela particolarmente significativa in quanto introduce una nuova chiave di lettura – questa volta di carattere procedurale – rispetto a quella sviluppata nella sentenza *Scoppola*, assunta come decisione-pilota di riferimento (*infra* par. 4). Anche la Corte costituzionale, nell'ambito di giudizi incidentali, si è più volte confrontata con questioni analoghe, pur in assenza di un ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 CEDU effettivamente pervenuto alla Corte di Strasburgo.

Emblematico, in tal senso, è il caso deciso con la sent. n. 210/2013, nella quale la Consulta ha affrontato il dubbio se un precedente della Corte EDU dovesse trovare applicazione anche in situazioni che presentino caratteristiche del tutto sovrapponibili, pur in assenza di una pronuncia specifica da parte del giudice di Strasburgo sul singolo caso. L'ordinanza di rimessione evocava infatti la possibilità di estendere l'efficacia della giurisprudenza convenzionale «anche nei casi che (presentino) le medesime caratteristiche, senza che occorra [...] una specifica pronuncia della Corte EDU¹⁷».

Il giudizio era pertanto incentrato sul mancato adeguamento da parte dello Stato italiano – obbligato a conformarsi alle sentenze definitive pronunciate dalla Corte di Strasburgo a norma dell'art. 46 della Convenzione – agli effetti connessi alla sentenza *Scoppola* con la quale la Corte EDU aveva rilevato la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU in riferimento alle modifiche legislative inerenti all'art. 442 cod. proc. pen.

La questione è strettamente connessa alle sentenze in commento perché, lo si ricorda, la Corte costituzionale (a distanza di tre anni dall'introduzione del suddetto rito speciale) aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 442, co. 2, cod. proc. pen. per eccesso di

¹⁵ Ai sensi dell'art. 4-ter, co. 2, l. n. 82/2000.

¹⁶ *Cesarano c. Italia*, §§ 78-80.

¹⁷ *Cons. in diritto*, punto 7.1., Corte cost. sent. n. 210/2013. A commento della sentenza G. Romeo, *Giudicato penale e resistenza della lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. 2010 del 2013*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2013, 261; E. Lamarque, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015.

delega¹⁸, eliminando la possibilità del rito premiale per i reati puniti con la pena dell'ergastolo. Con la riforma legislativa avvenuta tramite l'art. 30, l. n. 479/1999, il legislatore, sanando una situazione che si era protratta per ben otto anni, reintroduceva nel nostro sistema penale il beneficio del rito premiale ricalcando la disposizione precedentemente censurata per eccesso di delega¹⁹.

Si tratta di una questione che pone l'accento sul rapporto tra le due Corti²⁰ in tema di applicazione della *lex mitior* con la quale la Corte costituzionale e la Corte EDU avevano già avuto modo in passato di confrontarsi²¹.

Come è ormai ampiamente noto, anche per il continuo richiamo al modello in ogni pronuncia avente ad oggetto il rapporto tra ordinamento nazionale e CEDU, con le c.d. sentenze gemelle n. 348/2007 e n. 349/2007²², scelta riconfermata anche nelle successive decisioni²³, la Corte costituzionale ha delineato in modo puntuale il rapporto intercorrente tra le fonti nazionali e le diverse fonti sovranazionali²⁴.

¹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 176/1991. Il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano sollevò il conflitto in riferimento all'art. 76 della Costituzione perché il Governo aveva ecceduto rispetto ai principi contenuti nella l. delega n. 53/1987 nell'emanazione del d.lgs. ad esso collegato.

¹⁹ Per una ricostruzione puntuale delle sentenze della Corte costituzionale e del seguito legislativo in riferimento alle modifiche legislative concernenti il giudizio abbreviato si segnala L. Degl'Innocenti, De Giorgio, *Il giudizio abbreviato: aggiornato al d.lgs. n. 150/2022 (riforma Cartabia)*, Milano, 2023.

²⁰ Cfr. A. Ruggeri, "Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), 11 novembre 2013.

²¹ Si allude alla sent. *Agrati c. Italia* della Corte EDU (nn. 43549/08) cui farà seguito la sentenza della Corte costituzionale n. 264/2012, v. *infra*.

²² Secondo la Consulta, «le norme CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32 paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

²³ Corte costituzionale, sent. n. 113/2011 e n. 1/2011, n. 196/2010, n. 187/2010 e n. 138/2010, n. 317/2009 e n. 311/2009, n. 39/2008, modello confermato anche dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona del 2009, sentenza n. 80/2011.

²⁴ A differenza del diritto di derivazione «comunitaria» direttamente applicabile, cioè scaturente dalle fonti normative proprie di quell'ordinamento che per loro natura la dottrina identifica come *self-executive* – sia che siano Regolamenti comunitari, sia che siano qualificate come direttive «dettagliate» (secondo differenze che non è opportuno affrontare in questo commento) – dalla sent. n. 170/1984, dopo un non poco travagliato confronto tra la il giudice delle leggi e la Corte di Giustizia, la Corte costituzionale ha proteso verso la soluzione della «disapplicazione» del diritto interno in favore di quello comunitario, come risoluzione del contrasto tra norme, senza che vi sia la necessità di leggi di ricezione e di adattamento. In base all'art. 11 Cost. l'Italia consente «limitazioni della sovranità» necessaria a promuovere e favorire le organizzazioni internazionali al fine di assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni. È di tutta evidenza come l'articolo, e non potrebbe essere diversamente vista la datazione di scrittura della carta costituzionale, fu pensato dai padri costituenti nell'ottica di una organizzazione ben diversa rispetto a quella che sarà poi l'ordinamento comunitario. L'ingresso del diritto UE nel nostro ordinamento ha preso slancio con le citate c.d. sentenze gemelle nn. 348/2007 e n. 349/2007, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto il valore della CEDU come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost., subordinando però tale recepimento a una lettura compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Questa impostazione ha conosciuto un ulteriore affinamento con la sent. n. 269/2017, in cui la Corte ha rivendicato il proprio ruolo centrale nel filtro di costituzionalità anche rispetto alla Carta di Nizza, ponendo così una distinzione tra fonti convenzionali (CEDU) e fonti dell'Unione (Carta), ma riaffermando in entrambi i casi la centralità della Costituzione come parametro primo. Oltre alle più volte citate sentenze c.d. gemelle, con la sent. n. 269, la Corte costituzionale ha riaffermato la centralità della Carta costituzionale nel sistema delle fonti, imponendo al giudice comune, nei casi in cui una disposizione nazionale sospettata di contrastare con i diritti fondamentali incida su una situazione non interamente regolata dal diritto dell'Unione, l'onere di sollevare la questione di legittimità costituzionale anziché promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale pronuncia ha segnato una riconsiderazione del ruolo della Consulta nel sistema multilivello, in chiave di presidio dell'identità costituzionale interna, con una certa tensione rispetto al principio del primato del diritto UE. In dottrina, si è discusso se tale orientamento prefiguri un modello di

Il presupposto è che dalla CEDU non deriverebbe, a differenza di ciò che accade per l'ordinamento dell'UE, una limitazione della sovranità nei confronti del legislatore statale. La norma Convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, viene utilizzata come norma interposta ad integrazione del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, co. 1. Alla CEDU viene quindi conferito un rango sovra-legislativo ma sub-costituzionale, come avviene, in generale, per tutto il diritto internazionale. La scelta di non attribuire alla fonte convenzionale un rango costituzionale ha reso possibile, una volta accertato che il contrasto tra norma interna e norma CEDU non sia risolvibile in via interpretativa, di effettuare un vaglio di costituzionalità della fonte interposta: difatti qualora ne venisse accertato il contrasto (della norma convenzionale) con la Costituzione, viene «esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato»²⁵.

Alla cautela della Consulta in riferimento all'ingresso del diritto convenzionale nel nostro ordinamento²⁶ corrispondeva un modello decisionale da parte della Corte di Strasburgo incentrato principalmente sulla riparazione economica del danno patito dal ricorrente per la lesione di un suo diritto convenzionalmente tutelato. La giurisprudenza della Corte EDU successiva alle sentenze gemelle, in applicazione dell'art. 46 della Convenzione, ha imposto allo Stato anche la *restitutio in integrum* con la cessazione delle cause connesse alla declaratoria di illegittimità convenzionale; questo ha comportato in alcuni casi anche il superamento del principio dell'intangibilità del giudicato qualora, a seguito della pronuncia della Corte EDU, si ritenesse necessaria la riapertura del processo al fine di recepire le indicazioni provenienti dalla pronuncia di Strasburgo²⁷.

Nella sent. 210 del 2013, specificava la Corte costituzionale, l'intangibilità del giudicato può

«controlimiti di ritorno», funzionale a delimitare l'ambito del dialogo tra le Corti europee e la Corte costituzionale. Tra gli sviluppi successivi, vanno ricordate le sentenze nn. 20/2019 e 63/2019, che ribadiscono l'obbligo per il giudice di adire la Corte costituzionale qualora le disposizioni interne sospettate di contrasto con i diritti fondamentali rinviengano fondamento autonomo nella Costituzione e solo un'applicazione indiretta nel diritto dell'Unione, rafforzando così il ruolo di filtro della Corte. Più di recente, la sent. n. 67/2022 ha confermato questa impostazione, anche nel quadro della cooperazione tra la Consulta e la Corte di giustizia, delineando un equilibrio più assertivo, seppur non antagonistico, tra livelli di tutela. Cfr. S. Romboli, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 22 dicembre 2016, 456 ss.; E. Canizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 45 ss.; G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum Quad. cost.*, 2018, 1 ss.; C. Pinelli, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2017, 2 ss.; S. Catalano, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2022, 190 ss. F. Salmoni, *Controlimiti, diritti con lo stesso nome e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2019, 7 ss.

²⁵ Cfr. sent. n. 93/2012; 113/2011; n. 311/2009 e n. 349/2007.

²⁶ Cfr. I. Rivera, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *Federalismi.it*, 19, 2015, ove si analizza la sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale sul rapporto tra diritto interno e giurisprudenza CEDU, con particolare riferimento all'efficacia vincolante delle decisioni della Corte europea. L'A. sottolinea come la Consulta riconosca un margine di apprezzamento nazionale e imponga al giudice comune l'obbligo di adeguamento solo alla giurisprudenza «consolidata» di Strasburgo, valorizzando il principio del predominio assiologico della Costituzione quale limite interno all'efficacia del diritto convenzionale vivente.

²⁷ Corte EDU, *Dorigo c. Italia*, ric. n. 33286/96. In senso critico rispetto alla posizione assunta dalla Corte in ordine all'intangibilità del giudicato, anche in presenza di una condanna della Corte EDU, C. Nardocci, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 18, 2018, 2 ss., spec. 5 ss.; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato. Prime considerazioni su Corte cost.*, 26 maggio 2017, n. 123, in *Federalismi.it*, 2017, 2 ss.

cedere il passo davanti alla salvaguardia di altri valori²⁸ ugualmente meritevoli di tutela (come il diritto all'equo processo e alla libertà personale), quando una sentenza definitiva di Strasburgo ne abbia accertato una compressione convenzionalmente illegittima. L'art. 2, terzo comma, cod. pen, prevede che «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135 c.p.»; tale possibilità è presa dalla Corte costituzionale come spunto per rilevare come «nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato»²⁹.

La giurisprudenza EDU più recente si caratterizza, infine, per aver abbandonato modelli decisionali ancorati sulla risoluzione del singolo caso concreto: la strada intrapresa è quella di fornire indicazioni utili alla rimozione, da parte dell'ordinamento da cui scaturisce il ricorso, del problema in modo «strutturale» estendendone gli effetti anche alle fattispecie sovrapponibili al caso-principale il quale diviene, rispetto a giudizi successivi e ad esso equiparabili, un giudizio-pilota.

Ai fini del presente scritto risulterà pertanto necessario ripercorrere la vicenda *Scoppola* ponendosi quest'ultima come precedente convenzionale rispetto alla decisione della Corte costituzionale.

4. Il «caso-pilota» Scoppola c. Italia. Come visto, il legislatore del 2000, al fine di conferire efficacia ad una novella legislativa in ambito penale, ambito nel quale non è consentita la retroattività della legge, utilizzava lo «stratagemma» della interpretazione autentica al fine di l'estenderne l'efficacia anche ai giudizi in corso³⁰.

²⁸ S. Staiano, *Il gattopardo estremista e l'innovatore paziente. Costituzionalisti e riforme nella crisi italiana*, in *federalismi.it*, 16, 2023, 5 ss. L'A. affronta, tra le altre cose, la tensione tra certezza del diritto e adattamento dell'ordinamento a nuovi paradigmi costituzionali e convenzionali. In un sistema aperto alla giurisprudenza europea, il giudicato non può essere un ostacolo assoluto alla tutela dei diritti fondamentali.

²⁹ Sent. Corte cost., n. 210 del 2013, *Considerato in diritto*, punto 7.3.

³⁰ L'interpretazione autentica costituisce quello strumento attraverso cui il legislatore interviene a chiarire il significato di una disposizione legislativa la cui portata risulti dubbia o controversa. Essa si colloca temporalmente *posterius* rispetto alla norma interpretata, e con essa forma un unico precetto normativo, operando in deroga al principio generale di irretroattività sancito dall'art. 11 delle preleggi. La Corte costituzionale si è più volte pronunciata sulla compatibilità costituzionale di norme qualificate come di interpretazione autentica e dotate di efficacia retroattiva, valutandone in particolare la ragionevolezza e la coerenza con il diritto vivente, ossia con l'orientamento giurisprudenziale consolidato sul significato della disposizione originaria. Emblematica in tal senso è la sent. n. 257/2011, ove si afferma che «non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva», dal momento che il divieto di retroattività della legge, pur costituendo un valore essenziale di civiltà giuridica, non ha rango costituzionale, fatta eccezione per la materia penale, ove vige il divieto sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. Proprio in ambito penale, la Corte ha chiarito che neppure le proprie sentenze di accoglimento possono produrre effetti retroattivi in *peius*, qualora determinino un trattamento sanzionatorio più severo, a conferma del fondamento costituzionale del divieto di retroattività delle norme incriminatrici. Ne consegue che, al di fuori di tale ambito, il legislatore può adottare sia disposizioni interpretative che attribuiscono alla norma originaria un significato già plausibilmente ricavabile dal testo, sia disposizioni innovative con efficacia retroattiva, purché quest'ultima risulti giustificata da esigenze di rilievo costituzionale e compatibile con i principi di ragionevolezza, proporzionalità e tutela dell'affidamento. In questa prospettiva, il controllo di ragionevolezza si estende tanto alla coerenza della norma con il contenuto riconoscibile del testo interpretato quanto all'idoneità della norma innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva situazioni pregresse. In tal senso, la retroattività non risulta irragionevole qualora la disposizione si limiti a consolidare una delle letture già accolte nel diritto vivente, come affermato, tra le altre, nelle sentenze n. 162/2009 e n. 74/2008, nonché nella sent. n. 236/2009. In dottrina, v. G. Amoroso, *Leggi di interpretazione autentica e controllo di costituzionalità*, Roma, 2018.

Proprio per questo motivo veniva adita la Corte di Strasburgo in virtù della sostituzione della pena inflitta al ricorrente per effetto della nuova interpretazione fornita dal Governo all'art. 442 cod. proc. penale³¹. Poiché lo Scoppola aveva optato per il rito abbreviato nella vigenza della precedente disciplina, veniva dapprima condannato in primo grado a trenta anni di reclusione e, nel giudizio di secondo grado, si vedeva infliggere la pena più severa dell'ergastolo semplice³². Ciò in ragione dell'entrata in vigore del d.l. n. 341/2000, il cui art. 7 – come visto – è intervenuto sulla disciplina del rito abbreviato, introducendo una distinzione tra le pene che prevedono l'ergastolo con isolamento diurno e quelle che invece contemplano l'ergastolo semplice. Per le prime, quale beneficio connesso alla scelta del rito abbreviato, veniva prevista la sostituzione della pena con l'ergastolo semplice³³.

Il giudice di secondo grado ritenne infatti che il GUP, applicando la normativa previgente, avesse determinato la pena facendo riferimento al reato più grave, senza verificare se, in ragione delle ulteriori pronunce di colpevolezza per gli altri capi d'accusa, fosse necessario disporre l'isolamento diurno, posto che la norma dell'epoca non prevedeva questa distinzione. Ritenne quindi che, in conseguenza dell'entrata in vigore del decreto-legge destinato ad essere successivamente scrutinato dalla Consulta³⁴, nei casi di adesione al rito abbreviato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno dovesse essere sostituita con quella dell'ergastolo semplice, e non con la conversione nella pena temporanea di trenta anni di reclusione. In tal senso decise, dunque, nei confronti di Scoppola³⁵.

Dopo il rigetto dei ricorsi da parte del giudice della nomofilachia³⁶, il ricorrente, avendo ormai esaurito tutti gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento interno³⁷, adì quindi la Corte di

³¹ Nel 1999, a seguito di un litigio con uno dei suoi bambini, lo Scoppola uccise la moglie e ferì un figlio. Fu rinviato a giudizio per «tentato omicidio, maltrattamenti in famiglia, possesso illegale di arma da fuoco». Proprio perché accusato di concorso di reati, la novella disciplina introdotta con il decreto legge 341/2000 farà sì che venisse condannato alla pena dell'ergastolo «con isolamento diurno» e solo grazie alla scelta per il rito abbreviato, all'ergastolo «semplice».

³² Il p.m. proponeva impugnazione avverso la sentenza di primo grado, che lo aveva visto condannato a 30 anni di reclusione, ritenendo applicabile alla fattispecie il reato continuato e la Corte d'assise di appello di Roma, con sentenza emessa il 10 gennaio 2002, condannava lo Scoppola alla pena dell'ergastolo. In particolare la Corte territoriale riteneva che in base all'art. 8 del decreto legge citato il ricorrente avrebbe potuto ritirare la richiesta di rito abbreviato e ottenere così il rito ordinario. In particolare l'art. 8 prevedeva: «Nei processi penali in corso alla data in vigore del presente decreto-legge, nei casi in cui è applicabile o è stata applicata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, se è stata formulata la richiesta di giudizio abbreviato, ovvero la richiesta di cui al comma 2 dell'articolo 4-ter del decreto legge 7 aprile 2000, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, l'imputato può revocare la richiesta nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. In tali casi il procedimento riprende secondo il rito ordinario dallo stato in cui si trovava allorché era stata fatta la richiesta [...]».

³³ La Corte d'assise d'appello, nell'idea che la novella legislativa di interpretazione autentica dovesse applicarsi anche ai giudizi in corso, rimodulava la sanzione da infliggersi allo Scoppola statuendo per la pena più severa dell'ergastolo semplice.

³⁴ Cfr. sent. 210/2013, par. 3 del presente scritto.

³⁵ Prima di adire la Corte EDU il ricorrente proponeva quindi due distinti ricorsi nei confronti della Corte di Cassazione: con il primo chiedeva la nullità del processo di appello perché pronunciato in sua assenza e, successivamente, presentava un nuovo ricorso straordinario per errore di fatto, adducendo questa volta che l'impossibilità di partecipare in qualità di imputato al giudizio di appello costituiva violazione dell'art. 6 CEDU. Denunciava quindi la violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo derivante dalla nuova interpretazione accordata all'art. 442 cod. proc. pen. per effetto del decreto l. n. 341/2000.

³⁶ Cassazione, I Sez. Penale, sent. n. 2592 del 25 settembre 2002, e IV sez. penale, sent. n. 42218, 14 maggio 2004.

³⁷ L'art. 35 della Convenzione, rubricato «Condizioni di ricevibilità» descrivendo la situazione di sussidiarietà della Corte di Strasburgo rispetto ai giudizi interni, al primo comma, prescrive che «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione

Strasburgo³⁸ lamentando la violazione degli artt. 6 e 7 CEDU, per lesione del proprio diritto a un equo processo e per essere stato condannato ad una pena più severa rispetto a quella originariamente prevista al momento dell'opzione per il rito abbreviato.

Ricevuto il ricorso, e nella conseguente decisione, la Corte EDU ribadì che costituiscono corollari applicativi strettamente connessi al principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU, da un lato, il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che garantisce la punibilità solo per i fatti cui sia già ricollegabile una sanzione penale al momento della loro commissione; dall'altro, il divieto di ricorso all'analogia *in malam partem* nell'ambito del diritto penale.³⁹

A questa ricostruzione sistematica del principio di legalità la Corte ha affiancato, quale elemento di maggiore novità rispetto alla propria precedente giurisprudenza — e che può a buon diritto essere considerato l'architrave argomentativo della sentenza — l'affermazione secondo cui «la Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice debba applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo»⁴⁰.

Per la Corte EDU il d.l. n. 341/2000, convertito successivamente nella l. n. 4/2001, sebbene formalmente qualificato come di interpretazione autentica, si configura in realtà come disposizione di diritto penale materiale sostanziale (e non meramente processuale) in quanto incide direttamente sulla severità della pena e, per tali motivi, rientrando pienamente nell'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU, il quale — secondo l'interpretazione consolidata fornita dalla stessa Corte di Strasburgo — impone l'applicazione della sanzione più favorevole al condannato, da individuarsi nel lasso temporale compreso tra la commissione del fatto e la pronuncia della sentenza definitiva⁴¹.

interna definitiva». Si segnala in tal senso la sentenza *Scordino* con la quale la Corte di Strasburgo ebbe a dire che «La tutela dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione riguarda in primo luogo le autorità nazionali. Il meccanismo di tutela davanti alla Corte riveste dunque un carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di salvaguardia dei diritti dell'Uomo, tuttavia le disposizioni dell'art. 35 della Convenzione esigono l'esaurimento solo dei ricorsi relativi alle pretese violazioni al tempo stesso accessibili e adeguati. Essi devono presentare un sufficiente grado di certezza non solamente in teoria ma anche in pratica, senza il quale sono privi dell'effettività e accessibilità desiderata», *Scordino c. Italia*, ric. 36813/97, 23 marzo 2006. Sulla procedura della Corte di Strasburgo, cfr. S. Beltrani (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i diritti - la procedura*, Torino, 2022.

³⁸ Ricorso n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*, sent. 17 settembre 2009. Il nuovo orientamento è confermato nella successiva pronuncia *Morabito c. Italia*, ric. 58572/00, decisione del 27 aprile 2010, con la quale la Corte ha ribadito che «le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività che includono il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato».

³⁹ Per il principio di tassatività dei reati ed il divieto di interpretazione analogica si veda in tal senso, Corte EDU, *Coëme ed altri c. Belgio* nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII. Cfr. anche *Kokkeinkis c. Grecia* ric. n. 14307/88, 25 marzo 1993, *Mione c. Italy*, 7856/12, 12 febbraio 2004, *Rasnik c. Italy*, 45989/06, 10 luglio 2007, *Martelli c. Italy*, n. 20402/03, 12 aprile 2007. Nella sentenza *Coëme*, in particolare, la Corte EDU stabilì che l'art. 7 par. 1, della CEDU sancisce il divieto di applicazione retroattiva delle norme penali incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe, in modo da assicurare che, «nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale, [debba esistere] una disposizione legale che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non [abbia] superato i limiti da tale disposizione».

⁴⁰ Sent. *Scoppola c. Italia*, *Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, *Diritto*. Con la sentenza *Scoppola*, ampliando la sua precedente giurisprudenza ricollegabile al caso *Coëme*, la Corte EDU, ha ammesso che «l'art. 7, par. 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della irretroattività della legge penale meno severa». Cfr. in tal senso anche ric. 21743/07, *Morabito c. Italia*, 27 aprile 2010, e ric. n. 43549/08, *Agrati c. Italia*, con la quale la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 7 riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere.

⁴¹ Nella opinione dissenziente allegata alla sentenza *Scoppola*, i giudici di minoranza contestarono gli altri componenti del collegio per non aver considerato come la riconduzione della retroattività della legge *in mitius*

Parimenti la Corte ha ritenuto leso l'art. 6 CEDU nella parte in cui il ricorrente non aveva potuto autodeterminarsi liberamente nella scelta del rito, avendo optato per il giudizio abbreviato sulla base della normativa previgente. Tale circostanza ha comportato, secondo i giudici di Strasburgo, una compromissione del diritto a un processo equo. La Corte ha quindi concluso invitando lo Stato italiano a porre rimedio alla violazione, sostituendo la pena dell'ergastolo con una sanzione detentiva non superiore ai trent'anni di reclusione.

5. Dalla Corte di cassazione alla Corte costituzionale: il problema delle questioni «gemelle» rispetto alla sentenza-pilota. Uscito vincitore dal giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo, il ricorrente Scoppola adì la Corte di cassazione ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p., chiedendo la revoca della sentenza che lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo. In linea con l'impostazione già delineata nella nota sentenza *Dorigo*⁴², formulava due richieste alternative: da un lato, il rinvio al giudice dell'esecuzione per la rimodulazione della pena; dall'altro, una pronuncia immediata da parte della Corte di legittimità, con sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione.

La Corte di cassazione in quella sede rilevava la mancanza nell'ordinamento interno di uno strumento *ad hoc* idoneo a consentire la modifica della sanzione penale derivante da un'«illegittimità convenzionale» accertata dalla Corte di Strasburgo⁴³. In applicazione del

all'interno dell'art. 7 CEDU avesse comportato come conseguenza lo stravolgimento della *ratio* dell'articolo in questione andando ben al di là della interpretazione consentita alla Corte di Strasburgo stessa.

42 Nel Caso *Dorigo* l'accusato non aveva potuto controinterrogare i testimoni a carico, sicché la condanna era fondata solo sulle dichiarazioni etero-accusatorie di coimputati mai esaminati in contraddittorio i quali si erano avvalsi in dibattimento della facoltà di non rispondere. A seguito della sentenza della Corte EDU, che aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU sull'equo processo, e non essendo previsti strumenti di revisione del processo passato in giudicato, la Corte di appello, chiamata ad esaminare la richiesta di revisione, sollevava il giudizio di costituzionalità in riferimento all'art. 630 c.p. (sulla base degli artt. 3, 10 e 27 Cost.): la domanda veniva dapprima ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale (sent. 129 del 2008 dove comunque la Consulta invitava il legislatore a provvedere ad una riforma del sistema penale ai fini della ricevibilità delle sentenze EDU); e successivamente (sent. 113/2011, questa volta in riferimento all'art. 117 Cost.) la Corte decideva di introdurre in via additiva, a seguito dell'inerzia del legislatore, «un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo». Sul caso *Dorigo*, v. G. Santorello, *Caso Dorigo: un'inedita applicazione dell'art. 625-bis c.p.p. per dare esecuzione a una sentenza della Corte EDU*, in *Cassazione penale*, 2007, 1611 ss. A commento della sentenza cfr. anche A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione Europea dei diritti umani ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2, 2011; G. Canzio, *Giudicato "Europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2011; R. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista AIC*, 2, 2011. In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. Un., 11 luglio 2006, n. 21030, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3145 ss., ove le Sezioni Unite hanno ritenuto ammissibile il ricorso straordinario per errore di fatto anche in funzione di adeguamento a una sentenza della Corte EDU, pur in assenza di un'esplicita disciplina legislativa di recepimento, valorizzando l'art. 46 CEDU e il principio di leale cooperazione tra ordinamenti.

43 Nel sistema CEDU, nessuna norma riconosce efficacia esecutiva diretta alle sentenze della Corte all'interno degli Stati membri, a differenza del regime previsto dagli articoli 244 e 256 TUE per le sentenze della Corte di Giustizia. La mancanza di un seguito legislativo rispetto alle sentenze della Corte di Strasburgo è un problema che diviene sempre più attuale nel nostro ordinamento. Se il legislatore, di volta in volta, si adoperasse per recepire le indicazioni provenienti da Strasburgo, in particolar modo i moniti pilota, la Corte costituzionale non si troverebbe nella scomoda situazione di dover sopperire alla mancanza in sede giurisprudenziale. Il tema è messo in luce in diversi contributi, si segnalano i lavori della *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*, Istituito il 30 marzo 2013, testo disponibile su *federalismi.it*. Più di recente si segnala D. Russo, *Sulla diretta applicabilità della CEDU nel giudizio di cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2022, il quale affronta l'assunto dell'ineducibilità in cassazione delle violazioni della CEDU, a partire da un esame del concetto della diretta applicazione dei trattati nell'ordinamento italiano, condotto anche alla luce della giurisprudenza costituzionale rilevante, mettendo in rilievo alcuni profili problematici che potrebbero derivare dal

principio di economia dei mezzi processuali procedeva pertanto a modificare direttamente – e senza rinvio – la pena inflitta al ricorrente, convertendo l'ergastolo nella reclusione di trent'anni.

Numerosi giudici dell'esecuzione, tuttavia, pur avendo ricevuto la sentenza-pilota proprio al fine di prevenire ulteriori violazioni della Convenzione, omisero di disporre la sostituzione della pena nei confronti di soggetti versanti in fattispecie analoghe. Ne conseguì un afflusso di numerosi ricorsi alla Corte di cassazione presentati da soggetti che, pur trovandosi nella medesima situazione del ricorrente nel giudizio-pilota, non disponevano di una decisione individuale favorevole da parte della Corte di Strasburgo. Essi chiedevano, tuttavia, che i principi affermati in quella sentenza producessero effetti anche nei loro confronti⁴⁴.

Fino all'intervento della Corte costituzionale sulla questione, le sezioni semplici della Corte di cassazione avevano adottato un orientamento più restrittivo rispetto a quello espresso dalle Sezioni unite nel caso *Scoppola*, ritenendo ammissibile la modifica della sanzione solo nei casi in cui l'imputato avesse esercitato l'opzione per il rito abbreviato anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 341/2000⁴⁵.

L'incidente di costituzionalità fu sollevato proprio dalle Sezioni unite a fronte della non uniforme applicazione da parte dei giudici dell'esecuzione dei principi affermati nella sentenza *Scoppola*, in particolare nei casi in cui i condannati si trovassero in situazioni analoghe ma non fossero destinatari di una pronuncia individuale della Corte EDU che avesse accertato la violazione della Convenzione.

In questa prospettiva si inserisce l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, che – a partire dal caso *Broniowski c. Polonia*⁴⁶ – ha segnato il superamento di una concezione strettamente individuale della tutela, elaborando veri e propri principi generali attraverso il meccanismo delle *pilot-judgment procedures*⁴⁷, applicabili anche a fattispecie sostanzialmente assimilabili a quella decisa nel singolo giudizio.

Pur non essendo formalmente qualificabile come *pilot judgment*⁴⁸, la sentenza *Scoppola*, come osservato dalla stessa Corte di cassazione, rivelava tuttavia la presenza nell'ordinamento italiano di una problematica di carattere strutturale rispetto al sistema convenzionale, riconducibile all'applicazione retroattiva dell'art. 442 c.p.p. in conseguenza dell'entrata in

consolidamento di questo orientamento con riguardo all'obbligo di rispettare il principio della sussidiarietà e il diritto ad un rimedio effettivo.

⁴⁴ Sul tema dell'efficacia estensiva della giurisprudenza della Corte EDU in assenza di una decisione individuale favorevole, v. Corte cost., sent. n. 210 del 2013, cit., ove si afferma che il giudice nazionale, ove riscontri una situazione sovrapponibile a quella esaminata dalla Corte di Strasburgo, può e deve conformarsi ai principi convenzionali espressi anche in assenza di una condanna specifica dello Stato nel singolo caso. In dottrina, v. V. Sciarabba, *L'«interpretazione conforme» tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2019, 1 ss., che valorizza il ruolo del giudice comune nel garantire un'applicazione estensiva e conforme della giurisprudenza della Corte EDU a fattispecie analoghe, in ossequio al principio di effettività della tutela dei diritti.

⁴⁵ Sez. I, 2 novembre 2011, n. 8689/2012, in *C.e.d. Cass.*, e sent nn. 252211, 23227, 253093 del 2012. G. Romeo, op. cit., nota n. 5, 3.

⁴⁶ *Grande Chambre*, n. 31443/96, §§ 184-194 CEDH, 2004-V, ove per la prima volta la Corte ha fatto ricorso esplicito al meccanismo del *pilot judgment*, rilevando l'esistenza di un problema «strutturale» e «sistemico» all'interno dell'ordinamento polacco, derivante dall'impossibilità di ottenere un risarcimento effettivo per i beni lasciati nei territori orientali dell'ex URSS. La Corte ha così invitato lo Stato a porre rimedio alla situazione attraverso misure generali, superando la mera logica del risarcimento individuale.

⁴⁷ Nella sentenza, la Corte opera un allargamento del *thema decidendum* allo scopo di affrontare in modo strutturale i problemi di compatibilità della disciplina oggetto del suo giudizio con la protezione dei diritti fondamentali, F. Gallo, *Rapporti fra Costituzione e Corte EDU*, op. cit., 5.

⁴⁸ «Nella presente causa, la Corte non ritiene necessario indicare delle misure generali che si impongano a livello nazionale nell'ambito dell'esecuzione della presente sentenza», *Scoppola c. Italia*, punto 124.

vigore del d.l. n. 341/2000. La motivazione della Corte EDU non conteneva esplicitamente indicazioni generali o linee guida sistematiche tipiche delle decisioni pilota, ma ciò non impediva di cogliere nella pronuncia un orientamento idoneo a incidere in modo trasversale su situazioni analoghe, imponendo una riflessione sistemica sull'adeguamento dell'ordinamento interno ai principi della CEDU.

La Corte costituzionale in passato aveva già avuto modo di affrontare il tema della retroattività delle disposizioni in ambito penale. In particolar modo nelle sentenze n. 393/2006 e n. 394/2006⁴⁹ la Corte distingueva il principio della irretroattività della pena più severa, costituzionalizzato dall'art. 25 Cost., dal principio della retroattività della legge penale più mite, con base legislativa nell'art. 2, co. 2, c.p.⁵⁰. La retroattività della legge penale più favorevole, precisava in quella sede, trova applicazione nel diverso, e più generico, principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. il quale impone «di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»⁵¹.

La medesima questione fu nuovamente affrontata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 236/2011, in cui veniva sollevato il dubbio se la nuova interpretazione dell'art. 7 CEDU offerta dalla sentenza *Scoppola* avesse mutato la «natura e le caratteristiche» del principio della retroattività della legge penale più favorevole, elevandolo al rango di diritto fondamentale direttamente applicabile anche alle norme non incriminatrici; oppure, al contrario, se tale principio dovesse continuare a essere ricondotto al criterio di ragionevolezza, con la conseguente necessità di una valutazione da parte della Corte costituzionale circa le ragioni giustificatrici di un eventuale differente trattamento sanzionatorio.

La particolarità del caso esaminato nella sent. n. 236 – relativo alla possibile estensione dei nuovi e più favorevoli termini di prescrizione anche ai giudizi già pendenti oltre il primo grado – offriva alla Corte l'opportunità per ribadire la propria impostazione restrittiva: essa confermava infatti che il principio della *lex mitior* trova applicazione esclusivamente con riferimento alle norme penali incriminatrici, che incidono direttamente sul regime punitivo, escludendo invece dal suo ambito applicativo le norme di natura processuale o riferite all'estinzione del reato per prescrizione⁵². La possibilità di beneficiare dei nuovi termini di

⁴⁹ I. Pellizzone, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem, due decisioni dall'impostazione divergente* (sentt. 393 e 394 del 2006), in *Rivista online di forum costituzionale*. La questione principale, ripresa nella successiva sent. 236/2011, verteva sull'art. 10, co. 3, l. n. 251/2000 (c.d. *ex Cirelli*) in tema di accorciamento dei termini di prescrizione.

⁵⁰ Pietra angolare del ragionamento della Corte è il principio di autodeterminazione del soggetto agente il quale può conoscere della sanzione solo se questa è, appunto, conoscibile in un momento anteriore rispetto al compimento del fatto. La diversa regola dell'applicabilità della *lex mitior* trova la sua giustificazione nell'evitare ingiustificate e disomogenee applicazioni delle sanzioni penali, non avendo tendenzialmente giustificazione punire più severamente comportamenti successivamente valutati in modo meno grave dall'ordinamento. Cfr. sent. 6/1978, n. 78/1980, n. 80/1995, n. 72/2008, n. 215/2008 e 394/2006.

⁵¹ Sent. n. 394/2006, punto 10 del *Cons. in diritto*. In particolar modo si precisava come «non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve). Per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale, ancor più, l'*abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa» (*ex plurimis*, sent. n. 215/2008, n. 393/2006). Cfr. S. Staiano, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 23 ss.

⁵² «Del resto la sentenza *Scoppola* riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 CEDU e sulla sua portata, la Corte di europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale,

prescrizione veniva così limitata ai soli giudizi ancora pendenti in primo grado, in ragione della necessità di evitare che l'immediata applicazione retroattiva delle modifiche producesse effetti disfunzionali, come l'interruzione di numerosi processi già incardinati nei gradi superiori o la dispersione dell'attività processuale già svolta. La Corte, in tale pronuncia, ha così riaffermato la propria impostazione selettiva e graduata del principio della *lex mitior*, rivendicando per sé un «margine di apprezzamento» da esercitarsi caso per caso, in coerenza con un modello di bilanciamento tra certezza del diritto, razionalità del sistema processuale e tutela dei diritti fondamentali.⁵³

La sentenza *Scoppola* ha assunto anche il ruolo di parametro interposto in un ulteriore e significativo giudizio di legittimità costituzionale definito l'anno successivo con la sent. n. 230/2012⁵⁴. In quella sede il quesito sottoposto alla Corte costituzionale verteva sulla possibile introduzione, per via additiva, di un nuovo strumento di revoca della sentenza di condanna, anche se ormai passata in giudicato, nei casi in cui un successivo mutamento giurisprudenziale della Corte di cassazione in *bonam partem* avesse escluso l'applicabilità della disposizione incriminatrice precedentemente ritenuta pertinente rispetto alla fattispecie concreta.

A sostegno della questione il giudice rimettente richiamava l'art. 7 CEDU nella lettura offertane dalla sentenza *Scoppola*, argomentando che la nozione di «diritto» utilizzata dalla norma convenzionale dovesse comprendere non solo le fonti legislative, ma anche quelle di natura giurisprudenziale. Seguendo tale impostazione, anche un'evoluzione ermeneutica in senso favorevole al reo – in grado di determinare una sorta di *abolitio sine abrogatio* della fattispecie penale – doveva essere intesa come *lex mitior*, con conseguente diritto per il condannato ad ottenere la revoca del giudicato fondato su una interpretazione normativa ormai superata. Nella sent. n. 230/2012 la Corte ribadiva le peculiarità che sono alla base della differenziazione tra gli ordinamenti di *civil law*⁵⁵ rispetto agli altri ordinamenti definiti di

specificando che si tratta della misura che viene imposta a seguito di una condanna di un reato, e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale». Cfr. punto 14 del *Cons. in diritto*, sent. 236/2011. Si veda a commento della sentenza F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236 del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011.

⁵³ L'applicazione della Convenzione quale fonte interposta del parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost., deve avvenire in ogni caso «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta [alla Corte costituzionale] di tener conto della peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi»; sent. 236/2011, punto 9, *Cons. in diritto*. Cfr. F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65 ss.; S. Barbou Des Places, N. Deffains, *Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des Cours européennes*, in S. Barbou Des Places, R. Hernu, Ph. Maddalon (dir. da), *Morale(s) et droits européens*, Bruxelles, 2015, 49 ss.; D. Spielmann, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011–2012, 381 ss.

⁵⁴ A commento della sentenza di segnala F. Colombi, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e cedu: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Cort cost. sent. 8 ottobre 2012, n.230*, in *Rivista AIC*, 3, 2013. L'A. si esprime criticamente in riferimento alla sentenza in commento in particolar modo nel passaggio dove la Consulta cerchi di differenziare il «diritto» scaturente da base normativa da quello di tipo giurisprudenziale. Difatti, «una volta ricompreso il principio di retroattività *in mitius* fra le garanzie di cui all'art. 7 Cedu, tale principio si applica ogniqualvolta esista una base legale ai sensi di tale articolo, dunque anche se di origine giurisprudenziale». Questo è reso ancora più in discussione, prosegue l'A., quando «è la stessa Convenzione, all'art. 15, par. 2, a sancire l'inderogabilità assoluta delle garanzie di cui all'art. 7 Cedu, cui è stato ricondotto il principio di retroattività *in mitius*».

⁵⁵ Ricorda difatti la Corte nella sentenza da ultimo citata come le decisioni della Corte di Strasburgo abbraccino tanto una giurisprudenza simile a quella nazionale di *civil law* quanto una assimilabile ad una di stampo anglosassone che esclude il principio della «riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, co. 2, Cost.;

common law, dove alle tecniche giuridiche basate sulla astrattezza e sistematicità prevalgono viceversa argomentazioni incentrate in particolar modo sul precedente giudiziario e sul caso tipico (*case law*), le quali portano ad una concezione del diritto più ampia rispetto a quella conosciuta nei paesi continentali europei, dove il cambiamento della giurisprudenza (*overruling decision*) non può comportare, per le ragioni esposte, le medesime conseguenze sul piano ordinamentale⁵⁶.

Muovendo da queste premesse, la Corte circoscriveva la portata applicativa della sentenza *Scoppola* alle sole norme di diritto penale sostanziale di origine legislativa, escludendo che i principi in essa affermati potessero estendersi anche alle ipotesi di mutamento giurisprudenziale favorevole al reo. In particolare, veniva valorizzata l'idea di uno «scarto di tutela» tra le garanzie offerte dalla legge – espressione dell'organo democraticamente eletto – e quelle provenienti da un organo, come il giudice, estraneo al circuito della rappresentanza democratica. In questa prospettiva, la Corte rigettava la questione, ritenendo che non sussistesse un obbligo costituzionale o convenzionale di approntare uno specifico rimedio volto a consentire la revoca del giudicato per effetto di un *ius superveniens* di matrice giurisprudenziale.

Con la successiva sent. n. 210/2013, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su un ulteriore e delicato profilo, concernente l'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare di quelle aventi natura – esplicita o implicita – di sentenze c.d. «pilota». Il quesito sottoposto al vaglio della Consulta verteva sulla possibilità che da tali decisioni potesse derivare per i giudici nazionali un obbligo di adeguamento ai principi affermati dalla Corte di Strasburgo anche in assenza di una pronuncia individuale riferita al caso specifico oggetto del giudizio interno, purché quest'ultimo presentasse elementi sostanzialmente sovrapponibili a quelli esaminati nel precedente europeo.

In particolare, ci si domandava se la giurisprudenza convenzionale potesse espandere i propri effetti ben oltre i confini del singolo ricorso individuale, assumendo una valenza generale, capace di vincolare i giudici nazionali nell'applicazione del diritto interno, ove si riscontrasse una violazione sistemica o strutturale già accertata in casi analoghi dalla Corte EDU, come nel caso *Scoppola*⁵⁷.

decideva nel senso di proteggere la struttura tipica degli stati di *civil law* i quali basano la loro normazione in ambito penale sul principio della riserva di legge e con l'attribuzione della disciplina di dette materie al solo organo legislativo che demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, il quale esprime altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e sia pure indirettamente, con la pubblica opinione» (sent. 230/2012, punto 7, *Cons. in diritto*).

⁵⁶ Gli ordinamenti di *civil law*, ricordava la Corte, sono basati sul principio della riserva di legge e con l'attribuzione della regolamentazione delle materie inerenti i diritti (in particolar modo per la materia penale, ex art. 25 Cost.) al solo organo legislativo democraticamente eletto. La «regola» nel diritto anglo-americano è una concezione differente rispetto a quella cui sono abituati a confrontarsi i giuristi del continente europeo. La letteratura sul tema è diffusissima, ai fini del presente scritto si segnala K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, Vol. I, Milano, 1998, 220 ss.

⁵⁷ «Di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea – rileva il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione – il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo a un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della

La disposizione sottoposta a scrutinio nella sent. n. 210/2013 era, peraltro, la stessa che, alcuni anni più tardi, sarebbe stata oggetto di contestazione da parte di Cesarano dinanzi alla Corte EDU, nell'ambito del ricorso volto a ottenere la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trent'anni di reclusione⁵⁸.

Tuttavia – come si è visto – il ricorso veniva respinto dalla Corte di Strasburgo, non per l'infondatezza in sé del principio della *lex mitior*, ma per ragioni legate al peculiare assetto procedurale del caso concreto. In particolare, l'elemento ritenuto determinante fu il momento in cui il ricorrente aveva presentato la richiesta di rito abbreviato: solo in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 341/2000, circostanza che rendeva prevedibile, secondo la Corte, l'applicazione della pena dell'ergastolo nella forma prevista dalla nuova disciplina. Tale rilievo – eminentemente procedurale – è stato considerato decisivo ai fini dell'esclusione della violazione dell'art. 7 CEDU⁵⁹.

Si tratta della ormai più volte richiamata norma di interpretazione autentica – introdotta con il d.l. n. 341/2000 e successivamente convertita in legge – entrata in vigore dopo che i signori Scoppola ed Ercolano (quest'ultimo imputato nel giudizio *a quo* scaturigine della questione di costituzionalità) avevano già formulato la richiesta di giudizio abbreviato. Tale disposizione, applicata retroattivamente, ha avuto l'effetto di assoggettarli a una pena più severa rispetto a quella prevista dalla legge vigente al momento della scelta del rito premiale, sostituendo la sanzione dell'ergastolo con isolamento diurno non con la pena della reclusione a trent'anni – come essi si attendevano – ma con l'ergastolo semplice⁶⁰.

Con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sottoposta a scrutinio, la Corte costituzionale nella sentenza n. 210/2013 risolveva una questione di rilievo sistemico: quella relativa all'efficacia estensiva delle sentenze della Corte EDU – in particolare di quelle assimilabili per contenuto e funzione alle sentenze c.d. «pilota» – anche nei confronti di giudizi nazionali privi di una pronuncia individuale resa dalla Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie.

L'ordinanza di remissione della Corte di cassazione si fondava sull'assunto che i principi affermati nella sentenza *Scoppola* dovessero trovare applicazione anche a casi analoghi, come quello oggetto del giudizio *a quo*, indipendentemente dall'esistenza di una condanna formale dello Stato italiano in relazione a quella specifica vicenda processuale, fungendo da parametro di legittimità anche in assenza di un previo riscontro caso per caso.

Sul punto la Corte costituzionale richiamando il consolidato orientamento della Corte EDU

persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare «dallo stigma dell'ingiustizia» una tale situazione» (sent. 210/2013, c.d. *causa Ercolano*, *Cons. in diritto*, n. 2).

⁵⁸ (cfr. par. 1).

⁵⁹ Si tratta del più volte citato art. 7 e 8, co. 1, del d.l. n. 341/2000, convertito nella l. n. 4/2001, nella parte in cui tali disposizioni operano retroattivamente, «in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola l. n. 479/1999, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 (pubblicazione della *Gazzetta Ufficiale*), era entrato in vigore il citato decreto-legge, con conseguente applicabilità del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto da tale decreto» (sent. n. 210/2013, punto 1, *Cons. in diritto*).

⁶⁰ Un primo profilo di novità della sent. n. 210 del 2013 riguarda l'aspetto processuale: mai prima di allora la Corte costituzionale aveva dichiarato ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice dell'esecuzione in relazione a una norma già applicata in sede di giudizio di cognizione, conclusosi da tempo con sentenza irrevocabile. Il riconoscimento della rilevanza della questione, nonostante l'intervenuto passaggio in giudicato della condanna, ha segnato un punto di svolta nell'atteggiamento della Corte rispetto alla rigidità del giudicato, ammettendo la possibilità di una sua revisione in funzione dell'adeguamento ai principi convenzionali. Sull'ampliamento della nozione di rilevanza allo scopo di superare il motivo di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale arrivando alla declaratoria di incostituzionalità della norma impugnata, cfr. E. Lamarque, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, 4 ss.

– a partire dalla sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 – ha ribadito che lo Stato contraente, in caso di accertata violazione della Convenzione, non è tenuto unicamente al versamento delle somme riconosciute a titolo di equa soddisfazione, ma anche all'adozione di tutte le misure necessarie, generali e individuali, idonee a rimuovere le conseguenze della violazione e a prevenire il ripetersi di situazioni analoghe.

Non è sufficiente, pertanto, un mero intervento risarcitorio: è richiesto un impegno positivo dello Stato volto a «eliminare, all'interno del proprio ordinamento giuridico, ogni ostacolo che impedisca un adeguato ripristino della posizione del ricorrente». In questo contesto, le sentenze-pilota assumono particolare rilevanza, in quanto evidenziano l'esistenza di un problema strutturale che grava sull'ordinamento dello Stato convenuto. Ai sensi dell'art. 46 della CEDU, l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte impone quindi l'eliminazione delle cause sistemiche della violazione, assicurando una risposta normativa o giurisprudenziale idonea a rimuovere i profili di incompatibilità con la Convenzione⁶¹.

6. La sentenza-pilota come parametro interposto del giudizio di costituzionalità. Le riflessioni sin qui svolte hanno evidenziato la progressiva emersione di un modello interpretativo nel sistema multilivello di tutela dei diritti capace di valorizzare l'efficacia sistemica della giurisprudenza della Corte EDU anche oltre il singolo caso concreto. La sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2) ha assunto, in tale quadro, un ruolo centrale: non solo come fondamento diretto della successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 210/2013, ma anche come esempio paradigmatico di decisione dotata di funzione «pilota», idonea a orientare il giudizio interno in presenza di fattispecie analoghe, pur in assenza di una condanna individuale dello Stato. Come evidenziato dalla Corte di cassazione⁶² nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, il problema su cui quest'ultima era chiamata a pronunciarsi risultava pienamente assimilabile a quello già affrontato nel caso *Scoppola*, al punto che la relativa sentenza presentava – rispetto alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo* – le caratteristiche sostanziali del giudizio-pilota⁶³. A parere della Corte di cassazione, il mancato esperimento del ricorso *ex art.* 34 CEDU da parte del ricorrente non poteva comportare, per le ragioni esposte, l'impossibilità di beneficiare dei medesimi effetti del precedente internazionale, avente per contenuto l'identica violazione della Convenzione. La necessità di recepire le indicazioni fornite nelle sentenze-pilota anche in tutti gli altri casi

⁶¹ Sul punto, v. Corte EDU, *Grande Camera*, sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000, ric. nn. 39221/98 e 41963/98, ove si afferma che l'obbligo degli Stati contraenti ai sensi dell'art. 46 CEDU non si esaurisce nel pagamento dell'equa soddisfazione *ex art.* 41, ma impone anche l'adozione di tutte le misure, individuali e generali, necessarie a rimuovere le violazioni accertate e a prevenire la reiterazione di situazioni analoghe. La Corte sottolinea la necessità che lo Stato «elimini ogni ostacolo giuridico» che impedisca un adeguato ripristino della situazione lesiva dei diritti convenzionali. Sul valore sistemico delle sentenze-pilota e sul ruolo dell'art. 46 CEDU, v. M. D'Angelosante, *Il contributo della CEDU alla "definizione" e "promozione" del principio di effettività della "tutela"*, in *federalismi.it*, 20, 2023, 192 ss., ove si evidenzia come, nei casi di violazioni seriali, il sistema convenzionale imponga un obbligo di adeguamento strutturale, in capo allo Stato, attraverso misure capaci di garantire la cessazione e la non ripetizione della violazione. In tal senso, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa svolge un ruolo cruciale di monitoraggio sull'attuazione delle sentenze della Corte, ai sensi dell'art. 46, § 2 CEDU.

⁶² La Corte di Cassazione si trovava nelle vesti di giudice *a quo* investita del ricorso avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale si era negata la sostituzione della pena che sarebbe dovuta intervenire proprio in virtù del fatto che il condannato si trovava in una situazione analoga a quella avente ad oggetto i fatti decisi nella sentenza *Scoppola c. Italia*.

⁶³ Secondo la Corte, «la sentenza della Corte EDU ha rilevato nel nostro ordinamento un problema strutturale e gli eventuali effetti, tuttora pendenti, della violazione devono essere eliminati, perché essa contiene una "regola di giudizio di portata generale, che, in quanto tale, è astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata"» (sent. 210/2013, punto 1, *Cons. in diritto*).

sovrapponibili doveva essere garantita sacrificando il valore della certezza del giudicato da ritenersi recessivo qualora il mancato recepimento delle indicazioni contenute nel giudizio-pilota comportassero come conseguenza una illegittima compressione di un diritto fondamentale, quale è la libertà personale⁶⁴. Nella fattispecie in esame il precedente internazionale aveva in effetti già censurato il meccanismo di cui all'art. 17, co. 1, d.l. n. 341/2000, qualificato come di interpretazione autentica, nella parte in cui si imponeva con efficacia retroattiva nei confronti di coloro che avessero optato per il rito premiale prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto. L'eventuale mancata sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione, come avvenuto nel caso *Scoppola*, avrebbe comportato una nuova violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 7 CEDU, così come interpretato a Strasburgo⁶⁵, per la mancata applicazione nei confronti del reo della legge penale a lui più favorevole⁶⁶.

Una volta differenziate le ipotesi in cui la Corte EDU si sia pronunciata sulla medesima fattispecie dedotta in giudizio – per le quali resta applicabile la procedura del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., come avvenuto nel caso *Scoppola* – e quelle, diverse, in cui potrebbe ritenersi necessaria la riapertura del processo ai sensi dell'art. 630 c.p.p., nei limiti delineati dalla sent. n. 113/2011⁶⁷, la Corte costituzionale si trovava a dover decidere se riconoscere un'efficacia diretta alle sentenze-pilota anche nei confronti delle c.d. «fattispecie-gemelle» non formalmente esaminate a Strasburgo, oppure se fosse necessario, in tali casi, l'attivazione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale quale strumento di estensione mediata dei principi convenzionali.

Una scelta in favore dell'efficacia diretta delle sentenze-pilota anche in assenza di un ricorso

⁶⁴ In passato la Corte EDU aveva spesso fatto salvo il principio della intangibilità del giudicato quale corollario del più generale principio della certezza del diritto. È lo stesso ordinamento nazionale, ricorda la Corte costituzionale, a prevedere ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato in tutti i casi in cui il bilanciamento tra diversi valori costituzionali renda tale principio recessivo in favore di altri principi fondamentali ritenuti parimenti meritevoli – o più meritevoli – di tutela. Uno di questi casi è *l'abolitio criminis* con il quale il legislatore può decidere di sopprimere disposizioni penali in conseguenza del mutamento della percezione del loro disvalore sociale. La scelta del legislatore di non ritenere più socialmente punibile una condotta non può che comportare la cessazione degli effetti sanzionatori nei confronti di tutti gli altri soggetti puniti nella vigenza della normativa abrogata (art. 2, co. 2, cod. pen.). Stessa situazione si verifica allorché la norma applicata al giudizio divenuto irrevocabile sia successivamente dichiarata illegittima da parte della Corte costituzionale (art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953). Nella sentenza in commento alla Corte veniva chiesto se, in aggiunta ai casi suddetti, i medesimi effetti caducatori potessero verificarsi quando un precedente internazionale – in virtù dell'art. 117, co. 1, e dell'art. 46 CEDU – avesse accertato l'illegittimità convenzionale di una norma nazionale la quale rimaneva efficace nei confronti di tutte le altre fattispecie-gemelle non munite della corrispondente sentenza CEDU.

⁶⁵ La Corte ha più volte affermato come le sia preclusa la possibilità di poter sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo. Le norme CEDU devono essere applicate, pertanto, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte cost., nn. 236/2011, 113/2011 e n. 1/2011, n. 93/2010, n. 311/2009 e n. 239/2009, n. 39/2008, n. 349/2007 e n. 349/2007).

⁶⁶ Nel caso-pilota *Scoppola* lo Stato italiano non era incorso nella violazione di cui all'art. 46, § 2, CEDU proprio in virtù della soluzione adottata dalla Corte di Cassazione, tramite l'incidente di esecuzione, che aveva previsto la sostituzione della pena con l'applicazione del principio, che da quella sentenza scaturiva, secondo il quale l'applicazione della sanzione penale più favorevole al reo andrebbe ricercata nell'arco temporale fra la commissione del fatto e la sentenza definitiva. Risoluzione del Comitato dei Ministri CM/ResDH(2011)66. In data 8 giugno 2011 il predetto Comitato comunicava che lo Stato italiano aveva provveduto a ripristinare la questione di illegittimità convenzionale.

⁶⁷ G. Canzio, *Gli effetti del giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011; S. Leo, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011; M. Montagna, *Intangibilità del giudicato e valore delle decisioni della Corte EDU: osservazioni a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in *Università degli Studi di Perugia, Diritti CEDU*, 2011.

individuale avrebbe implicato un superamento della giurisprudenza costituzionale consolidata in materia di non diretta applicabilità delle norme convenzionali, mettendo in discussione il filtro rappresentato dall'art. 117, co. 1, Cost. e la relativa clausola del «margine di apprezzamento» che la Corte costituzionale ha storicamente posto a presidio dell'equilibrio tra ordinamento interno e obblighi convenzionali⁶⁸.

Nel caso *Scoppola*, essendo intervenuta una pronuncia specifica della Corte EDU, la Corte di cassazione, al fine di dare piena esecuzione agli effetti discendenti da tale decisione nel caso concreto, fece ricorso allo strumento del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p.

Diversamente, osserva la Corte costituzionale, in assenza di una pronuncia specifica della Corte EDU riferita alla fattispecie oggetto del giudizio nazionale, si rende necessario procedere mediante la sollevazione della questione di legittimità costituzionale della norma interna sospettata di contrasto convenzionale, come correttamente avvenuto per iniziativa delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Riprendendo l'impostazione già delineata nelle sentenze gemelle nn. 348/2007 e 349/2007, la Consulta riafferma che, ove la Convenzione operi quale fonte interposta, le sentenze della Corte EDU non possono trovare applicazione diretta nei giudizi interni se non riferite espressamente alla fattispecie dedotta, rendendosi pertanto necessario il filtro della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma in contrasto con la CEDU. Al giudice *a quo*, dunque, è preclusa la possibilità di applicare direttamente i principi affermati in sentenze c.d. pilota della Corte EDU, in mancanza di una pronuncia individuale sulla medesima vicenda. In simili ipotesi, qualora la fattispecie interna sia sostanzialmente sovrapponibile a quella già scrutinata a Strasburgo, il rimedio costituzionalmente corretto resta il ricorso al giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

Tale orientamento si traduce, dunque, in una prassi ermeneutica che vincola il giudice interno a sollevare la questione incidentale in presenza di un contrasto tra norma nazionale e parametro convenzionale, anche quando la violazione derivi da una giurisprudenza europea consolidata ma non direttamente riferita al caso di specie. È in questa cornice che si colloca la successiva pronuncia n. 210/2013 con cui la Corte costituzionale accoglieva la questione di legittimità dell'art. 7, co. 1, d.l. n. 341/2000, convertito con modificazioni dalla l. n. 4/2001, ritenendolo affetto da «illegittimità convenzionale» per violazione dell'art. 7 CEDU, inteso come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU nel caso *Scoppola*.

7. Tempo, legalità e disciplina penale più favorevole nel prisma della giurisprudenza CEDU: dal caso Scoppola al caso Cesarano. In tale quadro, emerge chiaramente la funzione ordinante attribuita dalla Corte costituzionale al giudizio incidentale di legittimità

⁶⁸ Nella sentenza n. 80/2011 la Corte tende a ribadire quanto già affermato in precedenza e nello specifico rilevava, come «da nessuna delle predette fonti di tutela è, peraltro, possibile ricavare la soluzione prospettata dalla parte privata» la quale propendeva per l'ingresso del sistema CEDU nel diritto dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona. La Corte decideva nel senso che «la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà, ovviamente, dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata». Il richiamo alla CEDU contenuto all'art. 6, par. 3, TUE, invece, non fa che riprendere la forma di protezione preesistente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e su cui si basava la ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale nelle sentenze «gemelle» del 2007. A commento della sentenza, L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Giur. cost.*, 2016; A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum quaderni cost.*, 2011; A. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011; A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? Riflessioni a margine della sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2010.

costituzionale quale strumento imprescindibile per garantire l'adeguamento dell'ordinamento interno alle pronunce della Corte EDU, laddove queste non siano espressamente riferibili alla specifica fattispecie oggetto del giudizio nazionale.

Proprio in questa prospettiva si inserisce la sentenza *Cesarano*, che aggiunge un ulteriore tassello nel progressivo affinamento dei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU, apportando un contributo rilevante alla riflessione sull'effettività delle pronunce di Strasburgo nei giudizi interni⁶⁹, con particolare attenzione ai profili procedurali e temporali che ne condizionano l'applicazione concreta.

Il principio di legalità penale, quale pilastro dello Stato di diritto, non può essere compreso appieno se non nella dimensione temporale. Il tempo, infatti, costituisce l'elemento dinamico attraverso cui si misura l'efficacia delle norme penali, la loro applicazione ai casi concreti, e soprattutto il grado di tutela riconosciuto all'individuo rispetto al potere punitivo dello Stato⁷⁰. In questo senso, il diritto penale vive una tensione costante tra la rigidità del *tempus regit actum*, che tutela la certezza normativa, e il principio della *lex mitior*, che incarna un'esigenza di giustizia sostanziale nei confronti del reo. È proprio in questo crinale che si colloca l'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in alcune sue pronunce emblematiche – quali quelle qui esaminate – ha ridefinito i contorni applicativi dell'art. 7 CEDU, offrendo una lettura sempre più articolata del principio di legalità nella dimensione temporale.

Nel caso *Scoppola* la Corte EDU ha affrontato una questione di grande rilevanza sistematica: l'applicazione retroattiva del d.l. n. 341/2000, qualificata dal legislatore italiano come norma di «interpretazione autentica». Questa disposizione legislativa aveva inciso profondamente sulla disciplina del rito abbreviato in relazione all'ergastolo, introducendo – con effetto retroattivo – una distinzione tra ergastolo con isolamento diurno (in cui lo sconto di pena avrebbe comportato solo l'eliminazione dell'isolamento) ed ergastolo senza isolamento (per il quale lo sconto comportava la commutazione in trent'anni di reclusione).

La portata di tale intervento non fu di mera chiarificazione interpretativa, bensì di vera e propria modifica normativa, con effetti peggiorativi per taluni imputati. È proprio questo il punto centrale messo in luce dalla Corte di Strasburgo. Al momento della richiesta di accesso al rito abbreviato, *Scoppola* aveva legittimamente confidato nel quadro normativo vigente, rappresentato dalla l. n. 479/1999 (c.d. *legge Carotti*), che prevedeva la sostituzione automatica dell'ergastolo con trent'anni di reclusione, senza distinguere tra ergastolo con o senza isolamento diurno. In primo grado, il giudice applicò correttamente tale disciplina, irrogando la pena di trent'anni di reclusione.

Solo successivamente intervenne il d.l. n. 341/2000, che – sotto la veste di «interpretazione autentica» – tentò di retrodatare l'efficacia della nuova disciplina, attribuendole valore chiarificatore della legge precedente. Tuttavia, come rilevato dalla Corte EDU, si trattava in realtà di una modifica sostanziale della legge penale, e non di una mera interpretazione. Il legislatore, consapevole dei limiti imposti dal principio di legalità e dal divieto di retroattività della *lex severior*, cercò di eludere tali vincoli mediante un espediente formalmente interpretativo. Ma l'art. 7 CEDU impone una verifica sostanziale degli effetti della norma: se

⁶⁹ Cfr. M. D'Angelosante, *Il contributo della CEDU alla "definizione" e "promozione" del principio di effettività della "tutela"*, in *federalismi.it*, 20, 2023, 192 ss., ove si analizza il principio di effettività come asse portante del sistema multilivello europeo di tutela dei diritti, ponendo in rilievo il contributo della giurisprudenza della Corte EDU alla definizione del diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo.

⁷⁰ Nella sent. n. 141/2019, la Corte costituzionale pone l'accento sulla centralità della dignità umana come parametro sostanziale per giudicare la legittimità dell'intervento punitivo dello Stato, andando oltre la struttura formale delle garanzie. Cfr. L. Violini, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte Costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021, 2 ss.

una legge incide *in peius* sul trattamento penale, essa non può essere applicata retroattivamente, a prescindere dalla qualificazione formale che le viene attribuita.

La sentenza *Scoppola*, in questo senso, rappresenta l'affermazione a livello Convenzionale del diritto dell'individuo a beneficiare della disciplina più favorevole anche nel caso di mutamento normativo sopravvenuto. Non è un caso che la sentenza abbia avuto ripercussioni significative, come visto, anche sul piano interno: la Corte costituzionale italiana con la sent. n. 210 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del d.l. n. 341/2000 nella parte in cui pretendeva di valere retroattivamente⁷¹, facendo proprie le argomentazioni espresse dalla Corte di Strasburgo⁷².

Tale orientamento giurisprudenziale rappresenta un'evoluzione significativa nella costruzione di un diritto penale orientato ai parametri convenzionali, che si propone di superare la mera logica formale della successione cronologica delle leggi, per approdare a un paradigma nel quale il tempo non costituisce più un parametro esclusivamente tecnico, ma assume una valenza sostanziale nella tutela dei diritti.

In questa prospettiva, il passato non può essere manipolato dal legislatore al fine di aggravare il trattamento sanzionatorio del reo, neppure ricorrendo alla finzione dell'interpretazione autentica, qualora quest'ultima si traduca, nella sostanza, in un intervento normativo peggiorativo.

Alla luce di tali premesse, la successiva pronuncia resa nel caso *Cesarano* non deve essere intesa come una smentita dei principi affermati nella sentenza *Scoppola*, bensì come una loro declinazione in una dimensione distinta, segnatamente quella procedurale, con qualche perplessità che si avrà modo di evidenziare. Il caso *Cesarano* si caratterizza, infatti, per un elemento centrale che lo differenzia in modo rilevante: il momento in cui il ricorrente ha esercitato la facoltà di accedere al rito abbreviato. In primo grado, Cesarano non aveva presentato alcuna richiesta di accesso al rito premiale, opzione che avrebbe potuto attivare ai sensi dell'art. 4-ter, l. n. 82/2000. Solo in una fase successiva, a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado da parte della Corte d'Assise d'Appello per difetto di competenza, egli provvedeva a formulare l'istanza di rito abbreviato. A quel punto, tuttavia, era già entrata in vigore il d.l. n. 341/2000, con il nuovo regime sanzionatorio che distingueva lo sconto di pena derivante dall'adesione al rito premiale tra ergastolo con e senza isolamento diurno, e

⁷¹ «Nella presente causa la Corte ha concluso che l'applicazione retroattiva, a svantaggio del ricorrente, delle disposizioni del decreto-legge n. 341 del 2000 ha violato i diritti sanciti dagli articoli 6 e 7 della Convenzione», *Scoppola c. Italia*, punto 128.

⁷² La sentenza della Corte cost. n. 210/2013, come visto, concerne le conseguenze derivanti dalla sentenza-pilota nei confronti di tutte le altre fattispecie-gemelle non munite della corrispettiva decisione favorevole da parte della Corte di Strasburgo. Per tali ipotesi la Corte costituzionale, in linea con la sua giurisprudenza inaugurata con le c.d. sentenze gemelle (sent. n. 348/2007 e n. 349/2007) prevede il necessario sollevamento del giudizio di costituzionalità al fine di garantire l'efficacia del precedente internazionale anche alle fattispecie ad esso sovrapponibili. Negli altri casi, la Corte costituzionale, nelle more di un intervento più strutturale del legislatore, ha previsto di aggiungere alle ipotesi disciplinate dall'art. 630 c.p.p. sulla revisione del processo, anche quella derivante dalla necessità di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU che abbia accertato, per quel ricorso, una violazione della Convenzione (cfr. Sent. 113/2001, cit., ed il diverso caso del procedimento contumaciale, sent. 317/2009 in riferimento all'art. 175, co. 2, c.p.p.). Un'altra ipotesi riguarda il caso in cui da una pronuncia della Corte di Strasburgo consegua la necessità di rimodulare semplicemente la sanzione irrogata: in questo caso la strada percorribile indicata dalla Corte di cassazione, così come avvenuto nel caso *Scoppola*, sembra essere quella della procedura del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* Cod. proc. pen., con sostituzione della pena da parte del giudice della nomofilachia o, per suo tramite, del giudice dell'esecuzione. Cfr. R. G. Conti, *La giurisprudenza civile sull'esecuzione delle decisioni della Corte EDU*, in *Questione giustizia*, 2019; B. Randazzo, *Gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Atti del Convegno della Corte costituzionale del 22 novembre 2006*, Roma, 2007; A. Guazzaroti, A. Cossiri, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006.

solo per quest'ultimo prevedeva la conversione della pena da perpetua in temporanea.

La Corte EDU ha dunque ritenuto che, in quel contesto normativo, non potesse operare il principio della *lex mitior* così come era avvenuto nel caso *Scoppola*; questo perché l'imputato aveva formulato la propria richiesta di accesso al rito premiale in un assetto giuridico già mutato, e la sua scelta si era basata su una disciplina pienamente conosciuta e prevedibile. La Corte EDU ancora l'applicazione della normativa alla data della scelta processuale compiuta dall'imputato, valorizzando la dimensione procedurale del diritto e distinguendo tra la successione delle leggi penali sostanziali nel tempo – che resta soggetta al principio della retroattività *in bonam partem* – e l'esercizio di scelte processuali che assumono rilievo al momento del loro compimento⁷³.

Questo passaggio si rivela decisivo: nella sentenza *Cesarano*, la Corte non ha rimesso in discussione la validità del principio affermato in *Scoppola*, ma ha trasferito la questione su un piano logico e giuridico differente. Il nodo interpretativo non risiedeva nell'individuazione della norma più favorevole da applicare retroattivamente, bensì nella possibilità di rimettere in discussione una scelta procedurale già compiuta, alla luce di un mutamento normativo sopravvenuto nel periodo intercorrente tra la commissione del reato e la condanna definitiva. Rispondendo in senso negativo, la Corte ha delineato un orientamento ermeneutico che, pur riconoscendo la portata del principio della *lex mitior*, ne circoscrive l'ambito applicativo quando l'imputato ha adottato una decisione processuale fondata su un quadro normativo certo e prevedibile.

In questa distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale si gioca una delle partite più delicate della giurisprudenza penale contemporanea. L'evoluzione normativa e la mutevolezza delle discipline premiali impongono alle corti una costante attività di bilanciamento tra esigenze di certezza e istanze di giustizia. Da un lato, infatti, si pone la necessità di garantire la stabilità delle scelte processuali e la prevedibilità del trattamento sanzionatorio; dall'altro, si afferma il diritto dell'imputato a godere della disciplina più favorevole, quale espressione di una più ampia tutela dei diritti fondamentali.

Il confronto tra *Scoppola* e *Cesarano* ci restituisce, dunque, l'immagine di una Corte europea che non rinnega i principi consolidati, ma li declina con attenzione al contesto fattuale e giuridico di ciascun caso.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento di rilievo: l'influenza che le sentenze *Scoppola* e *Cesarano* hanno esercitato sul diritto penale interno, contribuendo a rafforzare un dialogo sempre più intenso tra le Corti nazionali e la Corte di Strasburgo⁷⁴. La pronuncia *Scoppola* ha confermato e reso più stringente l'obbligo per il legislatore e per il giudice nazionale di rispettare il principio della *lex mitior*, già presente nell'art. 25, co. 2, Cost. e nell'art. 2 c.p., ma

⁷³ Tuttavia, questa ricostruzione non è rimasta priva di critiche. In particolare, è presente una opinione dissenziente (cfr. *infra*) tra i giudici in cui si rileva che la Corte EDU avrebbe dovuto riconoscere, come in *Scoppola*, l'esistenza di un periodo in cui era in vigore una normativa più favorevole al ricorrente, e che tale circostanza imponeva l'applicazione della *lex mitior*. Secondo il giudice dissenziente, la scelta di far dipendere il rito rispetto al momento della richiesta di rito abbreviato trascura il fatto che, tra la commissione del reato e la condanna definitiva, si era effettivamente prodotto un mutamento normativo favorevole, il quale non poteva essere ignorato senza compromettere la coerenza del principio di legalità nella sua declinazione più sostanziale.

⁷⁴ Sulle difficoltà del costituzionalismo democratico in Europa e la necessità di rafforzare le funzioni politiche e garantiste dell'ordinamento UE, cfr. A. Lucarelli, *Per un'Europa politica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023, 12 ss. Le decisioni formalmente giuridiche possono avere effetti profondamente politici. In tal senso il dialogo tra le corti in materia di diritti fondamentali non è mai neutro, ma parte di un equilibrio dinamico tra sovranità e tutela dei diritti. Sulla dimensione politica della giurisprudenza, cfr. S. Staiano, *Il giudizio sulla legge elettorale come decisione politica*, in *federalismi.it*, 2, 2017, 2 ss.

spesso applicato in modo disomogeneo, come nel caso *Scoppola* appunto⁷⁵. Dall'altro lato, la sentenza *Cesarano* ha sollecitato una riflessione più attenta sui limiti della retroattività favorevole, specialmente in relazione alle scelte processuali e alla certezza del diritto. Si delinea così un modello di diritto penale multilivello, in cui la legalità non unicamente un principio formale legato alla gerarchia delle fonti⁷⁶, ma una garanzia sostanziale costruita nell'interazione tra livelli normativi e giurisdizionali⁷⁷.

In conclusione, i casi *Scoppola* e *Cesarano* mostrano come il principio di legalità penale, nella prospettiva convenzionale⁷⁸, non possa prescindere dalla variabile temporale. In *Scoppola*, la Corte EDU ha affermato che una disciplina più favorevole, anche se modificata successivamente, vada applicata retroattivamente a tutela dell'imputato. In *Cesarano*, invece, la Corte dei diritti ha spostato il baricentro sulla dimensione procedurale, ritenendo che il momento della scelta del rito da parte dell'imputato fosse determinante per individuare la legge applicabile.

Questa differenziazione segna un passaggio rilevante, ma non priva però di tensioni. L'opinione dissenziente del giudice della Corte EDU Guido Raimondi, in particolare, evidenzia una prospettiva alternativa: secondo quest'ultimo, anche in *Cesarano* era

⁷⁵ È noto come il principio da ultimo richiamato non rappresenti una novità all'interno del nostro ordinamento. L'art. 11 disp. prel. cc. dispone che «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Questa regola trova la sua massima espressione in ambito penale dove, diversamente dagli altri casi, è innalzata a livello costituzionale in base all'art. 25, co. 2, Cost., con il quale si esclude la possibilità di deroghe da parte del legislatore. L'irretroattività delle disposizioni penali, per la sua funzione garantistica, si riferisce alle norme di tipo sfavorevole per il condannato e prevede che nessuno possa essere punito in forza di una legge che, al momento del fatto, non era ancora entrata in vigore; tale principio non esclude che possa essere applicato al reo una normativa a lui più favorevole in forza di una legge successiva. Riguardo ciò la Corte costituzionale, come affrontato nella breve ricostruzione precedente, ha precisato come il differente principio della *lex mitior* non trovi effettività nell'art. 25 Cost. ma bensì sulla base del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Il principio della *lex mitior* (o della norma più favorevole) «è garanzia del *favor libertatis*, il quale assicura il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto e quello previsto dalle leggi successive, purché precedenti la sentenza di condanna». Cfr. sent. 236 del 2011, dove la Corte afferma che il principio di retroattività della norma più favorevole non trova fondamento nell'art. 25, secondo comma, della Costituzione, bensì negli artt. 3 e 117, co. 1, della stessa, in combinato disposto con l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La Corte ha sottolineato che «non sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)». L'argomento è vasto e rappresenta uno dei principi cardine della parte generale del diritto penale. Ai fini del presente commento si segnala, tra i molti, G. Fiandaca, E. Musco, op.cit., 75 ss.

⁷⁶ Cfr. S. Staiano, *La revisione della forma di governo. Dai cieli del mito alla terra scabra del sistema dei partiti*, in *Rivista AIC*, 2017, 32 ss., laddove l'A. affronta le trasformazioni istituzionali in Italia alla luce del diritto multilivello e delle spinte riformatrici di derivazione sovranazionale. Il concetto di «multilivello» è letto come apertura del sistema costituzionale a fonti esterne (UE, CEDU), con effetti diretti sull'equilibrio interno tra fonti e principi. Cfr. anche A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Scritti in onore di Costanzo*, in *Giurcost.org*, 2020, 3 ss.

⁷⁷ Cfr. S. Staiano, *Per orbite ellittiche: modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 9 ss.

⁷⁸ Nella citata sentenza *Scoppola* la Corte EDU, più che accertare l'illegittimità convenzionale dell'art. 7, d.l. n. 341/2000, mirava ad applicare il principio di legalità penale – che proprio tramite quella decisione andava ad affermare superando una giurisprudenza precedente, cfr. Causa X. c. *Repubblica federale di Germania*, ric. n. 7900/77, decisione della Commissione del 6 marzo 1978, *Décisions et rapports* n. 13, pp. 70-72. In quella circostanza la Commissione precisò come «l'articolo 7 della Convenzione non contiene alcuna disposizione simile all'articolo 15, paragrafo 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite, che riguarda peraltro una ipotesi diversa garantendo al delinquente il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato. Nella fattispecie, una parte dei fatti ascritti al ricorrente è stata in qualche modo oggetto di una depenalizzazione. Rimane comunque il fatto che, al momento in cui è stata commessa, l'azione del ricorrente costituiva un reato secondo il diritto nazionale ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, e quindi anche il ricorso è manifestamente infondato».

riscontrabile un momento in cui la normativa più favorevole era vigente, e ciò avrebbe dovuto condurre all'applicazione della *lex mitior*, coerentemente con quanto stabilito in *Scoppola*. A suo avviso, la centralità attribuita al momento della scelta processuale rischia di sacrificare il profilo sostanziale della legalità penale. In tal senso, la Corte EDU pare operare un riposizionamento della *lex mitior* entro una cornice procedurale che valorizza la prevedibilità e la consapevolezza dell'imputato al momento della rinuncia alle garanzie del dibattimento. Ne deriva una lettura che, pur ispirata a esigenze di certezza e di rispetto delle dinamiche proprie del processo nazionale, finisce per attenuare la forza espansiva del principio, subordinandone l'applicabilità a valutazioni strettamente contestuali e processuali. Tale impostazione apre, inevitabilmente, a profili problematici tanto sul piano della coerenza interna della giurisprudenza della Corte EDU quanto sotto il profilo del recepimento nei sistemi nazionali.

In particolare, l'accento posto dalla Corte sul momento della scelta del rito rischia di favorire un'applicazione differenziata del principio della *lex mitior* in contesti procedimentali diversificati, con possibili ricadute in termini di frammentazione della tutela e di compressione delle garanzie sostanziali riconosciute al reo, in un modello che non è ancora pervenuto alla «costituzionalizzazione» della Carta⁷⁹.

Si tratta, dunque, di una linea giurisprudenziale che, pur ispirata all'intento di armonizzare il principio della *lex mitior* con le specificità dei sistemi interni, sollecita una riflessione critica sull'equilibrio tra le esigenze di certezza e di effettività della tutela multilivello dei diritti, imponendo una rilettura del ruolo della Corte EDU non solo come garante della legalità astratta, ma anche come custode di un diritto penale extra-nazionale, con un ruolo sempre più significativo in questo senso, anche alla luce dei tentativi di espanderne le funzioni tramite il parere consultivo della Corte EDU, già interpretato autorevolmente come un rinvio pregiudiziale mascherato⁸⁰.

A rendere ancora più complesso il quadro è la costante instabilità del quadro normativo in materia di riti alternativi⁸¹. In particolare, le frequenti modifiche alla disciplina del giudizio

⁷⁹ In senso favorevole rispetto a questa ipotesi A.F. Masiero, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, ove si evidenzia come l'eventuale adesione dell'UE alla Convenzione determinerebbe un rafforzamento del controllo esterno sulle violazioni dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, anche in ambito penale, colmando l'attuale deficit di sindacabilità diretta davanti alla Corte EDU e potenzialmente incidendo sul rango e sull'efficacia della CEDU negli ordinamenti nazionali; L. Tomasi, *L'interazione tra Corte EDU e Corte di giustizia e la ripresa dei negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU*, in *Federalismi.it*, 20, 2023, 1 ss., ove si analizzano i punti di contatto e le divergenze tra le due Corti nella tutela dei diritti fondamentali, mettendo in luce il ruolo della giurisprudenza della Corte EDU nell'innalzare gli standard protettivi nel diritto dell'Unione, anche in ambito penale, e si illustrano i possibili sviluppi legati all'adesione dell'UE alla Convenzione.

⁸⁰ In senso critico, cfr. M. Luciani, *Protocollo n. 15 e Protocollo n. 16 alla CEDU: prime riflessioni critiche*, testo dell'audizione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera, 26 novembre 2019, in cui l'A. si esprime con una netta contrarietà alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16, con particolare riferimento all'istituto del parere consultivo previsto dal secondo, ritenuto sostanzialmente equivalente a un rinvio pregiudiziale alla Corte EDU. Il nuovo meccanismo viene considerato lesivo del ruolo della Corte costituzionale e foriero di effetti distorsivi nel processo penale, tra cui l'allungamento dei tempi processuali. Al contempo, si mette in discussione la legittimità di una progressiva «costituzionalizzazione» implicita della Corte EDU, al di fuori di un autentico fondamento democratico.

⁸¹ A conferma della stratificazione normativa sempre più complessa in materia di rito alternativo per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, si ricorda che la l. n. 33/2019, ha introdotto il comma 1 -bis all'art. 438 c.p.p., escludendo la possibilità di accedere al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo. La Corte costituzionale ha ritenuto tale esclusione conforme alla Carta con la sent. n. 260/2020, ed ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., ritenendo che la scelta legislativa risponda a finalità di bilanciamento tra esigenze di semplificazione processuale e gravità del reato, e che non risulti irragionevole né lesiva del diritto di difesa, in quanto limitata ai casi di massima

abbreviato – specie con riferimento ai reati più gravi – hanno compromesso la possibilità di delineare un sistema coerente, tanto sotto il profilo delle garanzie quanto sotto quello della razionalità complessiva dell'ordinamento. Ne risulta un diritto processuale spesso segnato da scelte contingenti, dettate più da esigenze emergenziali o pressioni dell'opinione pubblica che da un disegno organico ispirato ai principi costituzionali di prevedibilità e stabilità della legge⁸².

Per tutto ciò, la riflessione che emerge da questi casi non riguarda solo il rapporto tra norme e tempo, ma anche la qualità del diritto penale contemporaneo: un diritto che deve farsi carico della propria funzione di garanzia, anche e soprattutto nel tempo, evitando che le scelte normative e interpretative compromettano la coerenza del principio di legalità e la fiducia che l'individuo deve poter riporre nella legge.

Abstract. Il contributo analizza la portata del principio di retroattività favorevole della legge penale (*lex mitior*) alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento ai casi *Scoppola c. Italia* (n. 2), *Cesarano c. Italia*. Dopo aver ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale interno, si esamina il dialogo tra la Corte EDU e le Corti nazionali, evidenziando le tensioni tra legalità penale, giudicato e diritti fondamentali. L'analisi si sofferma in particolare sulla rilevanza del momento procedurale in cui viene richiesto il rito premiale, elemento decisivo che distingue le sentenze *Scoppola* e *Cesarano*, e che incide, sulla base della recente giurisprudenza CEDU, sulla concreta applicazione del principio della *lex mitior* nel sistema multilivello di tutela dei diritti.

Abstract. This paper analyzes the scope of the principle of the more lenient criminal law (*lex mitior*) in light of the case law of the European Court of Human Rights, with specific reference to *Scoppola v. Italy* (no. 2), *Cesarano v. Italy*. After reconstructing the domestic legislative and jurisprudential framework, the paper explores the dialogue between the ECtHR and national courts, highlighting the tensions between criminal legality, res judicata, and fundamental rights. The analysis focuses in particular on the procedural timing of the request for a reduced trial (abbreviated procedure), a decisive factor that distinguishes the *Scoppola* and *Cesarano* judgments, and which crucially affects the actual application of the *lex mitior* principle within the multilevel system of rights protection.

Parole chiave. *lex mitior* – Corte EDU – legalità penale – giudicato – diritti fondamentali.

Key words. *lex mitior* – ECtHR – criminal legality – final judgment – fundamental rights.

offensività e connotati da maggiore allarme sociale. La Corte ha precisato che rientra nella discrezionalità legislativa riservare ai reati più gravi un processo in forma piena, dinanzi alla corte d'assise, in ossequio al principio di proporzionalità tra gravità del fatto e forma di giudizio. Cfr. A. Marinelli, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: la legge 33/2019 tra aporie esegetiche e ricadute sistemiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 37 ss.; E. Valentini, *Giudizio abbreviato e delitti puniti con la pena dell'ergastolo: brevi note a margine della sentenza costituzionale n. 260 del 2020*, in *Diritto di Difesa*, 2020.

⁸² La perdita di coerenza e razionalità sistemica nella produzione normativa si accentua nei tempi di emergenza ovvero quando i fatti di cronaca pongono l'accento su temi di contingenza, accentuando il rischio di un diritto reattivo e frammentato. Cfr. S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 3 ss.; G. Ferraiuolo, *La petita patria catalana nello scontro tra unilateralismi*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, ove si riflette criticamente sul ricorso al diritto penale come strumento di difesa della legalità costituzionale in situazioni di conflitto istituzionale. Il contributo, pur riferito al contesto catalano, consente una rilettura del principio di legalità penale nella sua dimensione sostanziale, quale presidio della democrazia e limite al potere punitivo in contesti di crisi.

«TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM» AND THE EUROPEAN UNION? A COMPARISON WITH LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCES*

di Giuliano Vosa**

Sommario. 1. Introduction. – 2. Latin American transformative constitutionalism: an essential portrait. – 2.1. Purpose & Scope. – 2.2. A Cosmopolitan (Counter-)Narrative. – 2.3. A «Strong Constitutionalism» of its own kind. – 2.4. «Polemic». – 2.5. «Inclusive». – 2.6. «Collective». – 3. Constitutionalism and the European Union: a problematic evolution. – 3.1 Purpose & Scope. – 3.2. Moral commonality, and moral «superiority», as «a-priori». – 3.3. Supranationalisation. – 3.4. Constitutionalisation. – 3.5. Identity. – 3.6. The community of values [...] and beyond? – 4. Comparative Insights: A methodological experiment. – 4.1. Purpose & Scope. – 4.2. State order *v* the regional order. – 4.3. Courts *v* legislators as law-makers. – 4.4. «Morality» *v* «will» as elements of law. – 5. Concluding Remarks.

1. Introduction. On Friday, October 13th, Armin von Bogdandy's speech inaugurated the ICON-S 2023 Italian Chapter at Bocconi University¹. Emphasis was put on the idea of transformative constitutionalism as a tool that Europe may be willing to experiment in some depth. In his speech, von Bogdandy, who among other things has co-directed a MPIL project on Latin American *Ius Constitutionale Commune*², raised three issues. First, he challenged the political-ideological bias on transformative constitutionalism that, in his opinion, would hinder the reception of the concept in the European environment – for it is routinely, but mistakenly labelled as «a leftist project». Second, he looked at the objectives of Latin American transformative constitutionalism to compare them with the objectives that the Court of Justice sought as confronted with the «rule of law crisis». Third, he rather provocatively asked whether the Court of Justice has ever deployed transformative constitutionalism as a constitutional tool: in his view, the Kirchberg judges have never dared to openly act in response to nationalist threats to European democracy. This is why, he added, Orbán has been walking the European political scene for a decade, which reveals that

* *Submitted to reference.* This work builds on a paper presented at the International Conference «Latin America-Europe Relations in Global Reordering», 16-20 September 2024, Universidad FLACSO, Buenos Aires, and has been written in the framework of the Research Project PIACERI 2024/2026 Linea 1, *Progetto Interdipartimentale e-TIME*, Università di Catania. The Author wishes to thank those who organized and participated in the abovementioned conference, particularly Prof. Melisa Ciancio and Alejandro Fuentes, as well as Prof. Laurence Burgorgue-Larsen for the inspiring exchange of views on the topic concerned. All the usual disclaimers apply.

** Associate Professor in Constitutional e public law – University of Catania.

¹ More information on the conference at www.icon-society.org/italy; as for the material content, no official registration has been made public, but the arguments are not distant from those put forward in A. von Bogdandy, L.D. Spieker, *Transformative Constitutionalism in Luxembourg: How the Court Can Support Democratic Transitions*, in *Columbia Journal of European Law*, 29, 32, 2023, 65-91, in part. 71 ss.

² Accounted for, *inter alia*, in A. von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges and Perspectives*, in A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan, X. Soley (eds.) *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Constitutionale Commune*, Oxford, 2017, 27-48.

anachronistic *élites* from authoritarian times have found their way to seize power again. «There is a very serious problem in Europe with our political society» – he contended – «as our political system, as a whole, does not manage to work well». Then, it would be for the Union Court, he underscored, «to give impulses for the system to beat again» and for democracy to be better established. Conclusively, von Bogdandy called for some sort of «transformative constitutionalism» to strengthen democracy and the rule of law in the European regimes. Such a direction, in his view, should be vigorously taken by the Court of Justice, whose clerks would add another instrument to their already abundant constitutional toolkit. Whether such a tool – a *European transformative constitutionalism* – aligns with the Latin American *constitucionalismo transformador*, or is designed in a different way for different objectives – to the extent that it would be hazardous to use the same *nomen* for both – is the research question that animates this paper. A three-step reasoning is provided as a ground for further reflection. First, basic traits of Latin American transformative constitutionalism are listed to sketch out a model encompassing the manifold variety of those systems. Second, the Union's constitutional context is analysed to unveil the characteristics of a «European transformative constitutionalism». Third, comparative insights are outlined as for a number of parameters that help highlighting differences and similarities. Eventually, it is suggested that a European transformative constitutionalism is possible and credible so long as the core of *constitucionalismo transformador* does not evaporate in the process but keeps intact its axiological potential, including the attention for public deliberation as instrumental to democracy and the rule of law.

2. Latin American transformative constitutionalism: an essential portrait. The «transformative constitutionalism» concept arisen in Latin America captures multiple issues of crucial constitutional relevance. *Inter alia*, one may cite the relation between legislators and courts, the protection of fundamental rights, and the conception of democracy and of the rule of law, as well as of their mutual implications³. The magnitude of the concepts involved in such a definition calls for further elaboration, especially in light of the diversity among the national constitutional orders affected.

2.1. Purpose & Scope. Despite the manifold variety characterising the transformative constitutionalism experiences in Latin America, purpose and scope may be taken as fundamental features of the «model» concerned.

Purpose has been accounted for as making reality the promises of social change laid down in the Latin American constitutions⁴. This terse statement ultimately calls for an enhanced protection of fundamental rights, in terms of a reinforced relation between legislators and

³ Cfr. The debate on the 1991 Colombian constitution and its effects on the protection of human rights: *ex multis*, M.J. Cepeda, *¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, 1993, 173-186. On South-African transformative constitutionalism, see K. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, 14, 1, 1998, 146-188, and T. Roux, *Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference?*, in *Stellenbosch Law Review*, 20, 2, 2009, 258-285. More bibliography and information in A. von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune in América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador*, in *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, 3-50.

⁴ J.E. Roa Roa, *La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano*, in *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, 35-58, 39 fn 4 (nota n. 4), uses this expression in discussing a renowned book (R. Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, 2013) yet confirming that Gargarella did not immediately agree on the term «promises».

courts aimed at promoting democracy and the rule of law.⁵ Yet, it has to apply to States where profound, radical social differences and weak democratic institutions lead to increasing insecurity, often degenerating in unregulated violence⁶.

The scope embraces an array of cases whose constitutional relevance is established in light of national, supranational (regional) or international law⁷. Thus, the concept possesses a multi-layered structure: it relies on multiple interactions between legal orders, but does not provide any of them with a supremacy doctrine. Rather, a sort of mutual reinforcement between such orders is envisaged to strengthen the normative force of certain fundamental legal principles that all of them are supposed to contain. These principles, which some see as a *Corpus* of Inter-American law⁸ – or as a *Ius Constitutionale Commune*⁹ – are claimed to support the respective national constitutional claims when basic human rights are at stake¹⁰. This universal vocation couples with the robust moral connotation of such a *Corpus*, which rests on, and is directly linked with, the universal ethics enshrined in international law instruments concerning the protection of human rights, democracy and the rule of law, as designed and implemented in the aftermaths of WWII¹¹.

In this vein, Latin American transformative constitutionalism generally endorses a *multi-level* approach to constitutional issues. Comprehensive of national, regional and international law, it calls for cooperation between legislative, administrative and judicial law-makers at all levels, having as a cornerstone the respect for the human person¹².

2.2. A Cosmopolitan (Counter-)Narrative. This approach reflects a narrative that, albeit with different declinations in the States concerned, can be understood as a single one¹³. In general, the transformative approach repudiates the linear, ever-progressing conception of time typical of (neo-)liberalism; rather, it is aware of the multiple pitfalls of history, and pays attention to the preservation of social cohesion while inducing non-violent processes of change – law being the most refined instrument to such an objective¹⁴. In this vein, it tries to pave the way for a pluralist articulation of the community circles peoples belong to, as well

⁵ A general account in R. Niembro Ortega, *Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella*, in *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, 159-178.

⁶ It seems preferable to skip the notion of «weak states» (avoided, too, in A. von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune*., cit., 8; but see fn 13 (nota 13) , and fn 16(nota 16) in order to avoid overlapping with the «Strong State» notion as emerged in the 1930's German debate: see, on the latter point, W. Bonefeld, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, in *New Political Economy*, 17, 5, 2012, 633-656.

⁷ R. Arango, *Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional*, in A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, 179-192.

⁸ M.E. Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011, 243 ss.

⁹ Add, *inter alia*, G. Aguilar Cavallo, *Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas*, in A. Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? Vol. 2*, México, 2010, 3-84.

¹⁰ M. Morales Antoniazzi, *Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, in A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, cit., 417-456.

¹¹ Cfr. K. Günther, *The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture*, in P. Alston (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, 117-144.

¹² Y. Negishi, *The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control*, in *European Journal of International Law*, 28, 2, 2017, 457-481, in part. 479-480.

¹³ S. Baldin, *The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and Its Interpretations*, in *Revista general de Derecho público comparado*, 17, 2015, 1-25.

¹⁴ K. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, cit., 190.

as of their mutual intertwining, having as ultimate reference Planet Earth as a whole¹⁵. In order to attain this utterly ambitious goal, it is aware of the need to confront *taboo* arguments, understood as those that underpin and justify the enduring seizure of power by settled *élites*. Transformative constitutionalism, in other terms, dares to challenge the *narrative of truth* that such *élites* have coined to back their *status*: borrowing the words from Michel Foucault, it goes to question the *alethurgy* that they endorse¹⁶.

Accordingly, Latin American constitutional documents are well-meditated, sophisticated products of intellectual *élites* who, bearing in mind the promises of peace and prosperity drawn by *post*-WWII international instruments, imagined a better future for their communities as inhabitants of the American continent and of the Earth as a whole. These intellectual *élites* have tried to design the tools for that future to be a material possibility in the hands of their citizens. Nonetheless, it is understood that such profound social changes are highly conflictive because of the established political-economic *élites* reluctance to accept the consequent decrease of their power. It is assumed that, in order to preserve their inherited pedestal, such *élites* are ready to look for allies wherever they can, even abroad – *i.e.*, even at the cost of breaking up the State-based cleavage and treating as *enemies*, in Carl Schmitt's terms, their own nationals¹⁷. In this view, the project has a cosmopolitan ambition; not as a rather simplistic call for global constitutionalism¹⁸, but because it is grounded on, and leads to, ever-more accurate considerations and reflections on geopolitical and economic issues that interfere with the national constitutional experiences¹⁹.

Thus, the transformative clue not only involves all national groups, but transcends the domestic frontier, as both States and private corporations are understood as actors of a broader scenario²⁰. It is acknowledged that internal conflicts are tiles of a broader mosaic, and that national groups routinely rely on non-national actors to strengthen their positions in the domestic arena. In this regard, some overtly point to the existence of a subterranean network related with secret agencies²¹ whose action has consisted in the deployment of violence to support some groups while ruling out others in the national battle for power²². Others, likewise, speak of Latin American transformative constitutionalism as laying the foundations of a «counter-narrative» – a Southern discourse²³ that challenges the Northern «globalist» *mainstream* and unveils the dark sides of (neo-)liberal capitalism²⁴. Others,

¹⁵ *Ex multis*, C. Gregor Barié, *Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza*, in *Latinoamérica – Revista de Estudios Latinoamericanos*, 59, 2014, 9-40.

¹⁶ M. Foucault, *Subjectivité et vérité – Cours au Collège de France, Leçon du 23 janvier 1980*, and *Le courage de la vérité. Du gouvernement de soi et des autres*, II, *Leçon du 23 mars 1984 – première heure*, F. Ewald, A. Fontana, F. Gros, «Hautes Études» (eds.), Paris, 2014, 3-338. See J.C. Suntrup, *Michel Foucault and the Competing Alethurgies of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 2, 2017, 301-325.

¹⁷ C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corrolarien*, 1963, It. ed. (G. Miglio, P. Schiera) *Il concetto di politico*, in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 100-165, in part. 108 ss.

¹⁸ M. Rosenfeld, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in *European Journal of International Law*, 25, 1, 2014, 177-199.

¹⁹ B. de Souza Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, 2010, 25 ss., 67 ss.

²⁰ See J. Arato, *Corporations as Lawmakers*, in *Harvard International Law Journal*, 56, 2, 2015, 229-295.

²¹ Among historians, D. Ganser, *NATO's Secret Armies: Operation GLADIO and Terrorism in Western Europe*, London, 2004.

²² See C. Cyrillo, É. H. Fuentes-Contreras, S. Legale, *The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism*, in *Sequência (Florianópolis)*, 42, 88, 2021, 1-26, in part. 12 ss.

²³ M. Carducci, *Epistemología del Sur e costituzionalismo dell'alterità*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2, 2012, 319-325.

²⁴ B. de Souza Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, cit., 55 ss.

eventually, detects signs of an ongoing downfall for (neo-)liberal capitalist regimes and tie such a regression to a scarce self-awareness and self-limitation capacity, including, *inter alia*, a (lack of) due consideration for the limited resources made available by Planet Earth – or Mother Nature, as some call it²⁵.

2.3. A «Strong Constitutionalism» of its own kind. Further distinctive traits of this model emerge in relation to the streams of constitutional thought that Latin American constitutionalism, in general, takes as reference.

The «transformative» label has often been paralleled to another contested trademark that has gained some traction in Latin American constitutional studies: «neo-constitutionalism»²⁶. It is hardly an easy task to define what «neo-constitutionalism» amounts to, not least for the reason that many scholars associated with that definition have often rejected the cited association²⁷. Thus, one may refer to vague essentials only, as the emergence of a law of principles, the rise of powerful constitutional courts, or a value-based approach to legal issues²⁸.

Be that as it may, it seems safer to avoid the «neo» label and to simply refer to «strong constitutionalism»²⁹ as a line of constitutional thought arisen in the Western world – USA and Europe, crucially – as opposed to «weak constitutionalism». Among the basic tenets of a strong constitutionalism that are widely accepted as a reference in Latin American studies, one may include: the link between constitutionalism and human-fundamental rights, full jurisdiction for constitutional courts to review national legislation, the duty of constitutionally consistent interpretation for national judges, the defence of democracy and of the rule of law³⁰.

Pursuant to authors such as John Rawls and Ronald Dworkin, or Robert Alexy and Luigi Ferrajoli – just to quote examples from both sides of the Atlantic Ocean – «strong

²⁵ *Amplius*, S. Baldini, *The Concept of Harmony*, cit., 14 ss.

²⁶ C. Anchalisa Shive, *El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, in *Línea Sur*, 5, 2013, 15-133.

²⁷ M. Atienza Rodríguez, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in L. Peña, T. Ausín Díez (eds.), *Conceptos y valores constitucionales*, México D.F. – Madrid, 2016, 29-30, 29-58; cfr. J. Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, in M. Carbonell Sánchez, L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, 285-355.

²⁸ A survey in E. Aldunate Lizana, *Neoconstitucionalismo*, in *Anuario de Derecho Público – UDP (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile)*, 1, 2010, 361-369; E. Seijas Villadangos, *Neoconstitucionalismo*, in B. Pendás García, M. Herrero y Rodríguez de Miñón (eds.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Madrid, 2020, 948-951. *Amplius, ex multis*, E. Buriticá Arango, K. Garay Herazo *Neoconstitucionalismo, positivismo y validez*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII, 1, 2020, 31-52; L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, in *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 14, 2016, 263-279; P. Comanducci, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, in P. Comanducci, M. Ahumada Ruiz, J.D. González Lagier (eds.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, 2009, 85-122, and M. Carbonell Sánchez (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, 2007, 3-334.

²⁹ M. C. Melero de la Torre, *Constitucionalismo débil*, in *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 2017, 198-210, and C.I. Giuffré, *El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como salida*, in *Revista de Derecho Político*, 118, 2023, 289-314; but see also J. Alvear Télles, *Constitucionalismo “fuerte” y “débil”: una mitología de la modernidad*, in M. Ayuso (ed.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, 2012, 85-136. See S. Liebenberg, *Adjudicating Social Rights under a Transformative Constitution*, in M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, 75-101, and, more recently, R. Dixon, *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial Review Revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, 5, 3, 2007, 391-418.

³⁰ *Ex multis*, C.S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires, 1997, 15-17; more bibliography in C.I. Giuffré, *El constitucionalismo fuerte en la encrucijada*, cit., 295 ss.

constitutionalism» has walked two paths. From around the 1970's onwards, constitutional courts gained increasing awareness of their law-making potential, and this coupled with the increasing normativity attributed to national constitutions in the name of an enhanced defence of fundamental rights. These institutional-juridical elements added to one another to attain a twofold effect. On one hand, legislative law-makers had to co-exist with a judicial network of a trans-national nature involved in constitutional adjudication and supported by a rampant, likewise trans-national scholarship³¹. On the other hand, an increasing weight was attributed to values and principles, hence to moral commands «secularized» as elements of law³² – which placed ethics at the centre of the scene to the detriment of «sovereign will» as elaborated on by representative bodies and formalised in written legal texts³³.

Therefore, debates on the democratic concerns raised by strong judiciaries have become familiar with the idea of a fully-fledged constitutional review as a tool to protect rights, beyond, or against, the will of the legislators. Particularly, the «counter-majoritarian difficulty»³⁴ has been set aside in the name of a more ductile, *softened* law³⁵. Yet, noticeably, this did not happen due to such difficulty being discussed and solved, but in light of what may be called a *superveniens* irrelevance. To be clear: the strong constitutionalism wave has not really managed to successfully respond to the arguments raised by other competing claims³⁶. Rather, the victory has come *by default*, or forfeit: such claims have prevailed in the academic dispute³⁷ as an implicit assumption has gradually surfaced³⁸, namely, the conciliative, *irenic* role of shared ethics lying at the grounds of constitutional discourses³⁹. A common morality stemming from constitutional and international law has been reported to emerge, and to grant social cohesion through the protection of fundamental rights. While operating as a binding limitation to the authority of all actors involved, this common morality offers a single shared ground for solutions to be provided to the conflicts concerned.

Unveiling this *irenic* assumption – the idea that political conflicts are reduced to legal disputes and solved by applying precepts that descend from this common morality – is crucial to understanding the arguments raised by the supporters of strong constitutionalism. Only under such perspective can political bargaining be compared to judicial argumentation⁴⁰; absent this bias, the former, in the name of the «sovereign will», could offer solutions that would be precluded to the latter. But, if politics are morally bounded as much as jurisdiction is, political questions turn neutralised: law, as vehicle of a morality that all actors are supposed to accept, would suffice, alone, for the purpose of keeping society in peace. (Re-)politicising

³¹ See, for example, F. Balaguer Callejón, *Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el Profesor Peter Häberle*, in *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 9, 1997, 9-52; more recently, I. Gutiérrez Gutiérrez, *El Jurista Europeo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 23, 2023.

³² T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal*, 96, 5, 1987, 943-1005.

³³ E. X. Multis, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, 124-188.

³⁴ O. Baskot, *The Two Counter-Majoritarian Difficulties*, in *Saint Louis University Public Law Review*, 31, 2, 2012, 333-382.

³⁵ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 15 ss.

³⁶ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 277 ss.

³⁷ See the dialogue between R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, and A. Baldassarre, *Una risposta a Guastini*, in *Associazione dei costituzionalisti – Archivio*, 2007.

³⁸ A. Baldassarre, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara vol. I*, Torino, 2005, 201. ss. Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 40 ss.

³⁹ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1, 1991, 639 ss.; cfr. G. Bongiovanni, *Dalla 'dottrina della costituzione' alla 'teoria dei valori': la ricerca di un difficile equilibrio*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1997, 73-110, and A. Ruggeri, *"Balances" entre valores constitucionales y teoría de las fuentes*, in *Teoría y realidad constitucional*, 12, 13, 2003, 155-180.

⁴⁰ As in R. Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 4, 2005, 572-581, in part. 579 ss.

such questions would be redundant instead, meaningless, or even counter-productive: a comeback of politics could reignite latent conflicts and put that peace in jeopardy.

2.4. «Polemic». In this light, another trait of Latin American transformative constitutionalism emerges with some clarity. Latin American transformative constitutionalism is well aware of the differences in the values underpinning societal groups whose mutual distance is obvious and can be measured by objective indicators including wealth, education, ethnicity, geography. As society cannot be considered as resting on a common moral platform, political questions are far from neutralised. From a Latin American viewpoint, therefore, the divide between law and politics, will and morality/*ratio* as heterogeneous components of law, is still discernible, a mixture of both being necessary and instrumental to social peace.

As a result, Latin American scholars endorsing a transformative approach struggle to dialogue with fellow European/North-American colleagues who still offer arguments for courts to perform a «transformative», *lato sensu*, function. Just as one example, in a recent paper Carlos Ignacio Giuffrè notices that some of the best-known supporters of a «strong constitutionalism» favour deliberative democracy but construe it by seemingly «inconsistent» arguments⁴¹. Rawls, Dworkin and Alexy – those he analyses; but his reasoning, *mutatis mutandis*, is applicable to others, too⁴² – explicitly side with deliberative democracy. Yet, if one looks closely into their arguments, their proposals are only in vague accordance with the conception of justice, as well as of constitutional review as an instrument to attain it, that they support. As they back deliberative democracy – one may contend – they should build it up in line with the same views that give structure to «strong» judicial review⁴³; yet, they somehow take it for granted, as political deliberation came smoothly, with no need to provide room for it to actually take place.

In fact, one can say, the *irenic* assumption is proper to the European and Northern American advocates of strong constitutionalism, but hardly persuades their Latin American colleagues. If understood in the perspective of a common morality that restricts the possible outcomes while limiting the behaviours of the actors involved, political deliberation looks like a duplicate of judicial argumentation, and hardly needs to be construed in its own fashion. Conversely, Latin American transformative constitutionalism has a crucial attention for the twofold dimension of democracy – political deliberation and judicial adjudication – for its advocates are fully aware of the tremendous conflict they are confronted with – one that no alleged common morality can attenuate nor reduce to a judicial application of the precepts it allegedly generates. In their view, such a morality is non-existent, invisible, or, anyhow, ineffective in that regard: diverse groups pursue their own interests with the utmost tenacity regardless of the unbearable consequences it would entail for some of their fellows. This allegedly common morality may not be deployed as a *jurisgenerative* tool: if construed as a product thereof, law would just endorse the claims of one part, or group, to the detriment of the remainder of the society, and would never work for the latter's pacification – it would rather pave the way to chaos⁴⁴ and possibly war⁴⁵.

Following this assumption, the oft-quoted *manifesto* of the transformative concept – to turn

⁴¹ C.I. Giuffrè, *Constitucionalismo fuerte y democracia deliberativa: Inconsistencias en Rawls, Dworkin, y Alexy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 21, 5, 2023, 1273-1301.

⁴² Cfr. L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, I, Roma-Bari, 2001, 277-370.

⁴³ Cfr. C.F. Zurn, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law & Philosophy*, 4-5, 21, 2002, 467-542.

⁴⁴ M. Luciani, *Dal caos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VIII, 2, 2019, 349-378.

⁴⁵ G. Agamben, *Homo Sacer, II.2 – Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Torino, 2005, 22 ss.

into reality the promises of social change contained in Latin American constitutions – serves both as an objective and as a methodological tip. At a closer look, this assumption rests on four steps. One, recognition of a conflict among social layers with radically different moral backgrounds and needs. Two, acknowledgement of the urgency to construe more «acceptable» solutions for society as a whole. Three, recognition of the political nature of these solutions, as they pursue a substantial modification of the current interpretations of constitutional norms. Four, indication of a specific aim related to the political nature of these solutions: their direction towards a more egalitarian accommodation of diverse social groups.

2.5. «Inclusive». As a result, transformative constitutionalism is aware that the interpretive solutions advanced are meant to bring about social change through law, that is, to openly challenge the *status quo* with the intention to modify it toward further egalitarianism⁴⁶. Likewise, it understands that such solutions will most likely be perceived as contrary to law, morality and personal interest by some of the recipients, who will show reluctance to obey them as much as they can afford it – to be clear: as much as they possess the means to oppose the solutions they dislike with the necessary force.

Therefore, the application of such solutions cannot be pursued as a straightforward imposition of a well-established rule⁴⁷. Such an imposition would likely generate further inequalities: the new norm would be applied effectively only to those who lack the means to escape it – it would entirely miss its egalitarian objective while producing instead further inequality. Conversely, the solution sought must have due regard for the utmost political sensitivity of the issues involved: it will have to mediate between opposites and take into due consideration the rights and interests of all the persons affected⁴⁸.

Following this path, transformative constitutionalism engages with politically sensitive negotiations and paves the way for the respective arguments to rest on constitutional grounds, and to be phrased as juridical claims. It does so in view of a twofold goal. One, that nobody is radically excluded from the to-be-construed arrangements. Two, to induce the settled *élites* to accept a compromise: a certain *deminutio* in their wealth and «power» – understood as pure *Macht* – in exchange for enhanced social security and prosperity. *D’ailleurs*, one may say, a billionaire in the middle of a civil war is less happy than a fairly wealthy person in a peaceful society; or, anyhow, such an idea makes this bargaining of constitutionally relevant positions feasible, or, at least, conceivable.

It is worth noting that, under this approach, law – *transformative constitutional law* – is the counterpart of a settled authority and, at the same time, the instrument to endorse a rising authority with the necessary legitimacy; this new authority, then, derives its legitimacy from the former with no breach of the reciprocal continuity⁴⁹. In this respect, transformative constitutionalism calls for non-revolutionary, but evolutionary change⁵⁰; it aims to foster a revolution through law,⁵¹ or, else – borrowing a terse definition once coined for the primordial North American constitutionalism – it is a project of «constitutional revolution»⁵².

⁴⁶ B. de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación*, Quito, 2012, 42 ss, 100 ss.

⁴⁷ S. Colloca, *Sul limite del diritto. Studio di filosofia dell’ordinamento giuridico*, Bari, 2023, 61 ss.

⁴⁸ R. Gargarella, *Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución*, in R. Gargarella, R. Niembro Ortega (ed.) *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México D.F., 2016, 15-55.

⁴⁹ D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2003, 17-88.

⁵⁰ B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge (Massachusetts), 2019, 1, 27 ss.

⁵¹ B. de Sousa Santos, *Derecho y Emancipación*, cit., 91 ss., 110 ss.

⁵² N. Matteucci, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987, 137 ss.

This law must operate so that the divide between *rule of law* and *Rechtsstaat*⁵³ – the former born to *oppose* the established power, the latter raised to *defend* it – blurs in a single construct of a political-juridical nature, which would operate both as an external limit to the settled power and as an internal limit for an emerging one⁵⁴.

These peculiar arrangements require *inclusiveness*: capacity of driving the transformation by internalizing and institutionalising the rights and interests of further and further layers of the population, while excluded rights and interests never surpass the limits of the «acceptable» for the society as a whole to live in peace. Noticeably, such limits, one may say, draw the boundaries of a prospective common morality to be achieved as the result of the negotiation. Such a moral commonality, therefore, is looked at as a desired goal, rather than as an *a-priori* assumption: it does not generate law, but is rather the prospected, and somehow expected product of the generated law.

In the same vein, Latin American transformative constitutionalism is designed to let citizens in «*la sala de máquinas de la constitución*» – as Roberto Gargarella calls it⁵⁵. It questions the «form of the power»⁵⁶ in all its articulations, *in primis* as regards the courts entrusted with the transformative task⁵⁷. In this view, constitutional adjudication ceases to be a «last word» instance and turns a chamber of compensation for a broader, untermiated law-making process whose objective is the never-ending inclusion of the multiple layers of a plural society towards egalitarianism⁵⁸.

2.6. «Collective». Built on recognition of the settled authority, the challenge raised by transformative constitutionalism, though severe and profound, comes with maintenance, not demolition, of the structures of that authority. Transformative constitutionalism is *constructivist* in a fully-fledged, wide-ranging sense, and would not remain sterile – quite the opposite – as it comes to strengthen the participative, deliberative side of the society concerned.

In this perspective, Latin American transformative constitutionalism endorses a *collective* dimension of the rights and interests at stake. It is not content with the sole establishment of human rights as such, but is extremely concerned with the collective dimension of such rights in view of a restoration and fine-tuning of the balance between all the groups composing a plural society.

This assumption is clear in the *arrêts* most often quoted as emblematic of the transformative approach, at both national and supranational level. Two lines can be taken as paradigmatic. As a reference, one can look at the cases of gross human rights violations perpetrated by authoritarian regimes – for instance, at the «transitional justice» case-law pursued in

⁵³ D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit.; R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 7 ss.

⁵⁴ B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 5 ss., *passim*. On the dialectic, «apparently oxymoronic» relationship between «Tradition» and «Revolution» in the legitimation of political authority, A. Lucarelli, *Tradition and Revolution: Law in Action*, Lausanne, 2024, 13 ss., *passim*.

⁵⁵ R. Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, 2013.

⁵⁶ As in the *opus magnum* by F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1993.

⁵⁷ J.E. Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá, 2019, 37 ss., 309 ss., 449 ss.; recently, A. Cannilla, S. Suteu, *Ciudadanía y justicia. El control de constitucionalidad desde la democracia deliberativa*, in *Revista Derecho del Estado*, 55, 2023, 191-205.

⁵⁸ R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, 1996.

Argentina after Videla's demise⁵⁹; or at cases such as *Barrios Alto v Peru*⁶⁰ decided by the *Corte Inter-Americana de Derechos Humanos*. Systematic violations of individual human rights are considered in the framework, and as a consequence, of a political collapse, and the *pars construens* – the objective to restore peace through justice and, crucially, promotion of democracy – is present at any height of the reasoning. Not only personal responsibilities are established, and persons *uti singuli* are sentenced, but a clear-cut evaluation is expressed as regards the concrete practice of the power as it stems from the circumstances of the case, and conditions are figured out for this practice to take an opposite evolutionary path.

In the same vein, one can look at the cases on the rights of Indigenous peoples and Afro-descendants, as those decided by the Colombian Constitutional Court⁶¹. These cases, in the perspective of this work, pave the ground for a threefold reflection. First, the victims belong to *excluded* groups – *i.e.*, groups suffering violations of rights and interests without being able to exercise commensurate rights to voice⁶². Second, the remedy is the so-called «binding consent» that such minorities are entitled to, which consists precisely in restoring their participative, *political* right to voice that they have not been effectively granted⁶³. Third, such remedy is not presented as a right to veto, but more as a card to be spent in the course of a process aiming at «the most balanced» – not the «best», as it would be defined under an assumedly single common morality; but, crucially, «the most balanced» – protection of the rights and interests at stake⁶⁴.

Thus, a clearer word can be said on the essentials of Latin American transformative constitutionalism, which is, in essence, *polemic*, *inclusive*, and *collective*. «Polemic» for it is aware of the span, intensity and radicality of the political conflict it must confront and does not aim to conceal it behind an alleged moral commonality⁶⁵. «Inclusive», because it paves the way for this conflict to be solved through enhanced, more effective institutionalisation of

⁵⁹ Cfr. A. Barahona de Brito, *Verdad, justicia, memoria y democratización en el Cono Sur*, in *Las políticas hacia el pasado: Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Madrid, 2002, 195-246; J.M. Guembe, *Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience*, in P. de Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, 2006, 21-54; more recently, L. Schneider, *La reparación de los crímenes de Estado en Argentina. De la justicia transicional a las prácticas reparatorias*, in *Estudios de Derecho*, 80, 175, 2023, 7-33. For a comparison with Peru, see A. Serranò, *El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos en Perú. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el indulto de Alberto Fujimori*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 25, 2, 2021, 485-511.

⁶⁰ IACHR, *Barrios Altos v. Peru*, March 14, 2001, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75.

⁶¹ A thorough survey in J.C. Herrera, *Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America*, cit., 222 ss.

⁶² *Ibid.*, 200 ss.; see D. Landau, *The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America*, in *George Washington International Law Review*, 37, 3, 2005, 687-744, in part. 736 ss.

⁶³ M. Barelli, *Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead*, in *The International Journal of Human Rights*, 16, 1, 2012, 1-24.

⁶⁴ J.C. Herrera, *Judicial Dialogue and Transformative Constitutionalism in Latin America: The Case of Indigenous People and Afro-Descendants*, cit., 211 ss.; see C.E. Salinas Alvarado, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, in *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, 235-259; W.Y. Vivas Lloreda, *Prior consultation as a fundamental right of collective ownership of indigenous, afro-descendant, rum and tribal peoples and its ineffectiveness in the protection of protected territories*, in *Cathedra*, 10, 16, 2021-2022, 39-59, and H. Cantú Rivera, *Towards a global framework on business and human rights, Indigenous Peoples, and their right to consultation and free, prior and informed consent*, in C. Wright, A. Tomaselli (eds.) *The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America: Inside the Implementation Gap*, London – New York, 2019, 27-40.

⁶⁵ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 51, 2, 2006, 1644-1669; see A. Lucarelli, *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, 3, 2024 (17 July) 77-87.

social diversity among equals⁶⁶. «Collective», as it claims that a sufficiently profound rearrangement of the society can only be achieved by strengthening rights to voice in a manner that is commensurate to the material rights at stake. Only if all voices are sufficiently taken into account on an equal footing at all heights of the law-making, then there will be a chance to achieve a fairer distribution of resources; and this is all the more urgent as it is understood that a single-handed right-based approach is untenable in a world of finished means⁶⁷. Against this background, Latin American *constitucionalismo transformador* aims to bind together rights and duties, the individual and the collective dimension, into a single theoretical structure.

3. Constitutionalism and the European Union: a problematic evolution.

Constitutionalism, as a stream of thought and as an ideal, has inspired the European Union since the very beginning: a look at the ECSC and EEC Treaty Preambles would suffice to get acknowledged with the robust constitutional ambitions of the overall project. For the limited scope of this work though, a drastic selection of topics and arguments is required to briefly outline the basic traits of a 70-year-long trajectory, which may be associated, *prima facie*, with the evolutionary journey of a European model of transformative constitutionalism.

3.1. Purpose & Scope. Following the Latin American path, it seems sound to ask, as a first question, whether European constitutionalism is provided with single, well-defined purpose and scope.

The answer is in the affirmative. On one hand, European constitutionalism aims at a specific objective, the pursuit of an «ever closer union»⁶⁸: this ambiguous, though renowned formula points to the replacement of Nation-States with a federal-like entity, yet of an indefinite, untermiated nature⁶⁹. On the other hand, it has gradually broadened its applicative scope from a strict reading of legal bases to a teleological approach aiming to uniformity in all sectors in which the Union has a regulatory interest⁷⁰. Crucial to such expansion is the rise of its key concept: *primacy*, that is, prior application, however phrased, of Union law *vis-à-vis* national laws⁷¹. Such a priority, in fact, is decisive to further the integration through the well-known *functionalist* mode⁷², which relies on *dual supranationality*⁷³ and gives law an openly constructive role in the accomplishment of the process.

It may look surprising that a European transformative constitutionalism is not directly concerned with the defence of democracy, human rights and the rule of law as the Latin

⁶⁶ J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt, 1996, 65 ss.

⁶⁷ Cfr. R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2019, 33 ss.

⁶⁸ R. Bieber, J.-P. Jacqué, J.H.H. Weiler, *An Ever Closer Union. A critical analysis of the draft Treaty establishing a European Union*, pref. A. Spinelli, *EC Official Publications: The European Perspectives*, Luxembourg-Bruxelles, 1985, in part. 7-16.

⁶⁹ J.H.H. Weiler, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1995, 1, 3, 219-258.

⁷⁰ M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2018, in part. 59 ss.

⁷¹ K. Lenaerts, T. Corthaut, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 31, 3, 2006, 287-315. Most recently, L. S. Rossi, C. Tovo, *Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea*, in *Enc. Treccani*, Roma, 2023, 97-109.

⁷² A survey in A. Hayrapetyan, *Federalism, Functionalism and the EU: The Visions of Mitrany, Monnet and Spinelli*, in *E-International Relations*, 21 September 2020, 1-5; see G. de Búrca, *Rethinking Law in Neofunctionalist Theory*, in *Journal of European Public Policy*, 12, 2, 2005 – *Special Issue: The Disparity of European Integration: Revisiting Neofunctionalism in honour of Ernst Haas*, 310-326.

⁷³ J.H.H. Weiler, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1, 1, 1981, 267-306.

American one is. In fact, an express mention of European common values and principles features in the Treaties from relatively late, whereas a Charter of fundamental rights only appears in late 2000 to acquire binding value by the Treaty of Lisbon. Yet, this does not mean that such objectives are extraneous to European constitutionalism. Rather, though rights, values and principles have been present since the very beginning, the way they enter the European integration process is peculiar to the latter.

3.2. Moral commonality, and moral «superiority», as «a-priori». In fact, instrumental to the construction of European values such as the defence of human rights, democracy and the rule of law is the assumption that, pursuant to the constitutional documents adopted across Europe in the war's immediate aftermaths⁷⁴, a common moral background emerges in reaction to the evils perpetrated. This background, in accordance with the international law instruments ratified in the same period, keeps Europe's *post*-WWII States aligned on a single constitutional line.

The cornerstone of this moral commonality is the centrality of the human person⁷⁵ and of her dignity⁷⁶. This concept rests on two pillars: general universal suffrage and constitutional protection of fundamental rights. Though construed in various ways by each national constitution, this passage seems to work as a common ground for the constitutional edifices of the Founding Member States: Republican Italy (1948) Federal Western Germany (1949) and France (both the IV and V *République*, the latter dating back to 1958).

By corollary, it seems safe to affirm that such concept forms a constitutional *acquis* for Europe: a non-regression point, a forever possession in the course of history, the preservation of which is supremely necessary in order not to get back to the horrors of the previous decades.

In principle, this *acquis* aligns with the legal-philosophical grounds underpinning Latin American transformative constitutionalism and has potential to cohere with the latter's cosmopolitan ambitions accounted for above. However, the following two characteristics can be considered as peculiar to the European context.

First, the common moral background undergirding national constitutions works as an *a priori* to the development of the European constitutionalism. In this light, «European transformative constitutionalism», yet not directly referring to values, possesses a solid ethic pedestal: this moral commonality is more than a desired goal to achieve, or the embryo of a promise to be maintained. Rather, it is an *a-priori*, a given condition whose axiological potential fosters, and modifies, the course of the integration.

Second, by virtue of this moral commonality, the European project is presented as the natural follow-up of *post*-WWII national constitutions, and the coherent development of the values they enshrine⁷⁷. More precisely, the European project is presented as the best option to

⁷⁴ See F. Bonini, S. Guerrieri (eds.), *La scrittura delle costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale*, Bologna, 2020. Shifting the focus to the present day, cfr. A. Patroni Griffi, *L'identità plurale dell'Unione europea – Editorial for the Special Issue E pluribus unum: le identità in Europa* (ed. A. Patroni Griffi) *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 23, 1, 2024, 1-8, in part. 2.

⁷⁵ A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, 17, 2013 (28 August), 1-34; see also E. Caterina, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023, 165 ss.

⁷⁶ *Ex multis*, P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 77-137, in part. 102 ss. and Y. Arieli, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and his Rights*, in D. Kretzmer, E. Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2012, 1-18.

⁷⁷ As it is apparent from a comparative reading of the Preambles of the ECSC and EEC Treaties. On the role and value of Preambles, J.O. Frosini, *The making of constitutional preambles*, in D. Landau, H. Lerner (eds.), *Comparative Constitution Making*, Routledge, London-New York, 2019, 341-361.

endow such values with an enduring protection, as the integration would preserve the European society from the rise of totalitarian nationalist regimes whose aggressivity had triggered the World War.

This peculiar relation tying values, and fundamental rights, to the European project rests on a robust irenic postulate, which goes as follows: as instrumental to the consolidation and enduring defence of the States' constitutional projects and their common morality, Europe's ever-growing integration is assumed as an end *per se* – something that invariably brings benefits for all Member States – which must be promoted and pursued as such⁷⁸.

This overall background explains why Europe's law, as instrumental to ever-growing integration, enjoys an implicit *moral superiority*. This positive bias emerges in the arguments of early «Community lawyers»⁷⁹ supporting «the application of Community law over national law no matter what, in conformity with the teaching of the Court of Justice»⁸⁰. In fact, due to the cited value commonality, Community law is reportedly capable of protecting rights and interests on a European-wide scale while staying within the margins of a prospective equivalence with national law⁸¹. It is, therefore, an equivalent but Europe-wide, hence, «better» (as presumptively avoiding the comeback of aggressive authoritarianisms) concretisation of the national constitutional projects.

Noticeably, the pair «moral superiority & perspective equivalence» neutralises constitutional conflicts between national and Community's laws. The formal question of «which law applies» turns irrelevant: what acquires centrality is the material question of which law protects the rights and interests at stake in a way perceived as «better»⁸². This value judgment, yet resting on a twofold presumption – the moral commonality and the perspective equivalence with the will of the peoples and States to which that very law will apply – leaves the Court of Justice with the task of selecting national laws to pick up a «better» solution. As a result, national sovereignty is not formally attacked but simply replaced, as all Union's measures furthering integration are presumed to be coherent with each Member State's own self-determination.

The same pair – «moral superiority & perspective equivalence» – is also crucial to the understanding of the whole constitutional conceptual toolkit designed to implement primacy. Such an evolution, in fact, occurs through an evolutionary development of legal hermeneutics, which depart from «classic» inter-State public international law to enter the yet-uncharted *after-State* waters.

If looked at in this perspective, primacy is the tool by which the Community is to defend and perpetuate the cited common constitutional *acquis*. In fact, primacy is instrumental to

⁷⁸ See, *ex multis*, P. Gori, *La progressiva affermazione giudiziaria del diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1969, 198-213.

⁷⁹ «Authors who gravitate around the Communities» in the definition offered by R. Treves, *Introduzione generale*, in Id. (ed), *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Roma, 1969, 15, who sarcastically exposes both their active partisan engagement and their tendency to present as law what is rather a concretisation of their political auspices.

⁸⁰ N. Catalano, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Foro Italiano*, 1964, IV, 153.

⁸¹ A standard that echoes a wider-ranging equivalence with general principles of international law enshrined in the UN Charter. *Ex plurimis*, see S. Platon, *The 'Equivalent Protection Test': From European Union to United Nations, from Solange II to Solange I*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2, 2014, 226-262, and L.I. Gordillo Pérez, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of International, European and UN Law*, Oxford, 2012, 20 ss., 41-42. More recently, see A. Bobić, *Constitutional Courts in the Face of the EU's Reconfiguration*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 85, 1, 2025, 523-545.

⁸² J.H.H. Weiler, *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 26, 1994, 510-534.

pursuing the ever-closer union objective by an ever-expanding application of Community law; and this objective is instrumental to defending and perpetuating the national constitutions' legacy against the comeback of authoritarianism.

This construction is one of the many theoretical accounts crafted to justify primacy. However, as far as this work is concerned, it seems preferable to all others due to its historical depth. Other accounts, in fact, point to a constitutional rupture, in the methodology as well as in the contents credited with constitutional relevance⁸³. Thus, such accounts describe Community law along a line of discontinuity, and its application, ultimately, as a breach of national constitutions. This invariably leads to a *radicalization* between opposite poles – those who accept the new European order yet to be established, and those who defend the old inter-State order despite its rarefied effectiveness – the solution of which cannot be a matter of law but one of pure force.

In this line, one can say, there is a strong juridical link between primacy and the national constitutional legacy. Questioning this link is mandatory to preserve the binding value of Community law without coming to a rupture with national constitutions, which would be the demise of the *post-WWII* constitutional *acquis* and open to possible comebacks of bellicose authoritarian regimes.

This question leads to scrutinising the evolution of the Union law's hermeneutical criteria, as regards both the relentless, teleological and systematic expansion of the applicative scope of Union law and the applicative priority the latter enjoys *vis-à-vis* national law. Although sharp divides are hardly detectable throughout such a tortuous path, four stages may be roughly described as explicative of remarkable turns in the interpretation of Union law.

3.3. Supranationalisation. Six States decide to freely commit to an ever-closer union: they agree to gradually put in common entire sectors of their national economies and legal orders. They formalize such an agreement by means of *ad hoc* Treaties, which makes their will explicitly aimed at furthering integration – *functionally*, gradually, but relentlessly.

Such a *special will* entails a shift in legal interpretation. The intent of sovereign States is no longer understood as reflected in the wording of the Treaties – where there is States' will, there is law – but as supporting a teleological-systematic interpretation of all measures based on those Treaties⁸⁴. The underlying rationale is that such an interpretation, while broadening Community law's scope, would translate their initial will into reality. Thus, Community law's moral preferability is justified in voluntarist terms, precisely as the positivist inter-State law's methodology required. This decisively strengthens Community law's claim to «special autonomy» *vis-à-vis* national/international law, as that claim is rephrased in hermeneutical terms that are immediately applicable: on one hand, the de-coupling of textualism and voluntarism; on the others, the latter's coupling with moral teleologism, for the will of the States comes to coincide with the boundaries of a teleological and systematic reading of Community law.

⁸³ The model accounts for the so-called «self-rupture of the constitution», or *Selbstverfassungsdurchbrechung* it comes from Carl Schmitt's theory of the emergency powers and goes as far as to figure out zones of «a-constitutionality» within a constitutional order. See C. Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand: Eine staatsrechtliche Studie*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 38, 1916, 138-161, in part. 148 ss.; cfr. W. Scheuerman, *States of Emergency*, in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, 2016, 547-569, in part. 548 ss. Some Spanish scholars use this concept with regard to the European integration: see Á. Figueruelo Burrieza, *Acotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno*, in *Revista de Estudios Políticos*, 51, 1986, 191-212, in part. 196 ss., and A. Ruiz Robledo, *El ordenamiento jurídico europeo y el sistema de fuentes español*, in *Revista de Derecho Político*, 32, 1991, 29-54, in part. 38 ss.

⁸⁴ See G. Vosa, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, 2020, 35 ss.

In fact, immediately applicable consequences have indeed stemmed from that shift. The numerous tools appeared in the Court of Justice's case law to give Community law prior application in an ever-expanding array of cases – such as direct effect, *pre-emption*, *effet utile*, and the like – rest on a fundamental assumption: Community law, as special and autonomous, is to be preferred to national law due to the moral necessity to attain its specific objective. Clearly, this entails a subversion of ordinary positivist logics, under which norms are allowed to attain their purpose *if, and only if*, they can apply to the case concerned – not really the other way round. Cause and effect are now reverted as a result of the alleged moral preferability attached to whatever norm may contribute to the ever-closer union objective. This turn opens the realm of *teleologics*, that is, the logics of the prevalence of the *telos* on the wording of the legal texts that represent the formal will of the States (that is, the product of general universal suffrage). Community law's correspondence with this will is taken as implicit in light of the involvement of the States in the supranational political process. Noticeably, this process, in the first place, is only intergovernmental; later on, instead, it is allegedly backed by the European Parliament whose empowerment is instrumental to the abandonment of the unanimity rule in the Council⁸⁵.

3.4. Constitutionalisation. Following the *teleologics* scheme, Community law knocks at the door of constitutional law, too, as it claims priority not only on ordinary State legislation but also on constitutional laws and fundamental rights⁸⁶. The interpretive strategy the Court of Justice deploys in the first place amounts to an irenic European constitutionalisation of such rights⁸⁷. The Kirchberg judges undertake to grant them a protection that is equivalent, or even identical, to the best national constitutional standards⁸⁸; but they claim to do so under Community law. Particularly, general principles of Community law stemming from «national constitutional traditions» – a name echoing the link with national constitutions and their *acquis*⁸⁹ – are held to exist and recognized as belonging to European citizens, via some sort of *inventio juris*⁹⁰, by the Court of Justice. The result goes as follows: Community law enjoys primacy, but only to the extent that it replicates, or at least does not fall too far from, the solutions offered by the Member States⁹¹. The underlying assumption is, as mentioned above,

⁸⁵ See D. Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 30, 1, 1993, 17-69, and D. Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, 5-21, in part. 18.

⁸⁶ J.H.H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 67, 1986, 1103-1143. A broad survey in S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa: un'introduzione*, in Id. (ed.) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104.

⁸⁷ K. Lenaerts, *Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne*, in M. Dony (ed.) *Mélanges en l'honneur à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, 423-457.

⁸⁸ Add G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, 207 ss., and S. Ruiz Tarrías, *Las "tradiciones constitucionales comunes" en el ordenamiento Europeo. Su valor jurídico en el Tratado de Lisboa*, in F.J. Matía Portilla (ed.) *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Granada, 2009, 95-112.

⁸⁹ M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20, 8, 2019, 1097-1118.

⁹⁰ Cfr. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 90 ss.

⁹¹ P. Cruz Villalón, *La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos*, in *AFDUAM*, 17, 2013, 501-514, and V. Constantinesco, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, in *L'Union européenne: Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Prof. Philippe Manin*, Paris, 2010, 79-94. See J. de Poorter, G. van der Schyff, M. Stremler, M. De Visser, I. Leijten, C. van Oirsouw (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2022: A Constitutional Identity for the EU?*, Berlin, 2023, with multiple works maintaining conflicting views on the topic.

perspective equivalence: pursuant to the moral background common to the States' constitutions and proper to the Community as a perpetuation thereof, the provided solutions would be equivalent to, or at least *tolerably* different from, one another. Thus, Community law, though absorbing, or anyway taking into due account, the solution offered by national law, can apply with priority on the latter to virtually coincide with the «the law applicable in the European space» in a *de facto* monism.

As a corollary, the question of formal separation between legal orders turns into the material question of the *better protection* for the rights at stake – a protection that, via the judicial dialogue coordinated by the Court of Justice, Community law would make its own and raise to the *status* of a European constitutional standard⁹². This interpretive shift has a twofold effect. One: it helps concealing the sovereignty knot in order to skip the question on the allotment of ultimate authority. Two: it suggests that this knot be disentangled only in an indefinite future, as indefinite as the horizon that the ever-closer union concept points to.

In this vein, the evolution of the common values enshrined in national constitutions is reported to tie the Member States into a single constitutional stream, which removes the boundaries among States and leads to a European constitutional law⁹³.

Within this single stream, the «strong constitutionalism» born at State level adds to the supranational experiment to foster the emergence of a «law of principles» as opposed to a law of (written-positive) norms⁹⁴, the judicial and doctrinal formants taking priority on legislation as components of law⁹⁵. In the same line, the ratification of the Nice Charter – later the Charter of Fundamental Rights of the Union, enjoying, under Lisbon, the same legal value as the Treaties – seems to pave the way for a European constitutional law⁹⁶, the failure of the *Constitutional Treaty* notwithstanding⁹⁷. This remarkable hiatus between the political and the juridical dimensions of the process, nevertheless, exposes the tensions undermining the European edifice. The twofold ambiguous relationship between political and legal integration, on one hand, and judicial-doctrinal *versus* positive law, on the others, leads to a paradox: a Community of sovereign States with a single constitutional law of principles whose wan-to-be written reference had been expressly rejected. This short-circuit contributes to explaining the numerous problems that have surfaced in the aftermaths of the Lisbon Treaty.

3.5. Identity. From Maastricht onwards, the issue of the mutual legal boundaries between the Union and the States is spelt out in the identity vocabulary⁹⁸. Again, the key reason was to get rid of the sovereignty concept, which would have reignited the formal question of

⁹² A. Ruggeri, *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2014, 837-854.

⁹³ A. von Bogdandy, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law*, 6, 2000, 27-54, in part. 28 ss.

⁹⁴ C. Amalfitano, *General principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2015, 28 ss.

⁹⁵ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1991, 1-34.

⁹⁶ A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, 2003, 75 ss., and K. Lenaerts, P. Van Nuffel (eds.) R. Bray (rev.) *Constitutional Law of the European Union*, II ed., London, 2004. More recently, see P.T. Tridimas, *The General Principles of Law: Who Needs Them?*, in *Les Cahiers de Droit*, 52, 1, 2015, 419-441; A. Viala, *Le droit constitutionnel européen, un nouvel objet pour une nouvelle discipline?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 120, 4, 2019, 929-947, and F. Balaguer Callejón, *Derecho Constitucional Europeo*, in Id. (ed.) *Manual de Derecho constitucional, I – Constitución y fuentes del derecho. Derecho constitucional europeo. Tribunal Constitucional. Estado autonómico*, Madrid, 2020, 202-275.

⁹⁷ J.H.H. Weiler, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space*, in R. Kastoryano (ed.) *An Identity for Europe. The Relevance of Multiculturalism in EU Construction*, London, 2009, 73-101.

⁹⁸ L. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 6, 3, 2010, 36-49.

boundaries, hence hindered the assimilation of national constitutional laws into a single European one. One may ask whether this trade-off has been convenient, or appropriate, as the identity's background rests on the likes of Fichte, Schmitt and others in this line⁹⁹. However, particularly in the post-Lisbon era, «identity» became *à la mode*¹⁰⁰ or, to say it better, it turned the privileged concept to grasp the relation of national and Union law¹⁰¹. While in the first place this seemed to reinvigorate the national perspective¹⁰², in the long run it has furthered a marginalization of the conferral and of the textual-voluntarist element it enshrines. The rapidly-diminishing constitutional relevance of the principle of attributed competences, yet sanctified in numerous Treaties' provisions, attacks the idea that the «will» of the peoples and the States is the main legitimation source for the Union's development or, at least, a key source thereof: the argument of original consent is held to cover whatever evolutionary path Union law will take. In this vein, the Court of Justice tends to make use of the Charter as a support for general principles of Union law¹⁰³: and it does so with a twofold intention. First: to pursue legal uniformity within the Union's space. Second: to broaden Union law's scope to a virtually indefinite end. In this regard, the national identity concept laid down in Art. 4, par. 2 TEU, in principle designed as the ultimate bulwark for national jurisdiction, struggles to provide guidelines for reciprocal dialogue as it is either bypassed or reinterpreted in a monist, fully-fledged European fashion.

Four lines offer good examples of this shift.

First, the evolution of the «incorporation» doctrine¹⁰⁴. Already present in the Court of Justice's case law prior to the adoption of the Charter, this doctrine was furtherly pursued in the follow-up of Lisbon to serve the twofold intention mentioned above¹⁰⁵. The Court's line contradicted scholars like Robert Schütze, who had called for a collective foundation of the incorporation based on the European citizenship, in the like of the US Supreme Court¹⁰⁶. As an effect, «purely internal situations» are reduced to marginal cases only¹⁰⁷ and the «competence-creep»¹⁰⁸ expands to the extent that it comes to be understood as physiological, rather than as a breach of the wording of the Treaty.

Second, the application of the non-discrimination principle as regards the worker, yet offering «better protection» to the latter's rights, overwhelms the «self-executing doctrine» as once coined by the Court itself, which, again, ousts the principle of conferred competences and pursues the prior application of Union law *vis-à-vis* any other rights and interests at

⁹⁹ See G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, 13 ss., 26 ss.

¹⁰⁰ J.H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2-3, 2005, 173-190, in part. 184.

¹⁰¹ M. Claes, J.H. Reestman, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 16, 4, 2015, 917-970; P. Faraguna, *Constitutional Identity: A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 18, 7, 2017, 1617-1640.

¹⁰² A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 5, 2011, 1417-1453.

¹⁰³ A. Aguilar Calahorra, *La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, 973-1011.

¹⁰⁴ Recently, C.I. Nagy, *The Diagonality Problem of EU Rule of Law and Human Rights: Proposal for an Incorporation à l'euro péenne*, in *German Law Journal*, 21, 5, 2020, 838-866.

¹⁰⁵ S. Weatherill, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, 23, 1, 2004, 1-55.

¹⁰⁶ More details and bibliography in A. Antonuzzo, G. Vosa, *Il diritto dell'Unione come fattore geopolitico regionale: intorno alla «tutela» della rule of law*, in *Il Filangieri – Quaderno 2022 – Costituzione e relazioni internazionali*, 2022, 137-174.

¹⁰⁷ A. Arena, *Le «situazioni puramente interne» nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, 99 ss.

¹⁰⁸ S. Weatherill, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, 23, 1, 2004, 1-55.

stake¹⁰⁹. Cases from *Mangold*¹¹⁰ to *D.I.*¹¹¹ – the latter countered by the Danish Supreme Court in *Ajos* – are emblematic in this regard, as they unveil the likely threats to legal certainty that such an approach entails¹¹².

Third, Union law has been claimed to apply in cases of implementation of national «austerity measures» based on a *Memorandum of Understanding* or on similar instruments adopted in the framework of the crisis. Set aside cases such as *Pringle* and *Gauweiler*¹¹³, in which the Court admits the purely political, and utterly precarious, nature of the conferral, two key *arrêts* deserve a mention. In *Florescu*¹¹⁴, national laws have been scrutinized on a Union law's yardstick despite the recognition of a national competence, and of a parallel lack of a Union competence, in the concerned domains. In *Rimševičs*¹¹⁵, the State competence on criminal proceedings in a case of bribery involving the Latvian Central Bank's Governor has been denied due to the latter's crucial position in the EMU's architecture: according to the Court, to put it roughly, EMU law's is more special than «ordinary» Union law, hence been entitled to a broader applicative scope *vis-à-vis* national law than the latter.

Four, the «best» paradigm as regards the protection of the rights concerned is overwhelmed by the need of a uniform application of Union law. *Melloni* is the paradigmatic manifesto of the irenic demise: what was priorly accounted for as a dialogue in the best interest of the person's right turns a straightforward imposition of Union law to the detriment of the individual right at stake – the protection of which, under national law, would have been the highest¹¹⁶. Since then, the increasing application of the Charter couples with the enforcement of general principles to build up a Euro-constitutional yardstick for national rights to be scrutinized and, eventually, (re-)interpreted consistently.

Not surprisingly, apical national courts have repeatedly raised the issue of compatibility between certain measures of Union law and their national constitutions. These claims, dubbed «identitarian» as long as they appeal to the political-constitutional structure of the State concerned, rest on Art. 4, par. 2 TEU¹¹⁷; however, the meaning of this provision is still highly controversial¹¹⁸.

Hence, the constitutional conundrum needs to be re-phrased in terms of alternative readings of this latter provision, which would stand as the ultimate clause securing the protection of the national *acquis* when a *collision* with Union law is at stake¹¹⁹. In brief, «respect for national identity» under Art. 4, par. 2 TEU can be interpreted in two ways.

First. The Court of Justice has to consider the national peculiarity; however, it is free to decide alone whether, and to which extent, such peculiarity deserves to be part of Union law, which is still the sole law applicable in the Union's constitutional space.

¹⁰⁹ S. Robin-Olivier, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 1, 2014, 165-188.

¹¹⁰ ECJ, C-114/04, *Mangold v Helm*, 22 November 2005, ECLI:EU:C:2005:709.

¹¹¹ ECJ, C-441/14, *D.I. – Danske Industri v Estate of K.E. Rasmussen*, 19 April 2014, ECLI:EU:C:2016:278.

¹¹² *Højesteret*, Judgment No. 15/2014, *Ajos*, 6 December 2016.

¹¹³ ECJ, C-370/12, *Pringle v Ireland*, 27 November 2012, ECLI:EU:C:2012:756; ECJ, C-62/14, *Gauweiler et al. v Deutscher Bundestag*, 16 June 2015, ECLI:EU:C:2015:400.

¹¹⁴ ECJ, C-258/14, *Florescu*, 13 June 2017, ECLI:EU:C:2017:448.

¹¹⁵ ECJ, Joined Cases C-202/C-238/18, *Rimševičs & European Central Bank v Republic of Latvia*, ECLI:EU:C:2019:139.

¹¹⁶ ECJ, C-399/11, *Melloni v Ministerio Fiscal*, 26 February 2013, ECLI:EU:C:2013:107.

¹¹⁷ D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018, 315-372.

¹¹⁸ G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, 20 ss., *passim*;

¹¹⁹ C. Joerges, *Kollisionsrecht als Form der Verfassung Europas*, in Id., *Konflikt und Transformation: Essays zur Europäischen Rechtspolitik*, Baden-Baden, 2022, 463 ss.

Second. The Court of Justice must admit that national courts retain jurisdiction on the cases involving such peculiarity¹²⁰ – then, it remains to be understood when, and on which grounds, it may decide to leave national courts with such powers.

3.6. The community of values [...] and beyond? While Art. 4, par. 2 TEU still occupies the centre of the scene despite the obscurity surrounding «identity», another norm enters the primacy debates: Art. 2 TEU, that is, the provision enlisting the common values of the Union. Particularly, one of them – the fifth in the list: rule of law – quickly gains an unprecedented traction¹²¹.

The circumstances are well-known and can be summarized as follows. In the most conflictive cases, namely those involving the backsliding of the rule of law, the Court of Justice, in light of Art. 49 TEU (providing the requirements for candidate Member States to adhere to the Union) derives from Art. 2 TEU a special obligation to respect the rule of law¹²². From this obligation, the Court infers the existence of a wide-ranging principle – «non-regression» as regards the respect for Union values, namely, for the rule of law¹²³ – and a more specific one, *i.e.*, the principle of effective judicial protection, laid down in Art. 19 TEU¹²⁴. Particularly, this principle applies to all cases in which the requirements of such an effective protection – autonomously crafted by the Court of Justice, albeit such a Union's competence is nowhere to be found in the Treaties – are allegedly infringed in the view of the Court itself.

Then, building on the principle of loyal cooperation laid down at Art. 4, par. 3 TEU, from the conjunction between Artt. 2 and 19 TEU the Court derives a specific norm of Union law potentially affecting national legislation in at least two ways. First, if violated, it may be sanctioned via the infringement procedure under Art. 258 TFEU¹²⁵. Second, in certain occasions, it may be enforced through consistent interpretation, or directly applied with priority on incompatible national constitutional law¹²⁶.

The reasoning of the Court originates from the following threefold passage.

First: the Union «is composed of States which have freely and voluntarily committed themselves to the common values referred to in Art. 2 TEU, which respect those values, and which undertake to promote them».

Second: Union law «is based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that those Member States share with it, those same values».

Third: that «premiss both entails and justifies the existence of mutual trust between the Member States and, in particular, their courts, that those values upon which the European Union is founded, including the rule of law, will be recognised, and therefore that the EU law that implements those values will be respected»¹²⁷.

Noticeably, in this last passage, the identity question is overwhelmed by the axiological force of the rule of law whose «respect» the Court of Justice imposes on the Member States under

¹²⁰ J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 3, 2014, 525–544.

¹²¹ L.D. Spieker, *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risks*, Oxford, 2023, 33 ss., *passim*.

¹²² L.S. Rossi, «Concretized», «Flanked», or «Standalone»? *Some Reflections on the Application of Article 2 TEU*, in *European Papers*, 10, 1, 2025, 1–24.

¹²³ ECJ, C-896/19, *Repubblika v Il-Prim Ministru*, 20 April 2021, ECLI:EU:C:2021:311, para. 64.

¹²⁴ ECJ, C-619/18, *Commission v Poland*, 24 June 2019, paras. 42 ss., 49 ss.

¹²⁵ *Ibid.*; see M. Rodríguez-Izquierdo Serrano, *Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, 933–971.

¹²⁶ ECJ, C-357/19, *Euro Box Promotion et alt.*, 21 December 2021, paras. 140, 257.

¹²⁷ ECJ, CJEU, C-619/18, *Commission v Poland*, 24 June 2019, paras. 42–43.

the form of specific rules directly derived from that value. Art. 2 TEU, as a result, prevails on Art. 4, par. 2 TEU and conforms the latter's interpretation so that Member States are left with no legal tools to oppose the Court of Justice when the latter, by reference to Art. 2 TEU, calls the rule of law into question.

Hence, the evolution of the fourth stage may lead to a fifth one, the candidate name of which could be the «mutual trust society»¹²⁸. The main traits of this latter step, yet unfinished and far from being in force, can be roughly accounted for as follows.

In light of the arguments deployed above, Union law is said to no longer rest on respect for national constitutions and perpetuation of their *acquis*, however phrased; but on «mutual trust» among Member States and their courts, who loyally cooperate with each other. Thus, such duty of loyal cooperation comes to apply as a fully-fledged general clause for every institution, *transversally* – regardless of whether legislators, administrations, or courts are involved, and in what way; furthermore, it is not clear whether it is the cause, or the effect, of the expansion of the principle of effective judicial protection¹²⁹. Put in these terms, «trust» exceeds the categories of mutual recognition and seems to better refer to persons, rather than to institutions whose expression is highly formalized and articulated in accordance with key constitutional principles – chief among them, the separation of powers.

In this light, at the time being, numerous doubts shroud the relation between «mutual trust» among the *élites* who seized power, and «respect for values» as the ground for Union law's normative force. In the words of the Court, the latter «entails and justifies» the former. Yet, as the latter's perimeter is entirely in the hands of the Court, the cause-effect link between the two proves less obvious than expected. More precisely, two are the possible options.

If the mutual trust is the consequence, or the effect, of the respect for common values, then a core of common European values, in principle, exists as an *a-priori*: it can be *objectively* ascertained, and challenged, at any time. Hence, the normative force of Union law, yet derived from the straightforward application of a value-directly-derived rule to a specific case – absent any supplementary «balancing» operation – is still anchored to an allegedly objective element. Thus, it preserves a simulacrum, although evanescent, of legal security, which is for the Court to protect.

If, conversely, the mutual trust turned to be the cause of the respect for common values, and not the consequence, or the effect thereof, then the mutual accommodation among national *élites* would become the *a-priori* for the boundaries of the European common moral core to be defined, this definition being a purely political one. Were it so, the normative force of Union law *vis-à-vis* national law would openly depend on the affinity among European *élites* who could blame as contrary to common values anything that impairs their goals. Nor could the Court do much to prevent this drift, as it is working to dismantle the legal ties which would be needed for that aim¹³⁰. The Union would turn a genuine political alliance, rather

¹²⁸ See G. Vosa, *Sulla problematica tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea: spunti di diritto costituzionale e comparato a partire dal "caso Romania"*, in *DPCE Online*, 55, 4, 2022, 1983-2025.

¹²⁹ M.E. Bartoloni, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2019, 245-264.

¹³⁰ More in G. Vosa, *All This for Primacy? Quos Vult Deus Perdere, Dementat Prius*, in *Verfassungblog.de*, 1 May 2025.

than an «alliance of constitutions»¹³¹ and «of constitutional courts»¹³², which would signpost the passage from a *tolerant* to a *militant* community¹³³ until the final stage of a *military* community – restrictive towards domestic diversity as much as aggressive towards external diversity.

Conclusively, the Union's constitutionalism is walking on a slippery path. Born to defend the core values enshrined in State constitutions against authoritarian nationalisms, it suffers from a problematic evolution, especially as the link with those constitutions, and with the actual will of peoples and States, is severed. An increasing number of rights and interests is excluded, with little or no care for the enduring peace of the European society as a collective whole. Primacy stands as unrestrained – *i.e.*, its sole boundaries are internal, in the hands of the Court of Justice alone – and it looks more and more like an end *per se*, rather than an instrument to make more valuable goals an effective reality. Thus, the European constitutionalism, yet understood as the last bulwark against the rule of law's backsliding and the populist menace perturbing the Union States¹³⁴, is in a moment of utter ambiguity, as a result of which it may well risk endangering those very same values it is supposed to defend.

4. Comparative Insights: A methodological experiment. As the salient traits of the Latin American and the European approaches emerge under a brighter light, the question turns whether «transformative constitutionalism» as arisen in Latin America may be a reference for European constitutionalism. The answer to this question obviously depends from a comparative exam between the two. However, such an analysis is far from being an easy task, for there is hardly an established methodology for comparing streams of constitutional thought that – in light of the results achieved – are, in and by themselves, multifaceted, elusive objects as regards both the content they endorse and the «form» they are vested with. Thus, in order to try to advance on this point, experimentation is needed, yet on the basis of established arguments.

First of all, while resting on the shoulders of giants,¹³⁵ two alternative options arise as scholarly references for a comparative analysis.

Who wishes to compare State constitutional orders, even in a Union's perspective¹³⁶, finds solace in a well-established, long-lasting methodology that relies on 'forms of government'¹³⁷

¹³¹ J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, (2011) in English (C. Cronin), *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, 2012, 1-53; see I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36, 4, 1999, 703-750, and cfr. C. De Fiores, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*, 1,1, 2008 (10 April) 1-51, 5 ss., 16 ss.

¹³² A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1, 2010; in English *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 6, 2, 2010, 175-198.

¹³³ J.-W. Müller, *The EU as a Militant Democracy, or: Are there Limits to Constitutional Mutations within EU Member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, 141-162.

¹³⁴ *Ex multis*, M. Dawson, *How can the EU Respond to Populism?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 40, 1, 2020, 183-213.

¹³⁵ As in T. Amico di Meane, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022, 45 ss.

¹³⁶ See S. Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *The Modern Law Review*, 84, 3, 2021, 477-502.

¹³⁷ C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973; more recently, S. Siccardi, *Maggioranza, minoranze e opposizione nella teoria dello Stato e delle forme di governo di Costantino Mortati*, in M. Galizia (ed.) *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007, 945-990.

and ventures to explore the action of constitutional courts, hence of authority and citizens¹³⁸, in a robustly historical perspective.

On the other hand, who wishes to look at the cases of regional integration through the comparative lens encounters some references, too, more recent, but still stable: the literature on international courts¹³⁹, to only cite one, and the manifold studies on the concurring phenomena of constitutional pluralism¹⁴⁰ and on the fragmentation of international law¹⁴¹, to conclude with the analysis of regional integration in the domain of human rights¹⁴² and in areas of a sectorial nature¹⁴³, yet having regard to the perspective of democratization of international organizations¹⁴⁴ and of the economic perspectives on national-regional regimes¹⁴⁵.

However, a comparative analysis of multifaceted constitutional theories that have developed in national and regional contexts whose history, shape and functions differ substantively remains a different issue from all these references, and a quite intricate knot to disentangle. Consequently, what this paper intends to do is to draw an experimental methodological framework to delve into the respective characteristics of both models – taking into account that their qualification as «models» is far from obvious, and has been here only empirically advanced – in such a way as to highlight their respective characteristics. This operation aims to be a surrogate, or an extension, of what comparative analysis does for States, and seeks to do as regards international organizations.

The experiment consists of a selection of certain «choke-points» unveiling these characteristics in a way that respects both an acceptable standard of scientific robustness and the actual peculiarities of the objects concerned.

Five are the chosen ones. As much as real choke-points, they are not univocal, but relational indicators: they enucleate certain passages of constitutional reflection that, like all passages, unravel between two reference points. «Relational», therefore, in that they work in pairs, as opposite poles of a trajectory serving as a trail for the transformative constitutionalism model to be located. In fact, such a «comparison through choke-points» does not pretend to capture the object in its (non-existent) static dimension, but offers a certain flexibility in locating that very object along a path – which leaves the interpreter with the possibility, and the responsibility, of making more complex evaluations.

The first two indicators aim to replace the concept of «form» as for the object analysed. As the focus goes on streams of thought that share the idea of «moving towards a certain end», purpose and scope have attracted attention since the beginning of the analysis; it seems safe to begin with such references, which *lato sensu* highlights the political-institutional direction

¹³⁸ M. Cappelletti, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1973, 26 ss.; M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1958, 17-22, 219 ss.

¹³⁹ R. Mackenzie, C.P.R. Romano, Y. Shany, P. Sands (eds.) *The Manual on International Courts and Tribunals* (2nd ed.), Oxford, 2010; cfr. J.R. Crook, *Procedural Convergence in International Courts and Tribunals*, in C. Giorgetti, M. Pollack (eds.), *Beyond Fragmentation Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals*, Oxford, 2022, 87-112.

¹⁴⁰ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-national Law*, Oxford, 2010, 38 ss.

¹⁴¹ M. Koskeniemi, P. Leino, *Fragmentation of International Law? Post-Modern Anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 15, 2, 553-579.

¹⁴² L. Burgorgue-Larsen, «Decomartmentalization»: The key technique for interpreting regional human rights treaties, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 1, 2018, 187-213.

¹⁴³ Most recently, the special issue edited and introduced by S. Besson, *The International Law of Regional Organizations*, in *International Organizations Law Review*, 21, 1, 2024, 1-18.

¹⁴⁴ D. Chalmers, *The European Union and the re-establishment of democratic authority*, in *European Law Review*, 1, 1 2020, 1-22.

¹⁴⁵ G. Frankenberg, *Authoritarian constitutionalism: coming to terms with modernity's nightmares*, in H. Alviar García, G. Frankenberg (eds.) *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, 2019, 1-36.

each model undertakes and suggests a perspective for legal analysis to be carried out. In the same vein, it seems interesting to delve into the relation between the two legal forms – national and international – they are concerned with: as a result, attention is devoted to the relation between the national order(s) and the supranational one in their respective view, which is instrumental to understanding what kind of constitutional space emerged in the minds of their respective advocates.

Thus, purpose and scope of the respective models are the first to be examined in light of their approach to the relations between national and supranational orders. One may say that, by means of these two pairs, an attempt is made to bypass the problem of the lacking single political form as a framework for juridical analysis by «crossing the frontier» of law as an isolated discipline¹⁴⁶.

The third and the fourth pair enter the internal constitutional structure as these two streams of thought figure it out.

One points at the institutional arrangements to measure the relation between legislative-administrative and judicial law-making; it surrogates the «form of government» test, as no form, nor actually a government, can appear under non-statal lens without impoverishing its analytical value¹⁴⁷.

The other goes to investigate the relation between «will» and «ratio/morality» as components of what is deemed to be legally binding. More specifically, two are the possible alternatives. When «will» prevails, the State's formally expressed *voluntas* is the law's main element: enhanced attention is devoted to the mechanisms for self-determination, *i.e.*, to the participation of the «people» in the processes whose outcome they assume as legally binding – be such processes representative or «direct», or in any form of deliberative democracy.

When *ratio* and morality prevail, certain rights exist that belong to the people regardless of the will of the State concerned, and courts, as well as all other institutions, must recognize and protect these rights. By contrast, minor attention is devoted to *voluntarist* law-making, *i.e.*, to the self-determination mechanisms, including the accountability of independent law-makers – while *expert* administrative agencies and courts play a major role in the fabric of law.

As the latter pair aims to check the relation between the citizens and the power, *sub specie* of how they can influence the authority they are ruled by, it may work as a surrogate for the «form of the State», being, again, neither a form nor State in the context concerned. To be sure, absent a pre-established political form, any analysis needs to be inductive, the results stemming from the latter pair being the most general as a consequence of this approach – it would be ludicrous to copy-paste the categories deployed in States' comparison for objects that are currently navigating the «after-State» *cosmos* and need to be read in a context of mutual influence¹⁴⁸.

Obviously, in light of the experimental nature of the exam carried, only general and, perhaps, superficial remarks can be attempted at this juncture; it remains to be established whether the framework deployed might prove fruitful for further, more in-depth investigation.

¹⁴⁶ R. Ibrido, N. Lupo, «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea, in R. Ibrido, N. Lupo (eds.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 9-55; cfr. M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, III (Agg.), Milano, 2010, 538-596.

¹⁴⁷ S. Cassese, *Varcare le frontiere*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LXIII, 3, 2023, 1055-1069; cfr. A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, XI ss., *passim*, and G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2013, 3 ss., 109 ss., *passim*.

¹⁴⁸ P. Gaïa, L. Burgorgue-Larsen, L. Hennebel, *Les effets réciproques des décisions des juridictions régionales (Cours européennes, Cour interaméricaine) et des juridictions constitutionnelles nationales*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 27, 2011, 651-679.

4.1. Purpose & Scope. As a general premise, the purpose and scope are nuanced in a different way. The Latin American approach is committed to making reality the constitutional promises laid down in the State constitutions; it does so by claiming that an Inter-American constitutional *acquis* stemming from national, regional and international documents enhances the defence of democracy and the protection of human rights in States where radical social differences and weak democratic institutions undermine the pillars of a society's pacific coexistence. The European approach, while grounded on the defence of a European constitutional *acquis* enshrined in national *post*-WWII constitutions and confirmed by international and regional documents, presents as its main objective the accomplishment of the European project, that is, the pursuit of an «ever closer union», and takes moral commonality as a postulate. The replacement of former Nation States with a single entity, yet ambiguous in nature, is being pursued via the establishment of a uniform law: primacy, *i.e.*, supremacy of Union law on national laws, is the polar star of the «integration through law» mechanism, and the completion of a single uniform legal order with no outer limitations is the perspective of the whole activity that the Court of Justice pursues, yet seeking cooperation with national courts.

Perhaps, one can say, if compared to the Latin American case, the European model assumes to find itself better positioned in the defence of pluralist democracy and of the rule of law. Nonetheless, it seems to take for granted that a single bulk of common values encompasses the European society as a whole: as a result, it feels it can afford an irenic approach to make this commonality the embryo of a uniform law, which entails attaching a high *jurisgenerative* capacity to values¹⁴⁹. However, it is pushing this approach quite far, even in the face of manifest conflicts exposing radical divergences in rights, interests, eventually even in the moral background referable to each social layer or group. It seems safe to contend that a similar «blindness» before the increasing conflicts could corrode the vantage position it claims to enjoy with regard to its Latin American counterpart. The alleged superior maturity of the European constitutionalism may turn a disadvantage as far as a profound, fully-fledged understanding of the constitutional issues at stake is concerned. Furthermore, as openly instrumental to establishing a new legal order, Union's constitutional law may risk being deployed to this purpose solely, that is, to legitimize a yet-not-existing order – Europe as a single entity – while losing sight with the protection of constitutional rights and the safeguard of a pluralist-democratic rule of law, yet the prime objectives of the European construction.

4.2. State order v the regional order. The attitude of the Latin American scholars towards the establishment of a uniform law across the continent is generally skeptical, let alone towards the completion of a *political union* – yet surfaced quite regularly in the course of Latin American history¹⁵⁰. No such a thing as supranational primacy seems to exist; rather, the need for national States to confront with the public morality enshrined in an Inter-American law and derived from the international instruments concerned is claimed with force. But such a need does not entail the loss of sovereignty of the States; rather, it must be read as a political force exercised by means of legally-founded arguments, the objective of which is to enhance

¹⁴⁹ Cfr. P.S. Berman, *Jurisgenerative Constitutionalism: Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20, 2, 2013, 665-695; L.D. Spieker, *EU Values Before the Court of Justice: Foundations, Potential, Risks*, Oxford, 2023.

¹⁵⁰ A survey in F. Aínsa, *La unidad de América Latina como utopía*, in Id., *La reconstrucción de la utopía*, México, 1999, 187-208; cfr. J. Carpizo, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 38, 114, 2005, 949-989.

and enrich the axiological potential of national and supranational laws in view of fine-tuning the balance between the rights and interests concerned¹⁵¹.

On the other hand, supremacy of the law stemming from the supranational order is means and end in the perspective of the Court of Justice. Rather, in this respect, the Latin-American court can be compared to the ECHR¹⁵², yet endorsing a different approach as regards the equilibrium between rights and powers, the protection of individual positions and the need for collective deliberation. However, Latin American courts have a specific sensibility for the protection of democratic processes, one that European courts seem to lack, or, at least, have tried to exercise within more restricted boundaries. As for the ECHR, one may remind that some attention was paid to the link between human rights and deliberative democracy around the end of the '10s: worth a mention are, among others, the speech delivered by Jean-Paul Costa, the then President of the ECHR, in Helsinki, 5 June 2008¹⁵³, and some enlightened scholarly works¹⁵⁴. Nevertheless, the right to discussion and debate, yet present in the ECHR case law, is understood in a mainly individual perspective¹⁵⁵. However, lately, advocates of so-called two-tiered bounded deliberative democracy¹⁵⁶ have relaunched the idea of a third/fourth step¹⁵⁷ for the democratization of international organizations, that is, to construe the legitimacy of international organizations protecting human rights in a way that defends and reinforces national democracy alike¹⁵⁸.

4.3. Courts v legislators as law-makers. This is another salient difference in the transformative approaches hitherto examined. The Court of Justice has hardly shown restraint in crafting constitutional tools aiming at further expansion of supranational law. Quite the opposite: it seems to rely on the (liberal) assumption that an exercise of people's sovereignty entails a totalitarian danger *per se*, and must be opportunely moderated, if not fully ousted, by judicial and administrative-independent activity. This seems to reflect a common, non-new attitude among European *élites*: Christoph Möllers, when talking about the German constitution, nicely captured it by the sentence «we (are afraid of) the people»¹⁵⁹. Lately, the activity of the European Central Bank has attracted criticism as for their alleged «independence» turning into *unaccountability* before yet sensitive political choices to be made in the course of the recent crises; on the other hand, the strong political flavour of the European judges' ruling as regards the economic and financial crisis, the rule-of-law backslide

¹⁵¹ L. Burgorgue-Larsen, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 12, 1, 2014, 105-161.

¹⁵² See M.L. Ruiz-Morales, *El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 21, 2017, 129-160.

¹⁵³ J.-P. Costa, *The links between democracy and human rights under the case-law of the European Court of Human Rights*, 1-8, www.echr.coe.int.

¹⁵⁴ M. Starita, *Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010, 245-278.

¹⁵⁵ See J.-F. Flauss, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal*, 84, 3, 2009, 809-849, in part. 815 ss.

¹⁵⁶ H. Takata, *Reconstructing the Roles of Human Rights Treaty Organs under the 'Two-Tiered Bounded Deliberative Democracy' Theory*, in *Human Rights Law Review*, 22, 2, 2022, 1-25.

¹⁵⁷ A. Peters, *Constitutional Theories of International Organisations: Beyond the West*, in *Chinese Journal of International Law*, 20, 2021, 649-698.

¹⁵⁸ A summary in G. Vosa, *In difesa di un costituzionalismo olistico: sull'inciso «in condizioni di parità con gli altri Stati» di cui all'articolo 11 della Costituzione*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2023, 461-511, in part. 502 ss.

¹⁵⁹ C. Möllers, *'We are (afraid of) the People': Constituent Power in German Constitutionalism*, in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitution. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 87-105, in part. 93 ss.; see J. Přibáň, *Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's A Sociology of Constitutions*, in *Journal of Law and Society*, 39, 3, 2012, 441-471.

and even the military crisis in the relation with the Russian Federation has turned utterly consistent.

This assumption plainly contradicts what the Latin American courts endorsing a transformative approach have repeatedly maintained. The centrality of the self-determination as conducive to democratic deliberation is constantly present in the Latin-American case-law, and even the cases of protection of rights against the actions of autocratic States do not forget to provide for a *pars construens* towards the re-establishment of a fully-fledged democratic regime.

However, it is worth to mention that, albeit more silently, this latter road is not alien to the approach of the Court of Justice, which has demonstrated to be able to walk it at least in two main respects. First, in the prohibition of atypical secondary legal bases and the imposition of the «essential elements» boundary to the *jurisgenerative* potential of Treaty legal bases¹⁶⁰. Second, in the idea that, when the European institutions are called on to perform tasks outside the Union framework, they have to respect «their essential character» and the fundamental rights as enshrined both in the Charter and in the Treaties¹⁶¹.

However, this is only a weak defence of democracy understood as self-determination; much more has been done by national supreme and constitutional courts (Germany, Denmark, Rumania, among others) yet, sometimes, encountering the Court of Justice's harsh opposition¹⁶².

4.4. «Morality» v «will» as elements of law. As a result, European transformative constitutionalism would conceive of law as de-politicised and moralized, only a liminal position being reserved for the will of the peoples and the States as eventually the law-recipients. Conversely, Latin American transformative constitutionalism tends to a more balanced co-existence of morality and will. The former aims to impose a superior constitutional law on the will of the States, the latter contradicts the will of the States only to the extent that undisputedly crucial fundamental rights are at stake – the very existence of individuals as such and of minorities – and it does so with all the abovesaid *caveat* for the reconstruction of a political society. Such an attention towards the political, self-determining dimension apparently lacks in the European jurisdiction¹⁶³.

Also, in comparison to the Western/European approach, Latin American constitutionalism reflects a different self-perception as for the global arrangements of power¹⁶⁴. It is aware that external interferences to State deliberations can harm the functioning of a democratic polity: the formation of transnational *élites*, whatever the material position endorsed, is all the more

¹⁶⁰ See ECJ, 25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster*, 17 December 1970; Cfr. ECJ, C-133/06, *Parliament v Council*, 6 May 2008, ECLI:EU:C:2008:257, commented by P. Craig, in *Common Market Law Review*, 46, 4, 2009, 1265-1275.

¹⁶¹ See ECJ, Joint Cases C-8-9-10/15, 20 September 2016, *Ledra Advertising & Mallis v Commission & ECB*, ECLI:EU:C:2016:701, commented, among others, by A. Poulou, *The Liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24, 1, 2017, 127-139; P. Dermine, *The End of Impunity? The Legal Duties of 'Borrowed' EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework*, in *European Constitutional Law Review*, 13:2, 2017, 369-382, and R. Repasi, *Judicial Protection against Austerity Measures in the euro area: Ledra and Mallis*, in *Common Market Law Review*, 54, 4, 2017, 1123-1156.

¹⁶² A survey in G. Vosa, *'Questioning primacy': A proposal for a systematic understanding of 'identitarian arguments' in national constitutional case-law*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27, 1, 2023, 11-49; see, *ex multis*, A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford, 2022, 9 ss. *passim*.

¹⁶³ P. Ridola, *I diritti di cittadinanza, il pluralismo e il tempo dell'ordine costituzionale europeo*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2009, 51-75.

¹⁶⁴ L.A. Nocera, *Los tres ciclos del constitucionalismo iberoamericano y el parámetro indígena como una construcción jurídica contrahegemónica*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27, 1, 2023, 121-150.

delicate in this regard, as it breaks the State-based cleavage and strengthen transnational cleavages. This is an outcome that European constitutionalism looks quite at ease with – better: trans-nationalisation seems one of the effects it aims to trigger as a result of unrestrained primacy. Conversely, from the Latin American perspective – as well as from a secondary, yet existing, European view – there are numerous risks attaching to trans-nationalisation. Suffice it to just cite, in brief, the most obvious in regard to law-making: the State-based cleavage ultimately builds on general representation of equals as it refers to people's sovereignty embedded in a parliament, while trans-national cleavages usually rely on personal/elitist *status* and produce inequality as a consequence thereof. This would impair, rather than pursue, the declared aim of the constitutional transformation, *i.e.*, the accomplishment of constitutional promises through pro-egalitarian social change: it would make such change more difficult as entirely resting on social, political and economic dynamics that fall outside the representative powers' operational range. Again, such a profound awareness seemingly lacks in Europe, as legal de-formalisation phenomena are generally contemplated as favourable¹⁶⁵ – perhaps explicitly sought¹⁶⁶ – to the extent that they result in furthering the supreme objective of the ever-closer Union.

5. Concluding Remarks. Whether EU constitutionalism can be labelled as «transformative» label without betraying the legacy that this latter concept carries, with special regard to the Latin American context, is the research question looking for an answer.

In fact, as the analysis highlights, both European and Latin American constitutional streams of thought stem from a common background, but many differences arise as for the way they unfold it – differences that involve, eventually, the very concepts of rule of law and democracy each of them underpins.

As far as this investigation is concerned, to make use of the «transformative constitutionalism» concept for both Latin America and Europe would be, at the present state of the things, rather imprecise. Although common features are many, and the constitutional *humus* they originate from is the same, the remarkable differences highlighted advice not to call for a European transformative constitutionalism without clearly specifying (and accounting for) what is to be sought by such an instrument.

Such a tool, at least as far as the hitherto attempted analysis is concerned, may be deployed in a direction which is at polar opposites of the Latin American model. To put it clearly: whereas the Latin American transformative constitutionalism points to making reality the promises enshrined in national constitutions, the same model, understood as a tool to push further ahead the European constitutionalism on the current evolutionary path, would produce opposite results. It would operate to sever the link between national constitutions and the Union institutional arrangements – that is, to marginalise once and forever the promises of social egalitarianism that those constitutions enshrine. In terms of social, political and economic balance within the society concerned, the effects of this new constitutional arrangement – all consideration on political merits and personal opinions aside – may not be in line with the initial content of such promises; at least, this consistency would not be checked by others than the Court of Justice, *i.e.*, by those who have hitherto invariably advocated for this very same consistency to be present and beneficial for Europe as a whole.

¹⁶⁵ Cfr. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; F. Terpan, *Soft Law in the European Union—The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 21, 1, 2015, 68-96. More recently, M. Eliantonio, E. Korkea-aho, O. Stefan (eds.), *EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, 2021.

¹⁶⁶ Cfr. M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, in *European Law Journal*, 21, 3, 2015, 313-339, in part. 324 ss.

Conversely, one may say, there are several features that a fully-fledged, self-aware discourse on a European transformative constitutionalism could bring to the debate on the Union's constitutional arrangements. Two, in brief, could be the main insights.

First, the idea that no commonality of values, no matter how profound it be, can be used as a source of directly applicable norms in a straightforward way, with little or no balancing operation. In a plural society, it seems more correct to think of such a commonality as an ideal, something that exists *in potentia* but is yet to be achieved through respectful judicial dialogue and consistent political-administrative practices.

Second, the attention for the political side of contemporary constitutionalism, which can be declined along two different paths.

One: the abandonment of the irenic temptation before ignited constitutional conflicts, that is, the idea that unrestrained primacy in a *de facto* monist legal order must be abandoned as fundamental rights, chief among them people's sovereignty, come at stake. When proportionality, in both its vertical and horizontal dimensions, does not suffice for the knot to be disentangled from within the European judicial network, then a reasonable halt is compulsory to leave political authorities with the time and space that are needed for them to exercise their own responsibility. The current reasoning inclines to the routinary presumption «if primacy can be granted, then there is no radical conflict»: it must be turned into the opposite scheme, «if there is a radical conflict, then primacy cannot be granted».

Two: the departure from the right-based approach to constitutional matters, that is, the recovery of a strong collective dimension that is needed for a fairer redistribution of (scarce) resources¹⁶⁷. The functional, liberal stance underpinning Poiares Maduro's enlightening «We the Court»¹⁶⁸ needs being revised in the current times. «Forceful rights» – in the words of Gustavo Zagrebelsky¹⁶⁹ – push the individual claim to such an extent that no collective rationality can intervene any longer to soundly manage scarcity – that is, to avoid the irreversible impoverishment of those who have no access to the resources concerned, or cannot afford it due to the initial gaps they suffer (including: cannot afford a good lawyer to prevail before a court).

Looked at from this angle, transformative constitutionalism would work as a mirror for the current European constitutionalism to perform a meaningful self-check-up. A «polemic», «inclusive» and «collective» yardstick would perhaps be of great help for the inconsistencies of the Union's constitutional discourse to emerge with clarity. In this sense, transformative constitutionalism in Europe would trigger a step back on the way that the transformations of primacy are paving: a more prudent approach towards the hegemony of values and mutual trust as pillars of a want-to-be uniform Union constitutional law.

If von Bogdandy's speech is to be understood as conducive to such a process, then the lesson from Latin America can be profitably received as such by Europeans. If, conversely, the transformative tool is to be deployed to finalize the ongoing structural transformation of public law – one that von Bogdandy himself accounts for in a recent book¹⁷⁰ – and to accomplish it forever, it would foster a regressive transformation as far as *post-WWII* constitutions' legacy is concerned, and this *value constitutionalism* would turn into dust the

¹⁶⁷ Cfr. A.J. Menéndez, «False Friends» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra il diritto europeo e quello nazionale, in *Diritto pubblico*, 3, 2019, 887-904.

¹⁶⁸ M. Poiares Maduro, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, 100 ss., *passim*.

¹⁶⁹ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 79 ss.

¹⁷⁰ A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 2022, 119 ss., 421 ss.

promises that once those constitutions made¹⁷¹.

Abstract. According to a rising narrative, the European constitutionalism should think of itself as a transformative one to counter the drifts towards authoritarian nationalisms both within and outside the EU. Yet, labelling the EU constitutionalism as «transformative» leads to borrowing the conceptual toolkit and imaginary of those stream of constitutional thought already labelled as «transformative», chief among which is the Latin American constitutionalism. Hence, this work wonders what consequences may arise as a result of such borrowing; particularly, whether a sufficient degree of commonality is detectable between the European and Latin American experiences which may justify deploying the «transformative» concept to account for, and provide legitimacy to, the profound changes that have hit the constitutional law of the Union in the last decades.

126

Abstract. Secondo una narrazione che va facendosi largo con una certa forza nel contesto europeo, il filone di pensiero costituzionalistico che accompagna l'evoluzione dell'Unione europea dovrebbe concepirsi come «trasformativo». Quest'etichetta, nelle intenzioni dei suoi promotori, meglio renderebbe la lotta che l'Unione ha intrapreso, e – nelle loro opinioni – ha da intraprendere con maggior vigore, contro l'autoritarismo nazionalistico, sia all'interno dei confini europei, sia all'esterno di essi. Tuttavia, definire il costituzionalismo europeo come «trasformativo» implica il trapianto, nel contesto dell'Unione, di quei concetti tipici del costituzionalismo trasformativo, in specie, latino-americano, e della narrazione che su di essi è venuta costruendosi. In quest'ottica, il lavoro si chiede quali conseguenze deriverebbero da un tale «prestito»; in specie, se esista un livello di comunanza tra l'esperienza costituzionale europea e quella latino-americana tale da giustificare l'uso del concetto di «costituzionalismo trasformativo» per offrire spiegazione, e legittimazione, ai profondi cambiamenti cui il diritto costituzionale dell'Unione è stato sottoposto negli ultimi decenni.

Parole chiave. transformative constitutionalism; European Union; Latin American constitutionalism; comparative constitutional law; constitutional transformation; democracy; rule of law.

Key words. costituzionalismo trasformativo; Unione europea; costituzionalismo latino-americano; diritto costituzionale comparato; trasformazione costituzionale; democrazia; Stato di diritto.

¹⁷¹ F. Schorkopf, *Value constitutionalism in the European Union*, in *German Law Journal*, 21, 5, 2020, 956-967; cfr. A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, 1-59.

IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E L'UNIONE EUROPEA: IL CASO DELLA DISCIPLINA DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE*

di Giammaria Gotti** e Matteo Greco***

127

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Due modi di intendere la sussidiarietà orizzontale: la sussidiarietà «decisionale» e quella «attuativa». – 3. La democrazia partecipativa e il principio di vicinanza quali espressioni della sussidiarietà «decisionale» nell'Unione europea. – 4. Quali indicazioni per lo sviluppo della sussidiarietà orizzontale «attuativa». – 5. Il settore energetico come «laboratorio» di sussidiarietà orizzontale «attuativa». – 5.1. La disciplina europea delle comunità energetiche. – 6. Gli effetti del diritto europeo sull'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. Nel contesto europeo la sussidiarietà orizzontale ha incontrato una duplice tensione: da un lato, l'assenza di un espresso riconoscimento nei Trattati; dall'altro, l'egemonia del paradigma concorrenziale, che tende a marginalizzare modelli di collaborazione tra cittadini e istituzioni fondati su logiche alternative a quelle del mercato. Eppure, negli ultimi anni, segnali di un mutamento si sono fatti strada in alcuni ambiti settoriali, nei quali la partecipazione attiva dei cittadini è divenuta non solo auspicabile ma necessaria per l'effettiva realizzazione di obiettivi di interesse generale. Tra questi, il settore energetico si presenta oggi come un laboratorio privilegiato per osservare l'emergere di dinamiche giuridiche riconducibili alla sussidiarietà orizzontale «attuativa»¹.

A partire da queste premesse, l'analisi si articola in più passaggi. In primo luogo, si offre una ricostruzione teorica del principio di sussidiarietà orizzontale, distinguendo i profili «decisionali» e «attuativi». In secondo luogo, si valuta il grado di accoglimento di tali profili nell'ordinamento dell'Unione europea, con particolare attenzione al nesso tra sussidiarietà, democrazia partecipativa e solidarietà. Successivamente, si concentra l'attenzione sul settore energetico, individuando nella disciplina delle comunità energetiche una delle espressioni più significative – e potenzialmente innovative – della sussidiarietà orizzontale «attuativa». Infine, si esaminano gli effetti che tale evoluzione ha prodotto sull'ordinamento italiano, alla luce delle recenti aperture normative che hanno esteso al settore energetico gli strumenti

* *Sottoposto a referaggio*. Il lavoro è frutto di una riflessione condivisa fra i due autori. In particolare, i paragrafi 2, 3 e 4 sono a cura di Giammaria Gotti, mentre i paragrafi 5, 5.1 e 6 sono a cura di Matteo Greco il cui contenuto è parte della ricerca che quest'ultimo sta svolgendo nell'ambito del PRIN «*Framing Energy Poverty within Social Economy – Constitutional Perspective, Public Sector and Social Economy Contribution*», Bando 2022 PNRR, CUP B53D23032510001, Codice progetto MUR P20227A85T. L'introduzione e le conclusioni sono state condivise.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

*** Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Sulla cui nozione vedi *infra* §2.

dell'amministrazione condivisa previsti dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017).

2. Due modi di intendere la sussidiarietà orizzontale: la sussidiarietà «decisionale» e quella «attuativa». Ai fini della presente indagine, particolarmente utile risulta distinguere e vedere la sussidiarietà orizzontale in due momenti distinti: quello «politico» e quello «amministrativo»². Nel primo, essa si tradurrebbe nell'impegno da parte dei decisori pubblici di avviare e promuovere momenti di partecipazione dei cittadini singoli e associati nel processo decisionale pubblico. Considerata nel momento politico, la sussidiarietà appare molto simile alla cd. «democrazia partecipativa»³, ossia quel modello fondato sulla partecipazione permanente di tutti i cittadini alla gestione della cosa pubblica, caratterizzato dalla partecipazione più o meno stabile di cittadini singoli e associati ai diversi livelli di governo, capace di integrare (e non sostituire) i meccanismi della democrazia rappresentativa⁴. Nel secondo momento, quello amministrativo, essa si sostanzierebbe o nella astensione dall'intervento pubblico in settori di competenza della società civile o, soprattutto, nel coinvolgimento di quest'ultima nell'attuazione delle politiche pubbliche. Vista sotto questa luce, una delle forme che assume la sussidiarietà orizzontale è quella della cd. «amministrazione condivisa», vale a dire quel «modello di amministrazione che coinvolge i cittadini, che mettendo a disposizione le proprie risorse, collaborano con la pubblica amministrazione come soggetti attivi (co-amministratori) alla ideazione, alla programmazione, alla progettazione e all'esecuzione di interventi di interesse generale»⁵. Modello che, non a caso, la Corte costituzionale ha considerato una delle più significative traduzioni legislative del principio di sussidiarietà orizzontale (sent. n. 131/2020). A questo proposito, si è quindi distinta la sussidiarietà orizzontale «decisionale» da quella «attuativa» (o «azionale») ⁶. La sussidiarietà decisionale sarebbe caratterizzata da una «partecipazione nel decidere», mentre quella attuativa da una «partecipazione nel trovare soluzioni»⁷. Scopo dell'analisi che segue è quindi esaminare se e come queste due forme di sussidiarietà vengano accolte nell'ordinamento euro-unitario.

3. La democrazia partecipativa e il principio di vicinanza quali espressioni della sussidiarietà «decisionale» nell'Unione europea. Nel rapporto Unione-Stati membri, è

² Cfr. E. Rossi, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e società*, n. 3/2016, 497, il quale sottolinea che «una cosa [...] è partecipare alle attività e alle procedure di elaborazione delle decisioni politiche, altro è partecipare all'erogazione di servizi o alla gestione di un bene comune».

³ Cfr. però F. Giglioni, *Alla ricerca della sussidiarietà orizzontale in Europa*, in D. Donati, A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Bologna, 2010, spec. 143-144 il quale nota che «democrazia partecipativa e sussidiarietà orizzontale sono due concetti fortemente connessi con le dinamiche proprie delle democrazie, ma allo stesso tempo diversi». Secondo l'A., la sussidiarietà orizzontale non si collegherebbe con la democrazia partecipativa neppure sotto il profilo sostanziale, in quanto la prima riguarderebbe le fasi che precedono la deliberazione, mentre la seconda la concreta realizzazione di attività.

⁴ Così P.L. Zampetti, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969, ora leggibile anche in Id., *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, III ed., Milano, 1993, 181 e ss.

⁵ G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4/1997, 29.

⁶ Sono espressioni di L. Azzena, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempi di crisi. La doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, Bologna, 2015, che distingue una «sussidiarietà decisionale», che consiste nella partecipazione della società di intervenire sulle decisioni dei pubblici poteri, da una «sussidiarietà azionale», che vede invece la società civile coinvolta nell'azione amministrativa.

⁷ Questo aspetto è messo bene in rilievo da A. Valastro, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in Id. (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016, 3 ss., e Id., *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016, spec. 13 e ss.

noto il rilievo assegnato al principio di sussidiarietà, nella sua dimensione «verticale»⁸ (art. 5 TUE). Quanto invece al rapporto dell'Unione con i suoi cittadini⁹, è assente nei Trattati un esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà «orizzontale»¹⁰, quale principio regolatore dei rapporti tra sfera pubblica e privata¹¹. Da un'analisi meramente testuale dei Trattati emerge che nessuna delle due accezioni sopra ricordate di sussidiarietà orizzontale è «espressamente» accolta dall'Unione europea.

La prima dimensione della sussidiarietà orizzontale – quella «decisionale» – sembra per la verità trovare un qualche fondamento nel diritto primario dell'Unione. Almeno questo è ciò che sembra voler dire il Trattato sull'Unione quando stabilisce che «le decisioni devono essere prese il più vicino possibile ai cittadini» (art. 10, par. 3, TUE). È il cd. «principio di vicinanza» che, come rileva Luciani, «potrebbe comportare non solo la necessità di preferire, a parità di condizioni, la sede decisionale pubblica più prossima al cittadino (ciò che è proprio del principio di sussidiarietà verticale), ma anche quella di preferire, sempre a parità, la sede decisionale privata a quella pubblica (ciò che è implicato dal principio di sussidiarietà orizzontale)»¹².

Peraltro, la vicinanza, letta come espressione del principio di sussidiarietà nella sua declinazione orizzontale, richiama il valore della democrazia¹³. Ed è noto come «il primo valore fondante della sussidiarietà è la democrazia»¹⁴. A livello dell'Unione, pare dunque inestricabile il nesso tra vicinanza, sussidiarietà e democrazia. In quest'ottica, la sussidiarietà orizzontale (decisionale) finisce per coincidere anche con il principio di democrazia partecipativa¹⁵. Nell'Unione europea, infatti, la democrazia partecipativa occupa una posizione di primo piano. In particolare, l'art. 10, par. 3, primo periodo, TUE, afferma che

⁸ Sul principio di sussidiarietà verticale nell'ordinamento dell'Unione europea, si v., tra i tanti, P. Ridola, *Sussidiarietà "verticale", autonomie e principio federativo*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, spec. 403-408.

⁹ T.E. Frosini, (voce) *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, 2008, 1136: «intesa nel secondo senso, quello "orizzontale", la sussidiarietà viene riferita al rapporto fra lo Stato e i cittadini, sia come singoli sia nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo».

¹⁰ Cfr. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 3, 2000, 382, che sostiene che nel caso del Trattato sull'Unione «la lettera delle sue previsioni potrebbe offrire più di un motivo per sospettare che il principio di sussidiarietà sia stato concepito anche nella sua accezione "orizzontale"». A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. Modugno, *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, Milano, 1999, 299 ritiene che il principio di sussidiarietà orizzontale sia stato formalizzato già dal Trattato di Roma.

¹¹ Sul punto v. in particolare M.C. Marchetti, *La sussidiarietà orizzontale nel contesto dell'Unione europea: processi decisionali e aspetti istituzionali*, in D. Ciaffi, F.M. Giordano (a cura di), *Storia, percorsi e politiche della sussidiarietà. Le nuove prospettive in Italia e in Europa*, Bologna, 2020, secondo cui, nonostante gli sforzi orientati a promuovere la partecipazione dei cittadini europei ai processi decisionali, non si rinvergono «processi di redistribuzione delle responsabilità tra cittadini e istituzioni». Cfr. anche M. Armanno, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione Europea*, Torino, 2010, 29, secondo il quale diversi atti dell'Unione dimostrerebbero un «disinteresse» dell'Unione per la sussidiarietà orizzontale. Più in generale, si v. sul tema, di recente, L. Violini, (voce) *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, V – Potere e costituzione, 2023, 1175 e ss.

¹² M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 382.

¹³ L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, cit., 1175.

¹⁴ M. Armanno, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, cit., 89-90.

¹⁵ Sul punto concorde anche L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, cit., 1176 secondo la quale il diritto di partecipazione di cui agli artt. 10 e 11 TUE e i relativi strumenti di «cittadinanza attiva» vengono intesi a livello dell'Unione «come una forma tra le più avanzate del principio di sussidiarietà orizzontale». Così anche M. Morelli, *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Milano, 2011, 34. In senso parzialmente contrario, F. Giglioni, *Alla ricerca della sussidiarietà orizzontale in Europa*, cit., 147, secondo cui «la sussidiarietà orizzontale è un istituto strutturalmente diverso da quelli che sono normalmente ricondotti nella democrazia partecipativa». Cfr. anche L. Grimaldi, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006, 98-99.

«ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione» e l'art. 11 TUE riempie di contenuto quest'ultima affermazione, specificando alcune modalità in cui si concretizza il principio della democrazia partecipativa¹⁶.

Tali modalità consistono nel pubblico scambio di opinioni, espressione del dialogo civile¹⁷ c.d. «orizzontale»¹⁸, volto ad attribuire ai «cittadini» e alle «associazioni rappresentative» una sorta di «diritto di accesso ad una tribuna pubblica»¹⁹; nel dialogo civile c.d. *verticale* tra le istituzioni, le associazioni rappresentative e la società civile (art. 11.2 TUE); nelle «consultazioni» della Commissione (art. 11.3 TUE), vale a dire l'obbligo gravante sulla Commissione di procedere, nello svolgimento dei propri compiti, specialmente nella fase antecedente la proposta di atti legislativi e non legislativi (come per es. le cd. «comunicazioni» o i «piani d'azione»), ad ampie consultazioni delle «parti interessate»; nell'iniziativa dei cittadini (art. 11.4 TUE). In particolare, per «società civile» la Commissione europea, a partire dal noto *Libro Bianco sulla governance europea*, ha inteso «le organizzazioni non governative (ONG), le associazioni professionali, le organizzazioni di carità, le organizzazioni di base (CBOs), le organizzazioni che cointeressano i cittadini nella vita locale e comunale, con un particolare contributo delle chiese e delle comunità religiose»²⁰. In linea con gli obiettivi a più riprese riproposti a partire dal citato Libro bianco, la Commissione, in una Comunicazione del 2021 intitolata *Better regulation: Joining forces to make better laws*, afferma in generale che «to sustain trust in the European Union, EU policies need to take into account and reflect the values and concerns of citizens», precisando che «good policymaking involves those affected by the decisions». Tratto caratterizzante delle strategie della cd. *better regulation* sarebbe proprio «l'integrazione tra le autorità europee con tutti gli altri attori che si collocano nella filiera e ai quali il tema della qualità della legislazione non è certo estraneo»²¹. Pertanto, l'uso delle stesse appaie «finalizzato alla valorizzazione della sussidiarietà orizzontale declinata come principio di vicinanza, orientato a sua volta ad incrementare il tasso di democrazia percepito dai cittadini europei»²².

4. Quali indicazioni per lo sviluppo della sussidiarietà orizzontale «attuativa».

Appurato che la sussidiarietà orizzontale, nella sua accezione «decisionale», è sicuramente accolta dai Trattati UE, tramite i principi di vicinanza e di democrazia partecipativa, più complicato è rilevare indici della sussidiarietà orizzontale cd. attuativa. La ricerca di una

¹⁶ Sulla democrazia partecipativa nell'Unione europea, si v. *ex multis* E. Grosso, *Cittadinanza e vita democratica in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, 225 e ss.; E. De Marco, *Elementi di democrazia partecipativa*, in P. Bilancia, M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.

¹⁷ Per un'analisi di tale concetto e del ruolo della società civile nella *governance* dell'Unione europea, si v. S. Smismans, *European Civil Society: Shaped by Discourses and Institutional Interests*, in *European Law Journal*, 4, 2003; K.A. Armstrong, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance*, in *European Law Journal*, 1, 2002; O. De Schutter, *Europe in Search of its Civil Society*, in *European Law Journal*, 2, 2002.

¹⁸ L'obbligo in capo alle istituzioni UE di dare «ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione» (art. 11.1 TUE).

¹⁹ Così C. Grewe, *Article I-47 – Principe de la démocratie participative*, in L. Burgorgue-larsen, A. Levade, F. Picod (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV «Architecture constitutionnelle». Commentaire article par article*, Bruxelles, 2007, 626-627.

²⁰ La Commissione ricomprende nella definizione anche le organizzazioni sindacali e le associazioni padronali (le «parti sociali»), anche se ne riconosce un «ruolo particolare», tale da meritare un'autonoma considerazione. Cfr. Commissione europea, *La governance europea. Un libro bianco*, 25 luglio 2001, COM(2001) 428 final, 15.

²¹ B. Vimercati, *Natura e strumenti della better regulation. Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Torino, 2018, 11.

²² Così L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, cit., 1181.

sussidiarietà attuativa porta senz'altro a volgere lo sguardo verso la normativa euro-unitaria dedicata al rapporto pubblico-privato (appalti, aiuti di Stato, fiscalità) e a scontrarsi con il rilievo centrale che assume in questi ambiti il principio della tutela della concorrenza²³. Un principio che è parte integrante dell'«identità costituzionale» europea²⁴. Ai fini della nostra indagine, potrebbe essere di interesse notare che proprio nell'ambito della disciplina europea in esame, sta assumendo rilievo anche un altro principio: quello di «solidarietà». Anzi, leggendo certa giurisprudenza, della quale si darà conto appena oltre, si potrebbe arrivare a sostenere – forse un po' arditamente – che il «dogma della concorrenza» stia venendo eroso, progressivamente, dall'emersione del valore solidaristico²⁵.

Oltre ad essere esplicitamente menzionata nel preambolo del TUE (in cui gli Stati membri dichiarano di voler «intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni»), la solidarietà trova spazio nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale parte dei «valori indivisibili e universali» sui quali l'Unione è fondata. Essa fa dunque parte «di un insieme di valori e principi che costituisce la base della costruzione europea»²⁶. Diverse sono le «dimensioni» di solidarietà accolte dal diritto UE²⁷, tra cui, per quanto qui più interessa, anche quella cd. «inter-individuale (sociale)» tra i cittadini europei. Il fondamento di tale dimensione della solidarietà sarebbe da rinvenire nell'art. 2 TUE, che afferma che i valori dell'Unione sono comuni agli Stati membri «in una società caratterizzata [...] dalla solidarietà».

In nessuno dei testi sopra citati può tuttavia rinvenirsi una definizione di solidarietà, tantomeno di quella «sociale». È stata allora la giurisprudenza della Corte di giustizia a tentare di tratteggiare i caratteri di tale principio²⁸, anche in talune decisioni riferite all'Italia. Si fa riferimento soprattutto a CGUE, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-

²³ Con riferimento, per esempio, al settore dei contratti pubblici, la Corte di giustizia (quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, *CASTA e a.*) ha affermato chiaramente che «il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, nella misura in cui riguarda, in particolare, gli appalti pubblici di servizi, è diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri» (corsivi aggiunti).

²⁴ Così si esprime G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, 599, ove si legge che «una parte non marginale dell'identità costituzionale europea è data certamente dalle norme sul mercato interno e sulla tutela della concorrenza, che dal Trattato di Roma sono transitate pressoché intatte sino al Trattato di Lisbona».

²⁵ Come ricordato da G. Guerini in S. Pellizzari, A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 196, si sarebbe ormai fatta strada nella politica europea «l'idea che esistono diversi modi di fare economia ed impresa, che è possibile azionare le leve delle politiche pubbliche, anche come strumenti per orientare una politica per lo sviluppo inclusivo, e che pertanto la concorrenza non è un dogma ma può essere orientata da una responsabilità sociale o ambientale».

²⁶ Si v. le Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 26 luglio 2017, cause riunite C- 643 e 647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, §19: «già affermata nel Trattato di Roma, l'esigenza di solidarietà è ancora al centro del processo di integrazione perseguito dal Trattato di Lisbona».

²⁷ I Trattati riconoscono la solidarietà «inter-statale», tra gli Stati membri (art. 80 TFUE); quella «transnazionale», tra cittadini di uno Stato membro e altri Stati membri (art. 20 TFUE); quella «istituzionale», tra le istituzioni dell'Unione/ tra Unione e Stati membri (art. 4.3 TUE). È ampio il dibattito in dottrina circa lo «spazio» del principio di solidarietà all'interno del diritto dell'Unione europea. Per una ricostruzione si v., *ex multis*, T. Russo, *La solidarietà come valore fondamentale dell'Unione europea: prospettive e problematiche*, in AA. VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 667 ss.; A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017; G. Bultler, *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, 2018, 310 ss.; F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica*, in *Rivista AIC*, 3, 2021.

²⁸ «Il principio della solidarietà sociale comporta il fatto [...] del sussidio a un gruppo sociale ad opera di un altro». (Conclusioni presentate dall'avvocato generale Fennelly il 6 febbraio 1997, causa C-70/95, *Sodemare*, ECLI:EU:C:1997:55, par. 29).

50/14, *CASTA e a.*, e a CGUE, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.*, che, secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale italiana nella citata sent. 131/2020, «tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà» (Cons. in diritto 2.1). In particolare, dalla sentenza *Spezzino*, si evince che non è di per sé incompatibile con il diritto europeo una normativa nazionale che preveda che la fornitura di determinati servizi (nella specie, quelli di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza) debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in deroga alle norme concorrenziali, a una particolare categoria di enti (nella specie, associazioni di volontariato convenzionate), purché l'ambito in cui si svolge l'attività di tali enti «contribuisca effettivamente alla «finalità sociale» e al perseguimento degli «obiettivi di solidarietà» ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata» (§§60, 63 e 65). In altre parole, quindi, la Corte riconosce che il diritto europeo non osta ad una normativa nazionale che, in deroga alle norme concorrenziali e comunque nel rispetto di certe condizioni, sia funzionale a dare forma concreta al principio di solidarietà²⁹. Ancora più interessanti appaiono le considerazioni dell'AG Wahl, presentate il 14 aprile 2014, nella stessa causa *Spezzino* (§63) che a sua volta richiama le conclusioni dell'AG Mengozzi, nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, §40, secondo cui «il perseguimento dell'efficienza economica in un mercato europeo basato su una concorrenza libera e aperta non è fine a sé stesso, ma è un mero strumento per raggiungere gli obiettivi per cui l'Unione europea è stata creata. Di conseguenza, sono disposto ad accettare che la necessità di promuovere e proteggere uno dei valori fondamentali su cui l'Unione europea è fondata possa, talvolta, prevalere sugli imperativi del mercato interno». La solidarietà è dunque concepita come un valore posto a fondamento dell'Unione e, in quanto tale, meritevole di pari o talora superiore considerazione rispetto all'imperativo concorrenziale.

Quanto esposto sinora, se dimostra la progressiva affermazione a livello europeo della solidarietà, nulla ci dice in merito all'accoglimento a livello dell'Unione del principio di sussidiarietà orizzontale attuativa. La solidarietà è però spesso accostata alla sussidiarietà orizzontale, quasi fossero dei sinonimi. Lo stretto legame tra i due principi è stato messo bene in rilievo dalla dottrina³⁰. Non diversamente ha fatto il legislatore italiano che, nell'art. 6 del nuovo Codice dei contratti (d. lgs. n. 36/2023), ha dettato una disciplina dell'amministrazione condivisa «in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale». Ci si potrebbe chiedere pertanto se la nostra ricerca sulla sussidiarietà orizzontale a livello UE non conduca in definitiva alla solidarietà: in altre parole, se i valori e le esigenze sottese alla sussidiarietà orizzontale siano, a livello euro-unitario, enucleati all'interno del principio di solidarietà.

Si ritiene che la risposta a tale quesito debba essere parzialmente negativa. Sussidiarietà e solidarietà non sono la stessa cosa: la prima è un «metodo», la seconda un «valore» da perseguire e realizzare attraverso un determinato metodo. Anche la dottrina più attenta lo ha sottolineato, evidenziando che «se la solidarietà costituisce il principio attivo che vale a

²⁹ Per un'efficace rassegna del dibattito giurisprudenziale sul tema, si v. A. Albanese, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019.

³⁰ Si v. tra i tanti F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 30, il quale afferma che «tanto il principio di solidarietà, quanto quello di sussidiarietà, essendo posti in funzione attuativa del valore personalista, appaiono suscettibili di esplicazione solo se letti congiuntamente ed in relazione ai contenuti che esprime il medesimo valore cui sono finalizzati». Più di recente, v. anche G. Comazzetto, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, 267 ss., ove si sottolinea che «il 'potenziale assiologico' del principio [di solidarietà] sia stato ulteriormente valorizzato nell'ultimo ventennio grazie all'esplicito inserimento in Costituzione – art. 118, comma 4 – del principio di sussidiarietà».

«finalizzare» la libertà in direzione dell'eguaglianza, la sussidiarietà rappresenta il «criterio» «organizzatorio» di tale finalizzazione, in quanto garantisce un'equilibrata distribuzione dei compiti di solidarietà tra l'individuo, la comunità intermedia e lo Stato»³¹. Il principio di sussidiarietà è dunque integrativo di quello di solidarietà, e viceversa.

Ciò che allora davvero sembra mancare a livello dell'Unione non è tanto la finalizzazione solidaristica di determinate politiche, quanto piuttosto la volontà di adottare un *metodo* alternativo – rispetto a quello tipicamente promosso dai rapporti concorrenziali – per attuare quelle stesse politiche. È peraltro evidente che sussidiarietà e concorrenza esprimano due modalità diverse di relazione tra pubblico e privato³². Mentre nella concorrenza si privilegia la competitività, nella sussidiarietà emerge una logica di collaborazione o, per usare il linguaggio del legislatore italiano, di «coinvolgimento attivo» (art. 55 CTS). Nella concorrenza, la priorità è la protezione di interessi privati. Nel metodo sussidiario, obiettivo è il perseguimento dell'interesse generale.

Utile per comprendere l'attuale orientamento dell'UE sulla sussidiarietà orizzontale è guardare ad alcuni recenti atti di *soft law*. Il riferimento è al *Piano d'azione europeo sull'economia sociale*, pubblicato dalla Commissione nel dicembre 2021³³. Il Piano, dopo aver fornito un'importante definizione di «economia sociale» – in parte coincidente con quella italiana di «enti del Terzo settore», ma più ampia –, si pone l'ambizioso obiettivo di sviluppare «quadri politici e giuridici adeguati a far prosperare l'economia sociale». Rientrano in questo ambito la «fiscalità», gli «appalti pubblici» e la disciplina degli «aiuti di Stato», «che devono essere adattati alle esigenze dell'economia sociale». Gli ostacoli al pieno sviluppo dell'economia sociale, sempre secondo la Commissione, non sono però solo culturali o politici, ma sono anche di natura squisitamente giuridica. Per questo si rendono necessarie azioni dirette a rafforzare la collaborazione tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni dell'economia sociale. Inoltre, nel novembre 2023 il Consiglio ha adottato una *Raccomandazione sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale*³⁴, la quale mira ad orientare gli Stati membri nella promozione di una strategia e di quadri giuridici favorevoli all'economia sociale e di misure che ne agevolino lo sviluppo.

Per quanto più ci interessa in questa sede, i documenti citati affrontano il tema dei rapporti tra amministrazioni pubbliche ed economia sociale. È chiaro dalla lettura di tali atti che per l'Unione il contemperamento tra tutela della concorrenza e finalità sociali si realizza ancora soprattutto nell'ambito della disciplina degli appalti, per es. attraverso i cc.dd. appalti «socialmente responsabili» o quelli «riservati» (v. per esempio quanto previsto dall'art. 77, par. 2, direttiva 2014/24/UE). La Commissione ricorda nel *Piano* che la revisione delle norme UE in materia di appalti pubblici effettuata nel 2014 «ha creato per le autorità pubbliche a tutti i livelli numerose possibilità di utilizzare gli appalti pubblici per raggiungere obiettivi politici diversi, tra cui la promozione della protezione ambientale e il perseguimento di obiettivi sociali»³⁵. E infatti oggi le norme europee sugli appalti menzionano espressamente gli *aspetti sociali* tra gli elementi che possono essere inclusi nei criteri di aggiudicazione sulla base del criterio della «offerta economicamente più vantaggiosa». Nel *considerando* n. 20 della

³¹ T.E. Frosini, (voce) *Sussidiarietà (principio di)* (dir. cost.), cit., 1140.

³² Sul punto, di particolare utilità è l'analisi condotta da F. Giglioni, *Alla ricerca della sussidiarietà orizzontale in Europa*, cit., 148 e ss.

³³ Commissione europea, *Creare un'economia al servizio delle persone: un piano d'azione per l'economia sociale*, COM(2021) 778 final, 9.12.2021. Per una più approfondita analisi del contenuto del *Piano*, sia consentito rinviare a G. Gotti, *Il Piano d'azione europeo per l'economia sociale e i riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Rivista Impresa sociale*, n. 3/2022.

³⁴ Raccomandazione del Consiglio del 27 novembre 2023 sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale, C/2023/1344.

³⁵ COM(2021) 778 final, cit., 9.

citata *Raccomandazione*, si legge che la collaborazione con le autorità pubbliche costituisce «elemento essenziale» per lo sviluppo dell'economia sociale. Di conseguenza, il Consiglio raccomanda agli Stati membri di «incoraggiare le proprie amministrazioni aggiudicatrici ad acquistare beni e servizi in modo strategico, di perseguire gli obiettivi sociali». A tale fine, «sono invitati a sfruttare appieno gli strumenti messi a disposizione dalla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, compresi quelli per l'organizzazione di determinati servizi, noti come servizi alla persona e come servizi di interesse generale, attraverso un regime specifico ispirato al principio di solidarietà».

Un modello, quello che traspare dai documenti citati, che non coincide con quello sussidiario proprio dell'amministrazione condivisa. La logica sottesa è ancora quella dell'appalto e dell'esternalizzazione, non quella della cooperazione e del coinvolgimento attivo. Quelle previste dal *Piano* e dalla *Raccomandazione* sono misure assai timide, che si sostanziano nel «permettere» allo Stato membro di alleggerire l'impostazione concorrenziale. Molto ampia è infatti la distanza tra il livello di dibattito europeo sul tema e quello italiano, ove ormai da tempo la Corte costituzionale italiana parla di «nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici», di un «canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato» (sentenza n. 131 cit.). La chiave sta nell'«alternatività» del modello sussidiario rispetto a quello concorrenziale. A livello dell'Unione il cambio di prospettiva appare lento, e al momento pare tradursi esclusivamente nella menzione – pur non scontata – della «solidarietà» (punto 15 della *Raccomandazione*) quale principio a cui gli Stati membri dovrebbero ispirarsi nella predisposizione di regime giuridici per l'organizzazione di determinati servizi di interesse generale.

Un'eccezione, che conferma quanto sostenuto sopra, si può trovare nel punto 10 della *Raccomandazione*, ove «si raccomanda agli Stati membri di dare attuazione a meccanismi di consultazione e dialogo tra autorità pubbliche e organizzazioni che rappresentano l'economia sociale, ad esempio formando gruppi di alto livello e sostenendo la nascita e lo sviluppo di reti rappresentative dell'economia sociale». Sono quei meccanismi partecipativi che già da tempo l'Unione promuove, in attuazione dei principi di vicinanza e democrazia partecipativa, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale «decisionale». Si conferma pertanto che solo quest'ultima dimensione della sussidiarietà orizzontale è promossa dall'Unione, mentre quella «attuativa» fatica a trovare spazi per affermarsi.

Si può dunque ragionevolmente affermare che l'Unione promuove modelli di sussidiarietà orizzontale decisionale, garantendo un'ampia partecipazione della società civile all'elaborazione delle politiche pubbliche, in un'ottica di democrazia partecipativa. Allo stesso tempo, tuttavia, il diritto dell'Unione sembra non accogliere del tutto il lato attuativo della sussidiarietà orizzontale, ignorando al momento la cd. amministrazione condivisa. Un modello sconosciuto a quel livello, dove ancora i rapporti pubblico-privato nell'ambito dell'attività amministrativa rimangono nettamente ancorati ad un paradigma concorrenziale e ad una impostazione sinallagmatica – e non collaborativa – di quei rapporti. Sembra dunque che a livello europeo si stia affermando una concezione della sussidiarietà orizzontale esclusivamente «finalizzata al superamento delle carenze strutturali dei relativi processi democratici tramite l'enfasi – specifica di quell'ordinamento – sulla necessità di dare ai propri cittadini migliori regolamentazioni e così rispondere ad una domanda sempre meno comprimibile di vicinanza delle istituzioni agli stessi»³⁶. Gli elementi di sussidiarietà orizzontale incorporati nell'ordinamento europeo sarebbero dunque funzionali soprattutto alla risoluzione del noto problema di scarsa democraticità dell'Unione, garantendo maggiore vicinanza e partecipazione della società civile.

³⁶ L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, cit., 1203.

5. Il settore energetico come «laboratorio» di sussidiarietà orizzontale «attuativa».

Nonostante il quadro generale della sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento europeo risulti ancora fortemente segnato dal paradigma concorrenziale, un'analisi condotta su scala settoriale consente di cogliere alcune significative aperture verso un modello di amministrazione effettivamente «sussidiario-attuativo», fondato cioè sulla valorizzazione del contributo che i cittadini possono offrire alla cura degli interessi generali.

È precisamente quanto sembra verificarsi nel settore energetico, dove la partecipazione attiva dei cittadini viene riconosciuta come un elemento imprescindibile per l'attuazione concreta della c.d. «transizione energetica»³⁷. Tra gli obiettivi che concorrono a definirne il contenuto, particolare rilievo assumono la diffusione capillare delle energie rinnovabili³⁸, l'incremento dell'efficienza energetica³⁹ e la progressiva costruzione di un sistema energetico decentralizzato, fondato su una produzione distribuita di energia rinnovabile e sull'evoluzione della rete elettrica in una sorta di «internet dell'energia»⁴⁰, capace di abilitare scambi continui e flessibili tra nodi locali di produzione e consumo⁴¹.

Tali traguardi sono tutti funzionalmente collegati al macro-obiettivo della neutralità climatica entro il 2050⁴², che costituisce, com'è noto, il principio ordinatore del c.d. «*European Green Deal*»: l'ambizioso progetto regolatorio promosso dalla Commissione europea con l'omonima Comunicazione del 2019⁴³, che combina e integra, attraverso una pluralità di strategie, un ampio insieme di *policies*⁴⁴.

Si tratta di obiettivi settoriali ambiziosi, che non possono essere perseguiti senza un coinvolgimento attivo e strutturale dei cittadini, chiamati a contribuire non solo in qualità di

³⁷ Il concetto di transizione «indica una direzione di marcia (che di norma coinvolge svariati soggetti, comprese le amministrazioni), esprime un passaggio da un “prima” a un “dopo”» così F. Fracchia, *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*, Napoli, 2024, 1.

³⁸ Si veda la dir. UE 2018/2001 (RED II), *sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*, che fissa l'obiettivo vincolante di almeno il 32% di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo entro il 2030. La revisione del 2023, approvata nell'ambito del pacchetto *Fit for 55*, ha innalzato tale obiettivo al 42,5%, con una traiettoria di crescita accelerata e procedure autorizzative semplificate (dir. UE 2023/2413).

³⁹ L'incremento dell'efficienza energetica costituisce un obiettivo vincolante a livello europeo, come stabilito dalla dir. UE 2023/1791, che prevede una riduzione del consumo energetico dell'11,7% entro il 2030 rispetto alle proiezioni di consumo formulate nel 2020.

⁴⁰ L'espressione è ripresa da J. Rifkin, *La terza rivoluzione industriale. Come il “potere laterale” sta trasformando l'energia, l'economia e il mondo*, Milano, 2011, 62-72, dove l'Autore, in modo pionieristico, descrive un nuovo modello energetico fondato su una rete intelligente e interconnessa, analoga per struttura e logica di funzionamento a quella di internet.

⁴¹ La costruzione di un sistema energetico più decentralizzato e interconnesso è promossa a livello europeo nel quadro del *Clean Energy Package*, in particolare attraverso la Direttiva (UE) 2019/944 sul mercato dell'energia elettrica, che incentiva la partecipazione attiva degli utenti finali e l'integrazione della produzione distribuita. L'evoluzione della rete elettrica verso un'infrastruttura intelligente e flessibile è inoltre sostenuta dal Regolamento (UE) 2019/943 sul mercato interno dell'energia elettrica, che mira a garantire un sistema in grado di favorire scambi dinamici tra produzione e consumo su scala locale.

⁴² Come noto, la definizione giuridica e tecnica di tale obiettivo è fornita dal reg. UE 2021/1119 (*Legge europea sul clima*), secondo cui «le emissioni e gli assorbimenti di gas a effetto serra a livello dell'Unione, regolati dal diritto dell'Unione, devono essere bilanciati all'interno dell'Unione al più tardi entro il 2050, riducendo così le emissioni a zero netto entro tale data; successivamente, l'Unione mira a conseguire emissioni negative» (art. 2, c. 1).

⁴³ COM(2019) 640 final.

⁴⁴ Sulla qualificazione del *Green Deal* europeo come «regulatory project», si v. E. Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, 19 ss., dove l'autore sottolinea come tale processo regolatorio incida direttamente sulla costituzione economica dell'Unione, modificandone le finalità e ridefinendo i rapporti tra interessi. Sul punto, si v. anche D. Bevilacqua, E. Chiti, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024, *passim*.

consumatori consapevoli, ma anche come produttori, sia individualmente sia in forma collettiva.

Il rilevante impegno partecipativo richiesto trova riscontro in molteplici atti dell'Unione, a conferma della centralità assunta dalla dimensione «orizzontale» della transizione.

Tra i numerosi esempi che si potrebbero richiamare in tal senso, si segnala la racc. UE 2024/1343, dedicata all'accelerazione delle procedure autorizzative per l'energia da fonti rinnovabili. Essa invita espressamente gli Stati membri a «stimolare la partecipazione dei cittadini, comprese le famiglie a basso e medio reddito, e delle comunità energetiche alla pianificazione, allo sviluppo, alla costruzione e all'esercizio dei progetti di energia rinnovabile e dei progetti infrastrutturali correlati»⁴⁵.

La raccomandazione, inoltre, insiste sulla necessità di garantire processi decisionali inclusivi e trasparenti, attraverso il coinvolgimento attivo dei cittadini e dei portatori di interesse, anche mediante audizioni pubbliche e strumenti di consultazione strutturata⁴⁶. Tali indicazioni riflettono chiaramente la convinzione che il successo delle politiche di transizione energetica dipenda anche dalla capacità delle istituzioni di mobilitare risorse sociali e territoriali.

In questa prospettiva, il documento conferma ulteriormente il consolidamento della sussidiarietà orizzontale nella sua dimensione «decisionale» all'interno dell'architettura giuridica dell'Unione europea.

Al contempo, emergono indicazioni chiare di un orientamento favorevole al coinvolgimento attivo dei cittadini anche nella fase attuativa delle politiche energetiche.

A questo proposito, particolare rilievo assumono la dir. UE 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (RED II) e la dir. UE 2019/944, relativa alle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (IEM). Entrambe promuovono un'evoluzione del ruolo dei consumatori finali, chiamati a partecipare in modo attivo e consapevole alla transizione energetica, nel quadro degli ordinamenti nazionali.

In particolare, nel contesto delineato dalla RED II, merita attenzione il considerando 70, che riconosce come la partecipazione dei cittadini e delle autorità locali a progetti nel settore delle energie rinnovabili – in particolare attraverso le comunità energetiche – «può offrire un importante valore aggiunto in termini di accettazione delle energie rinnovabili a livello locale e accesso a capitali privati aggiuntivi, traducendosi in investimenti locali e una maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica».

Su questa linea si innesta anche la dir. UE 2023/2413 (RED III), che modifica e rafforza la RED II, attribuendo alla dimensione partecipativa dei cittadini un ruolo ancora più rilevante nel raggiungimento degli obiettivi energetici dell'Unione. In particolare, il considerando 42 evidenzia come il coinvolgimento diretto nella produzione dell'energia rinnovabile contribuisca concretamente alla riduzione della domanda complessiva di gas naturale, all'aumento della resilienza dei sistemi energetici e al conseguimento dei target europei sulle fonti rinnovabili⁴⁷.

I riferimenti normativi richiamati risultano sufficienti a evidenziare una chiara linea di tendenza: le indicazioni provenienti dalle fonti europee sembrano infatti convergere verso un obiettivo comune, quello della progressiva democratizzazione del settore energetico. Tale processo si traduce nell'apertura del sistema alla partecipazione effettiva dei cittadini, sia nella definizione delle scelte pubbliche, sia nella gestione concreta delle risorse.

⁴⁵ Rac. UE 2024/1343, Punto 9.

⁴⁶ *Ivi*, Punto 10.

⁴⁷ Dir. UE 2023/2413, considerando 42: «Gli impianti di autoconsumo, compresi quelli degli autoconsumatori collettivi come le comunità locali di energia, contribuiscono anche a ridurre la domanda complessiva di gas naturale, ad aumentare la resilienza del sistema e a conseguire gli obiettivi dell'Unione in materia di energia rinnovabile».

In questo senso, si ritiene che la distinzione tra sussidiarietà orizzontale «decisionale» e «attuativo» rappresenti una chiave interpretativa utile a comprendere le diverse accezioni del concetto di «democrazia energetica» che attraversano il dibattito pubblico e accademico⁴⁸: la prima si esprime nella richiesta di processi decisionali partecipati e trasparenti; la seconda, nella possibilità per cittadini e comunità di assumere un ruolo attivo nella produzione e nella gestione dell'energia.

È proprio l'intreccio di queste due dimensioni che consente di cogliere la portata trasformativa di alcune esperienze, tra cui si distinguono in particolare le comunità energetiche.

5.1. La disciplina europea delle comunità energetiche. In quest'ottica, la disciplina delle comunità energetiche rappresenta un passaggio cruciale nel percorso di apertura dell'ordinamento europeo al modello dell'«amministrazione condivisa»⁴⁹.

Prima di procedere con l'analisi del quadro normativo, è opportuna una precisazione terminologica. L'espressione «comunità energetica» (o *energy community*), pur ampiamente utilizzata nel dibattito pubblico e accademico, non corrisponde a una nozione tecnico-giuridica univoca all'interno della legislazione europea. Si tratta, piuttosto, di una locuzione impiegata – in particolare nel campo delle scienze sociali – per descrivere forme di aggregazione volontaria tra soggetti eterogenei, come cittadini, imprese, enti del terzo settore e amministrazioni locali, che condividono risorse e investimenti per la produzione di energia, prevalentemente da fonti rinnovabili⁵⁰.

Come efficacemente osservato, «contrariamente al modello dominante basato sulla produzione energetica da parte delle *utility* e sugli scambi di mercato, la comunità energetica pone l'accento sul valore d'uso dell'energia, anziché sul suo scambio, essendo il profitto un

⁴⁸ Come evidenziato dalla letteratura sociologica, infatti, la democratizzazione dell'energia si gioca su più piani: dalla partecipazione ai processi decisionali alla condivisione dei mezzi di produzione, fino alla localizzazione e distribuzione delle fonti energetiche. Sul punto cfr. G. Osti, *Energia democratica: esperienze di partecipazione*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2, 2017, 113 ss., nonché B. Van Veelen, D. Van Der Horst, *What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory*, in *Energy Research & Social Science*, 46, 2018, 19 ss. Per un esame complessivo e transdisciplinare delle ricerche e delle pratiche in tema di democrazia energetica, si v. A. Feldpausch-Parker, D. Endres, T.R. Peterson, S. Gomez (a cura di), *Routledge Handbook of Energy Democracy*, London, 2021, *passim*, dove si ricorda come la «democrazia energetica» sia emersa inizialmente come un'espressione utilizzata dagli attivisti per rivendicare un maggiore livello di partecipazione nei processi decisionali relativi alla transizione energetica. Ciò includeva un controllo più localizzato sulla produzione e sul consumo di energia, la giustizia distributiva e procedurale nelle decisioni, nonché la promozione delle fonti di energia rinnovabile.

⁴⁹ Il termine «amministrazione condivisa» è qui utilizzato in senso ampio, per indicare un modello di amministrazione fondato sulla valorizzazione del contributo che i cittadini possono offrire alla cura degli interessi generali, e che ricomprende le diverse pratiche attuative del principio di sussidiarietà orizzontale nella sua dimensione *azionale*.

⁵⁰ L'espressione *energy community* inizia a comparire nella letteratura sociologica a partire dalla metà degli anni 2000 e cattura un interesse via via crescente di studiosi, mossi dalla volontà di elaborare una definizione che restituisse la varietà e la dinamicità di un fenomeno iniziato a manifestarsi già verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso. Per una ricognizione della letteratura sociologica sul tema, v. L. Pellizzoni, *Energia di comunità. Una ricognizione critica della letteratura*, in G. Osti, L. Pellizzoni (a cura di), *Energia e innovazione tra flussi globali e circuiti locali*, Trieste, 2018, 17 ss., spec. 21-24. Per una panoramica della distribuzione e delle principali caratteristiche delle comunità energetiche nei Paesi UE per come si sono più o meno spontaneamente diffuse negli ultimi venticinque anni v. A. Sciuolo, *L'affermarsi del modello CER in Europa: continuità, discontinuità e potenziale trasformativo dell'azione collettiva in campo energetico*, in F. Gerli, L. Tricarico (a cura di), *Energie di comunità. Le comunità energetiche rinnovabili per un futuro sostenibile*, Milano, 2024, 39 ss.

elemento secondario»⁵¹. Questa vocazione solidaristica trova un naturale riscontro nella frequente adozione della forma giuridica della cooperativa, che riflette una preferenza strutturale per modelli ispirati alla mutualità e alla partecipazione diffusa.

In Italia, ad esempio, le prime forme di comunità energetiche possono essere individuate già nella prima metà del Novecento, in particolare nelle cooperative e nei consorzi energetici promossi dalle comunità montane dell'arco alpino, istituiti per sopperire alla carenza di accesso all'energia elettrica e termica⁵². Si tratta di esperienze rimaste a lungo delle eccezioni, «in gran parte attribuibili alla presenza di network istituzionalizzati, storicamente radicati e fondati su una forte identificazione territoriale ed etnica»⁵³.

È solo a partire dagli anni Duemila che le comunità energetiche hanno iniziato a emergere come soluzioni innovative per la produzione sostenibile dell'energia. Un simile cambiamento di prospettiva è stato senz'altro facilitato dal processo di liberalizzazione del mercato energetico e dal rapido sviluppo di nuove tecnologie, le quali hanno permesso la produzione di energia anche su scala domestica (le cc.dd. *domestic renewables*)⁵⁴. A livello europeo, la significativa crescita del fenomeno ha portato alla creazione, nel 2013, della «Federazione Europea delle Cooperative Energetiche» (Rescoop.eu), un network che attualmente coinvolge circa un milione e mezzo di cittadini.

In questo processo evolutivo, segnato dal crescente riconoscimento del ruolo attivo dei cittadini nella produzione e nella gestione dell'energia, hanno preso forma nuove modalità di collaborazione tra attori sociali e istituzioni locali, aprendo spazi inediti di interazione tra pubblico e privato. È in tale contesto che le comunità energetiche, laddove vi sia un effettivo coinvolgimento delle amministrazioni territoriali, possono essere interpretate come una concreta espressione del modello dell'amministrazione condivisa⁵⁵. In queste configurazioni, infatti, la cooperazione tra soggetti pubblici e privati si struttura secondo logiche paritarie e orientate al perseguimento di finalità di interesse generale, in coerenza con il paradigma della sussidiarietà orizzontale «attuativa». La partecipazione dell'ente locale, in particolare, fa di queste realtà strumenti attraverso cui condividere con la cittadinanza, tanto nella definizione degli obiettivi quanto nelle modalità attuative, le scelte di politica energetica e sociale a livello territoriale.

In assenza di una cornice normativa armonizzata, tanto a livello europeo quanto nazionale, la diffusione delle comunità energetiche ha dato luogo a un panorama particolarmente eterogeneo, in cui le singole esperienze sono state modellate sia dalle caratteristiche dei soggetti promotori, sia dalle specificità del contesto istituzionale e regolatorio di riferimento. Ebbene, per valorizzare il potenziale di queste esperienze, l'Unione europea ha introdotto un quadro giuridico promozionale e abilitante, volto a consentire e incentivare la costituzione di determinati «tipi» di comunità energetiche. Attraverso tali configurazioni, gli utenti sono autorizzati a produrre, scambiare e vendere energia, in quanto ritenute strumenti idonei a

⁵¹ A. Aquili, *Innovazione e sostenibilità nel settore energetico: nuove forme partenariali e contrattuali per le comunità energetiche*, in *Munus*, 1, 2024, 210.

⁵² Cfr. N. Magnani, D. Patrucco, *Le cooperative energetiche rinnovabili in Italia: tensioni e opportunità in un contesto in trasformazione*, in C. Osti, L. Pellizzoni (a cura di), *Energia e innovazione*, cit., 187 ss.

⁵³ *Ivi*, p. 189, nonché N. Magnani, G. Osti, *Does civil society matter? Challenges and strategies of grassroots initiatives in Italy's energy transition*, in *Energy Research & Social Science*, 13, 2016, 148 ss.

⁵⁴ Cfr. G. Walker, P. Devine-Wright, *Community renewable energy: What should it mean?*, in *Energy Policy*, 36/2008, 497-500. Sui vantaggi sociali derivanti dalla diffusione delle c.d. *domestic renewables* cfr. P. Fagan, *The Social Justice and Human Rights Benefits of Domestic Renewable Energy*, in *Advances in Environmental and Engineering Research*, 4/2023.

⁵⁵ In questo senso, G. Pizzanelli, *I partenariati dell'amministrazione condivisa: il caso delle comunità energetiche rinnovabili*, in E. Frediani (a cura di), *Lezioni sull'amministrazione condivisa*, Torino, 2025, spec. 115, nonché F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 107.

contribuire al perseguimento del complesso di interessi pubblici che orientano il processo di transizione energetica: dalla diffusione delle fonti rinnovabili al raggiungimento della neutralità climatica, dalla promozione di tecnologie e modelli di consumo innovativi al contrasto della povertà energetica, fino alla sicurezza dell'approvvigionamento.

Questo riconoscimento trova piena espressione nel *Clean Energy for All Europeans Package*. Si tratta, come noto, di un pacchetto legislativo adottato dall'Unione europea tra il 2018 e il 2019, composto da otto atti normativi (quattro direttive e quattro regolamenti) volti a completare l'Unione dell'energia e a promuovere una transizione energetica sostenibile, equa e partecipativa. Esso il quale «costituisce il primo tentativo di affrontare in modo sistematico le questioni sociali connesse alla materia energetica: ci si riferisce, da un lato, all'impatto ambientale della produzione e del consumo di energia; dall'altro, all'accesso all'energia quale bene essenziale al soddisfacimento dei bisogni primari dell'uomo»⁵⁶.

In questo contesto normativo, assumono particolare rilievo le già richiamate direttive RED II e IEM, le quali codificano – rispettivamente – due modelli giuridici distinti di comunità energetica: le Comunità di Energia Rinnovabile (CER)⁵⁷ e le Comunità Energetiche dei Cittadini (CEC)⁵⁸.

In entrambi i casi, si tratta di soggetti di diritto privato, la cui attività deve essere teleologicamente orientata al conseguimento di «benefici ambientali, sociali ed economici» a favore dei soci e della comunità in cui operano, anziché perseguire profitti finanziari. La distinzione tra i due modelli rispecchia le diverse finalità delle rispettive direttive: le CER mirano a incrementare l'uso di fonti rinnovabili, mentre le CEC intendono democratizzare il mercato energetico attraverso la diffusione dell'autoconsumo, anche da fonti non rinnovabili⁵⁹.

Le divergenze più significative tra i due modelli, invece, sono rintracciabili nel fatto che le CER possono operare solo con energia da fonti rinnovabili e sono soggette a un vincolo di prossimità degli impianti; per contro, le CEC si distinguono per la loro neutralità tecnologica,

⁵⁶ Così, V. Cappelli, *Le comunità energetiche quali strumenti di energy justice nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2023, 405.

⁵⁷ L'art. 2, punto 16), dir. UE 2018/2001 definisce la comunità di energia rinnovabile come un «soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali». Il relativo regime giuridico viene poi sviluppato nel successivo articolo 22, il cui par. 2, in particolare, prevede che «le comunità di energia rinnovabile abbiano il diritto di: a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile, fatti salvi gli altri requisiti di cui al presente articolo e il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei membri della comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile come clienti; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio».

⁵⁸ L'art. 2, punto 11), dir. UE 2019/994 definisce la comunità energetica di cittadini come un «soggetto giuridico che: a) è fondato sulla partecipazione volontaria e aperta ed è effettivamente controllato da membri o soci che sono persone fisiche, autorità locali, comprese le amministrazioni comunali, o piccole imprese; b) ha lo scopo principale di offrire ai suoi membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari; c) può partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci». Il relativo regime giuridico è poi sviluppato nel successivo articolo 16.

⁵⁹ C. Favilli, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2023, 6.

poiché le attività che svolgono non devono riferirsi necessariamente alla filiera dell'energia rinnovabile e i suoi membri non hanno alcun vincolo di prossimità geografica rispetto agli impianti⁶⁰.

In estrema sintesi, dunque, l'istituzione di una CER o di una CEC consente ai consumatori finali di partecipare in modo strutturato a un ampio ventaglio di attività nel settore energetico, che spaziano dalla produzione allo stoccaggio dell'energia, includendo attività di condivisione, vendita, acquisto e persino la fornitura di servizi accessori, quali l'efficienza energetica e la ricarica dei veicoli elettrici⁶¹.

La rilevanza di queste previsioni emerge con particolare evidenza dal fatto che entrambe le definizioni giuridiche – quella di CER di cui all'art. 2, punto 16), della RED II, e quella di CEC prevista all'art. 2, punto 11), della Direttiva IEM⁶² – includono espressamente tra i possibili membri anche le «autorità locali, comprese le amministrazioni comunali».

Questo aspetto costituisce un elemento di non poco rilievo nella prospettiva della presente indagine: l'ordinamento europeo, infatti, non si limita a «tollerare» l'emergere spontaneo di esperienze collaborative tra cittadini e autorità pubbliche – come già accaduto in altri ambiti⁶³ – ma ne diventa l'artefice, delineando un modello di comunità energetica che integra in modo strutturale la partecipazione di soggetti pubblici e privati. In tal modo, esso giunge a istituzionalizzare, in maniera espressa, configurazioni organizzative espressive di un modello di amministrazione effettivamente «sussidiario-attuativo» nel settore energetico⁶⁴.

Le comunità energetiche, inoltre, non si limitano a realizzare l'autoconsumo diffuso, ma danno vita a veri e propri partenariati di comunità, la cui missione va oltre il solo ambito energetico, puntando alla generazione di benefici ambientali, sociali ed economici per il contesto in cui operano.

Con specifico riferimento alle sole CER, poi, l'art. 22, c. 4, lett. b), della RED II prevede che gli Stati membri si adoperino affinché «alle autorità pubbliche sia fornito un sostegno normativo e di sviluppo delle capacità», non solo per favorire la creazione di tali comunità di energia nel loro territorio, ma anche per «aiutare le autorità a parteciparvi direttamente». Questa disposizione assume particolare rilievo ai fini dell'analisi, in quanto non si limita a legittimare la partecipazione pubblica, ma mira esplicitamente a promuoverla, rafforzando così la configurabilità delle comunità energetiche come «forma di partenariato dell'amministrazione condivisa»⁶⁵.

Inoltre, vale la pena evidenziare come tale riconoscimento istituzionale si inserisce in un processo evolutivo che ha visto le comunità energetiche nascere come esperienze spontanee, frutto di iniziative civiche e territoriali, e solo successivamente ricevere un inquadramento giuridico volto a promuoverne la diffusione. Una traiettoria che presenta evidenti affinità con l'esperienza dell'amministrazione condivisa: anche in quel caso, infatti, la collaborazione tra

⁶⁰ Inoltre, a differenza di quanto previsto per le CER, nelle CEC sono escluse le medie imprese.

⁶¹ Tale coinvolgimento attivo si traduce in effetti positivi tanto per i singoli partecipanti quanto per la collettività: da un lato, si registra una riduzione dei costi sostenuti per l'energia e per i servizi connessi; dall'altro, si rilevano benefici di sistema, quali la diminuzione delle perdite di rete grazie alla minore quantità di energia che transita sulle infrastrutture pubbliche. Inoltre, l'adesione diretta dei cittadini contribuisce a rafforzare l'accettazione sociale delle iniziative orientate alla realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili.

⁶² V. *supra* nt. 57 e 58.

⁶³ Parla di «tolleranza» dell'Unione europea per l'amministrazione condivisa G. Gotti, *La co-programmazione tra politica e amministrazione. Teoria, prassi e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 8, 2024, 84-87.

⁶⁴ La stessa definizione di CER e di CEC, del resto, svolge una funzione selettiva, volta a individuare quelle configurazioni comunitarie che, per struttura, finalità e composizione, risultano idonee a beneficiare di un regime giuridico promozionale e abilitante, in quanto orientate al perseguimento di obiettivi di interesse generale.

⁶⁵ Così F. Giglioni, *Forme e strumenti*, cit., 106 e 107.

cittadini e amministrazioni ha preso forma al di fuori di schemi normativi predefiniti, per poi essere recepita e valorizzata sul piano legislativo⁶⁶.

In definitiva, si può ritenere che la disciplina europea delle comunità energetiche costituisca un primo, significativo indice di emersione della dimensione «attuativa» della sussidiarietà orizzontale in seno all'ordinamento dell'Unione; e non stupisce – per le ragioni sopra esposte – che tale sviluppo abbia trovato terreno fertile proprio nel settore energetico.

6. Gli effetti del diritto europeo sull'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano. È nel solco tracciato dal legislatore europeo che si inserisce l'intervento di riforma del Codice del Terzo Settore (CTS), ad opera del d.l. n. 57/2023⁶⁷. In particolare, l'articolo 1, comma 2, del suddetto decreto ha inserito tra le attività di interesse generale di cui all'articolo 5 del d.lgs. n. 117/2017 e all'articolo 2 del d.lgs. n. 112/2017 gli «interventi e servizi finalizzati alla produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo previsti dal decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199». La modifica ha sancito la piena compatibilità tra la qualifica di Ente del Terzo Settore (ETS), compresa l'impresa sociale, e quella di comunità energetica rinnovabile, purché siano soddisfatti i requisiti previsti da entrambe le discipline di riferimento⁶⁸.

Si tratta di una novità di rilevante portata sistemica, in quanto consente di includere le CER – laddove costituite in forma di ETS – nell'ambito applicativo dei procedimenti tipici dell'amministrazione condivisa previsti dall'ordinamento nazionale.

Da un lato, una CER costituita in forma di ETS è legittimata a prendere parte ai procedimenti di amministrazione condivisa, previsti dal CTS⁶⁹. Si tratta di un'estensione innovativa di questi strumenti, finora applicati quasi esclusivamente in ambiti come il welfare o la cultura, e mai al settore energetico. In questo modo, essi possono svolgere una funzione di raccordo istituzionale, favorendo l'integrazione tra le strategie energetiche promosse dagli enti locali e le iniziative della società civile. Un'esigenza resa ancor più urgente dalla crescita esponenziale delle CER sul territorio nazionale, che impone la definizione di canali agili stabili di interlocuzione tra queste comunità e le amministrazioni locali.

Dall'altro lato, le CER costituite in forma di ETS possono anche rappresentare l'oggetto dei suddetti procedimenti, qualora questi mirino alla loro creazione o sviluppo. In tale configurazione, la comunità energetica non figura tra i soggetti partecipanti al procedimento, ma ne rappresenta il risultato atteso, frutto di un intervento collaborativo tra pubblica amministrazione ed ETS.

In questa prospettiva, il coinvolgimento degli ETS assume un rilievo particolare, configurandosi come leva privilegiata per l'attivazione di percorsi orientati all'inclusione sociale e al rafforzamento della coesione territoriale, soprattutto nelle aree caratterizzate da vulnerabilità socio-economiche. È proprio in tali realtà che si sviluppano le cc.dd. «CER

⁶⁶ G. Pizzanelli, *I partenariati dell'amministrazione condivisa*, cit., 117.

⁶⁷ D.l. 57/2023, recante misure urgenti per il settore energetico, convertito con modificazioni dalla l. n. 95/2023.

⁶⁸ Ad esempio, la CER controllata dalla Pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 10, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021 non può ottenere la qualifica di impresa sociale, stante l'art. 4, c. 3, d.lgs. n. 112/2017 che espressamente dispone: «le amministrazioni pubbliche [...] non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'articolo 2359 del Codice civile» e la nota del 4 marzo 2020 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali sulla partecipazione della P.A. agli enti del Terzo settore, secondo cui la P.A. non può assumere un'influenza dominante in un ETS. Cfr. C. Iaione, A. Aquili, *Le comunità energetiche rinnovabili solidali per una transizione giusta e democratica*, in *Diritto e Società*, 4, 2024, 746.

⁶⁹ Si fa riferimento in particolare ai procedimenti di co-programmazione e co-progettazione previsti dall'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017.

solidali» – espressione atecnica ma ormai diffusa nel dibattito pubblico – utilizzata per designare quelle comunità che coinvolgono soggetti in condizioni di fragilità e destinano i benefici economici derivanti dalla condivisione energetica a finalità solidaristiche, come l'erogazione di servizi o il finanziamento di progetti sociali per lo sviluppo del territorio⁷⁰.

Un esempio emblematico in questa direzione è rappresentato dal Comune di Roma, che ha recentemente adottato un regolamento *ad hoc*⁷¹ volto a disciplinare i procedimenti di co-progettazione finalizzati alla realizzazione di CER solidali⁷².

Il regolamento prevede due distinti procedimenti di co-progettazione.

Il primo consente agli enti del terzo settore di presentare proposte per l'installazione di impianti fotovoltaici su coperture di edifici pubblici: in cambio della concessione d'uso delle superfici comunali, gli ETS si impegnano a costituire comunità energetiche rinnovabili solidali, destinando i benefici economici generati – come gli incentivi – al finanziamento di progetti con finalità sociali o ambientali.

Il secondo procedimento riguarda invece l'affidamento della gestione di impianti fotovoltaici già realizzati dal Comune o in corso di realizzazione con fondi del PNRR. Anche in questo caso, l'assegnazione è subordinata all'impegno degli ETS a costituire CER solidali e a condividere l'energia prodotta a beneficio della comunità.

Inoltre, è significativo osservare che il Regolamento subordina espressamente l'esito dei procedimenti di co-progettazione alla costituzione della futura CER in forma di ETS. Una tale previsione appare particolarmente opportuna: da un lato, garantisce la legittimità dell'intervento nell'ambito dello strumento di amministrazione condivisa⁷³; dall'altro, vincola la comunità a finalità solidaristiche e non lucrative, assicurando che i benefici generati siano effettivamente destinati al benessere collettivo del territorio.

In definitiva, il caso delle comunità energetiche mostra come, per la prima volta, sia stato il diritto dell'Unione europea a esercitare una funzione propulsiva nei confronti dell'ordinamento italiano, determinando l'estensione dell'ambito di applicazione degli strumenti di amministrazione condivisa previsti dal CTS a un settore – quello energetico – fino ad allora rimasto escluso.

7. Considerazioni conclusive. Ebbene, se da un lato è vero che, nel contesto dell'Unione europea, la dimensione «attuativa» della sussidiarietà orizzontale fatica ancora a trovare un pieno riconoscimento, la disciplina delle comunità energetiche rappresenta un'eccezione degna di nota. Non sorprende che tale eccezione si sia manifestata proprio nel settore

⁷⁰ Il ruolo strategico attribuito a tali esperienze si rinviene anche nelle leggi regionali che dedicano disposizioni ad hoc alle medesime, prevedendo specifici strumenti di sostegno economico. In tal senso, si possono richiamare, tra le altre, la legge regionale Emilia-Romagna n. 5/2022 e la legge regionale Puglia n. 45/2019, le quali riservano forme di supporto rafforzato alle CER che vengono definite «a forte valenza sociale e territoriale». Sul tema delle CER solidali v. C. Iaione, A. Aquili, *Le comunità energetiche rinnovabili solidali*, cit., spec. 773 ss.

⁷¹ Si tratta, nello specifico, del *Regolamento per la messa a disposizione di aree e impianti solari fotovoltaici di Roma Capitale a favore di comunità energetiche rinnovabili solidali*, approvato con delibera n. 174 del 2024 dall'Assemblea Capitolina.

⁷² Il Regolamento fornisce una definizione specifica di «CERS» (Comunità Energetica Rinnovabile Solidale), identificandola come una CER «che, secondo quanto previsto nel relativo statuto, metta a disposizione i benefici derivanti dalla condivisione dell'energia alla comunità di riferimento per realizzare interventi di carattere ambientale, sociale ed economico attraverso convenzioni o patti di collaborazione da sottoscrivere tra la CERS e l'Amministrazione ai sensi del Regolamento per l'amministrazione condivisa dei beni comuni materiali e immateriali di Roma Capitale, ovvero altri strumenti di amministrazione condivisa ovvero, in ogni caso, altri strumenti che garantiscano la destinazione a interventi di carattere ambientale, sociale ed economico nell'area di riferimento» (art. 2, lett. i)).

⁷³ Ciò in quanto in assenza di tale qualificazione, la stipula di una convenzione quale esito del procedimento risulterebbe priva di fondamento normativo.

energetico, ambito in cui l'Unione già da tempo richiede il coinvolgimento attivo dei cittadini per la realizzazione degli obiettivi strategici connessi alla transizione energetica.

Attraverso le comunità energetiche, infatti, l'ordinamento europeo sembra aver oltrepassato i confini della sussidiarietà «decisionale», per addentrarsi – sia pure in modo indiretto e forse non del tutto consapevole – nel territorio, ancora poco esplorato, della sussidiarietà attuativa. Un'evoluzione che trova la sua principale causa nella spinta trasformativa impressa dal *Green Deal* europeo, il quale – come rilevato in dottrina – starebbe progressivamente modificando dall'interno la costituzione economica dell'Unione, «facendo compiere torsioni significative a ciascuna delle sue principali componenti, arricchendone le finalità tradizionali»⁷⁴.

L'impatto generativo della RED II sull'ordinamento italiano ne costituisce una testimonianza eloquente: l'«irritazione» – per usare un lessico luhmanniano⁷⁵ – prodotta dal diritto europeo ha innescato un processo di ridefinizione dell'ambito materiale di applicazione del Codice del Terzo Settore.

In questa prospettiva, il settore energetico emerge oggi come il principale laboratorio europeo di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale «attuativa», con significativi effetti trasformativi sugli ordinamenti nazionali.

Abstract. Il saggio analizza il principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento dell'Unione europea, distinguendone due dimensioni: quella «decisionale», legata alla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici, e quella «attuativa», riferita al loro coinvolgimento nell'attuazione delle politiche. Mentre la prima sembra trovare un solido fondamentale nei Trattati, la seconda risulta ancora marginale, ostacolata dalla centralità del paradigma concorrenziale. Un'importante eccezione è tuttavia rappresentata dal settore energetico, in cui la disciplina delle comunità energetiche costituisce una prima evidente apertura dell'ordinamento europeo al modello dell'«amministrazione condivisa». Tale evoluzione ha prodotto effetti rilevanti anche sul piano dell'ordinamento interno, favorendo l'inclusione delle comunità energetiche rinnovabili nel perimetro del Terzo settore legalmente riconosciuto.

Abstract. The essay examines the principle of horizontal subsidiarity within the legal framework of the European Union, distinguishing between its two dimensions: the decision-making dimension, linked to citizen participation in public decision-making processes, and the implementation dimension, referring to their involvement in the execution of public policies. While the former finds recognition in the EU Treaties, the latter remains marginal, hindered by the predominance of the competition-based paradigm. An important exception, however, is represented by the energy sector, where the regulation of energy communities constitutes a clear initial opening of the EU legal order to the model of «cooperative administration». This development has also had significant effects at the domestic level, promoting the inclusion of renewable energy communities within the legally recognized

⁷⁴ E. Chiti, In motu. *L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, Napoli, 2022, 136; sul punto v. anche Id., *Managing the Ecological Transition*, cit., *passim*.

⁷⁵ Nel quadro della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, l'«irritazione» indica la ricezione da parte di un sistema sociale di stimoli provenienti dall'ambiente che non possono essere direttamente ricondotti ai suoi codici comunicativi interni (ad es. legale/illegale, vero/falso, ecc.). Tali stimoli, pur non traducibili in operazioni immediate, devono essere processati dal sistema, il quale reagisce attraverso proprie modalità operative. L'irritazione rappresenta così un meccanismo di adattamento e di possibile trasformazione sistemica, pur nella cornice dell'autopoiesi e della chiusura operativa. Sul punto, v. N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di teoria generale*, Bologna, 1990, *passim*, nonché N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992, *passim*.

Third Sector.

Parole chiave. Sussidiarietà orizzontale – amministrazione condivisa – comunità energetiche – solidarietà – Terzo settore.

Key words. Horizontal subsidiarity – cooperative administration – energy communities – solidarity – Third sector.

LE GARANZIE PROCEDURALI DEL DSA E I LIMITI EURO-UNITARI AL POTERE PRIVATO DELLE PIATTAFORME DIGITALI*

di Sara Pugliese** e Vincenzo Visone***

145

Sommario. 1. Il tramonto dell'idea ingenua del *free marketplace of ideas*. – 2. La propulsione regolativa europea delle piattaforme digitali. – 3. Costituzionalismo digitale e *Digital Service Act*. – 4. L'assetto istituzionale e la dimensione amministrativa del *Digital Service Act*. – 5 La co-regolazione delle piattaforme digitali mediante il *Digital Service Act*. – 6. L'attività di vigilanza della Commissione UE. – 7. Conclusioni.

1. Il tramonto dell'idea ingenua del free marketplace of ideas. Ogni discorso sulla regolamentazione delle piattaforme digitali si spiega su diversi piani prospettici, prestando il fianco ad una lettura poliedrica e piena di sfumature politiche, economiche e giuridiche. L'Unione Europea ha palesato una sensibilità particolare verso le tematiche dell'inferenza tecnologica rispetto all'ordinamento giuridico¹. Mediante il c.d. *Brussel effect*², il continente europeo si è fatto portavoce globale delle sopravvenute esigenze di tutela nell'ambito dell'ecosistema digitale, un campione plasticamente rappresentativo dell'opportunità (*recte* necessità) di aggiornare le regole in tema di responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari. La *de-regulation*³ è stato l'*humus* sul quale si sono costituiti i

* *Sottoposto a referaggio*. Questo lavoro è stato condotto dall'Unità di ricerca locale dell'Università degli Studi di Napoli «Parthenope» nell'ambito del PRIN 2022 «Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market», codice 20223KNYEX, responsabile nazionale Prof. Giuseppe Morgese, finanziato dall'Unione europea – PNRR Next Generation EU – Investimento M4.C2.1.1 - CUP I53D23002870006. Il lavoro esita ad una condivisa riflessione degli autori: sono di Vincenzo Visone i paragrafi 1,2,3,4,7; sono di Sara Pugliese, autore corrispondente, i paragrafi 5 e 6.

** Professoressa Associata di Diritto dell'UE – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

*** Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

¹ Il rapporto tra diritto e tecnica assume particolare rilevanza in relazione al tema che ci occupa, atteso che le innovazioni di natura tecnologica incidono sui diritti e sulle libertà rimodulandone contenuti, garanzie e limiti. Sul punto, nell'ambito di una vasta bibliografia, v. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; Id., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 1997; L. D'Avack, *Ordine giuridico e ordine tecnologico*, Torino, 1998; N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma, 2001; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005; N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007; A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008; 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. Con particolare riguardo al settore delle telecomunicazioni, v. V. M. Sbrescia, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1207 ss.

² A. Bradford, *The Brussels effect. How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

³ Sull'anacronismo di tale approccio, si condividono le notazioni di G. Pistorio, *La co-regolazione nell'ecosistema digitale tra etero-regolazione e auto-regolazione. questioni definitorie*, in *Osservatoriosullefonti.it*, XVII, 1, 2024. Secondo l'A., «una volta sconfessata «la retorica deregolatoria», ovvero sopito ogni dubbio sull'*an*, sulla necessità che il diritto intervenga per regolare la tecnologia, il dibattito si è cominciato a sviluppare attorno all'individuazione dei

monopoli e gli oligopoli tecnologici⁴ che attualmente governano il campo delle ricerche sul *web*, l'interazione *social*, il commercio elettronico e che, prendendo le mosse dalla ricchezza dei dati cumulati⁵ nel tempo e della relativa capacità di elaborazione⁶ degli stessi⁷, ha posto le basi affinché le *Big Tech* siano ad oggi leve finanziarie di abnorme portata e dal peso politico indiscutibile⁸. Su tale ultimo profilo, non può negarsi un'inoppugnabile correlazione tra

possibili modelli di regolazione, a partire dalle tradizionali forme di etero-normazione pubblica e di autoregolazione privata». In dottrina è stato ulteriormente osservato da M. Manetti, *Regolare Internet*, in *Media Law*, 2020, 2, che «crollata l'idea della Rete come luogo di appagamento sia del bisogno di comunicazione interpersonale, sia della sete di conoscenza [...], il tema si è per così dire rovesciato, concentrando sugli aspetti meno benefici della libertà di comunicazione-diffusione del pensiero», con la conseguenza che «oggi in tutto il mondo, e non da ultimo negli Stati Uniti, si discute accanitamente non più sulla necessità, ma sui modi con i quali regolare efficacemente l'uso di internet».

⁴ Ad inizio anni Novanta l'ecosistema digitale si definiva in una dimensione a-giuridica, basata su un'autoregolamentazione di tipo tecnico, di qui si spiegava un superamento dei limiti territoriali propri dell'organizzazione statale e un distacco dal potere centralizzato. J.P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 199, *Electronic Frontier Foundation*, ora in *18 Duke Law & Technology Review*, 2019, 5 ss., pronosticava «un mondo in cui tutti possano entrare senza privilegi o pregiudizi legati alla razza, al potere economico, alla forza militare o alla posizione di nascita» e nel quale «chiunque, ovunque, possa esprimere le proprie convinzioni, per quanto singolari, senza temere di essere costretto al silenzio o al conformismo». La dichiarazione chiosava con l'affermata immunità dello spazio virtuale rispetto alla sovranità degli Stati: «Dobbiamo chiarire i nostri sé virtuali immuni dalla vostra sovranità, anche se continuiamo ad acconsentire al vostro dominio sui nostri copri. Ci diffonderemo su tutto il Pianeta in modo che nessuno possa arrestare i nostri pensieri».

⁵ Da cui si è configurata la società dei dati, di cui parla con dovizia di approfondimento F. Faini, *Data Society, Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019. In tema, v. M. Betzu, G. Demuro, *I «big data» e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2020, 218-223; A. Candido, M. Delmastro, A. Nicità, *«Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo»*, Bologna, 2019, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, 213-218; F. De Leonardis, *«Big data», decisioni amministrative e «povertà» di risorse della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 2, 2020, 367-387; D. Gambetta (a cura di), *Datacrasia. Politica, cultura algoritmica e conflitto al tempo dei big data*, Roma, 2018. Sia consentito il rimando anche al contributo di M. Rea, *Big Data tra problemi di concorrenza di privacy*, in M. Rea, V. Visone (a cura di), *La rivoluzione digitale: il complicato rapporto tra diritto e web. Side inedite per il giurista di oggi*, Napoli, 2019, 13-22.

⁶ Si veda in tema V. Pagnanelli, *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della «(big) data governance» pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2021, 13-28. L'A., assumendo le politiche di conservazione dei dati nel settore pubblico come paradigma, offre una riflessione sulle modalità con cui gli Stati stanno affermando o difendendo la loro sovranità digitale. Per quanto ci occupa, il contributo è di rilevante interesse giacché propone una ricostruzione del percorso di digitalizzazione della PA italiana, sul quale i «big data» hanno avuto un notevole impatto. In argomento, M. Tresca, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, 545-557; F. De Leonardis, *«Big data», decisioni amministrative e «povertà» di risorse della pubblica amministrazione (Big data, administrative decisions and «lack» of resources for the Public Administration)*, in *Munus*, 2, 2020, 367-387.

⁷ Ai *Big Data* si attribuiscono le «4V» che ne esprimono le caratteristiche maggiori: volume, velocità, varietà, veracità. Il «volume» indica l'enorme quantità di dati; la «velocità» l'accelerazione nell'elaborazione dei dati; la «varietà» rimanda all'eterogeneità delle fonti da cui sono prodotti; la «veracità» rimarca la plausibile autenticità (o inautenticità) dei dati. Sulla pervasività dei *Big Data* e il ruolo del diritto si vedano i contributi di L. Palazzani, *Dalla bio-etica alla tecno etica: nuove sfide del diritto*, Torino, 2017, 362; U. Ruffolo, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 7, 2019, 1689.

⁸ «La formazione di un vasto potere di mercato riconducibile ad un numero ristretto di piattaforme digitali costituisce un dato economico considerato ormai per acquisito, sebbene risulti un fenomeno di recente e rapida affermazione», in questi termini G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1, 2023, 116. L'A. spiega doviziosamente il meccanismo dell'autoregolazione, che in merito alla c.d. *platform regulation* discorre di strumenti essenziali: la definizione dell'infrastruttura della piattaforma e l'accettazione dei termini e delle condizioni di servizio. In specie, mediante il design e il concreto sviluppo delle funzionalità tecniche della piattaforma, «si delineano i confini materiali entro cui saranno possibili le interazioni degli utenti, circoscrivendo così in via preventiva le modalità e i termini di utilizzo della piattaforma. Il fenomeno, a cui è solito riferirsi utilizzando il termine *algorithmic governance*, solleva il tema

populismo e poteri privati digitali, attinti in una relazione biunivoca in cui «il populismo-entro certi limiti - si alimenta delle categorie e delle opportunità offerte dal costituzionalismo per alterare le gerarchie- valoriali e giuridiche- delle democrazie costituzionali»⁹. Le piattaforme digitali¹⁰ sono una forma pervasiva e imperiosa di potere privato di cui l'Unione Europea si è occupata recentemente mediante il reg. Ue n. 2065/2022 (c.d. *Digital Services Act*)¹¹, che qualifica il servizio di *hosting* come «servizio intermediario», a sua volta declinazione della categoria dei «servizi della società dell'informazione» [art. 3, par. 1, lett. a) e g) iii)]¹².

Postulato di tale *ratio legis* è l'abbondono dell'ideologia di matrice statunitense del *marketplace of ideas*, la cui base fondativa è il convincimento che la libera circolazione delle idee, in un contesto spoglio di regole, sia condizione prodromica per l'emersione della verità: come evidenziato da autorevole dottrina, «la metafora del libero mercato delle idee è inappagante solo se confusa con un insostenibile *laissez-fair* a vantaggio delle piattaforme»¹³.

Yuval Noah Harari nella sua ultima fatica letteraria scrive in maniera decisamente critica dell'ingenua visione del *marketplace of ideas*¹⁴, evidenziando le aporie di cui tale costruzione è contrassegnata, atteso che la visione ingenua dell'informazione coltiva un'idea eccessivamente ottimistica delle reti umane su larga scala. Tale visione ingenua «sostiene che, raccogliendo ed elaborando più informazioni di quanto possano fare i singoli individui, le

dell'informatica quale strumento implicito di regolazione, e quello, ad esso conseguente, della possibile concorrenza tra regole tecniche e regole giuridiche nella definizione dei rapporti tra utenti e piattaforme (tra i primi studi, a cui si deve peraltro l'utilizzo della celebre espressione «*code is law*», Lessig, 1999). Il principale strumento normativo della *self-regulation* è costituito tuttavia dalle condizioni e dai termini del servizio, ovvero dal documento che stabilisce le modalità generali per l'erogazione del servizio e la disciplina del rapporto contrattuale tra piattaforma e utenti. La quasi totalità delle c.d. community standard contengono regolamenti marcatamente asimmetrici dei relativi rapporti contrattuali, i quali sono attuati attraverso l'imposizione in via prevalente di una serie di obblighi per l'utente, a cui fa da corrispettivo la previsione di un numero consistente di facoltà, poteri ed autorizzazioni per la piattaforma».

⁹ G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza*, Torino, 2019, 117.

¹⁰ Sono piattaforme digitali i siti online che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti, assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti. Per gli aspetti definitori si veda T. Gillespie, *Custodians of the Internet, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, London, 2018, 18 ss. La Commissione europea, all'interno della *Comunicazione sul mercato digitale - Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM (15), 192 final- fa riferimento alle piattaforme digitali come a quell'impresa che opera su mercati bilaterali o multilaterali; tuttavia, esse possono essere anche solo intese come intermediario specializzato nel promuovere il coordinamento di due o più gruppi di soggetti diversi.

¹¹ Sul DSA, tra i contributi più recenti, cfr. A. Polisenio (2025). *La sostenibilità integrata: mercato energetico e Digital Service Act per il patrimonio culturale*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, 1, 2024; C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quad. cost.*, 3, 2023, 543 ss.; S. Del Gatto, *Il «Digital Services Act»: un'introduzione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 6, 2023, 724 ss.; E. Longo, «*Digital Services Act* - Libertà di informazione. Libertà di informazione e lotta alla disinformazione nel «Digital Services Act»», in *Giorn. Dir. amm.*, 6, 2023, 737 ss.; F. Casolari, *Il «Digital Services Act» e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giur. it.*, 2, 2024, 462 ss.

¹² Cfr. E. Rosati, G. Sartor, *Social Networks e Responsabilità del Provider*, in *EUI Working Papers*, 5, 2012: «le reti sociali, come altri sistemi che raccolgono contenuti generati dagli utenti, operano secondo il modello del software come servizio (*software as a service*) o anzi piattaforma come servizio (*platform as a service*)».

¹³ Così M. Betzu, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 90. In tema si veda anche O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1, 2018, 80.

¹⁴ Tale definizione è stata coniata dal giudice della *Supreme Court* statunitense William O. Douglas nella decisione resa sul caso *United States v. Rumely* (1953). Postulato di tale prospettiva è la garanzia sancita dal primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, ove si prevede che «il Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o della stampa; o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti». In argomento, cfr. M. Ramajoli, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *Media Laws*, 1, 2018, 224 ss.; e M. Manetti, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Dir. inform.*, 2, 2014, 142 ss.

grandi reti raggiungono una migliore comprensione»¹⁵, quindi, in base a tale discorrendo, può sinotticamente sostenersi che la visione ingenua «giustifica la ricerca di tecnologie informatiche sempre più potenti»¹⁶, di cui sovente si nascondono i pericoli e si esaltano irenicamente i vantaggi, sulla scorta dell'idea per la quale la tecnologia dell'informazione tende a generare «un circolo virtuoso che fa progredire quasi tutti gli aspetti del benessere umano, tra cui l'alfabetizzazione, l'istruzione, la ricchezza, i servizi igienici, la salute, la democratizzazione e la riduzione della violenza»¹⁷.

Il libero mercato delle idee respinge *in nuce* qualsiasi forma di regolazione, il cui intervento esterno e imperativo comprometterebbe il funzionamento dello stesso: di lì, anche il DSA potrebbe essere considerato un'impertinenza normativa ovvero un incidente interruttivo della circolarità delle idee nell'etere telematico.

Tale assunto, smentito dalla risultanza storica in cui siamo immersi, si fonda sull'artata convinzione che, nei meandri di un sinuoso e osmotico circolare di mendace e vero, alla fine, l'attendibilità/veridicità riesca a trionfare¹⁸.

L'empiria riferisce – a contrario – che l'esperimento della deregolamentazione è fallito, anzi, è stato dolosamente o colposamente lo schermo di cui si è fruito per tutelare posizioni di forza economica dei giganti del web.

La critica all'idea del libero mercato delle idee è prodromica all'ammissione di un intervento pubblico nel campo delle piattaforme digitali, in cui lo scambio di notizie e opinioni sfugge alla cornice regolatoria, sia normativa che deontologica, propria dei media tradizionali, la cui attività è coperta da responsabilità editoriale¹⁹. Piuttosto che limite alla libertà di espressione dell'utente, il DSA è da intendersi come mezzo di correzione delle disfunzioni dell'agorà digitale generate dalla *de-regulation*.

Il tema è delicato, poiché dall'intento regolatorio a quello censorio il confine è labile e lo spettro di uno strabordare del legislatore – europeo e/o nazionale – è un rischio da monitorare pedissequamente che, comunque, non permette di obliterare il bisogno e l'opportunità di limitare l'anarchia/autarchia delle piattaforme digitali.

2. La propulsione regolativa europea delle piattaforme digitali. Il *Digital Service Act* riprende la logica della Direttiva 2000/31/ Ce (c.d. Direttiva sul Commercio Elettronico), trasposta nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 70/2003, palesando una diversa sensibilità circa il ruolo e le attività delle piattaforme digitali di grandi dimensioni. La Direttiva sul Commercio Elettronico ha avuto il merito di limitare il creazionismo pretorio che incideva irrimediabilmente sulla certezza delle regole²⁰: essa è stata una soluzione di compromesso, la

¹⁵ Y. N. Harari, *Nexus. Breve storia delle reti di informazione dall'età della pietra all'IA*, Milano, 2024, 12.

¹⁶ *Ibidem*, 15.

¹⁷ Così, Ray Kurzweil, *The Singularity Is Nearer: When We Merge with AI*, London, 2024, 121-123.

¹⁸ In tema, si veda A. Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, 2021.

¹⁹ «Minori preoccupazioni solleva la diffusione di campagne disinformative attraverso i media, in quanto è più agevole individuare e sanzionare simili attività. Posto la posizione di preminenza che l'UE riserva ai media a partire già dall'art. 11, par. 2, Carta di Nizza e il loro ruolo chiave nella lotta alla disinformazione, infatti, le minori preoccupazioni dipendono sia dall'esistenza delle norme nazionali sulla responsabilità editoriale sia dal maggiore controllo pubblico che è possibile esercitare nei confronti di editori e testate di informazione», così G. Morgese, *Il contrasto alla disinformazione originata da ingerenze straniere nell'Unione europea*, in M. Messina (a cura di), *Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, Napoli, 2024, 89-113.

²⁰ Attesa l'insussistenza di un quadro regolatorio europeo e domestico in materia, si era sviluppato un formante giurisprudenziale che equiparava la responsabilità dell'*hosting provider* a quella del direttore o dell'editore per gli illeciti commessi a mezzo stampa. Tra gli arresti pretori che hanno aderito a tale teoretica si segnalano, *ex multis*, Trib. Napoli, ord. 8 agosto 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1, 1998, 173 ss., ove si è dichiarato che la «rete Internet, quale «sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche» è equiparabile a un organo di stampa»; ma anche Trib. Macerata, 2 dicembre 1998, in *Dir. ind.*, 1, 1999, 35 ss., ove è stata espressa la massima

quale ha affermato la generale immunità del gestore della piattaforma per le informazioni immesse in rete dagli utenti, in cui l'eccezione è l'iscrizione di responsabilità in presenza di circostanze «controllabili» ed «evitabili» attraverso una condotta diligente²¹. Come evidenziato recentemente da attenta dottrina, «il legislatore europeo ha configurato una forma di responsabilità per colpa correlata al paradigma del dovere di diligenza professionale, ossia una clausola generale dotata di sufficienti margini di flessibilità ai fini del giudizio di relazione tra la condotta concreta e il modello parametrico astrattamente esigibile»²². Il *Digital Service Act*, il cui obiettivo principale consiste «nell'approntare un sistema di misure volte alla protezione dei diritti fondamentali degli utenti, creando un ambiente digitale competitivo e trasparente»²³, estrinseca l'intenzione dell'UE di ridimensionare l'anarchia tecnologica²⁴, assumendo la co-regolazione quale via maestra per controbilanciare gli sproporzionati rapporti tra poteri tecnologici e utenti²⁵.

per cui il gestore di rete, in quanto assimilabile a un editore, è obbligato a vigilare affinché attraverso la pubblicazione non vengano perpetrati delitti o illeciti di natura civilistica. In via adesiva, in dottrina, si veda S. Peron, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete internet*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2000, 821 s. Contrari all'equiparazione tra la figura dell'*hosting provider* a quella del direttore o dell'editore per gli illeciti commessi a mezzo stampa, in particolare, M. Franzoni, *La responsabilità del Provider*, in *AIDA*, 1997, 250, secondo il quale la posizione dell'*Internet Service Provider* è equiparabile a quella di chi «vende fogli bianchi che altri impiegheranno per la scrittura». Invero, nessuno «attribuirebbe al venditore dei fogli bianchi la responsabilità a titolo di concorso per l'illecito compiuto da chi successivamente scrive su quei fogli». Si v., anche, V. Zeno-Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inform.*, 1, 1998, 15 ss., anch'egli contrario alla configurazione di una responsabilità di qualsivoglia segno in capo all'*hosting provider*.

²¹ Ad esempio, l'art. 8 del *Digital Service Act*, rubricato «Assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti» conferma l'assenza per il provider e intermediari digitali di un obbligo generalizzato di controllo sui contenuti ospitati o comunque veicolati: «Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali».

²² S. Vaccari, *Riflessioni sulla responsabilità dei c.d. hosting providers tra enforcement privatistico e regolazione amministrativa*, in *Munus*, 2, 2024, 680.

²³ M. Betzu, *I baroni del digitale*, cit., 105. Sul punto, G. De Minico, *Fundamental right, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, 2, 2021, 16, critica l'architettura normativa europea. L'A. evidenzia che in apparenza si assiste ad una co-regolazione tra istituzioni pubbliche e autorità digitali private, in cui i codici di condotta, i quali formalmente sono accessori al referente normativo di cui al DSA. Approfondendo tale profilo, però, il DSA non fornisce regole sostanziali circa la definizione dei contenuti illeciti, proprio perché «questo compito è delegato all'autoregolazione privata».

²⁴ «Il dibattito sulle politiche della digitalizzazione, infine, tocca le corde più profonde dei delicati meccanismi della democrazia... Non possiamo abbandonare il presidio democratico soprattutto di fronte a fenomeni di condizionamento politico ed elettorale, o di spionaggio contro giornalisti, attivisti, politici... Di fronte a «salti storici quantistici» di questo tenore, le politiche europee devono restituire, in futuro, un sano equilibrio sociale, con un saggio esercizio dei poteri pubblici e un efficace controllo su quelli privati», così B. Carotti, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2022, 1006.

²⁵ Come evidenziato da L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2022, 1107, «Il Digital Services Act ha ad oggetto prevalentemente i rapporti fra gli erogatori di servizi e gli utenti e, muovendo dal quadro normativo definito con la direttiva europea sul commercio elettronico, introduce un'ampia gamma di obblighi e di doveri di diligenza per i prestatori di servizi digitali. Si tratta di obblighi articolati in modo diverso a seconda sia della natura dei servizi prestati, sia delle dimensioni dei prestatori, ma tutti ispirati al principio secondo cui «ciò che è illecito offline deve essere illecito anche online».

I sovrani della rete²⁶ sono parcamente affezionati al concetto di territorio²⁷ – consustanziale all’idea di sovranità statale²⁸ – ancorandosi ad una visione universale²⁹ dei rapporti priva di *limen*³⁰.

Se è vero, come è vero, che siamo dinanzi all’avvenuta formazione di uno strabordante potere privato³¹, tecnocratico e globale, la logica conseguenza verte - primariamente – sull’impellente esigenza di ridefinizione del concetto stesso di potere.

Sotto tale versante, il DSA e la relativa attività di vigilanza attribuita alla Commissione e all’Agcom sono una risposta normativa-esecutiva di limitazione di tale tecnocrazia, di cui le piattaforme digitali sono certamente un esempio ampiamente rappresentativo.

La risultanza assiologica del processo di co-regolazione inaugurato già da anni dall’UE riguarda la commutazione del ruolo politico-istituzionale del Vecchio Continente, passato dall’ambizione regolatrice di un mercato unico a terra eletta per la codificazione dell’*habeas corpus* digitale³², in un abbrivio normativo ove si è colto probabilmente la dirompente portata del cambiamento epocale in corso. La società *onlife*³³ abbisogna di una risposta dinamica e istituzionale, in grado di muoversi tra libera iniziativa economica, libertà di parola, diritto ad essere informati e ad informare, consapevole della complessità di un bilanciamento di ardua definizione e di evidente delicatezza, in cui il rischio di travisamento del potere e di irragionevolezza è piuttosto concreto.

Gli *hosting provider* attivi³⁴ – in specie quelli di grandi dimensioni- hanno un’inferenza diretta sul gioco democratico e sulla credibilità delle istituzioni. Le piattaforme digitali conservano e

²⁶ Si riprende il titolo di un’interessantissima monografia di F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022. L’A. discorre degli intermediari digitali come di «arbitri, che pretendono di autolegittimarsi e di gestire, sfruttando l’asimmetria di conoscenza derivante dalla mole di dati a loro disposizione, gli spazi di libertà che essi stessi concedono agli utenti. Esercitano quindi un potere che esorbita largamente la sola sfera economica. Un potere che è, nei fatti, anche culturale e politico» (XI).

²⁷ In aperta contraddizione con l’insegnamento di G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, 368, che definiva la sovranità statale attraverso la sua declinazione territoriale, considerata come la «sfera di dominazione delimitata ed esclusiva».

²⁸ L’avvento del digitale «segna irreversibilmente la crisi della sovranità dello Stato: la rigidità del diritto statale si rivela incapace di regolare le nuove modalità delle azioni umane; la destatuallizzazione produce un diritto flessibile, che si adatta al modello reticolare del mondo digitale», in questi termini E. Maestri, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, 1, 2017, 18.

²⁹ Cfr. G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista Aic*, 3, 2017, 17.

³⁰ Di un diritto amministrativo globale discorre in diversi contributi S. Cassese, di cui si rammentano i saggi: *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.; *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, 663 ss.; *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013.

³¹ Cfr. P. Stanzone (a cura di), *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022, 2.

³² Declinato sotto forma di regolare procedurali, come posto in evidenza da O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021, 204.

³³ La locuzione si deve a L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2014.

³⁴ Tale categoria è stata enucleata dalla giurisprudenza quale specificazione del *genus* dell’*hosting provider*. Rileva M. Scrofani, *Il ruolo e la responsabilità degli internet service provider nella «post-truth era»*, in *Danno e Resp.*, 2024, 5, 553 che, nel solco ventennale dall’emanazione del d.lgs. n. 70/2003, si è appurata una rilevante eterogeneità delle attività svolte dagli intermediari digitali che ovviamente ha stressato fortemente il quadro normativo di riferimento. In specie, è stato osservato che tali intermediari «raramente si limitino ad ospitare contenuti ed organizzare informazioni. Sembra, dunque, che il paradigma della *net-neutrality* sia anacronistico e difficilmente sostenibile. In particolare, tali prestatori di servizi, svolgendo attività di indicizzazione, scelta, filtraggio e organizzazione dei contenuti digitali (si pensi ai motori di ricerca, ai *social network*, agli aggregatori di contenuti pubblicati da terzi, c.d. *user generated content*), eserciterebbero un’«attività di interferenza» rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti sulle piattaforme digitali che, implicando un seppur minimo grado di consapevolezza dei contenuti stessi, ostacolerebbe l’applicazione del regime di esenzione previsto dalla dir. 2000/31/CE (40). La

rielaborano la massa dei dati³⁵ che la nostra civiltà sta trasferendo ad un gruppo elitario di imprese, in difetto di un'effettiva presa di coscienza dell'inestimabile valore delle informazioni, che il capitalismo della sorveglianza³⁶ ha patrimonializzato e reso il cardine dello sviluppo di economie di azione e di scopo. Abbiamo un disperato bisogno di punti di riequilibrio nell'asimmetrica relazione tra *hosting provider* e utenti³⁷, un'esigenza che giustifica e legittima il soccorso della scienza pubblicistica rispetto alla conclamata insufficienza (o inadeguatezza) dello *iure privatorum*.

Prendendo le mosse da quanto detto, si indagheranno i connotati costituzionali del reg. UE 2022/2065, la natura e i compiti della vigilanza europea³⁸ e domestica sull'attività delle piattaforme digitali e, di qui, si verificherà la sussunzione della relazione cittadino/utente e *hosting provider* all'egida del rapporto amministrativo³⁹.

3. Costituzionalismo digitale e Digital Service Act. Il *Digital Service Act* si iscrive a pieno titolo nei tentativi di costituzionalismo integrato tra Unione Europea e Stati membri, che aspira alla tutela dei diritti fondamentali della persona e, neppure così velatamente, alla

giurisprudenza ha dunque enucleato la nuova figura atipica di fornitore dei servizi online: il c.d. «*hosting attivo*», sostenendone la sottoposizione al regime generale della responsabilità civile». In particolare, la questione venne affrontata dai giudici di legittimità in occasione della nota controversia tra la Società Reti Televisive italiane (R.T.I. S.p.a.) e Yahoo It. S.p.a., accusata di aver ospitato e diffuso alcuni filmati caricati dagli utenti tratti da programmi televisivi su cui la prima vantava diritti d'autore (cfr. Cass. Civ. 19 marzo 2019, n. 7708). In tale occasione, la Corte di Cassazione ha categorizzato la dicotomia *hosting provider* «attivo» e «passivo», da cui discende un diverso regime di responsabilità applicabile. La Corte ha delineato una serie di condotte sintomatiche dell'intervento del *provider* rispetto ai contenuti caricati dagli utenti ed escludeva che in tali casi fosse applicabile il regime privilegiato di responsabilità di cui al d.lgs. n. 70/2003, confermando un orientamento assunto anche nella giurisprudenza di merito più recente (Trib. Roma 10 gennaio 2019, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Comunicazioni e telefono*, 70; Trib. Roma 15 febbraio 2019, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Diritti d'autore*, 108).

³⁵ Una riflessione sul destino in termini di beni comuni di notevole interesse è stata esperita da G. Mazzei, «*Big data*» come beni comuni globali e principi in tema di «*public utilities*», in *Federalismi.it*, 12, 2023, 162-184. L'A. sostiene che classificare i «*big data*» come beni comuni globali significa restituire alla società un immenso patrimonio informativo lasciando che l'intelligenza collettiva ne tragga tutto il potenziale valore culturale, sociale, politico, economico. Sul tema più ampio della rivisitazione della categoria dei beni comuni nell'ambiente digitale, non può omettersi lo studio di P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato: prime note per uno studio giuridico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2019, 245-301.

³⁶ S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

³⁷ A. Simoncini, E. Cremona, *European Private Law Integration Through Technology: The Constitutional Dimension*, in *Persona e mercato*, 2, 2021, 244.

³⁸ L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, cit., rileva che «il DSA disegna dunque un assetto dei poteri di vigilanza, controllo e sanzione nel quale il ruolo degli Stati nazionali è significativo, sia pure in una cornice normativa armonizzata, e i rapporti fra le diverse autorità nazionali e fra queste e la Commissione si configurano come rapporti di cooperazione e collaborazione in una rete regolatoria condivisa».

³⁹ Sul concetto di «rapporto amministrativo», G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 28, così si è espresso: «Per rapporto amministrativo intendiamo la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che vanti una situazione di interesse legittimo, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio». In senso critico M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 240: «mette conto osservare che non sembra si possa parlare di 'rapporto' in senso stretto e proprio per indicare la relazione fra l'amministrazione e il cittadino. Gli interrogativi al riguardo sono molti. Il 'rapporto' fra quali elementi si instaurerebbe? Fra il potere dell'amministrazione e l'«attesa» del cittadino? O fra il primo e i poteri strumentali del secondo? L'attuale diritto amministrativo sostanziale consente di stabile fra interesse legittimo e potere dell'amministrazione una relazione giuridica del tipo diritto soggettivo-obbligo? Lo escluderei...». In generale sul tema, si v. M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, in specie 216 e ss.; F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

salvezza dello Stato dallo strabordare di ciò che, parafrasando Norberto Bobbio, Stato non è⁴⁰.

Nella contingenza storica in essere, dominata dall'imperio tecnologico, ogni discorso sul potere e le limitazioni di esso non può circoscriversi – palesando una miopia di vedute – al solo fattore politico, nel cui ambito la tripartizione tradizionale di attribuzioni si ascrive alla «formula di non cumulo», sulla cui scorta le funzioni normativa, esecutiva e di controllo, «ancorché possano essere attribuite allo stesso organo, non possono essere cumulate dallo stesso soggetto nel medesimo ciclo di svolgimento della vita politico-costituzionale dell'ordinamento»⁴¹.

L'incedere del potere privato delle piattaforme digitali causa una recessione del potere politico che torna a essere «un sottosistema di un sistema globale» per cui «il controllo del primo non implica affatto il controllo del secondo»⁴², composto com'è «dall'intreccio e dalla confusione di poteri sociali, in grado di dominare come e più che in passato rischi per le libertà e i diritti dei singoli»⁴³. La sovrapposizione tra privato e pubblico che connota la dimensione digitale «determina il germinare di incistamenti, di ibridazioni e di istituti giuridici in transito tra le maglie dei fenomeni di regolazione globale e delle Costituzioni singolozionali. Una area grigia in cui le categorie giuridiche gius-pubblicistiche classiche tendono a perdere aderenza»⁴⁴.

In tale solco, la potenza da limitare e «costituire» positivamente non è più quella privata del re o quella pubblica dello Stato, ma un nuovo tipo di potenza che oggi può presentarsi sia sotto forma privata che pubblica: «è il paradigma tecnologico che si presenta come dominante, come fattore di liberazione della persona e di innovazione irresistibile, dunque, irrinunciabile»⁴⁵.

Come rilevato in dottrina, «la pressione che il contenuto dei diritti subisce per effetto del dinamismo tecnologico è un dato pressoché generalmente condiviso»⁴⁶ e, su tale scorta, esaminare l'aspetto costituzionalistico della regolazione del *Digital Service Act* è strumentale a verificarne l'adeguatezza rispetto all'obiettivo principe di tale referente normativo, ovvero superare l'anacronismo della Direttiva Commercio e limitare il potere privato delle piattaforme digitali.

Ogni discorso sul potere non può che affondare nella cornice costituzionale di un ordinamento giuridico, tenendo sempre a mente che «sono i diritti a determinare e qualificare i poteri, attribuendo a questi ultimi forma e sostanza, non solo in base alla capacità dei primi di assoggettare i secondi, ma anche in forza dell'esigenza – che è propria del costituzionalismo moderno – di collegare l'intero sistema dei poteri ai diritti, assegnando all'ordinamento in quanto tale il compito di prestare una effettiva garanzia ai diritti ritenuti fondamentali»⁴⁷.

Gli accordi tra piattaforme e utenti rappresentano un vero e proprio «diritto dei privati», ossia «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse

⁴⁰ N. Bobbio, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza politica*, Torino, 1966, 37.

⁴¹ G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, 710.

⁴² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 169.

⁴³ In questi termini, F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., 119.

⁴⁴ A. Simoncini, E. Cremona, *La AI fra pubblico e privato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2022, 256.

⁴⁵ A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di.), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017, 20.

⁴⁶ M. Betzu, *Regolare Internet. La libertà d'informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012, 18.

⁴⁷ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 58.

collettivo»⁴⁸, uno schema privatistico in grado di esprimere una pregnante «nomo-poiesi»⁴⁹ che inferisce sul sistema delle fonti⁵⁰. Il potere delle piattaforme nella definizione dei diritti degli utenti rischia di degradare questi ultimi «in deboli pretese contrattuali»⁵¹, al punto che, come è stato provocatoriamente suggerito, l'unica libertà degli individui finisce col divenire una «libertà fragile»⁵² o, addirittura, la «libertà di essere controllati»⁵³.

Prendendo le mosse da tale *humus*, è stato efficacemente rilevato che «è, dunque, parsa sempre più impellente la necessità di una regolazione pubblica a tutela delle libertà che si esplicano nel mondo digitale e, di conseguenza, di un quadro vincolante a definizione dei rispettivi ruoli del diritto e dell'autoregolamentazione»⁵⁴, che si traduce in una serie di guarentigie procedurali, apprestate dal reg. UE n. 2022/2065, la cui marcata attenzione verso la liturgia è non solo la cifra contrassegnante la sua architettura⁵⁵ ma, al contempo, è stata considerata anche una criticità d'impostazione di non poco momento⁵⁶.

⁴⁸ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), Macerata, 2018.

⁴⁹ S. Rodotà, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 3, 2010, 347; D. D'Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra postmodernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Tomo I, Milano, 2002, 77 ss.

⁵⁰ E. Cremona, *Fonti private e legittimazione*, in *DPCE online*, 2021, 1241: «Il sistema delle fonti appare così definitivamente deflagrato, non più solido sistema piramidale, e neppure più rete gettata in una modernità liquida, ma presenza evanescente in un mondo dematerializzato. E se fino a oggi la particella fondamentale dell'ordinamento giuridico, la norma giuridica fonte del diritto oggettivo, era chiaramente percepibile e riconoscibile nelle forme di un comando formulato da una qualche istituzione politica, nell'ambiente digitale quello che Grossi definisce come «ordinamento osservato» [P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003] è il risultato dell'obbedienza a regole poste da poteri (non più pubblici, ma) privati, cui pare molto difficile sfilare lo scettro del comando».

⁵¹ C. Caruso, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 aprile 2013.

⁵² S. Sica, G. Giannone Codiglione, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014.

⁵³ Così F. Rimoli, *Democrazia, populismo digitale e «neointermediazione politica»: i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Diritto costituzionale in trasformazione*, vol. I - *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*, Collana di studi di Consulta OnLine, 2020, 31.

⁵⁴ In questi termini, V. Cavani, *Nuovi poteri, vecchi problemi. Il costituzionalismo alla prova del digitale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2023, 241. L'A. afferma che il c.d. *Digital Services Act* (DSA) contiene un approccio alla moderazione dei contenuti basato sulla categoria del rischio: la responsabilità dei prestatori di servizi viene graduata in base alle loro dimensioni e alla loro capacità di incidere sui diritti fondamentali degli utenti. Nello specifico, l'A. fa notare che «A differenza del GDPR, dove la valutazione del rischio era rimessa agli stessi soggetti destinatari della regolazione (secondo una logica bottom-up), il DSA individua direttamente («dall'alto», *top-down*) i livelli di rischio, assegnando ai provider obblighi e doveri differenti. Nel nuovo quadro normativo, dunque, il concetto di «rischio» viene assunto come parametro per il bilanciamento tra gli interessi in gioco: da un lato, quello, di matrice economica, all'innovazione e allo sviluppo di un mercato unico digitale competitivo sul piano internazionale; dall'altro lato, quello, sovente opposto, alla tutela dei valori democratici e delle libertà fondamentali degli individui». In tema, si cfr. anche P. Dunn, G. De Gregorio, *AI Act, rischio e costituzionalismo digitale*, in *MediaLaws*, 22 aprile 2022.

⁵⁵ L'approccio scelto dalla Commissione mira giustamente a rinvenire nella dimensione procedurale un terreno comune alle esperienze angloamericane, «per affrontare in modo, se non unitario, almeno meno divergente la sfida che pone il ground zero della regolamentazione digitale», così O. Pollicino, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1, 2021, 7, il quale si riferisce in particolare «agli obblighi di trasparenza algoritmica per le piattaforme digitali e al *data due process* che comporterebbe il rafforzamento delle tutele degli utenti nel loro rapporto con le piattaforme».

⁵⁶ Continuare a consentire alle piattaforme di scegliere i valori di riferimento e di cesellare le fattispecie cui si collega la possibilità di limitare le libertà significa «affidare loro un ruolo che può essere accostato al law-making» così producendo, come è stato giustamente rilevato, anche «una chiara torsione dell'idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile in toto allo spazio pubblico, allo Stato, per diventare invece oggetto di una parziale «condivisione» tra pubblico e privato, se non di una vera e propria «cessione da parte delle autorità statali a favore del settore ICT», come evidenziato da A. Vidaschi, *Intelligenza artificiale e misure*

Procediamo per ordine, principiando dalla nuova foggia assunta dal costituzionalismo al cospetto della società algoritmica, definito costituzionalismo digitale⁵⁷, di cui il *Digital Services Act* sarebbe un «esempio paradigmatico»⁵⁸.

Non si vuole entrare nella polemica di chi considera una superfetazione definitoria tale locuzione, reputando codesto costituzionalismo digitale «un abuso di denominazione: una formula vaga seppure alla moda, che viene fatta «roteare» senza interrogarsi sulle sue implicazioni, prima fra tutte la carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza che però ci si guarda bene dal dimostrare»⁵⁹. Ciò che interessa è un punto sopra accennato della vicenda, ovvero la sufficienza delle garanzie procedurali del DSA, il quale ha lasciato alla co-regolazione con le piattaforme, mediante i codici di condotta⁶⁰, la definizione – di fondamentale rilievo – di ciò che può dirsi «contenuto illecito».

antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Diritto costituzionale in trasformazione Vol. I – Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*, Collana di studi di Consulta OnLine, 3, 501.

⁵⁷ Sul c.d. costituzionalismo digitale europeo, si vedano G. De Gregorio, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 19, 2021, 41-70; M. Santaniello, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1, 2022, 47-51; L. Floridi, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2021, 215-222; P. De Pasquale, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2022, 163-172; F. Ferri, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2022, 277-326; F. Balaguer Callejón, *Prospettive del costituzionalismo e dell'Europa. La Costituzione dell'algoritmo e la crisi decisiva del progetto di integrazione europea*, in *Nomos*, 2, 2022; A. Circumaru, *EU Digital Constitutionalism, Digital Sovereignty and the Artificial Intelligence Act – A network perspective*, in *European Law Blog*, 23 dicembre 2021. In particolare, esso è stato definito «constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet». Così D. Redeker, L. Gill, U. Gasser, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 303. Cfr. anche M. Santaniello, N. Palladino, M.C. Catone, P. Diana, *The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 333, secondo cui «digital constitutionalism has to be interpreted as the interplay between the social process of network design and the legal process of Internet-related law-making». Secondo G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 18, invece, l'aggettivo «digitale» implicherebbe «the collocation of constitutionalism in a temporal and material dimension». E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, 1, 2019, spec. 88 ss., in via ulteriore, ha attribuito al «costituzionalismo digitale» la funzione di adattare i valori del costituzionalismo alla società digitale, liberandolo dai vincoli della dimensione statale e così illuminandone la transizione verso «new values and ideals, like it happened when constitutionalism eventually became 'democratic'».

⁵⁸ G. De Gregorio, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021.

⁵⁹ Così, M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 188. L'A. prosegue enfaticamente sostenendo che «forse, più che di uno sfuggente «costituzionalismo digitale», abbiamo bisogno di una politica – essa sì – autenticamente costituzionale, che non inseguia la realtà, ma la orienti, rompendo le catene che legano le persone al «capitalismo della sorveglianza» attraverso un radicale cambio di paradigma: è necessario che «la protezione dei beni costituzionali, così come la tutela della libertà o il rispetto della *rule of law*, vengano progressivamente anticipati rispetto alla produzione delle applicazioni tecnologiche» interiorizzando «i valori tutelati dal diritto costituzionale nella stessa progettazione delle macchine».

⁶⁰ Sulla «forza» del Codice nel vincolare le piattaforme: F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2018, 65.

Se l'agorà digitale è estrinsecazione di nuove forme di libertà di espressione⁶¹ e di essere informati, la regolazione di tale mercato del dialogo digitale⁶² non può certamente essere rimesso all'autarchia delle piattaforme digitali. Di contraltare, un eccesso di profondità regolativa, tanto pervicace da incidere semmai sul *business model*, sarebbe difficilmente compatibile, allo stato, con il prisma della libera iniziativa economica e, probabilmente, di complessa attuazione pratica.

Da tale postulato, ne discende che il reg. UE n. 2022/2065 parrebbe mostrare una lampante debolezza strutturale, nella misura in cui non fornisce le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché «*this task is delegated to the private selfregulation*»⁶³. Di tal guisa, la dimensione procedurale del DSA si rivela nella richiesta di trasparenza imposta agli *hosting providers*, da esplicitarsi mediante relazioni dettagliate sull'attività di moderazione dei contenuti (art. 13 e, per le grandi piattaforme, art. 33), oppure nella disciplina di meccanismi di *notice and take down* (art. 14), nel rafforzare l'onere motivazionale in caso di rimozione o disabilitazione dell'accesso ai contenuti (art. 15), nell'implementazione di sistemi interni di gestione dei reclami degli utenti (art. 17), nonché nell'onere in capo alle piattaforme di informare prontamente le autorità degli Stati membri nel caso vengano a conoscenza di informazioni relative a gravi reati consumati o tentati (art. 21).

Come fatto notare, «se le disposizioni richiamate possono essere valutate positivamente, non altrettanto è a dirsi per la persistente indeterminatezza delle condotte che consentono alle piattaforme di limitare la libertà di espressione degli utenti»⁶⁴. Infatti, la previsione contenuta nell'art. 45, secondo cui le piattaforme possono partecipare all'elaborazione di codici di condotta «per contribuire alla corretta applicazione del presente regolamento, tenendo conto in particolare delle sfide specifiche connesse alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici, conformemente al diritto dell'Unione», sembrerebbe legittimare sul piano positivo l'assunzione da parte delle *big tech* di inediti compiti para-normativi.

Nonostante i profili critici segnalati, il DSA è una forma di regolazione da leggersi come un punto di rottura rispetto ad un passato autarchico e di autogoverno delle piattaforme digitali, in cui non si registra ancora un intervento pregnante del potere pubblico, come auspicato in dottrina, la quale ha autorevolmente evidenziato che «occorre una co-regolazione con un ruolo del pubblico forte, con una agenzia dell'Unione Europea e con uno spazio volto ad evitare che le soggettività pubbliche appaiono serventi, specialmente alle posizioni dominanti

⁶¹ A. Vollotti, *Libertà di espressione e valori democratici alla prova dei social media: il DSA e un nuovo caso TikTok europeo*, in *Federalismi.it*, 13, 2025, 100, riflette su quale sia il confine tra lecito e illecito, il cui distinguo è frutto di una complicata opera esegetica, molto labile e il bilanciamento delicato, ponendosi il suggestivo interrogativo relativo al confine che occorre stabilire per reputare un post su un *social network* come un atto di ingerenza nello svolgimento di liberi processi democratici e fino a che punto invece costituisce libera manifestazione di un pensiero su di una piazza virtuale sì, ma globale. L'A. fa notare che «un pensiero manipolato e artatamente riproposto più di altri dai sistemi di raccomandazione, anche tramite l'utilizzo di intelligenza artificiale, non sarebbe un libero pensiero e non meriterebbe tutela» e, ciò posto, deduce che «affermare che un pensiero sia manipolato e artatamente riproposto è però un'affermazione molto forte, che non può che basarsi su un'analisi tecnica il più possibile approfondita, nella consapevolezza tuttavia della sostanziale impossibilità di raggiungere con assoluta certezza una oggettività tecnologica basata su verità scientifiche incontrovertibili: nell'era dell'AI ciò che è vero oggi potrebbe non esserlo più un istante dopo».

⁶² B. Romano, *Opera Omnia*, 50, *Ragione sufficiente e diritto. Dataismo e teoria dei quanti*, Torino, 2023, 29, discorre del *logos* come dialogo tra parlanti che, nell'attuale tempo del dataismo, registra una grave e drammatica spersonalizzazione deresponsabilizzante e anonimizzante. Infatti, «le regole delle relazioni intersoggettive si avviano a funzionare come l'esecuzione di quel complesso di dati che acquista un maggior successo funzionale, una più verificabile certezza numerica, matematica, con la conseguenza che le parole tendono ad essere sostituite dai numeri, dai dati».

⁶³ G. De Minico, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*, 1, 2021, 16.

⁶⁴ Così, M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 180.

esprese dai gestori delle piattaforme», atteso che «in questa grande arena, che si snoda ambigualmente tra *free marketplace of ideas* e sfera pubblica, tra contaminazione di pubblico e privato, l'obiettivo costituzionalmente orientato resta quello di salvaguardare i diritti, a partire da quello fondamentale a ricevere un'informazione non manipolata e non fraudolenta»⁶⁵.

Per quanto di nostro interesse, in questo viaggio sinottico nei meandri del costituzionalismo digitale che ci impone lo studio del reg. n. UE 2022/2065, possiamo latamente riscontrare la matrice irrimediabilmente transeunte della cornice regolatoria europea qui in commento: nel difetto di definitività può cogliersi -in via prognostica- la possibilità di aggiungere sostanza alla proceduralizzazione della tutela del cittadino/utente.

Oltre ad essere punto d'inizio piuttosto che approdo conclusivo di una marcia regolatoria delle piattaforme digitali, la proceduralizzazione delle garanzie di trasparenza, motivazione, di oneri collaborativi e propulsivi cui sono sottoposti gli *hosting providers* permette di rimarcare l'avvicinamento, anche sotto il profilo del trattamento normativo, del potere privato dei baroni del digitale⁶⁶ al modello pubblicistico⁶⁷.

La tutela del cittadino/utente deve compiersi anzitutto mediante la procedimentalizzazione delle garanzie, seppur – ovviamente – ad essa non può arrestarsi.

Riguardo, poi, all'aspetto sostanziale, il reg. n. UE 2022/2065 prevede all'art. 45 la possibilità di elaborare, generalmente sempre su invito della Commissione, codici di condotta⁶⁸ che prevedono l'adozione di misure specifiche di attenuazione del rischio e un quadro di comunicazione periodica sulle specifiche misure adottate e i relativi risultati⁶⁹.

Da questo punto di vista, allo stato l'applicazione del «*middle-out Approach*» risulta l'archetipo regolatorio di maggiore conformità all'integrazione tecnologica, giacché tale modello prova

⁶⁵ Così, A. Lucarelli, *Piattaforme digitali e diritto pubblico. Linee di un percorso costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2024. L'A. conclude affermando che «In altri termini, occorre costruire un sistema che sia in grado di individuare responsabilità ed eventualmente prevedere sanzioni, così da garantire la trasparenza». Cfr. anche sul tema A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politica*, in *Rivista AIC*, 3, 2025.

⁶⁶ M. Betzu, *I baroni del digitale*, cit., *passim*.

⁶⁷ La commutazione digitale della società «compromette» la dicotomia pubblico e privato: infatti, nella società digitale «queste dimensioni sono costantemente mescolate, soggetti privati assumono volontariamente funzioni tradizionalmente proprie dei pubblici poteri, mentre i soggetti pubblici sono spesso costretti a rivolgersi a privati (e non volontariamente li scelgono) per poter continuare ad assolvere le proprie funzioni», così B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020.

⁶⁸ A fianco del *Code for countering illegal hate speech online* del 2016 è stato emanato anche il *Code of Practice on Disinformation* nel 2018, rafforzato nel 2022. In tema, si rimanda a O. Pollicino, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione del digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1065.

⁶⁹ Occorre evidenziare che il rimando a tali codici di condotta, al fine di statuire circa la definizione della nozione di contenuto illecito, non equivale alla perpetuazione di forme di eteroregolazione o *self regulation*, per gli aspetti non normati. L'adozione di codici di comportamento da parte delle piattaforme private è infatti, inserita in una cornice di *governance* pubblica dove la Commissione e il Comitato hanno più di un ruolo. Come rilevato in dottrina, «la Commissione e il Comitato svolgono innanzitutto funzioni di promozione, incoraggiamento e sostegno nell'adozione dei codici. Una volta adottato il Codice di condotta, sono previste funzioni di monitoraggio e valutazione da parte della Commissione e del Comitato in relazione all'effettivo conseguimento ad opera delle piattaforme, degli obiettivi ivi previsti. In caso di inottemperanza sistematica ai codici di condotta, la Commissione e il Comitato possono, inoltre, invitare i firmatari dei codici di condotta ad adottare le misure necessarie», cosicché è possibile affermare che le disposizioni in materia di codici di condotta «delineano dunque, un rapporto tra piattaforme e autorità pubbliche coinvolte nella governance del DSA che, seppur non sorretto dalla previsione di obblighi giuridici sanzionabili, è improntato ad una collaborazione continua e costante che attenua l'unilateralità delle decisioni adottate dalle piattaforme tipica di un modello puro di *self regulation*», in questi termini S. Del Gatto, *Il Digital Service Act: un'introduzione*, in *Giornale di dir. amm.*, 6, 2023, 724.

a far co-esistere le misure coercitive della legge e ogni tipo di iniziativa privata, così da conferire la necessaria elasticità al sistema⁷⁰.

Del resto, è un dato tratto che il fenomeno della disinformazione online non è riducibile nella formulazione, insufficiente e a tratti deviante, di propalazione di *fake news*, basti pensare al necessario *discrimen* da porsi con la misinformazione: infatti, l'elemento della volontarietà della creazione e diffusione di un contenuto falso rappresenta la scriminante tra disinformazione e misinformazione⁷¹, in cui difetta la volontà di diffondere notizie mendaci e, quindi, concretizzandosi nella diffusione di materiale considerato genuino⁷².

La complessità degli effetti della divulgazione di notizie mediante piattaforme digitali, in grado di operare un servizio prezioso per i cittadini-utenti come fonte di approvvigionamento di dati e informazioni, al contempo, anche in ragione dei sistemi algoritmici che sono alla base della circolazione di *news* nell'etere digitale⁷³, è scaturigine di fenomeni delle camere dell'eco e delle bolle-filtro⁷⁴.

L'esigenza di tenere in considerazione il ruolo preminente dei sistemi di raccomandazione è stata posta in evidenza agli artt. 34 e 35, con cui si impone ai fornitori di piattaforme e motori di ricerca di grandi dimensioni di «concentrarsi sui sistemi o su altri elementi che possano contribuire ai rischi, compresi tutti i sistemi algoritmici che possano essere pertinenti»⁷⁵.

⁷⁰ Vedasi U. Pagallo, *Etica e diritto dell'Intelligenza Artificiale nella governance del digitale: il Middle-out Approach*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 40-41. L'A. specifica che «il *middle-out approach* non significa che i modelli di coregolazione giuridica alternativi al GDPR debbano escludere ogni forma d'intervento «dall'alto» o ogni tipo di auto-regolazione «dal basso» [...] Bisogna cogliere il rapporto tra nuovi principi morali di soft ethics e nuove norme giuridiche primarie nel più vasto quadro del governo digitale [...] i problemi proposti dalle tecnologie «emergenti» richiedono un intervento più complesso della regolazione dall'alto, o dal basso. La soluzione sta nel mezzo, mediando tra gli estremi della regolazione e dell'autoregolazione».

⁷¹ C. Wardle, H. Derashkan, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, rapporto n. DGI (2017)09 del Consiglio d'Europa, 27 settembre 2017.

⁷² O. Pollicino, P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024, 127-128, riguardo alla complessità definitoria esistente in *subiecta* materia, si soffermano anche sull'ulteriore e differente fenomeno della malinformazione che consta della diffusione di informazioni rispondenti al vero, o comunque basate su elementi fattuali reali, le quali vengono tuttavia comunicate e diffuse al preciso fine di provocare un danno».

⁷³ In tema, cfr. P. Dunn, *Moderazione automatizzata e discriminazione algoritmica: il caso dell'hate speech*, in L. Abba, A. Lazzaroni, M. Pietrangelo (a cura di), *La Internet governance e le sfide della trasformazione digitale*, Napoli, 2022.

⁷⁴ P. Corazza, *Filter bubbles e echo chambers: origini pre-digitali e elementi di novità. Riflessioni dalla prospettiva della media education*, in *Formazione & Insegnamento*, XX, 1, 2022. L'A. descrive con chiarezza la differenza tra le due nozioni: «le *filter bubbles*, o bolle di filtraggio, costituiscono uno degli effetti più evidenti della strategia di personalizzazione dei contenuti messa in atto dalle piattaforme digitali: la personalizzazione fa sì che gli utenti tendano ad essere maggiormente esposti a contenuti che confermano le loro opinioni preesistenti e i loro pregiudizi, piuttosto che a stimoli nuovi o visioni del mondo divergenti dalle proprie. La nozione di *filter bubble* è spesso associata ad un altro concetto, rispetto al quale è simile ma non del tutto coincidente: quello di *echo chamber* (camera dell'eco). La nozione di camera dell'eco, infatti, fa riferimento ad una dinamica di gruppo che avviene in ambito digitale, in base alla quale le persone coinvolte si ritrovano ad interagire principalmente con altri individui con cui condividono opinioni simili rispetto a un determinato argomento, mentre le interazioni con persone che esprimono opinioni diverse risultano molto limitate (e quando avvengono assumono tendenzialmente toni conflittuali) (Sunstein, 2001). Quindi, mentre il concetto di *filter bubble* fa riferimento a condizione individuale, poiché riguarda il panorama che una persona si trova di fronte in seguito alla selezione operata dagli algoritmi, le camere dell'eco rappresentano una dinamica di gruppo che può eventualmente (anche se non necessariamente) nascere o essere rafforzata dal fatto di ritrovarsi all'interno di una *filter bubble*». Sul punto, si veda anche il volume di A. Bruns, *È vero che internet ci chiude in una bolla? Una prospettiva critica su filter bubble ed echo chamber*, Milano, 2024.

⁷⁵ DSA, considerando 84.

Non essendo ancora chiaro in dottrina «di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale»⁷⁶, il DSA è spinto dalla propulsione che è consustanziale al costituzionalismo propriamente – o classicamente- inteso, ovvero di limitare il potere, che nell'epoca di internet, è transitato nella sfera privata.

Se «il costituzionalismo non è dottrina, metodo oppure, meglio ancora, tecnica del passato, ovvero ancorata al passato», bensì è da categorizzare «piuttosto come un plebiscito che si rinnova ogni giorno: perché sviluppa nuove forme di valorizzazione e di tutela della libertà dell'individuo»⁷⁷, l'ecosistema digitale non fa che imporre inedite coordinate alla cultura costituzionale⁷⁸.

La regolazione della fenomenologia tecnologica richiede il soccorso della tradizione⁷⁹ e l'audacia e la capacità adattiva alle peculiarità dell'oggetto disciplinato, ovvero il diritto ad una corretta informazione, «presupposto di tutte le libertà di partecipazione politica, economica, sociale e il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero senza intaccare la libertà altrui»⁸⁰.

4. L'assetto istituzionale e la dimensione amministrativa del Digital Service Act. La lettura delle disposizioni del reg. UE n. 2022/2065, dell'impostazione normativa prescelta dal legislatore europeo nonché del contenuto delle clausole di cui esso si compone permette di affermare che, mercé tale intervento regolativo, l'Unione Europea ha confermato l'applicabilità di taluni assiomi pubblicistici al diritto dei privati, considerati nelle peculiarità dell'ecosistema digitale.

Il *public enforcement* europeo⁸¹ è una risposta istituzionale ad un dato di fatto oramai acquisito, relativo all'asimmetria informativa caratterizzante la relazione tra piattaforme digitali e utenti⁸². Di qui, l'opportunità di ancorare la tutela del cittadino-utente ai paradigmi propri del

⁷⁶ O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, XLIII, 3, settembre 2023. In merito alla questione sulla definitoria in analisi, l'A. afferma che «se l'espressione «costituzionalismo digitale» potrebbe anche rappresentare, come è stato notato, «un abuso di denominazione» [...] il processo che sembra configurarsi è esattamente quello contrario a quanto sostenuto da questa tesi. Come infatti si è cercato di descrivere, è proprio il misurarsi rispetto al potere la base della cifra teorica che si vuole descrivere con questa etichetta, e quindi il codice genetico del costituzionalismo digitale». In via ulteriore l'A. critica la circoscrizione «all'emersione di nuovi *digital bill of rights*» dacché «quella prospettiva, in vero assai limitata e limitante, è stata di fatto ampliata proprio per far fronte all'emersione non di nuovi diritti ma dell'esercizio di poteri che sollevano domande per il ruolo del costituzionalismo liberale e democratico». In tema, quindi, si confrontino i contributi di M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2021, 745 ss.; E. Celeste, *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*, London, 2022; G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022.

⁷⁷ T.E. Frosini, *Liberté Egalité Internet*, Napoli, 2019, 189.

⁷⁸ «Il cambio di coordinate geometriche delle linee di azione dello stesso non significa assolutamente un abbandono alla retorica dei diritti fondamentali ma al contrario, riscoprire la doppia anima del concetto di costituzione, quale *bill of rights* ma anche quale *frame of government*». Così, O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, cit., 586-587.

⁷⁹ A. Lucarelli, *Tradition and Revolution: Law in Action*, Bruxelles, 2024; ID, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 52-71.

⁸⁰ In questi termini, A. Lucarelli, *Piattaforme digitali e diritto pubblico. Linee di un percorso costituzionale*, cit., 361.

⁸¹ Seppur ponga l'accento sul versante concorrenziale, è di pertinente interesse il lavoro monografico di M. Rea, *Public e private enforcement antitrust. La tutela della concorrenza tra riforme europee e ordinamento italiano*, Napoli, 2020.

⁸² Di recente, V. Bachelet, *Il contratto di scambio di «servizi contro dati» (o contro prezzo)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2024, 1130, sul punto, ha evidenziato che «non occorre, peraltro, abbandonare la struttura del contratto sinallagmatico per giustificare talune, anche significative, deviazioni dalla sua disciplina ordinaria. A fronte dell'avanzare della tecnologia e della diffusione del modello «servizi contro dati» (o contro prezzo), il contratto sinallagmatico riafferma così la sua centralità nel governare, senza superfetazioni costruttive, anche le forme di scambio più evolute dell'era digitale».

fare amministrativo: sicché, è mutuabile la logica pubblicistica in tale relazione, sulla scorta della foggia del potere tecnologico, in grado di incidere autoritativamente su posizioni giuridiche di terzi, parimenti alla fisiologia dell'azione amministrativa⁸³.

Prima di passare in rassegna e analizzare quanto dei paradigmi pubblicistici sia stato esportato in ambito privatistico, mediante l'analisi dei doveri e degli obblighi imposti ai baroni del digitale, è interessante verificare quanto la scelta dell'EU, volta alla centralizzazione del ruolo della Commissione, sia stato un profilo particolarmente dibattuto nei lavori preparatori del DSA.

Circa l'assetto istituzionale e organizzativo, infatti, le opzioni prospettate erano tre⁸⁴: cooperazione rafforzata tra autorità nazionali; nomina, da parte di ciascun Paese membro dell'Unione, di un'autorità di coordinamento nazionale, cui affidare poteri di controllo e sanzione; attribuzione all'UE della funzione di coordinamento delle funzioni di supervisione e sanzione verso le piattaforme digitali di grandi dimensioni, residuando alle sedi nazionali attività di assistenza tecnica, scambio di informazioni, di vigilanza e di sanzione – ma limitatamente alle piattaforme e ai motori di ricerca di dimensioni minori.

Il perseguimento della prima proposta, rispetto all'applicazione degli obblighi procedurali posti in capo alle piattaforme, avrebbe conferito un peso rilevante all'azione degli Stati membri che avrebbero potuto agire con modalità differenti⁸⁵. Relativamente alla seconda proposta, l'alea di un possibile disallineamento tra «l'avanzamento delle priorità europee, sostenute da una Commissione debole», correlato all'eventualità che «l'azione dei governi nazionali potesse vanificare l'efficacia del nuovo regime normativo»⁸⁶, ha condotto alla bocciatura anche di tale ipotesi di assetto istituzionale. Come noto, alla fine è prevalso il terzo modello, in cui sussistono due livelli di governo, europeo e domestico. Tale schema organizzativo è stato apprezzato da autorevole dottrina per il ruolo pregnante assunto dai governi nazionali⁸⁷, anche se, attenzionando precipuamente tale architettura istituzionale da un'altra prospettiva, «la guida di questa rete regolatoria condivisa ci appare saldamente nelle mani del decisore europeo»⁸⁸.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) è stata designata quale *Digital Service Coordinator*, demandando a successivi provvedimenti regolatori la definizione delle condizioni, delle procedure e delle modalità operative per l'esercizio dei poteri e delle funzioni correlate a tale inedita funzione, che si addiziona all'attività di regolazione. L'art. 15, c. 2, d.l. n. 123/2023, inoltre, sollecita l'AGCOM a disciplinare, mediante specifici protocolli d'intesa, l'indefettibile collaborazione con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), il Garante per la protezione dei dati personali e ogni altra autorità nazionale titolare

⁸³ E. Cremona, *Le piattaforme digitali come «public utilities» perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2023, 467-491.

⁸⁴ Sull'iter di elaborazione del DSA, cfr. S.F. Schwemer, *Digital Services Act: A Reform of the e-Commerce Directive and Much More*, prepared for A. Savin, *Research Handbook on EU Internet Law*, ottobre 2022, 1 ss.

⁸⁵ «Lo scenario che si aprirebbe, se fosse questa ipotesi a prevalere, presenta però un rischio non trascurabile: quello cioè di Stati membri potenzialmente reticenti - è il caso soprattutto dell'Irlanda e del Lussemburgo - all'applicazione del nuovo regime di regole», così G. Sgueo, *L'architettura istituzionale del Digital Service Act*, in *Giornale di dir. amm.*, 6, 2023, 746.

⁸⁶ *Ibidem*, 747.

⁸⁷ Vedasi L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2022; G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giornale di dir. amm.*, 1, 2023, 116.

⁸⁸ «Quest'ultimo è infatti garante dell'applicazione uniforme delle nuove regole (e, auspicabilmente, di una cooperazione efficace tra le parti coinvolte) e, come già detto, ha un ruolo privilegiato nelle interlocuzioni con le c.d. «large platforms» - i portatori di interesse di grandi dimensioni». In questi termini, G. Sgueo, *L'architettura istituzionale del Digital Service Act*, cit., 746.

di competenze in materia⁸⁹. Da un punto di vista istituzionale, l'AGCOM, in combinato con la Commissione – che polarizza marcatamente l'attività di vigilanza - nonché col Comitato europeo per i servizi digitali, un organo consultivo presieduto dalla Commissione che opera tra sede europea e poli nazionali, costituiscono l'assetto organizzativo delineato dal reg. UE 2022/2065.

Se codesto è il *design* istituzionale tratteggiato dal *Digital Service Act*, corre l'obbligo di sviscerare la dimensione amministrativa che tale referente normativo ha conferito al rapporto con le piattaforme digitali⁹⁰.

In aggiunta alle prescrizioni del GDPR, di cui agli artt. 13 e 14, in forza delle quali l'interessato deve poter ottenere «informazioni significative sulla logica utilizzata» nel trattamento dei dati così da poterne comprendere la ratio, l'art. 17 del DSA impone alle piattaforme fornire «a tutti i destinatari del servizio interessati una motivazione chiara e specifica»⁹¹ in caso di restrizioni, di sospensioni o impedimento all'uso dei servizi⁹².

⁸⁹ Circa il rapporto tra amministrazioni indipendenti la dottrina si è ampiamente confrontata. Tale profilo concernente l'organizzazione e la distribuzione del potere tra politica e autorità indipendenti di cui ha discorso con dovizia in un recente contributo F. Merloni, *Organi politici e poteri indipendenti: un rapporto sempre più difficile*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2024, 57-87. L'esigenza di un dialogo costruttivo e collaborativo tra autorità indipendenti risulta profilo ancor più interessante in ambito digitale, come posto in evidenza da M. Guerra, *Le prospettive di collaborazione tra Autorità indipendenti nell'era digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2025. *Ex multis*, sull'argomento delle AAI si vedano i recenti contributi di A. Lorusso, *Autorità, libertà e mercati digitali: scenari nuovi della regolazione indipendente*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2024, 435-470; F. Cusano, *Parerga e paralipomena sulle autorità indipendenti*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4, 2023, 987-1015; F. Merusi, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22, 2024, 37-61.

⁹⁰ In tema, si discute della relazione tra inscrutabilità algoritmica e sofisticatezza dello stesso, rapporto che si dipana in via proporzionale, ossia maggiore è il grado di raffinatezza dell'algoritmo minore potrebbe essere la possibilità di spiegabilità, quindi più marcata sarà l'opacità. Si cfr. su tale specifico profilo D. Freeman Engstrom -D.E. Ho, *Algorithmic Accountability in the Administrative State*, New Haven, 2020; M-F. Cuéllar, *A Common Law for the Age of Artificial Intelligence: Incremental Adjudication, Institutions, and Relational Non-Arbitrariness*, New York, 2019; K.J. Strandburg, *Rulemaking and Inscrutable Automated Decision Tools*, New York, 2019; B. Sheppard, *Warming Up Inscrutability: How Technology Could Challenge Our Concept of Law*, Toronto, 2018; D. Lehr, P. Ohm, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, Davis, 2017; Y. Hermstrüwer, *Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020, 199 ss. Il raggiungimento di standard di spiegabilità dei sistemi di I.A. è ambizione, sotto un profilo tecnico, che presuppone un enorme sforzo tecnico, cui sono dedicati, per l'appunto, gli studi in materia di *explainable AI*. In tema, cfr. S. Wachter, B. Mittelstadt, C. Russel, *Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in 31 *Harvard J. L. & Tech.*, 2018, 84; W. Samek, T. Wiegand, K.R. Müller, *Explainable Artificial Intelligence: Understanding, Visualizing, and Interpreting Deep Learning Models*, in *ITU Journal: ICT Discoveries*, 1, 2017, 1.

⁹¹ Art. 17, par. 1: «I prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni forniscono a tutti i destinatari del servizio interessati una motivazione chiara e specifica per le seguenti restrizioni imposte a motivo del fatto che le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscono contenuti illegali o sono incompatibili con le proprie condizioni generali: a) eventuali restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio, comprese la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti; b) la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro; c) la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio; d) la sospensione o la chiusura dell'account del destinatario del servizio».

⁹² Il par. 3 è di pregnante interesse, poiché definisce il contenuto minimo della motivazione, individuando le informazioni indefettibili: 3. La motivazione di cui al paragrafo 1 contiene almeno le informazioni seguenti: a) l'informazione che indichi se la decisione comporti la rimozione delle informazioni, la disabilitazione dell'accesso alle stesse, la retrocessione o la limitazione della visibilità delle informazioni oppure la sospensione o la cessazione dei pagamenti in denaro relativi a tali informazioni o imponga altre misure di cui al paragrafo 1 in relazione alle informazioni, e, ove opportuno, la portata territoriale della decisione e la sua durata; b) i fatti e le circostanze su cui si basa la decisione adottata, compresa, ove opportuno, l'informazione che indichi se la decisione sia stata adottata in base a una segnalazione presentata a norma dell'articolo 16 oppure sia stata basata su indagini volontarie di propria iniziativa e, ove strettamente necessario, l'identità del notificante; c) ove

Emerge un diritto alla motivazione della decisione assunta dall'*hosting provider*, prescritto a tutela dell'utente, di cui si riconosce implicitamente lo stato di soggezione cui è sottoposto nei confronti della piattaforma digitale, controbilanciato – per l'appunto – dall'onere motivazionale che nell'art. 17 in commento, che pare cristallizzare il diritto alla spiegabilità⁹³ della decisione⁹⁴.

Le regole delle piattaforme detengono un'*auctoritas* impositiva nei confronti degli utenti⁹⁵, dacché «si devono accettare i Termini di servizio di Google se si vuole avere accesso al motore di ricerca, secondo il modello del *take it or leave it*», ammettendosi, in tal modo, che «non è lasciata effettiva facoltà di scelta sulla soggezione o meno al processo algoritmico di trattamento dei dati rilasciati nel corso della navigazione»⁹⁶: sul punto, autorevoli voci in dottrina hanno delineato un parallelo, affascinante e condivisibile, tra le norme interne,

opportuno, informazioni sugli strumenti automatizzati usati per adottare la decisione, ivi compresa l'informazione che indichi se la decisione sia stata adottata in merito a contenuti individuati o identificati per mezzo di strumenti automatizzati; d) se la decisione riguarda presunti contenuti illegali, un riferimento alla base giuridica invocata e una spiegazione delle ragioni per cui l'informazione è considerata contenuta illegale in applicazione di tale base giuridica; e) se la decisione si basa sulla presunta incompatibilità delle informazioni con le condizioni generali del prestatore di servizi di memorizzazione di informazioni, un riferimento alla clausola contrattuale invocata e una spiegazione delle ragioni per cui le informazioni sono ritenute incompatibili con tale clausola; f) informazioni chiare e di facile comprensione sui mezzi di ricorso a disposizione del destinatario del servizio in relazione alla decisione, in particolare, se del caso, attraverso i meccanismi interni di gestione dei reclami, la risoluzione extragiudiziale delle controversie e il ricorso per via giudiziaria.

⁹³ Come è stato osservato, in presenza di esercizio del potere attraverso forme di AI, la trasparenza deve essere intesa come accesso al «*pattern or rules that have been used to create the outcome*». Cfr. D. Coplin, *Robotics and Artificial Intelligence*, HC 145, 2016-2017, 45; C. Dwork, *Fairness through awareness*, in *Proceedings of the 3rd Innovations in Theoretical Computer Science Conference* 214; A.D. Selbst, J. Powles, *Meaningful information and the right to explanation*, in *7 International Data Privacy Law*, 2017, 233. La spiegabilità dell'atto ad elaborazione elettronica è «sfaccenda» notevolmente più complessa del mero approdo ad una motivazione da cui si rilevino i presupposti di fatto e le ragioni di diritto, come evidenziato da A. Masucci, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra «big data» e «machine learning». Verso l'«algorithmic governance»?*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2022, 265-313.

⁹⁴ La decisione automatizzata impone un arretramento dell'attenzione dell'ordinamento giuridico alla fonte del sillogismo algoritmico, cosicché la pretesa di trasparenza può effettivamente essere soddisfatta attraverso la promozione di modelli di intelligenza artificiale che mitigano la fenomenologia della scatola nera. Per una disamina sul tema, illuminante sono le considerazioni espresse da C. Coglianese - D. Lehr, *Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era*, in *The Georgetown law journal*, 2017, 1159 ss.; G. Lo Sapió, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *Federalismi.it*, 16, 21, 121.

⁹⁵ Tali poteri privati «esercitano «tipiche funzioni sovrane e, moderando contenuti e informazioni su di essi circolanti, finiscono per incidere su libertà di rango costituzionale e su quel pluralismo essenziale al loro godimento ed esercizio»; il «sapere tecnico e specializzato, il quale aspira a essere inaccessibile alla massa e, proprio grazie a tale inaccessibilità, è in grado di mantenere asimmetriche posizioni di superiorità (e quindi di potere) rispetto a chi ne è soggetto e non riesce ad afferrarne la natura e la portata», così F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, cit., 153 e 144. Sulla medesima lunghezza d'onda, cfr. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 1, 2018, 19-47 cit., 26 e M. Monti, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. Cost.*, 4, 2019, spec. 816 ss.

⁹⁶ Così E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Napoli, 2022, 238.

prendendo le mosse dagli studi remoti⁹⁷ e più recenti⁹⁸ sul tema, e l'applicabilità di codesto modello teorico-concettuale alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale⁹⁹.

In tale segmento, il radicarsi del principio di trasparenza nel rapporto con le piattaforme digitali rappresenta un ulteriore fattore di contrappeso nei meandri della relazione asimmetrica di cui si discute, posto che è incontestabile la correlazione esistente tra principio democratico e potere¹⁰⁰. Di talché, anche nei confronti dell'*hosting provider*, quale campione del potere privato, si assume, in senso aristotelico¹⁰¹, la trasparenza come «modello» astratto, ispiratore delle singole condotte concrete, un principio ordinatore, che nella sua dimensione paradigmatica afferma l'esistenza di un criterio di fondo, generale di funzionamento delle istituzioni, volto a garantire la conoscibilità¹⁰². Sulla trasparenza algoritmica la letteratura si è

⁹⁷ F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. It.*, III, 1912, 1 e ss.; G. Salemi, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913; G. Zanobini, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1915, 321 e ss.; E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950; V. Ottaviano, *Sulla nozione di ordinamento giuridico e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1958, 826 ss.; F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963, 1; G. Barone, *Aspetti dell'attività amministrativa interna*, Milano, 1980. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo – Anno 1959-1960*, Roma, 1961, 88, approfondendo il tema delle fonti, assume che gli atti contenenti «proposizioni generali e astratte» sono fonti solo in presenza di una norma di riconoscimento, dal momento che «sono atti che raccolgono clausole generali di obbligazioni dell'ente pubblico, ovvero sono atti che contengono norme interne». Di talché, secondo l'A., «la nozione di norma interna esprime un contenuto solo negativo: norma non avente efficacia nell'ordinamento generale dello Stato come norma giuridica in senso tecnico».

⁹⁸ G. Bottino, voce *Norme interne*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, 2007, X, Milano, 62 e ss.; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 713; V. Berlingo, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018, 23 e ss. Secondo C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 273, la violazione delle norme interne segna una violazione dell'affidamento del cittadino.

⁹⁹ F. Fracchia- M. Occhiena, *Le norme interne: potere organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

¹⁰⁰ Cfr. N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, Torino, 1995.

¹⁰¹ Cfr. *Paradigma*, in *Dizionario di filosofia*, Roma, Treccani, 2009, *ad vocem*.

¹⁰² E. Carloni, *Il paradigma della trasparenza. Amministrazioni, informazioni, democrazia*, Bologna, 2022. Si condivide l'assunto della trasparenza come paradigma e l'argomento secondo cui «trattare il 'paradigma della trasparenza' vuol dire esaminare un frammento [...] in grado di parlarci del tutto [...]; significa però anche riflettere, criticamente e senza infigimenti, sulla trasparenza come criterio generale, come 'canone' in grado di ispirare e definire l'effettivo modo di essere delle amministrazioni; intende indurci ad esaminare il concreto attuarsi di un 'cambiamento' di paradigma tutt'altro che pacifico e scontato», 20.

ampiamente confrontata¹⁰³ e il DSA, in alcuni Considerando¹⁰⁴ e in particolare nel 49¹⁰⁵, nonché all'art. 15¹⁰⁶ – rubricato «Obblighi in materia di relazioni di trasparenza per i prestatori di servizi intermediari» - è confermativo dell'assunto secondo cui l'esigenza di trasparenza non è recintata al solo perimetro pubblicistico ma, allo stato, attiene anche ai rapporti con gli intermediari di servizi¹⁰⁷.

¹⁰³ Vedasi, G. Lo Sapia, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *Federalismi.it*, 11, 2021, 251; A. Ottolia, P. Rossi, *Il problema della trasparenza algoritmica*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, 1, 85-113; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 273-304; E. Troisi, *Decisione algoritmica, «Black-Box» e AI etica: il diritto di accesso come diritto a ottenere una spiegazione*, in *Jus civile*, 4, 2022, 953-975. Di particolare interesse è il punto di vista di P. Zuddas, *Brevi note sulla trasparenza algoritmica*, in *amministrazioneincammino.it*, 5 luglio 2020, 17, il quale, dato per assodato che la salvaguardia del principio di trasparenza è essenziale per aversi una plausibile compatibilità tra ordine giuridico e innovazione tecnologica, afferma che «la soluzione, dunque, va ricercata nello sforzo di elaborare regole chiare, precise e stringenti, volte a rendere l'impegno di algoritmi nelle decisioni amministrative compatibile con la piena tutela dei dati personali degli interessati».

¹⁰⁴ Nel Considerando 45, testualmente si legge: «Benché la libertà contrattuale dei prestatori di servizi intermediari debba, in linea di principio, essere rispettata, è opportuno stabilire determinate norme sul contenuto, sull'applicazione e sull'esecuzione delle condizioni generali di tali prestatori nell'interesse della trasparenza, della tutela dei destinatari del servizio e della prevenzione di risultati iniqui o arbitrari. I prestatori di servizi intermediari dovrebbero indicare in modo chiaro e mantenere aggiornati nelle loro condizioni generali le informazioni relative ai motivi per cui potrebbero limitare la prestazione dei servizi. In particolare, dovrebbero includere informazioni su politiche, procedure, misure e strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, tra cui il processo decisionale algoritmico e la revisione umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. Dovrebbero altresì fornire informazioni facilmente accessibili sul diritto di cessare l'utilizzo del servizio. I prestatori di servizi intermediari possono utilizzare elementi grafici nelle loro condizioni di servizio, come icone o immagini, per illustrare gli elementi principali dei requisiti di informazione previsti dal presente regolamento. I prestatori dovrebbero informare i destinatari del loro servizio, attraverso mezzi adeguati, delle modifiche significative apportate alle condizioni generali, ad esempio quando modificano le norme sulle informazioni consentite sul loro servizio, o di altre modifiche che potrebbero incidere direttamente sulla capacità dei destinatari di avvalersi del servizio». Nel Considerando 48, si rimarca che «Visti il loro ruolo specifico e la loro portata, è opportuno imporre alle piattaforme online di dimensioni molto grandi e ai motori di ricerca online di dimensioni molto grandi requisiti supplementari in materia di informazione e trasparenza delle loro condizioni generali. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi dovrebbero fornire le loro condizioni generali nelle lingue ufficiali di tutti gli Stati membri in cui offrono i loro servizi e dovrebbero altresì fornire ai destinatari dei servizi una sintesi concisa e facilmente leggibile dei principali elementi delle condizioni generali. Tali sintesi dovrebbero individuare gli elementi principali dei requisiti in materia di informazione, compresa la possibilità di derogare facilmente alle clausole opzionali».

¹⁰⁵ In cui si legge che «per garantire un adeguato livello di trasparenza e assunzione della responsabilità, i prestatori di servizi intermediari dovrebbero rendere pubblica una relazione annuale [...] in merito alla moderazione dei contenuti da loro intrapresa, comprese le misure adottate a seguito dell'applicazione e dell'esecuzione delle loro condizioni generali».

¹⁰⁶ «I prestatori di servizi intermediari mettono a disposizione del pubblico, in un formato leggibile meccanicamente e in modo facilmente accessibile, almeno una volta all'anno, relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento».

¹⁰⁷ Ancora, il DSA al considerando 66 afferma che «Al fine di garantire la trasparenza, di consentire il controllo delle decisioni relative alla moderazione dei contenuti dei fornitori di piattaforme online e di monitorare la diffusione di contenuti illegali online, la Commissione dovrebbe mantenere e pubblicare una banca dati contenente le decisioni e le motivazioni dei fornitori di piattaforme online quando rimuovono le informazioni o limitano in altro modo la loro disponibilità e l'accesso alle stesse. Al fine di mantenere costantemente aggiornata la banca dati, i fornitori di piattaforme online dovrebbero presentare, in un formato standard, le decisioni e le motivazioni senza indebito ritardo dopo l'adozione di una decisione, al fine di consentire aggiornamenti in tempo reale se tecnicamente possibile e proporzionato ai mezzi della piattaforma online in questione. La banca dati strutturata dovrebbe consentire l'accesso alle informazioni pertinenti e l'estrazione di tali informazioni, in particolare per quanto riguarda il tipo di presunto contenuto illegale di cui trattasi».

Il terzo principio della *constitutional rule of technology*¹⁰⁸ è il principio di non discriminazione, riassunto nei dettami del Considerando n. 71¹⁰⁹ del reg. n. UE 2016/679¹¹⁰.

Tale principio è proporzionalmente garantito dal livello di trasparenza dell'algoritmo – indi dall'attualizzazione del prisma della comprensibilità¹¹¹ – così da evitare fenomeni di «oscurantismo» dei *bias* di cui sono portatori i *Big Data* che riflettono e si specchiano nei pregiudizi della società, in velate categorizzazioni per razza e classe sociale, in assunti apparentemente apprezzabili ma, in realtà, fondati su falsi presupposti¹¹²; antonomastico in tal senso è il caso «Compas»¹¹³, esempio-campione di tali patologie discriminatorie. Su tale piano prospettico, prendendo le mosse da vicende processuali sorte a seguito delle sanzioni antitrust irrogate dalla Commissione europea a Google¹¹⁴ — si va affermando un inedito

¹⁰⁸ In tema, si vedano i contributi di A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in (a cura di) R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, *Il diritto dell'amministrazione Pubblica Digitale*, Torino, 2020; A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1149-1188; T. E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011; F. Balaguer Callejon, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2023.

¹⁰⁹ I *Considerando* non esprimono un'efficacia vincolante e, su tale scorta, si è detto che, riguardo al principio di non discriminazione, siamo al cospetto di un principio «mancante» nell'ambito delle tutele apprestate dal GDPR, «solo latente nella trama normativa», così A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 84 ss. Sul punto si cfr. anche A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019, 1149 ss.; R. Razzante, *AI e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2024, 133-157.

¹¹⁰ Nella parte in cui afferma: «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».

¹¹¹ Sul punto, eloquentemente si è espresso il Consiglio di Stato: «la «caratterizzazione multidisciplinare» dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la «formula tecnica», che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella «regola giuridica» ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile» (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 8472/2019).

¹¹² Per una rassegna, G. Giorgini Pignatiello, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital Authorities?*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, 164 ss.

¹¹³ Un interessante esempio di come i pregiudizi riescano a contaminare i risultati di un sistema algoritmico proviene, per l'appunto, dal noto caso COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) un sistema ideato per quantificare il rischio di recidiva di soggetti sottoposti a procedimento penale, prodotto da una società commerciale, e impiegato in molteplici giurisdizioni statunitensi per calcolare la probabilità di commissione di altri reati nell'arco dei due anni successivi, e per decidere il tipo e il quantum di pena da irrogare, nonché le modalità di esecuzione della medesima. Dopo uno studio approfondito dei dati e dei risultati dell'algoritmo, analizzando più di 10.000 imputati criminali nella contea di Broward, in Florida, e confrontando i loro tassi di recidività previsti con il tasso che si è effettivamente verificato in un periodo di due anni, si è riscontrato che gli imputati neri avevano molte più probabilità degli imputati bianchi di essere erroneamente giudicati a più alto rischio di recidiva. Lo studio è riportato in J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, May 23, 2016. Cfr. anche S. Barocas, A.D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, June Vol. 104, 3, 2016, 671 ss.

¹¹⁴ Trib. UE, 10 novembre 2021, Google LLC c. Commissione, in causa T-612/17 (Google Shopping), punti 154, 155 e 616: «154. The list of abusive practices contained in Article 102 TFEU is not exhaustive, so that the list of abusive practices contained in that provision does not exhaust the methods of abusing a dominant position prohibited by EU law (judgments of 21 February 1973, Europemballage and Continental Can v Commission, 6/72, EU:C:1973:22, paragraph 26; of 17 February 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, paragraph 26; and of 29 March 2012, Telefónica and Telefónica de España v Commission, T-

dovere dell'impresa in posizione dominante di applicazione del principio di «*equal treatment, as general principle of EU law*», «che sembra integrare gli attuali paradigmi del diritto antitrust e che, non casualmente, pone ancoraggio al formante giurisprudenziale relativo a imprese pubbliche ed enti pubblici»¹¹⁵.

La regolazione europea dell'ecosistema digitale, in cui si annovera anche il *Digital Service Act*, palesa l'ambizione euro-unitaria di esportare le garanzie del rapporto amministrativo alla relazione che s'instaura tra il cittadino/utente e le *big tech*. Sul punto, si registra un rapporto conflittuale e antitetico tra codice digitale e codice giuridico, riprendendo una distinzione presente nel lavoro provocatorio di Katherina Pistor¹¹⁶, la quale considera elemento cardine del capitalismo-finanziario l'elaborazione giuridica che si è occupata indefessamente della conversione del capitale in valore economico mediante i moduli del diritto, nelle sue disparate declinazioni. Come fatto notare da autorevole dottrina, tale prospettiva rileva una superfetazione del ruolo assegnato al diritto rispetto alle dinamiche economiche¹¹⁷, riconvertendo in maniera copernicana la logica marxista, seppur risulta apprezzabile la centralità attribuita alla figura del giurista che, se indirizzata eticamente, potrebbe essere leva di miglioramento delle condizioni sociali, aspetto di cui – come noto – la mano invisibile¹¹⁸ ha cura solo latamente e come effetto indiretto della logica mercantile e concorrenziale.

Prendendo le mosse da siffatta prospettiva, *mutatis mutandis*, il DSA e la proceduralizzazione di matrice amministrativa del funzionamento dell'attività delle piattaforme potrebbero assumersi come una limitazione posta dal codice giuridico, mediante il modulo del diritto pubblico (europeo), allo strabordare anarchico del codice digitale. La dimensione

336/07, EU:T:2012:172, paragraph 174).¹⁵⁵ The abuse may take the form of an unjustified difference in treatment (see, to that effect, judgments of 17 July 1997, *GT-Link*, C-242/95, EU:C:1997:376, paragraph 41; of 24 October 2002, *Aéroports de Paris v Commission*, C-82/01 P, EU:C:2002:617, paragraph 114; and of 7 October 1999, *Irish Sugar v Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246, paragraph 140). In that regard, the general principle of equal treatment, as a general principle of EU law, requires that comparable situations must not be treated differently and different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (see judgment of 16 December 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others*, C-127/07, EU:C:2008:728, paragraph 23 and the case-law cited). [...] 616. Having regard to the above, it appears that, since it was aware of its dominant position in the markets for general search services in the EEA and favoured its own comparison shopping service over its competitors in its general results pages, conduct which represented a certain form of abnormality, as has been established in paragraph 179 above, and since it was aware also of the importance of those pages as a source of traffic for comparison shopping services, Google must have known that its conduct undermined equality of opportunity between the various economic operators, the guarantor of a system of undistorted competition (see the case-law cited in paragraph 180 above, in fine), and that that conduct was capable of foreclosing its competitors or restricting competition on their part on certain markets for specialised product search services in the EEA. Google thus intentionally engaged in conduct that was anticompetitive, as referred to in the case-law mentioned in paragraph 608 above, which was capable of constituting an abuse of a dominant position. It must be held that that infringement was therefore committed intentionally, including prior to Google's receipt, in March 2013, of the preliminary assessment in which the Commission explained why its conduct was capable of infringing Article 102 TFEU».

¹¹⁵ Così, E. Cremona, *Le piattaforme digitali come «public utilities» perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, 478. In tema, cfr. P. Ibanez Colomo, *The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU*, in *Chillingcompetition.com*, 10 novembre 2021.

¹¹⁶ Il saggio cui si fa riferimento è K. Pistor, *Il codice del capitale, Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, 2021. Sullo scontro tra sistema analogico e digitale, l'A. afferma che «la battaglia tra i due codici, digitale e giuridico, è ancora in corso. Ogni codice presenta vantaggi e svantaggi. Il codice giuridico ha dimostrato di sapersi adattare perfettamente ai cambiamenti, ma quasi sempre a vantaggio di chi ha i migliori avvocati. Il codice digitale ha il potenziale per essere più inclusivo, a patto che la nuova tecnologia venga usata per offrire un accesso low cost tanto agli asset quanto ai sistemi di codifica».

¹¹⁷ A. Sandulli, *Il diritto quale infrastruttura per i poteri privati? A proposito di un libro di Katharina Pistor*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021, 997-1011.

¹¹⁸ A. Cucinotta, *La «mano invisibile» e l'antitrust tra scienza e mito*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2019, 9-30.

amministrativa si universalizza, fenomenologia conseguente alla commutazione del *dress code* del potere che «diventa sempre più invisibile, diffuso, circolante, capace di insinuarsi in maniera pervasiva e impercettibile nelle relazioni sociali, quelle reali e quelle virtuali dei social media»¹¹⁹. Se le piattaforme digitali hanno contribuito a generare un ordine che «non è né metafisico né politico, ma intende essere in presa diretta con il mondo»¹²⁰, la dimensione amministrativa del DSA – in combinato con lo sforzo regolatorio del legislatore europeo in ambito digitale – responsabilizza proporzionalmente e marcatamente gli intermediari di servizi.

Con i dovuti accorgimenti, è possibile affermare anche per il rapporto amministrativo privatizzato (o di *iure privatorum* che dir si voglia)¹²¹, che sono ascritti alle piattaforme digitali «l'obbligo di correttezza, di cui la ponderazione degli interessi è un'espressione» e «l'obbligo di non venire *contra factum proprium*, cioè di comportarsi in modo coerente al proprio precedente comportamento»¹²². Il concetto di responsabilità, di tal guisa, va letto come tutela dell'affidamento¹²³ delle persone e delle imprese¹²⁴ e, mutuando da quanto è stato proposto nei confronti del c.d. *Digital Administrative State*, come dovere di «empatia»¹²⁵, di umana

¹¹⁹ M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022, 82.

¹²⁰ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 76.

¹²¹ «Si può osservare che l'avvento del paradigma tecnologico ha reso definitivamente 'valicabile' il confine tra diritto pubblico e diritto privato», in ragione del fatto che «una rigida distinzione tra i due mondi non regge al confronto con un fenomeno che mescola costantemente autonomia privata e diritti fondamentali», così E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale*, cit., 180. In argomento, G. De Minico, *Towards and Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 37, 1, 2015, 27 ss.; Id, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, 191 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 122 ss.

¹²² F. Merusi, *L'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 100.

¹²³ In tema, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 59-60. L'A. pone una stretta correlazione tra principio di imparzialità e una commendevole rivisitazione in *melius* del legittimo affidamento ascritto al cittadino, da un lato, e la predeterminazione dei valori e dei parametri cui l'amministrazione è decisa a conformarsi, in particolare nell'ambito delle scelte della discrezionalità.

¹²⁴ La buona fede in ambito pubblicistico si traduce in un rafforzamento della tutela del legittimo affidamento coltivato dal cittadino rispetto al contegno – fattuale e provvedimentale – dell'amministrazione. Si rimanda, su tale argomento, senza pretesa di esaustività, ai contributi di E. De Marco, *Condotta della P.A. e legittimo affidamento: la giurisdizione del giudice ordinario*, in *Giurisprudenza italiana*, 5 2021, 1150-1154; P. Maspes, *Legittimo affidamento: fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio?*, in *Corriere tributario*, 1, 2021, 91-98; E. Stracqualursi, *Il legittimo affidamento nei confronti della P.A.*, in *giustiziacivile.com*, 2, 2020, 13; G. Taglianetti, *Alcune riflessioni sul concetto di «certezza dell'azione amministrativa»*, in *Amministrativamente*, 4, 2020, 443-460; M. Damiani, *Principio della buona fede: tutela piena o limitata del contribuente?*, in *Corriere tributario*, 10, 2019, 885-892. Inoltre, il tema è stato interessato da una discussione, tuttora irrisolta, circa l'individuazione corretta della giurisdizione deputata al ristoro della lesione del legittimo affidamento patita dal cittadino. Su questo peculiare aspetto, cfr. G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: «la storia infinita»*, in *Federalismi.it*, 17, 2021, 192-218; G. Cocozza, *Riflessioni sull'annullamento in autotutela oltre i diciotto mesi. Una deroga con non pochi dubbi*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1, 2020, 261-285; V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2020, 794-804; P. Patrito, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettiva: «cuius commoda eius et incommoda»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2020, 1193-1209.

¹²⁵ S. Ranchordàs, *Empathy in The Digital Administrative State*, in *Duke Law Journal*, vol. 72, 2022. L'A. sostiene che «empathy should not amount to numerous individual exceptions that fully dismantle the efficiencies that automated systems may give rise to and create legal uncertainty» bensì «rather, this is a duty to expand public authorities' diligence in preparing administrative adjudication, gather evidence on the fallibility of the automated system, and question whether citizens could have acted differently under those Circumstances».

comprensione¹²⁶ a cui debbono attenersi i signori degli algoritmi¹²⁷, che restano, pur sempre, «persone in carne ed ossa, non metalliche macchine intelligenti, computer in grado di eseguire un sempre più alto numero di operazioni, svolte in un tempo costantemente più accelerato»¹²⁸.

5. La co-regolazione delle piattaforme digitali mediante il Digital Service Act. Nei paragrafi precedenti è stato evidenziato che il DSA costituisce un paradigma innovativo in termini di configurazione dei rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati.

È da sottolineare, tuttavia, che il DSA è anche un paradigma innovativo in termini di regolazione del rischio, non solo per gli obblighi aggiuntivi che comporta per le VLOP/VLOSE ma perché cerca di instaurare in tutti i servizi intermediari, e soprattutto nelle piattaforme online, una cultura generalizzata di monitoraggio e contrasto a fenomeni con effetti sistemici come la disinformazione, l'*hate speech*, la vendita illegale di prodotti, i *cybercrimes*. E, come già rilevato nei precedenti paragrafi, in analogia con altri settori di regolazione del rischio, anche il DSA conferisce rilevanza alle forme di regolazione che prevedono il coinvolgimento degli *stakeholder* privati. Invero la c.d. co-regolazione non è un fenomeno nuovo nella disciplina europea dei servizi digitali. Già la dir. CE n. 2000/31 sull'E-Commerce¹²⁹ conferisce al fenomeno una rilevanza significativa prevedendo, all'art. 16, che sia gli Stati membri che la Commissione devono incoraggiare l'elaborazione, da parte di associazioni o organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori, di codici di condotta a livello comunitario riguardanti l'attuazione della Direttiva e, in particolare, la protezione dei minori e della dignità umana. È, in particolare, favorita la partecipazione delle associazioni che rappresentano i consumatori nonché le associazioni che rappresentano i non vedenti, gli ipovedenti e i disabili. Tuttavia, nella Direttiva il riferimento alla co-regolazione va interpretato alla luce dell'impostazione mercantilistica e liberista di fondo, che cerca di favorire lo sviluppo del commercio elettronico e la società dell'informazione interpretati come fattori di sviluppo dell'UE¹³⁰. In questa prospettiva la co-regolazione va letta in connessione con altri elementi, come il riferimento ai meccanismi di cooperazione stragiudiziale delle controversie, tipici di un'impostazione orientata alla *self-regulation*.

Ben diverso appare il significato conferito ai codici di condotta nel quadro del DSA, in cui essi sono intesi come uno strumento di *enforcement* complementare alla normativa di esecuzione. Infatti, la Commissione e il Comitato devono incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta volontari, nonché l'attuazione delle disposizioni di tali codici per contribuire all'applicazione del Regolamento¹³¹. I codici di condotta devono definire

¹²⁶ Di cui discorreva, seppur in ambito pubblicistico, V. Bachelet, *L'evoluzione della pubblica amministrazione*, in *L'amministrazione in cammino. Guida agli scritti di V. Bachelet*, Milano 1984, 69. L'A., dissertando di attività amministrativa, riferiva che «non possiamo dimenticare che la nostra Costituzione impone, col buon andamento [...], altresì la imparzialità dell'amministrazione: la quale ha certo molte componenti di equità, di giustizia, di esatta e umana comprensione delle situazioni; ma ha anche, come necessario sostegno, l'applicazione della legge. E ciò tanto più in un'amministrazione partecipativa, ove la legge, appunto, deve tutelare la imparzialità del servizio per chi appartiene alla maggioranza come per chi appartiene alla minoranza degli utenti».

¹²⁷ In argomento, cfr. D. Scopelliti, *Poteri privati e responsabilità pubbliche dei social network al tempo della democrazia digitale*, in *Federalismi.it*, 7, 2024, 225-247.

¹²⁸ B. Romano, *Algoritmi al potere, Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, 27.

¹²⁹ Dir. CE n. 31/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

¹³⁰ Cfr. le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 14 marzo 2000.

¹³¹ Considerando 103, Art. 45. M. Merler, *Il ruolo della Commissione europea nella realizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2024, 1121 ss.

chiaramente la natura degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti, devono contenere meccanismi di valutazione indipendente del conseguimento di tali obiettivi e devono definire chiaramente il ruolo delle pertinenti autorità. Nei codici di condotta deve essere prestata particolare attenzione alla prevenzione degli effetti negativi sulla sicurezza, alla protezione della vita privata e dei dati personali, nonché al divieto di imporre obblighi generali di sorveglianza. Il carattere innovativo della co-regolazione prevista dal DSA è evidente nel fatto che, pur essendo ribadito il carattere volontario dei codici e la libertà delle parti interessate di aderirvi, «l'attuazione dei codici di condotta deve essere misurabile e soggetta a controllo pubblico»¹³². Il DSA conferisce, quindi, un ruolo significativo ai soggetti pubblici, in particolare alla rete di vigilanza composta dalla Commissione e dai Coordinatori nazionali, inedito nei settori di *self-regulation* e che contribuisce a conferire loro un ruolo molto incisivo nei processi di standardizzazione¹³³. Per quanto la co-regolazione possa riguardare le misure di attenuazione dei rischi relative a ciascun tipo di contenuti illegali, il DSA pone particolare attenzione alla necessità di standardizzare attraverso tali strumenti i fenomeni in grado di generare rischi sistemici di ampia portata sulla società e sulla democrazia, quali la disinformazione o le attività di manipolazione e abuso o eventuali effetti avversi sui minori¹³⁴. L'adesione o non adesione ad un determinato codice di condotta ha effetti nella valutazione della compliance della VLOP/VLOSE agli obblighi aggiuntivi. Infatti, il fatto che una VLOP/VLOSE abbia aderito ad un determinato codice di condotta e ne rispetti le norme può essere ritenuto una misura di attenuazione dei rischi adeguata¹³⁵. Per converso, la mancata adesione al codice di condotta può essere presa in considerazione, se del caso, nel determinare se la piattaforma abbia violato gli obblighi stabiliti dal DSA. Ciò conferma il significativo peso in termini di standardizzazione conferito agli atti di co-regolazione, che sono configurati come vere e proprie misure di attenuazione dei rischi¹³⁶. Tuttavia, è importante sottolineare che il controllo di *compliance* previsto dal DSA non è mai di carattere

¹³² Considerando 103.

¹³³ Secondo F. Bassan, *Digital Platforms and Blockchains: The Age of Participatory Regulation*, in *European Business Law Review*, 2023, 1103 ss., 115 ss., nel settore tecnologico si sta affermando un modello di *participatory regulation* che si differenzia sia dai classici modelli di *self-regulation* anni '80, in cui ai privati e agli organismi che li rappresentano è lasciato uno spazio di regolazione autonomo e autogestito, sia dai modelli di co-regolazione, in cui i soggetti privati supportano i soggetti pubblici nell'elaborazione delle norme. Nel modello partecipativo sono i soggetti pubblici, e nello specifico la Commissione, a contribuire alla standardizzazione privata stimolando processi di elaborazione o elaborando direttamente *draft* di codici e stimolando gli operatori privati ad aderirvi e, di fatto, a vincolarsi al loro rispetto. K. Kaesling, A. Wolf, *Sustainability and Risk Management under the Digital Services Act: A Touchstone for the Interpretation of 'Systemic Risks'*, in *GRUR International*, 2025, 119 ss., 125 ss., definiscono il processo di coinvolgimento della società civile nell'elaborazione di norme e buone pratiche del DSA un fenomeno di «multistakeholderism». Sui limiti di tale modello nell'elaborazione di standard di contrasto ai rischi sistemici e sulla opportunità di creazione di organi stabili di consultazione e confronto delle organizzazioni della società civile, cfr. N. Eder, *Making Systemic Risk Assessments Work: How the DSA Creates a Virtuous Loop to Address the Societal Harms of Content Moderation*, in *German Law Journal*, 2024, 1197 ss., 1213 ss.; E. Siaper, E. Farries, *Platform governance and civil society organisations: Tensions between reform and revolution continuum*, in *Internet Policy Review*, 31 March 2025; R. Jahangir, *EU Steps Up Civil Society Engagement On the Digital Services Act — Is It Enough?*, in *Tech Policy Press*, Apr 16, 2025; M. Józwiak, *The DSA's Systemic Risk Framework: Taking Stock and Looking Ahead*, in *DSA Observatory*, May 27, 2025.

¹³⁴ Considerando 104. In particolare, si sottolinea la necessità di intervenire con codici di condotta in riferimento ad operazioni coordinate volte ad amplificare informazioni, compresa la disinformazione, come l'utilizzo di bot o account falsi per la creazione di informazioni intenzionalmente inesatte o fuorvianti, talvolta a scopo di lucro, che sono particolarmente dannose per i destinatari del servizio vulnerabili, quali i minori. Sui codici di condotta per il contrasto alla disinformazione nel quadro del DSA, G. Morgese, *Il contrasto alla disinformazione*, cit., 108 ss.

¹³⁵ Considerando 103, art. 35, par. 1 lett. h). Art. 41, par. 3, lett. f) in merito ai controlli di conformità cui sono tenute le VLOP/VLOSE.

¹³⁶ O. Pollicino, *Co-regolazione: il nuovo approccio UE alla regolamentazione digitale*, in *Mercati digitali*, 31 gennaio 2025.

formale/documentale ma sempre sostanziale. Infatti, la mera partecipazione a un determinato codice di condotta e la sua attuazione non bastano di per sé a presupporre che il DSA sia stato rispettato.

La Commissione e il Comitato nonché, ove opportuno, altri organismi (quali ad esempio l'Agenzia per i diritti umani o il garante per la protezione dei dati personali) sono tenuti a garantire che i codici di condotta definiscano chiaramente i loro obiettivi specifici, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, in particolare dei cittadini, a livello di Unione¹³⁷. A tal fine, possono essere coinvolti nella loro elaborazione le autorità competenti, le organizzazioni della società civile ed altri *stakeholders*¹³⁸. La Commissione e il Comitato valutano periodicamente l'attuazione dei codici di condotta e ne stimolano e incoraggiano, in un'ottica di regolazione «adattiva» all'evolvere della situazione, il riesame e il costante riaggiornamento. In caso di inottemperanza sistematica ai codici di condotta, la Commissione e il Comitato possono invitare i firmatari dei codici di condotta ad adottare le misure necessarie. Ciò conferma il carattere sostanziale e mai meramente formale della vigilanza.

Uno dei settori in cui i codici di condotta acquisiscono maggiore rilevanza è la fornitura di pubblicità online¹³⁹, rispetto alla quale i codici di condotta dovrebbero sostenere e integrare gli obblighi di trasparenza previsti dal Regolamento al fine di prevedere meccanismi flessibili ed efficaci per facilitare e rafforzare la *compliance*¹⁴⁰, includendo, in particolare, misure volte a garantire che le informazioni significative sulla monetizzazione dei dati siano adeguatamente condivise lungo tutta la catena del valore. La necessità di codici di condotta «largamente sostenuti, tecnicamente solidi, efficaci e tali da offrire la massima facilità d'uso»¹⁴¹ rende indispensabile il coinvolgimento di tutti i portatori di interesse. I meccanismi di valutazione dei codici di condotta relativi alla pubblicità possono coinvolgere l'Agenzia per i diritti fondamentali o il Garante europeo della protezione dei dati. Altro settore in cui i codici di condotta acquisiscono un peso rilevante è quello relativo all'accessibilità delle piattaforme per le persone con disabilità¹⁴². Si noti, tuttavia, che, per quanto il DSA prevedesse l'elaborazione di codici di condotta in tale settore entro il 18 febbraio 2025 e la loro

¹³⁷ Art. 45, par. 3. La Commissione e il Comitato mirano, inoltre, a garantire che i partecipanti riferiscano periodicamente alla Commissione e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali del luogo di stabilimento in merito a tutte le misure adottate e ai relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori chiave di prestazione contenuti nei codici di condotta. Gli indicatori chiave di prestazione e gli obblighi di comunicazione tengono conto delle differenze esistenti tra i diversi partecipanti in termini di dimensioni e capacità.

¹³⁸ A. Reyna, *DMA and DSA Effective Enforcement—Key to Success*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, 320 ss., 322.

¹³⁹ Considerando 107, Art. 46.

¹⁴⁰ In particolare, i codici di condotta dovrebbero agevolare la trasmissione delle informazioni sull'inserzionista che paga per la pubblicità quando questi differisce dalla persona fisica o giuridica per conto della quale la pubblicità è presentata sull'interfaccia online di una piattaforma online.

¹⁴¹ Considerando 107.

¹⁴² Art. 47. In particolare, i codici di condotta devono rispondere ai seguenti obiettivi: a) progettare e adattare i servizi per renderli accessibili alle persone con disabilità rendendoli percepibili, utilizzabili, comprensibili e solidi; b) spiegare in che modo i servizi soddisfano i requisiti di accessibilità applicabili e mettere tali informazioni a disposizione del pubblico in modo accessibile per le persone con disabilità; c) rendere disponibili le informazioni, i moduli e le misure forniti a norma del presente regolamento in modo che siano facilmente reperibili, facilmente comprensibili e accessibili per le persone con disabilità.

applicazione entro il 18 agosto 2025, ad oggi non circola ancora nessun documento in merito¹⁴³.

Nell'ambito degli atti di co-regolazione, una rilevanza specifica assumono i protocolli volontari di crisi che dovrebbero essere adottati in base all'art. 48 DSA. Su raccomandazione del Comitato dei servizi digitali, è la Commissione ad avviare l'elaborazione di tali protocolli da applicare in circostanze straordinarie che incidono sulla sicurezza pubblica o sulla salute pubblica. La Commissione incoraggia e facilita a partecipare all'elaborazione, alla sperimentazione e all'applicazione di tali protocolli di crisi¹⁴⁴, coinvolgendo anche le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione e le organizzazioni della società civile o altre organizzazioni competenti nell'elaborazione dei protocolli di crisi. La Commissione mira a garantire che i protocolli di crisi definiscano chiaramente i parametri specifici per determinare la circostanza eccezionale e gli obiettivi che si perseguono; il ruolo dei singoli partecipanti e le misure da adottare; la procedura per l'attivazione del protocollo e per determinare il periodo di attivazione delle misure; le garanzie necessarie per far fronte ad eventuali effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare la libertà di espressione e di informazione e il diritto alla non discriminazione; una procedura che garantisca la pubblicità di tutte le misure adottate. La Commissione può chiedere ai partecipanti di rivedere tale protocollo, anche adottando misure supplementari.

Poiché i protocolli sono elaborati prima del verificarsi della situazione di crisi, essi possono essere considerati uno strumento preventivo, di carattere volontaristico e «*bottom up*», complementare al meccanismo vincolante e «*top down*» di cui all'art. 36¹⁴⁵, attivato in caso di scoppio di una crisi su decisione e stretto monitoraggio della Commissione. L'art. 36 e l'art. 48 DSA, quindi, compongono un sistema completo di *crisis management* il cui perno strategico

¹⁴³ Ad oggi sono stati integrati o adottati i seguenti codici di condotta: Codice di condotta per contrastare l'incitamento all'odio illegale online plus, adottato il 20 gennaio 2025 sulla scorta del codice del 2016; il codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022, integrato nel quadro regolativo del DSA il 13 febbraio 2025.

¹⁴⁴ La Commissione provvede affinché i protocolli di crisi comprendano: a) la ben evidenziata visualizzazione di informazioni sulla situazione di crisi fornite dalle autorità degli Stati membri o a livello di Unione o, a seconda del contesto della crisi, da altri organismi competenti affidabili; b) la garanzia che il fornitore di servizi intermediari designi uno specifico punto di contatto per la gestione delle crisi; c) ove opportuno, l'adeguamento delle risorse destinate a garantire il rispetto degli obblighi.

¹⁴⁵ In caso di crisi, la Commissione, su raccomandazione del Comitato, può adottare una decisione che impone a una VLOP/VLOSE di intraprendere una o più delle seguenti azioni: a) la valutazione sull'eventualità e, in caso affermativo, sulla relativa portata e sul modo in cui il funzionamento e l'uso dei loro servizi contribuiscano, o possano contribuire, in maniera significativa a una minaccia grave; b) l'individuazione e l'applicazione di misure specifiche, efficaci e proporzionate per prevenire, eliminare o limitare tale contributo alla grave minaccia; c) una relazione alla Commissione, entro una certa data o a intervalli regolari specificati nella decisione, in merito a tale valutazione e alle misure intraprese. Si verifica una crisi quando circostanze eccezionali comportano una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione o in parti significative di essa. Con l'adozione della decisione, la Commissione garantisce che siano soddisfatti tutti i seguenti requisiti: a) le azioni richieste dalla decisione sono strettamente necessarie, giustificate e proporzionate, tenuto conto in particolare della criticità della grave minaccia, dell'urgenza delle misure e delle implicazioni effettive o potenziali per i diritti e gli interessi legittimi di tutte le parti interessate, compresa l'eventuale inosservanza, mediante le misure, dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta; b) la decisione indica con precisione un termine ragionevole entro il quale devono essere adottate le misure specifiche; c) le azioni richieste dalla decisione sono limitate a un periodo non superiore a tre mesi. La Commissione deve notificare la decisione al fornitore o ai fornitori destinatari della decisione, renderla disponibile al pubblico e informare il comitato della decisione, invitandolo a presentare il proprio parere. È da sottolineare che la scelta delle misure spetta alla VLOP/VLOSE, anche se la Commissione può avviare, di propria iniziativa o su richiesta del fornitore, un dialogo con quest'ultimo per stabilire se, alla luce delle circostanze specifiche del fornitore, le misure previste o attuate siano efficaci e proporzionate ai fini del conseguimento degli obiettivi perseguiti. La Commissione è tenuta a monitorare le misure previste nella decisione, revocarle in caso di cessazione della crisi o prorogarle.

è la Commissione¹⁴⁶, chiamata, in fase di prevenzione, ad un ruolo di standardizzazione, in fase di gestione, ad un ruolo di *decision – making* sull'individuazione dell'eccezionalità delle circostanze e della loro rischiosità, in fase di valutazione, ad una verifica dell'efficacia delle misure adottate dai privati. La scelta operativa delle misure da adottare è lasciata, però, alle piattaforme nella consapevolezza che, grazie alla loro expertise, esse costituiscono i soggetti maggiormente in grado di individuare le soluzioni più idonee per reagire alle crisi.

6. L'attività di vigilanza della Commissione UE. Il sistema innovativo di standardizzazione tramite co-regolazione trova il proprio completamento nell'altrettanto innovativo sistema di vigilanza. Conformemente all'art. 49 DSA, gli Stati membri sono tenuti a designare una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del DSA e, tra queste autorità, a individuarne una che funge da coordinatore dei servizi digitali (*Digital Service Coordinator/DSC*). Il DSC è responsabile di tutte le questioni relative alla vigilanza e all'applicazione del DSA nello Stato membro, al coordinamento a livello nazionale in relazione a tali questioni e alla vigilanza e all'applicazione efficaci e coerenti del DSA in tutta l'Unione. A tal fine i DSC cooperano tra loro, con le altre autorità nazionali competenti, con il Comitato e con la Commissione.¹⁴⁷

L'art. 56 DSA stabilisce la ripartizione di competenze tra lo Stato nazionale di stabilimento del fornitore di servizi intermediari e la Commissione¹⁴⁸. Esso conferisce allo Stato di

¹⁴⁶D. Buijs, I. Buri, *The DSA's crisis approach: crisis response mechanism and crisis protocols*, in *DSA Observatory*, February 21, 2023.

¹⁴⁷ Conformemente all'art. 50, i coordinatori dei servizi digitali devono svolgere i loro compiti in modo imparziale, trasparente e tempestivo, disponendo delle risorse necessarie per svolgere i loro compiti, comprese sufficienti risorse tecniche, finanziarie e umane per vigilare adeguatamente su tutti i fornitori di servizi intermediari di loro competenza. Il DSC deve disporre di sufficiente autonomia di bilancio che ne assicuri l'indipendenza. L'art. 51 disciplina i poteri di indagine e di esecuzione dei DSC e il potere di imporre all'organo di gestione di tali fornitori, senza indebito ritardo, di esaminare la situazione, di adottare e presentare un piano di azione che definisca le misure necessarie per far cessare la violazione, di provvedere affinché il fornitore adotti tali misure e di riferire sulle misure adottate nonché di chiedere all'autorità giudiziaria competente del suo Stato membro di ordinare la restrizione temporanea dell'accesso al servizio interessato dalla violazione da parte dei destinatari o, unicamente qualora ciò non sia tecnicamente fattibile, la restrizione dell'accesso all'interfaccia online del fornitore di servizi intermediari sulla quale ha luogo la violazione. Le misure adottate dai DSC devono essere effettive, dissuasive e proporzionate, tenuto conto, in particolare, della natura, della gravità, della reiterazione e della durata della violazione o presunta violazione cui si riferiscono tali misure, nonché, ove opportuno, della capacità economica, tecnica e operativa del fornitore di servizi intermediari interessato. Gli Stati membri definiscono le condizioni e le procedure specifiche per l'esercizio dei poteri dei DSC e le sanzioni, che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri provvedono affinché l'importo massimo delle sanzioni pecuniarie che possono essere irrogate in caso di inosservanza di un obbligo stabilito dal DSA sia pari al 6% del fatturato annuo mondiale del fornitore di servizi intermediari interessato nell'esercizio finanziario precedente. Gli Stati membri provvedono affinché l'importo massimo della sanzione pecuniaria che può essere irrogata in caso di comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, di mancata risposta o rettifica di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti e di inosservanza dell'obbligo di sottoporsi a un'ispezione sia pari all'1% del reddito annuo o del fatturato mondiale del fornitore dei servizi intermediari o della persona interessati nell'esercizio finanziario precedente. Gli Stati membri provvedono affinché l'importo massimo giornaliero delle penalità di mora sia pari al 5% del fatturato giornaliero medio mondiale o del reddito del fornitore di servizi intermediari interessato nell'esercizio finanziario precedente, calcolato a decorrere dalla data specificata nella decisione in questione. Gli articoli 53 e 54 disciplinano i diritti di reclamo e richiesta di risarcimento dei destinatari del servizio nei confronti dei fornitori di servizi intermediari.

¹⁴⁸ Sul rilevante contributo delle amministrazioni nazionali nell'enforcement del DSA, A. Reyna, *DMA and DSA Effective Enforcement*, cit., 322.

stabilimento poteri esclusivi di esecuzione e vigilanza eccetto che per gli obblighi aggiuntivi previsti per le VLOP/VLOSE, la cui vigilanza è riservata alla Commissione¹⁴⁹.

Per fornire consulenza ai DSC e alla Commissione è istituito Comitato europeo per i servizi digitali¹⁵⁰, composto da DSC rappresentati da funzionari di alto livello e presieduto dalla Commissione. Il comitato ha una struttura marcatamente intergovernativa in quanto ogni Stato membro dispone di un voto mentre la Commissione non ha diritto di voto. Tra le funzioni del Comitato, rileva quella di sostenere e promuovere l'elaborazione e l'attuazione di norme, orientamenti, relazioni, modelli e codici di condotta europei in cooperazione con i pertinenti portatori di interessi. Il Comitato, quindi, svolge un ruolo molto rilevante di *advising* alla Commissione in fase di standardizzazione, come confermato dal meccanismo di «*comply or explain*» previsto qualora il DSC non seguano i pareri, le richieste o le raccomandazioni adottate dal Comitato. Quando il Comitato dei servizi digitali è in disaccordo con la decisione di un DSC la questione può essere deferita alla Commissione che può chiedere il riesame della questione¹⁵¹.

Meccanismi di vigilanza specifici sono previsti in riferimento alle VLOP/VLOSE. Conformemente all'art. 64 la Commissione coordina la valutazione delle questioni sistemiche ed emergenti in tutta l'Unione in relazione a tali piattaforme in cooperazione con le autorità nazionali e può avviare un procedimento¹⁵² che si conclude con una decisione di non conformità qualora la Commissione constati la violazione delle disposizioni del DSA, delle misure provvisorie o degli impegni assunti dalla piattaforma. Con la decisione di non conformità la Commissione può infliggere al fornitore sanzioni non superiori al 6% del fatturato totale realizzato a livello mondiale su base annua dal fornitore nell'esercizio precedente¹⁵³.

L'art. 75 stabilisce un meccanismo di vigilanza rafforzata delle misure correttive tese a rispondere alle violazioni degli obblighi aggiuntivi per le VLOP/VLOSE consistente nella richiesta alla piattaforma di elaborare e comunicare un piano di azione contenente le misure necessarie, tra cui la sottoposizione a revisione indipendente e, se del caso, l'impegno a

¹⁴⁹ Qualora un fornitore di servizi intermediari non abbia uno stabilimento nell'Unione, lo Stato membro in cui il suo rappresentante legale risiede o è stabilito o la Commissione hanno i poteri, a seconda dei casi, per la vigilanza e l'applicazione dei pertinenti obblighi di cui al DSA. Qualora un fornitore di servizi intermediari ometta di nominare un rappresentante legale a norma dell'articolo 13 DSA, tutti gli Stati membri e, nel caso di un fornitore di una piattaforma online di dimensioni molto grandi o di un motore di ricerca online di dimensioni molto grandi, la Commissione dispongono dei tali poteri di vigilanza e di applicazione. Commissione e DSC hanno obblighi di assistenza reciproca (art. 57) e cooperazione transfrontaliera (art. 58).

¹⁵⁰ Gli obiettivi del Comitato consistono nell' a) contribuire all'applicazione coerente del DSA e alla cooperazione efficace dei DSC e della Commissione nelle materie disciplinate dal DSA; b) coordinare e contribuire agli orientamenti e all'analisi della Commissione, dei DSC e di altre autorità competenti sulle questioni emergenti nel mercato interno in relazione alle materie disciplinate dal DSA; c) assistere i DSC e la Commissione nella vigilanza sulle VLOP/VLOSE. Cfr. J. Jaursch, *More than an advisory group: why The European Board for Digital Services has key roles in DSA enforcement*, in *DSA Observatory*, February 23, 2024.

¹⁵¹ Art. 59 DSA. L'art. 60 disciplina le modalità di indagini comuni.

¹⁵² Gli articoli 65 ss. disciplinano i poteri di indagine della Commissione nei confronti delle VLOP/VLOSE, la procedura per l'avvio del procedimento, gli obblighi di notifica ai DSC e il sostegno che questi ultimi forniscono alla Commissione (art. 66), la richiesta di informazioni (art. 67), il potere di audizione e di raccogliere dichiarazioni (art. 68), il potere di effettuare ispezioni (art. 69), le misure provvisorie (art. 70), gli impegni proposti dalle VLOP/VLOSE che la Commissione può rendere vincolanti (art. 71), le azioni di monitoraggio (art. 72). Sull'esigenza di trasparenza in queste fasi, R. Jahangir, *What We Don't Know About DSA Enforcement*, in *Tech Policy Press*, Apr 8, 2025.

¹⁵³ La Commissione può adottare una decisione che infligga al fornitore della VLOP/VLOSE o a un'altra persona fisica o giuridica sanzioni pecuniarie non superiori all'1% del reddito annuo o del fatturato totale annuo a livello mondiale dell'esercizio precedente in caso di non adempimento alle richieste della Commissione nell'ambito dell'esercizio dei poteri sopra-analizzati.

partecipare ad un codice di condotta. Previo parere del Comitato dei servizi digitali, la Commissione approva con decisione il piano e fissa un termine ragionevole per la sua attuazione. Successivamente, la Commissione monitora l'attuazione del piano d'azione e, in caso di violazioni, può irrogare sanzioni¹⁵⁴.

Il meccanismo di vigilanza *ex ante*, ad opera della Commissione e dei DSC, è completato dai meccanismi di *private enforcement* operabili da parte dei destinatari dei servizi intermediari singolarmente o incaricando, conformemente all'art. 86 DSA, un organismo, un'organizzazione o un'associazione¹⁵⁵.

Per quanto il sistema di vigilanza delineato dal DSA presenti numerose somiglianze con il sistema di vigilanza antitrust di cui al reg. CE n. 1/2003¹⁵⁶, con cui condivide soprattutto la struttura reticolare e il mix tra *public/private enforcement*, esso si caratterizza anche per alcune specificità. In primo luogo, la Commissione mantiene, soprattutto nella vigilanza sulle VLOP/VLOSE, un vero e proprio monopolio che di fatto la responsabilizza soprattutto nel contrasto ai rischi sistemici. Ciò le consente di rafforzare, anche con processi adattivi di *learning by doing*, il proprio ruolo di *standard-setter* delle migliori pratiche di contrasto dei rischi sistemici. L'azione in fase di vigilanza appare, quindi, complementare e per certi versi funzionale a quella operata attraverso la co-regolazione nell'identificazione e diffusione di buone pratiche di prevenzione e gestione dei rischi in fase di standardizzazione.

L'altro grande elemento di novità è costituito dal Comitato per i servizi digitali, vero e proprio organo di *network* dei DSC. Pur ricordando i comitati di comitatologia, il Comitato acquisisce rispetto a questi ultimi la funzione più pregnante di assicurare alla Commissione il supporto dell'*expertise* amministrativa nazionale non solo in fase di elaborazione della normativa di esecuzione, ma anche in fase di elaborazione degli standard, di monitoraggio, di vigilanza, di individuazione e gestione delle situazioni di crisi. L'organo in parola conferma la rilevanza del DSA quale strumento del processo di progressiva «amministrativizzazione» del sistema europeo in cui la fase strategica di contrasto ai rischi sistemici è accentrata in capo alla Commissione, mentre la gestione «quotidiana» del monitoraggio diffuso e dell'*enforcement* è demandata alle amministrazioni nazionali, in un'ottica di *governance* multilivello del sistema

¹⁵⁴ Il monitoraggio dell'attuazione del piano avviene tramite relazioni periodiche presentate dalla piattaforma. La Commissione adotta misure appropriate in caso di mancata presentazione o mancato rispetto degli obblighi assunti nel piano di azione. Gli articoli 76 ss. stabiliscono le norme relative alle penalità di mora (art. 76), al termine di prescrizione per l'irrogazione di sanzioni (art. 77) e per l'esecuzione delle stesse (art. 78), il diritto di essere ascoltati e l'accesso al fascicolo (art. 79), la pubblicazione delle decisioni (art. 80) e la competenza della Corte di giustizia a decidere sui ricorsi contro decisioni relative alle sanzioni (art. 81), le richieste di restrizione all'accesso (art. 82). Conformemente all'art. 83, la Commissione adotta atti di esecuzione sulle modalità pratiche di esercizio dei poteri di cui dispone, sulle audizioni e sulla divulgazione negoziata di informazioni. L'art. 84 impone alla Commissione, al Comitato e alle autorità nazionali il rispetto del segreto d'ufficio mentre l'art. 85 prevede l'istituzione di un sistema di condivisione delle informazioni. È prevista, per i destinatari di servizi intermediari, la possibilità di farsi rappresentare da associazioni per la tutela dei propri diritti (art. 86).

¹⁵⁵ Gli organismi in parola a) operano senza scopo di lucro; b) sono debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro; c) i loro obiettivi statuari includono un interesse legittimo a garantire che sia rispettato il presente regolamento. I fornitori di piattaforme online devono adottare le misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che i reclami presentati dagli organismi, le organizzazioni o le associazioni a nome dei destinatari dei servizi avvalendosi dei meccanismi di gestione dei reclami ex art. 20, §1, DSA, siano trattati e decisi in via prioritaria e senza indugio. È fatta salva la dir. UE n. 1828/2020 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori o qualsiasi altro tipo di rappresentanza a norma del diritto nazionale. Sull'importanza del *private enforcement* nell'assicurare la corretta attuazione del DSA, M. Del Moral Sánchez, *The Devil is in the Procedure: Private Enforcement in the DMA and the DSA*, in *University of Bologna Law Review*, 2024, 9 ss., 30 ss.

¹⁵⁶ Reg. CE n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

digitale volta ad assicurarne la sicurezza in senso «globale», intesa sia come tutela dei diritti individuali che come tenuta del sistema.

7. Conclusioni. Luciano Violante, in un recente scritto, ha marcato l'accento sull'esigenza di un ripensamento della concezione della condizione umana¹⁵⁷ nei meandri dell'ecosistema digitale¹⁵⁸, attraverso l'elaborazione di una teoria dei limiti e della trasparenza dell'algocrazia¹⁵⁹: come eloquentemente rappresentato, in un suggestivo parallelo con le compagnie coloniali, «le compagnie del digitale hanno un potere politico di fatto che nessuno ha mai avuto»¹⁶⁰, ponendosi come surroga e *alter ego* dello Stato, dei partiti politici¹⁶¹, della Chiesa, della famiglia e del sindacato nella funzione di mediazione¹⁶², in un processo di «reintermediazione»¹⁶³ anonimizzante e macchinico¹⁶⁴, in cui l'oligopolio tecnocratico è l'inveramento della raffigurazione nietzschiana del potere come il «più gelido dei gelidi mostri»¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Le macchine sapienti sono «i nuovi agenti che stanno guidando la trasformazione in atto... per la prima volta gli attori della trasformazione non sono un'élite umana ma delle macchine», Così P. Benanti, *Le macchine sapienti, Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna, 2018, 58. A testimonianza di quanto sia omnicomprensivo il discorso sugli agenti intelligenti in relazione con l'umano intendere, l'A. afferma emblematicamente: «a partire dagli anni Cinquanta l'informatica e le *Information and Communication Technology* (ICT) hanno esercitato un'influenza tale da modificare non solo la nostra interazione con il mondo ma anche la comprensione di noi stessi: non ci percepiamo più come entità isolate, quanto piuttosto come organismi informazionali interconnessi, o *infor*, che condividono con agenti biologici e artefatti ingegnerizzati un ambiente globale costituito in ultima analisi dalle informazioni: 'infosfera», 93.

¹⁵⁸ Si cfr. R. Bodei, *Dominio e sottomissione- Schiavi, animali, macchine, Intelligenza artificiale*, Bologna, 2019.

¹⁵⁹ In argomento, M. Sciacca, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contratto e impresa*, 4, 2022, 1173-1213.

¹⁶⁰ L. Violante, *Prefazione* al libro di O. Pollicino, P. Dunn, *Intelligenza artificiale e democrazia*, cit., 3.

¹⁶¹ «Le nuove tecnologie hanno causato una rivoluzione autenticamente antropologica, cambiando la testa delle persone e con essa le strategie disponibili per i partiti nella ricerca del consenso», in questi termini, M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 68.

¹⁶² La diffusione di notizie tramite le piattaforme social e l'indicizzazione dei motori di ricerca delle informazioni è un fenomeno approfondito nel lavoro di D. Magrini, *È l'algoritmo, bellezza! Disintermediazione giornalistica, social media, egocrazia*, Grosseto, 2020, il quale pone in luce quanto il sistema algoritmico di Google sia oggetto di un puntuale governo da parte dell'azienda, negandone al contempo la casualità e la neutralità. Tale aspetto impone un'attenzione specifica sulla diffusione propagandistica di notizie e *fake news*, volte a condizionare e orientare il consenso elettorale, assumendo una pregnanza negativa per il fisiologico sviluppo democratico degli Stati. In merito, si veda anche il contributo di A. Sciortino, «*Fake news*» e «*post-verità nella società dell'algoritmo*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2021, 422-441.

¹⁶³ G. Giacomini, *Towards neo-intermediation. The power of large digital platforms and the public sphere*, september 2018, 457-468; Id., *Habermas 2.0. A philosophical approach to neo-intermediation and to the (enhanced) return of strategic action. Reasoning Practice*, 1, 2020, 31-50.

¹⁶⁴ Se «le regole del gioco» fossero originate e prodotte dal lavoro macchinico e impersonale del software, gli effetti di tale combinato disposto di impersonalità e macchinalità sarebbero esiziali per il nostro asset democratico. Come provocatoriamente evidenziato da Natalino Irti, «l'impersonalità nasconde, o spesso prova a nascondere, l'identità del potere ordinante, che perciò viene definito 'occulto'... non più le parole dette dal Führer, o scritte nelle regole monastiche o nelle leggi degli Stati moderni, ma i comandi telematici, espressi in segni convenzionali e simboli figurativi», così N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, 41.

¹⁶⁵ F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, trad. it., Milano, 2017, 52 ss. Si permette di rimandare a quanto già riferito in un precedente lavoro monografico, in cui si è posto in evidenza il pericolo di un esautoramento della sovranità statale, argomentando che «se l'opacità delle decisioni auto matizzate basate su algoritmi complessi può essere contrastata e temperata con lo sviluppo di applicazioni di *reverse engineering* e investimenti pubblici in tale ambito, l'opacità del governo dei signori della rete, detentori dei *Big Data*, potrebbe essere fatale per lo Stato di diritto, abbattuto sotto i colpi dell'impersonalità e del macchinico esercizio del potere», V. Visone, *Contributo allo studio della dimensione algoritmica della funzione amministrativa*, Napoli, 2023, 55.

Indagando l'anatomia del *Digital Service Act*, l'opzione istituzionale prescelta e l'*export* della logica del diritto amministrativo nell'ambito della regolazione delle piattaforme digitali permette di sviscerare alcune considerazioni di chiusura al sillogismo condotto sinora.

I poteri privati¹⁶⁶ hanno ribaltato non solo la struttura economica della società, inverandosi la *platform economy*¹⁶⁷ ma, oramai, è un dato tratto «l'impatto, non solo economico, ma anche culturale, politico, e giuridico-sociale di tali piattaforme, le quali, veicolando la diffusione di notizie e idee online, incidono sulla libertà di manifestazione del pensiero degli individui»¹⁶⁸. Al fine di riequilibrare il rapporto tra utenti e signori della rete, il reg. UE 2022/2065 propende per un'irrituale polarizzazione del ruolo della Commissione, cui fa il palio la revisione additiva sotto il profilo funzionale e delle attribuzioni dell'Agcom, uno dei punti di pregnante interesse dell'intento riformatore europeo. Infatti, l'*invenio*¹⁶⁹ che si dipana dinanzi riguarda la rilevanza e il perimetro operativo dell'Agcom nel suo ruolo bifasico di *Digital Coordinator* e di vigilanza residuale sulle piattaforme non sottoposte al controllo della Commissione.

La vaghezza delle attribuzioni e del *quomodo* con cui si spiegherà il coordinamento rimesso all'Agcom contribuisce ad acuire quel fenomeno di indeterminatezza¹⁷⁰ che connota la disciplina delle Autorità indipendenti¹⁷¹ - un vero e proprio «rompicapo costituzionale»¹⁷² - e avvalora, ancora una volta, «le incertezze che si sollevano in ordine ai connotati giuridici della categoria», correlate alla «distonia riguardo al tradizionale circuito della legittimazione democratica e dalla sua stessa sistemazione rispetto all'altrettanto tradizionale apparato dei poteri statuali»¹⁷³.

Così, riemerge l'atavica questione del rispetto del principio di legalità che viene inteso, riguardo alle AAI, in maniera differente, abdicando alla legalità sostanziale¹⁷⁴, surrogata da una legalità per obiettivi, definita anche legalità indirizzato¹⁷⁵.

¹⁶⁶ Sul tema, cfr. G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977; M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.

¹⁶⁷ In cui «le piattaforme digitali s'inseriscono infatti tra silos verticali, operando nei diversi settori in ragione dei poteri delle autorità di regolazione e vigilanza nonché dello stato e del grado di resilienza dei mercati», così F. Bassan, *Le piattaforme digitali tra co-regolazione, concorrenza e codificazione di diritto uniforme*, in C. Robustella, G. Luchena, R. Lener, *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 175, 23.

¹⁶⁸ Così M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi*, 17, 2024, 177.

¹⁶⁹ Il concetto di *invenzione* è da intendere nel senso rappresentato da Paolo Grossi in diverse opere, in cui l'A. sostiene che il diritto non si «crea» per atto del potere costituito, non è «un comando piombante dall'alto sulla società chiamata unicamente all'obbedienza»: esso va «inventato» (nel senso di «scoperto», dal latino *invenio*) nella fattualità sociale ed economica degli individui in relazione tra di loro. In tema, si vedano P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017. Cfr. P. Grossi, *Della interpretazione come «invenzione» (la riscoperta moderna del ruolo «inventivo» della interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, 9-19; Id., *La «invenzione» del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2017, 831-846; Id., *L'«invenzione» dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Giustizia civile*, 2, 2016, 237-240; Id., *L'«invenzione» della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 811-820.

¹⁷⁰ Circa il rischio di una violazione del principio democratico correlato all'eccessivo peso istituzionale ed esecutivo concesso alle Autorità indipendenti, si rimanda a F. Zammartino, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 944 ss.

¹⁷¹ La poliedricità delle funzioni attribuibili in potenza ad un'Autorità indipendente è uno dei profili maggiormente dibattuti in dottrina, che sono ben delineate nell'opera collettanea di A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli, 2020.

¹⁷² E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in *www.astrid-online.it*, 2006.

¹⁷³ In questi termini, F. Zammartino, *Il modello moltiplice, La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, 4.

¹⁷⁴ G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. Poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 710; M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. Cost.*, 1, 2019, 58 ss.

¹⁷⁵ Cfr. C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; più di recente, P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, 2018, spec. 22 ss.

Autorevole dottrina, in tempi recenti, si è interrogata sul *deficit* di rappresentatività delle Autorità indipendenti¹⁷⁶, ritrovando nella legalità procedurale precipuo conforto per superare tale impasse e, nell'ambito del discorso che ci occupa, tale assioma assume una valenza ulteriore. In particolare, per un verso l'Agcom opererà congiuntamente con le altre autorità domestiche coinvolte nell'esecuzione degli obblighi del DSA e la surriferita vaghezza di attribuzioni sarà coperta dalla procedimentalizzazione della sua azione; d'altro canto, proprio l'attività di vigilanza rimessa all'Agcom – e a livello europeo alla Commissione – sarà l'ancoraggio portante delle tutele apprestate dal reg. UE n. 2022/2065.

La fascinazione di tale prospettiva riposa sull'inversione di ruolo delle Autorità indipendenti, da elemento distonico dell'ordinamento¹⁷⁷, tacciato di difetto di legittimazione¹⁷⁸ e *agendi* in spregio alla legalità sostanziale¹⁷⁹, esse, nel solco della società algoritmica, si pongono come salvacondotto democratico, strumentali a perequare il rapporto sbilanciato intercorrente tra i potentati privati del *tech* e la massa di cittadini/utenti¹⁸⁰.

Uno dei punti di trapasso della dissertazione sul DSA concerne l'eshaustività dell'intervento pubblico di cui necessita la massa di utenti che fruiscono dei servizi delle piattaforme digitali per ridurre il *gap* informativo esistente. A tal proposito, se l'accento posto dal referente normativo euro-unitario si sofferma precipuamente sulla proceduralizzazione della tutela, prestando il fianco ad una debolezza definitoria del «contenuto illecito»¹⁸¹ sanzionato¹⁸² e/o censurabile¹⁸³, parrebbe – allo stato – che «la regola chiave rimane quella di una generale irresponsabilità del fornitore fino al momento di venuta a conoscenza del contenuto illegale»¹⁸⁴. Per chiarire l'area dei contenuti censurabili è allora necessario riferirsi alla disposizione contenuta all'art.14 (p.1) rubricato «Termini e Condizioni» che detta il contenuto minimo di tali clausole generali: «I prestatori di servizi intermediari includono nelle loro condizioni generali informazioni sulle restrizioni che impongono in relazione all'uso dei loro servizi per quanto riguarda le informazioni fornite dai destinatari del servizio. Tali informazioni riguardano tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati

¹⁷⁶ Il riferimento è A. Contieri, *Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale*, in A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli, 2020, 101-110.

¹⁷⁷ «Punto di confluenza e quindi un osservatorio privilegiato delle fortissime tensioni che attraversano l'ordinamento, sia sul piano dell'organizzazione dell'amministrazione, sia su quello normativo», così A. Contieri, *Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale*, cit., 109.

¹⁷⁸ La funzione del principio di legalità, oltre a perimetrare l'esercizio del potere, è stata anche e soprattutto quello di legittimarlo. In argomento, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 41 ss.

¹⁷⁹ Si veda S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 265 ss.

¹⁸⁰ In argomento, si veda il recente volume monografico di N. Vettori, *Autorità indipendenti e concentrazione dei poteri: distinzione delle funzioni a garanzia dei diritti*, Napoli, 2024.

¹⁸¹ «La nozione di contenuto illegittimo non ha trovato definizione nemmeno nel DSA e può, quindi, dar adito a forme deliberate di censura privata. Ne deriva che i gestori delle piattaforme digitali, rivestono, ancor oggi, un ruolo tutt'altro che neutrale», così M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, cit. 178.

¹⁸² Vedasi, in tema, L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, in *MediaLaws*, 2, 2023.

¹⁸³ Cfr. P. Dunn, *Il contrasto europeo all'hate speech online: quali prospettive future?*, in *MediaLaws*, 20 gennaio 2021; I. Spigno, *Discorsi d'odio: modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018.

¹⁸⁴ «Quest'ultimo fungerebbe da *dies a quo* dal quale emergerebbe un dovere di rapida attivazione per individuare la fonte, bloccare la disseminazione del contenuto nonché impedirne l'accessibilità». Così G. Vasino, *Censura «privata» e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in *Federalismi.it*, 4, 2023, 149.

ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami. Sono redatte in un linguaggio chiaro, semplice, comprensibile, facilmente fruibile e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile e leggibile meccanicamente».

Riguardo al *deficit* di tutela sostanziale – per mancanza di una tassatività/tipizzazione dei casi di «contenuto illecito» - al netto dell'oggettiva delicatezza di una predeterminazione *ex lege*, è d'uopo tener sempre in debito conto che «ogni incremento della potenziale responsabilità *ex post* si traduce in uno stimolo per gli hosting providers a omettere qualsivoglia forma di controllo di tipo proattivo, così da beneficiare appieno dell'esenzione dall'obbligo di sorveglianza atti»¹⁸⁵: sulla scorta di tali asserzioni, l'opzione perseguita dal reg. UE n. 2022/2065 appare conscia di tale rischio sistemico.

In via ulteriore, il sistema istituzionale e organizzativo delineato dal DSA potrebbe dare la stura ad una tipizzazione *ex post* dei casi di contenuto illecito, mediante prassi esegeticamente consolidate, che tengano conto del contesto in cui si inserisce il contenuto veicolato dalle piattaforme.

E' assegnato un ruolo di vigilanza e regolatorio di innegabile rilievo alle Autorità coinvolte: il modello molteplice delle Autorità indipendenti riscopre la propria anima poliedrica¹⁸⁶ e adattiva¹⁸⁷, il cui erompere nell'ecosistema digitale, complessificato¹⁸⁸ dagli inediti tecnologici, è l'ultima conferma della loro indispensabilità all'interno dello stato osmotico¹⁸⁹, in cui si tenta di gestire «la ricerca del continuo equilibrio fra organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni, partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della *politeia*, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società»¹⁹⁰. Evidentemente siamo dinanzi ad un *iter* in continuo e spasmodico divenire, in una contingenza in cui si è concretizzato il superamento del dogma della neutralità della rete (la

¹⁸⁵ Così S. Vaccari, *Riflessioni sulla responsabilità dei c.d. hosting providers tra enforcement privatistico e regolazione amministrativa*, cit., 697. Per queste ragioni, è stato espressamente riconosciuto (cfr. art. 7, reg. UE n. 2022/2065, come chiarito dal considerando n. 26) che lo svolgimento secondo buona fede e diligenza di indagini «volontarie», ma anche l'adozione di misure finalizzate a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitarne l'accesso, non fa venir meno la «neutralità» del prestatore di servizi e, di riflesso, la generale clausola di esonero dalla responsabilità. In argomento, si veda B. Saavedra Servida, *La responsabilità degli internet service provider: dal safe harbour al principio di accountability*, in *N. leggi civ.*, 1, 2024, 148, secondo cui la *ratio* di tale previsione normativa è quella di «evitare che siano scoraggiate attività che, con una visione realistica e pragmatica, sono cruciali per arginare la diffusione di contenuti illegali».

¹⁸⁶ E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 1.

¹⁸⁷ L'attributo dell'adattività è sicuramente proprio delle decisioni condizionali della Pubblica amministrazione, così come evidenziato da E. Frediani, *Decisione condizionata e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2017, 447. A riguardo l'A., richiamando il pensiero di A.O. Hirschmann, *I conflitti come pilastri della società democratica ad economia di mercato*, in *Stato e mercato*, 1994, 133 ss., ove la valenza del conflitto viene qualificata in relazione alla sua natura di fattore di sviluppo e crescita da valutare anche sul piano culturale, sottolinea che «La stessa clausola condizionale [...] appare divenire l'espressione di uno strumento di tipo adattivo e dinamico che consente di realizzare un equilibrio sistemico destinato a non rescindere autoritativamente il conflitto, ma a predisporre rispetto ad esso quello che Albert Hirschmann ha definito una forma di arrangiamento temporaneo (*muddling through*) nell'aprirsi e richiudersi continuo del conflitto medesimo».

¹⁸⁸ Si veda in merito A. Faleza, *Complessità giuridica*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 201 ss.

¹⁸⁹ Il verbo e i concetti cui si pone ancoraggio sono di A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

¹⁹⁰ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 7.

c.d. *net neutrality*)¹⁹¹, un tempo difficile per i costituzionalisti¹⁹² chiamati a contribuire a un riequilibrio tra utenti e *Big Tech*, mediante il consolidamento della dottrina dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali¹⁹³. Uno dei punti cruciali potrebbe rivelarsi l'esegesi dell'art. 14 del DSA rispetto ai confini del richiamo operato da tale referente normativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Se il rinvio dell'art. 14 alla CDUE¹⁹⁴ sarà inteso come limite al potere discrezionale della piattaforma nella definizione dei termini e delle condizioni di servizio, sarà corroborata massivamente l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nel rapporto di natura privatistica tra utenti e intermediari¹⁹⁵.

Postulato dell'intervento pubblico in ambito privato è l'insufficienza delle tutele privatistiche e dello schema contrattuale che mal si adattano alla struttura della relazione utente/piattaforma e, su tale abbrivio, si consolida sempre più l'idea che «i tempi sono maturi per la configurazione di un principio generale di sindacabilità giuridica degli atti di esercizio del potere economico privato»¹⁹⁶. La chiamata alle armi del costituzionalismo, nei meandri dell'ecosistema digitale, risponde all'impresa – titanica- di «catturare nuovamente quel potere che (i costituzionalisti) molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare al diritto e funzionalizzare ai diritti»¹⁹⁷.

Sotto tale piano prospettico, il *Digital Service Act* anela a dimensionare «l'arroganza soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio»¹⁹⁸: a tale referente normativo va attribuito un ruolo transeunte e non certamente definitivo, anche in ragione dell'oggetto regolato, ovvero l'operare delle piattaforme digitali. Le garanzie procedurali apprestate dal DSA corrispondono a quell'idea di giusto procedimento¹⁹⁹ che è

¹⁹¹ P. Otranto, *Net neutrality e poteri amministrativi*, in *Federalismi.it*, 3, 2019.

¹⁹² Parafrasando il titolo di un'opera recente di G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Bari, 2023.

¹⁹³ Cfr. M. Monti, *Regolazione del discorso online e processi costituzionali di integrazione. Una comparazione UE USA*, Napoli, 2025, 209. L'A., riguardo al DSA, rimarca che esso ha introdotto un «sistema di proceduralizzazione della *content moderation*», all'interno di una particolare governance contenutistica, attraverso la prescrizione di una serie di garanzie.

¹⁹⁴ Sull'efficacia orizzontale indiretta dei principi fondamentali della Carta cfr. J.P. Quintais, N.Appelman, R. Fathaigh, *Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation*, in *German Law Journal*, 24, 2023, 899 e ss.

¹⁹⁵ Come rilevato da attenta dottrina di recente, «sarà allora questione cruciale, non soltanto dare concretezza a tali diritti definendone il perimetro in un quadro di armonizzazione, per cui come detto fondamentale è la giurisprudenza CEDU, ma anche renderli concretamente «opponibili» all'autorità privata. Il DSA non prevede infatti, almeno esplicitamente, l'azionabilità in capo ai singoli dei loro diritti eventualmente lesi dalle politiche di moderazione delle piattaforme» e, sul punto, è possibile concedere un'altra interpretazione secondo la quale «qualora lo si legga in combinato con l'art. 14 par. 4, che se interpretato riconoscendo efficacia orizzontale ai diritti fondamentali potrebbe fornire da base giuridica per la loro diretta azionabilità 118. (Ad esempio, contestando la legittimità di quanto previsto dalle «regole interne» o dell'applicazione adeguata delle stesse al caso di specie, in ipotesi per violazione del principio di proporzionalità espressamente richiamato dall'articolo 14, paragrafo 4)». Così, I. De Vivo, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del «regulatory turn» europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *Federalismi.it*, 2, 2024, 68.

¹⁹⁶ M. Libertini, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Diritto pubblico*, 3, 2021, 912.

¹⁹⁷ Rifuggendo «i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni)» e tornando «ad un costituzionalismo polemico che si misuri col potere», così, M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006, 1668.

¹⁹⁸ In questi termini, P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, *Lectio doctoralis*, 24 ottobre 2005, Aula Magna dell'Università di Bologna, in *Rass. forense*, 2006, 5.

¹⁹⁹ In tema la letteratura è vasta. Si rimanda *ex multis* a A. Ferrari Zumbini, *La creazione giurisprudenziale tra fine Ottocento e primo Novecento dei principi del giusto procedimento nel diritto amministrativo austriaco*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 1029; B. Gagliardi, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2017, 373; F. Saitta, *Verso un «giusto» procedimento espropriativo*, in *Diritto*

alla base del fare amministrativo²⁰⁰ e, in una rivisitata relazione autorità-libertà²⁰¹, in cui i sovrani della rete debbono rispettare i paradigmi di trasparenza, motivazione, spiegabilità, imparzialità e non discriminazione²⁰², il culto del diritto amministrativo – talvolta eccessivamente criticato²⁰³ – si ritrova cardine di un progetto di riforma europeo che anela a «sostituire[...] alla materialità del potere di qualcuno l'astrattezza della regola di tutti, provando in tal modo a dare soluzione ai confini concreti, a regolare la convivenza, a operare, a partire dalla norma, anche oltre la norma»²⁰⁴.

Le garanzie procedurali di cui si è discettato principiano un processo di regolazione delle piattaforme digitali che non può dirsi concluso e che allo stato attende lo sviluppo pratico della vigilanza europea e domestica. Se la forma – e da essa e solo attraverso essa – può far salva la sostanza, la procedimentalizzazione delineata dal *Digital Service Act* è un passo fondamentale e prodromico ad un successivo – auspicabile e ipotizzabile – intervento di completamento che si occupi doviziosamente della definizione di «contenuto illegale»; nel mentre, comunque, la casistica renderà il tatto dell'impellenza o meno di tale integrazione.

Del resto, memori dell'ammonimento di Capograssi, «risultato e modo di arrivarvi sono, come sempre nella storia dell'azione, indissolubilmente uniti», tant'è che «se si stacca il risultato dal modo di arrivarvi, si rende impossibile il risultato, lo si nega con l'intenzione di salvaguardarlo»²⁰⁵, cosicché le garanzie procedurali apprestate dal *Digital Service Act* al cittadino/utente sono gemmazione europea, fondativa e irrefragabile, alla base dell'architrave di tale «epifanico» rapporto amministrativo di *iure privatorum*.

Abstract. Il saggio analizza il *Digital Services Act* (Regolamento UE n. 2022/2065) quale paradigma innovativo di regolamentazione delle piattaforme digitali, esaminandone le implicazioni costituzionali e amministrative nel contesto del costituzionalismo digitale europeo. L'analisi evidenzia come il regolamento introduca significative garanzie procedurali mutate dal diritto amministrativo: trasparenza, motivazione, non discriminazione e spiegabilità delle decisioni algoritmiche. Il sistema di co-regolazione attraverso codici di condotta costituisce un elemento caratterizzante del DSA, configurandosi come strumento di *enforcement* complementare alla normativa, con particolare attenzione ai rischi sistemici quali disinformazione, *hate speech* e manipolazione. Altro elemento caratterizzante è il sistema di vigilanza, improntato ad una logica di networking multilivello, sintomo di una progressiva amministrativizzazione del sistema dell'UE. Il DSA, pur rappresentando un punto di partenza piuttosto che di arrivo nella regolazione delle piattaforme digitali, è inteso come un tentativo di riequilibrio del rapporto asimmetrico tra utenti e *Big Tech* attraverso la proceduralizzazione delle garanzie.

Amministrativo, 4, 2013, 627; M. Bellavista, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 596; M. Cocconi, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2010, 1127; E. M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2008, 961; F. Castiello, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Foro amm. CDS*, 1, 2008, 269; M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amm.*, 6, 2001, 1829.

²⁰⁰ A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 69-83 discorre espressamente di «giusto procedimento» come di un principio costituzionale.

²⁰¹ In argomento, si rimanda a V. Caputi Jambrenghi, *Libertà e Autorità. Dottrine sulle libertà. Diritti delle future generazioni*, Napoli, 2023.

²⁰² Vedasi, di recentissima pubblicazione, il saggio di P. Piluso, *Poteri privati, diritti fondamentali e interessi legittimi: costituzionalismo digitale e «amministrativizzazione» del potere privato*, in *Consultaonline*, 2, 2025.

²⁰³ V. Visco, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.*, in *IlSole24ore*, 6 febbraio 2021, 15.

²⁰⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 5.

²⁰⁵ G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando G. Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, 150.

Abstract. This essay analyzes the Digital Services Act (EU Regulation no. 2022/2065) as an innovative paradigm for regulating digital platforms, examining its constitutional and administrative implications in the context of European digital constitutionalism. The analysis highlights how the regulation introduces significant procedural guarantees borrowed from administrative law: transparency, motivation, non-discrimination and explainability of algorithmic decisions. The system of co-regulation through codes of conduct is a defining feature of the DSA, acting as a complementary enforcement tool to the legislation, with a particular focus on systemic risks such as disinformation, hate speech, and manipulation. At the same time, the supervision system, based on a logic of multilevel networking, has to be noticed. It appears to be the symptom of a EU gradual «administrativization». The DSA, while representing a starting point rather than an end point in the regulation of digital platforms, is intended as an attempt to rebalance the asymmetrical relationship between users and Big Tech through the proceduralization of safeguards.

Parole chiave. Digital Services Act (DSA) – Costituzionalismo digitale – Piattaforme digitali – Garanzie procedurali – Potere privato tecnologico – Very Large Online Platforms (VLOP) – Very Large Online Search Engines (VLOSE).

Key words. Digital Services Act (DSA) – Digital constitutionalism – Digital platforms – Procedural safeguards – Private technological power – Very Large Online Platforms (VLOP) – Very Large Online Search Engines (VLOSE).

I VECCHI E I NUOVI SENTIERI DELLA DEMOCRAZIA CHE SI DIFENDE. RIFLESSIONI A MARGINE DELLE ELEZIONI PRESIDENZIALI IN ROMANIA*

di Nicola Maffei**

181

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Democrazia difensiva: i plurimi itinerari di un concetto «magmatico». – 2.1. Una breve premessa di metodo: l'utilità di un approccio descrittivo. – 2.2. Le minacce «analogiche» alla democrazia. – 2.3. Le minacce «digitali» alla democrazia. – 3. Il caso rumeno come laboratorio: la Corte costituzionale tra questioni «di merito» e «di metodo». – 3.1. Una questione «di merito». – 3.2. Una questione «di metodo». – 4. Il fine giustifica i mezzi? Brevi note (non) conclusive.

1. Introduzione. Il 26 maggio 2025, prestando giuramento in una sessione solenne del Parlamento di Bucarest, Nicușor Dan ha ufficialmente assunto la carica di Presidente della Repubblica di Romania, divenendo dunque il quinto Capo dello Stato nella giovane storia costituzionale dell'ex Paese socialista. Si è così concluso uno dei passaggi più critici a livello istituzionale per la democrazia rumena: a partire dal 5 ottobre 2024 – data in cui la Corte costituzionale ha respinto la candidatura dell'esponente del partito di estrema destra S.O.S. Romania Diana Iovanovici Șoșoacă alle elezioni presidenziali –, essa ha infatti attraversato un lungo e travagliato periodo di crisi e instabilità, segnato da un primo ciclo elettorale presidenziale vistosi annullato *in toto* sempre dalla Corte costituzionale il 6 dicembre 2024 a pochi giorni dal turno di ballottaggio; dal successivo intervento, tanto della Corte europea dei diritti umani, quanto – seppur indirettamente – della Commissione di Venezia in merito all'annullamento *de quo*; e, da ultimo, da una seconda consultazione elettorale presidenziale definitivamente confermata negli esiti solo a seguito di un'ulteriore sentenza dei giudici costituzionali rumeni, pronunciatisi per il rigetto del ricorso promosso dal candidato George Simion, risultato sconfitto dal turno di ballottaggio.

Un simile susseguirsi di eventi ha sicuramente destato preoccupazioni sulla tenuta democratica di un Paese peraltro già protagonista, negli ultimi anni, di un dialogo denso di criticità con le istituzioni euro-unitarie relativamente al rispetto dei principi dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura¹.

* Sottoposto a referaggio.

** Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Sul punto, per la dottrina italiana, cfr. V. Lubello, *Il Consiglio superiore della magistratura rumeno. Prospettive di una transizione ancora in corso*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 4951-4967; A. Perelli, *Indipendenza ed autonomia della magistratura: lezioni dalla Romania*, in *DPCE Online*, 3, 2021, 3183-3192; F. Donati, *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull'indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, 1, Napoli, 2022, 15-22; A. Rosanò, *La*

E tuttavia, fine specifico del presente contributo è assumere il caso rumeno come proficuo terreno di indagine circa i termini di applicabilità di una nozione, quella di democrazia «difensiva», che, pur mantenendo un forte legame con la *ratio* ispiratrice del vicino concetto di *militant democracy* elaborato dall'esule Karl Loewenstein negli anni '30 del secolo scorso², conserva, nell'ampia e dinamica lettura descrittiva che se ne offrirà, una viva utilità ermeneutica per l'analisi delle difese che la democrazia costituzionale e – quale sua interprete privilegiata – la giustizia costituzionale sono oggi chiamate ad approntare dinanzi alle nuove sfide poste dalla contemporaneità.

A questo proposito, sarà proprio sull'operato del Giudice costituzionale di Bucarest, quale organo per l'appunto geneticamente chiamato a garantire la difesa della democrazia rumena, che il presente studio si focalizzerà, non prima, tuttavia, di aver verificato i termini di trasferibilità del concetto di democrazia difensiva o protetta, e del «paradosso» che – come si vedrà – esso reca intrinsecamente con sé, al contesto dello spazio pubblico digitale, oggi principale sede di sviluppo dei processi democratici, in un quadro di profonda disintermediazione tra rappresentanti e rappresentati, foriero a sua volta non solo di opportunità ma – per quel che qui più rileva – altresì di rischi per l'integrità dei processi democratici medesimi.

Tale operazione preliminare sarà utile, in questo senso, ad analizzare con le adeguate lenti teoriche l'operato della Corte rumena, i cui interventi a tutela dell'ordine costituzionale, con specifico riferimento all'esclusione della candidata del partito S.O.S Romania dalla competizione elettorale, da un lato, e all'annullamento *in medias res* del procedimento elettorale presidenziale, dall'altro, verranno qui inquadrati come posti a risoluzione di questioni – nei termini che si vedranno – rispettivamente «di merito» e «di metodo».

Si potrà, in questo modo, valutare, da ultimo, se e in quali termini le rilevanti fragilità di ordine tanto procedurale quanto sostanziale connesse sia al primo che al secondo degli interventi giurisdizionali richiamati possano in un certo senso dirsi giustificate nell'ottica di un costituzionalismo liberal-democratico chiamato a proteggere se stesso da antichi e nuovi «pericoli» ovvero costituiscano il sintomo di una democrazia rumena pericolosamente incorsa nel suddetto paradosso insito nel suo stesso carattere difensivo, a nocumento pertanto – per le ragioni che si vedranno – della sua stessa tenuta.

2. Democrazia difensiva: i plurimi itinerari di un concetto «magmatico».

2.1. Una breve premessa di metodo: l'utilità di un approccio descrittivo. «There exists no general legal or, for that matter, proper normative theory of militant democracy [...]. There is no “model” of militant democracy that might straightforwardly be adopted [...] and no clear general guideline»³. Le parole qui riportate di Jan-Werner Müller, uno dei principali teorici della democrazia protetta, all'interno di un suo noto scritto del 2012, si rivelano di grande utilità nel giustificare l'approccio metodologico che in questo contributo si intende adottare, dapprima, nella

sentenza *Inspectia Judiciară* della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce della crisi dello Stato di diritto in Romania e nell'Unione europea, in *Osservatorio AIC*, 5, 2023, 245-266; G. Vosa, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *federalismi.it*, 22, 2022, 184-225; G. Vosa, *Sulla problematica tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea: spunti di diritto costituzionale e comparato a partire dal “caso Romania”*, in *DPCE Online*, 4, 2022, 1983-2025.

² Cfr. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, in *The American Political Science Review*, vol. 31, 3, 1937, 417-432; Id., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, in *The American Political Science Review*, vol. 31, 4, 1937, 638-658.

³ J.W. Müller, *A “Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve”? Rethinking Militant Democracy: An Introduction*, in *Constellations*, vol. 19, 4, 2012, 536-537.

ricostruzione del concetto *de quo*, e successivamente, nel suo accostamento alle vicende rumene *supra* brevemente richiamate.

Il breve passaggio della riflessione dello studioso tedesco ci consegna, infatti, tutta la volatilità semantica, quantomeno sul piano normativo, di un concetto che, in effetti, se da un lato è stato negli anni oggetto di varie ed eterogenee ricostruzioni in ambito giusfilosofico, di teoria generale del diritto nonché nella scienza politica⁴, dall'altro ha fortemente risentito e risente tuttora – e direi in modo inevitabile – delle peculiarità storico-costituzionali ascrivibili alle singole realtà ordinamentali variamente optanti per una sua incorporazione al loro interno mediante specifiche previsioni di ordine normativo, sovente costituzionale⁵.

In questo senso, provare a enucleare una definizione in chiave normativa del concetto in parola esulerebbe dal perimetro di questo scritto e, per certi versi, non risulterebbe nemmeno proficuo per l'economia del lavoro.

Ciò che allora si tenterà di fare in questa sede sarà adottare un approccio descrittivo – e successivamente euristico – al tema. Si approfondiranno, a tal proposito, le evoluzioni concettuali cui la teoria della democrazia difensiva è andata incontro nel suo accostarsi, sul piano empirico, alla progressiva emersione di minacce al costituzionalismo liberal-democratico «altre» rispetto a quella rappresentata dai movimenti politici antisistema, bersaglio, come noto, della *militant democracy* più fedele all'originario insegnamento di Loewenstein⁶.

Procedere induttivamente all'analisi dei fattori affermatasi nel corso del tempo come pericoli per i regimi democratici, avendo altresì riguardo alle corrispondenti reazioni dei formanti tanto normativo e giurisprudenziale quanto dottrinale nel qualificarli come tali⁷, aiuterà in questo senso a spiegare la scelta di preferire all'uso del concetto più specifico di «militanza» quello più ampio di «difesa costituzionale»⁸.

Una scelta, quest'ultima, funzionale peraltro ad aggiungere alla riflessione in parola altresì il riferimento al nuovo terreno in relazione al quale la difesa del costituzionalismo liberaldemocratico diviene questione sempre più urgente e rilevante: l'ecosistema digitale,

⁴ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale sulla democrazia protetta cfr. G. Capoccia, *Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation*, in *The Annual Review of Law and Social Science*, vol. 9, 2013, 207-226 nonché, più di recente, i saggi contenuti nella sezione speciale *Militant Democracy, Populism, Illiberalism*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, 3, 2022, 375-532.

⁵ Una sistematizzazione del tema attenta al dato positivo è proposta, per la dottrina italiana, da S. Ceccanti, *Le democrazie protette e semi-protette da regola a eccezione. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004, in cui l'A., a partire dall'analisi degli istituti di difesa della democrazia contemplati dalle costituzioni liberal-democratiche, individua tre soglie di protezione operanti a seconda che l'oggetto di protezione sia 1) la Costituzione in senso stretto, 2) l'accesso all'Esecutivo, 3) la rappresentanza politico-parlamentare. Da ultimo si segnala, per un approfondimento del tema con specifica attenzione dedicata all'ordinamento tedesco, assunto come *tertium comparationis*, per l'analisi in chiave comparata degli ordinamenti italiano e francese, A. Gatti, *La democrazia che si difende. Studio comparato di una pratica costituzionale*, Milano, 2023.

⁶ Anticipando quanto si vedrà *infra*, il «nemico» della *militant democracy* di Loewenstein è dall'A. individuato nei movimenti politici estremisti, da lui definiti indifferentemente come fascismi. Cfr. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, cit., 417 in cui il fascismo viene non a caso definito come «a World Movement».

⁷ Come notato da T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018, 171, dopo un lungo periodo, intercorso tra il 1960 e il 2010 circa, di scarso interesse da parte della dottrina sulla *militant democracy*, il più recente emergere del populismo e la crisi dei sistemi partitici consolidati hanno dato nuova linfa al dibattito sul tema.

⁸ L'espressione richiama il concetto di «autodifesa costituzionale» utilizzato da M. Calamò Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2021, 91-130, in cui l'A. ripercorre in chiave comparata proprio l'evoluzione del concetto di democrazia militante dall'originaria elaborazione di Loewenstein sino alle sfide attuali, accostandolo – *inter alia* – alla teoria dei controlimiti, alla previsione delle cc.dd. «clausole di eternità» e alla costituzionalizzazione degli stati di crisi, le quali, tuttavia, non saranno approfondite nel presente studio.

veicolo di esacerbazione di «vecchie» minacce e a un tempo sede di nuovi pericoli – come già accennato – per l'integrità dei processi democratici.

Armati di un simile arsenale teorico, sarà dunque possibile procedere a un'analisi chiaroscurale delle vicende rumene menzionate nelle brevi note introduttive a questo scritto.

2.2. Le minacce «analogiche» alla democrazia. *«If fascism is not a spiritual flame shooting across the borders, it is obviously only a technique for gaining and holding power, for the sake alone, without that metaphysical justification which can be derived from absolute values only. If this hypothesis is realized, the answer is equally inescapable. If democracy is convinced that it has not yet fulfilled its destination, it must fight on its own plane a technique which serves only the purpose of power. Democracy must become militant»*⁹.

In questo breve passaggio del suo *Militant Democracy and Fundamental Rights* riposa il cuore pulsante della teoria della democrazia militante elaborata da Loewenstein, esule osservatore del crollo di una Repubblica di Weimar dimostratasi colpevolmente permeabile da un punto di vista strutturale all'ascesa al potere del partito nazionalsocialista¹⁰. A un fascismo letto come mera tecnica di conquista e mantenimento del potere, facente leva sull'emozionalismo e sulla vulnerabilità delle masse alla propaganda, il giurista tedesco oppone un'idea di democrazia che, con l'obiettivo di proteggere la Costituzione letta nella sua dimensione prettamente testuale¹¹, potrebbe e dovrebbe azionare, mediante una forte razionalizzazione del parlamentarismo in favore del potere esecutivo, una serie di meccanismi di per sé antidemocratici, ma legittimati «a monte» dalla lotta avverso potenziali derive totalitarie del sistema. In questo senso, il divieto in via legislativa dei partiti antidemocratici, la limitazione della libertà di espressione intesa come reato politico, il rafforzamento dei poteri di polizia limitativi della propaganda pubblica di movimenti inquadrati come sovversivi e, ancora, la soppressione di tutti quegli organismi potenzialmente in grado di arrivare al potere mediante legittime elezioni e di sovvertire il sistema dall'interno costituiscono, *inter alia*¹², gli strumenti con i quali Loewenstein suggerisce di «armare» la democrazia, la quale tuttavia, nel combattere l'autoritarismo fascista, finisce inevitabilmente per attestarsi essa stessa – così come peraltro sostenuto senza remore dall'autore – come autoritaria¹³.

Emergono qui in maniera chiara i tratti paradossali di una democrazia pronta a difendere sé stessa – in questo caso contro partiti e gruppi politici sovversivi – mediante metodi

⁹ K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, I, cit., 422-423.

¹⁰ La critica di Loewenstein nei confronti della Costituzione weimariana del 1919 verteva, in particolare, sulle deroghe tacite al proprio testo che essa consentiva da parte del legislatore ordinario, mettendo quest'ultimo nelle condizioni di aggirare il disposto costituzionale senza procedere a una modifica formale. Una simile prassi aveva dunque leso la forza normativa e il grado di resistenza della Costituzione, aprendo la strada, secondo lo studioso tedesco, al regime nazionalsocialista. Cfr. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, cit., II.

¹¹ Per un'analisi della posizione dottrinale di Loewenstein con riguardo alla Costituzione cfr. M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale*, cit., 95-98, ove l'A. colloca l'interpretazione dello studioso tedesco come posta «a metà strada tra il positivismo ortodosso e l'antipositivismo assiologico» alla luce della quale il giurista tedesco elabora «un singolare programma di difesa della Costituzione che, anziché appellarsi a un ordine di valori e di principi intangibili, ha come obiettivo la protezione testuale della Costituzione come documento specifico identificante una data comunità politica».

¹² L'A. fa altresì riferimento al bando delle organizzazioni paramilitari e delle uniformi di partito, all'esclusione di candidati estremisti dall'organo parlamentare, alla criminalizzazione dell'istigazione all'agitazione contro gruppi definiti in base alla razza, all'orientamento politico o al credo religioso. Cfr. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, 646-653.

¹³ «Salvation of the absolute values of democracy is not to be expected from abdication in favor of emotionalism, utilized for wanton or selfish purposes by self-appointed leaders, but by deliberate transformation of obsolete forms and rigid concepts into the new instrumentalities of "disciplined", or even – let us not shy from the word – "authoritarian democracy"». Così K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, cit., II, 657.

antidemocratici. Paradosso su cui la dottrina non ha mancato di interrogarsi in maniera critica, con riguardo alla non facile individuabilità, in particolare, da un lato, del carattere propriamente «antisistema» di una posizione politica promossa tanto a livello individuale quando collettivo, e dall'altro, del momento esatto in cui azionare gli strumenti militanti¹⁴.

A questo proposito, con riguardo al primo punto, giova richiamare brevemente le perplessità che, nel solco del categorico rifiuto kelseniano di «ricorrere alla dittatura per difendere la democrazia»¹⁵, possono sorgere se si tiene conto della tensione teorica sottesa a un'azione limitativa delle libertà di espressione e associazione – solo perché declinate in una chiave considerata errata – proveniente da chi, i regimi liberaldemocratici, proprio sull'esercizio del diritto di esprimersi e di associarsi in maniera libera da condizionamenti altrui fonda la propria ragion d'essere¹⁶. Perplessità non meramente teoriche, ove si consideri il rischio, soprattutto per i gruppi minoritari, di subire l'(ab)uso di strumenti di *militant democracy* da parte delle pubbliche autorità nel nome di una pretesa difesa del carattere democratico della società¹⁷.

In merito al secondo punto, invece, le principali difficoltà vertono sul carattere alternativamente «inopportuno» delle misure di democrazia militante, se tese a colpire un movimento politico non dotato del supporto tale da farlo assurgere a minaccia per la democrazia¹⁸, ovvero «non tempestivo», se rivolte contro un movimento divenuto pericoloso per l'integrità del regime democratico proprio perché beneficiario di un ampio consenso raggiunto a livello popolare, con tutte le criticità che in tale ultimo caso si pongono in merito alla legittimazione dell'eventuale attivazione delle misure medesime¹⁹.

¹⁴ A.Z. Huq, *Militant Democracy Comes to the Metaverse?*, in *Emory Law Journal*, vol. 72, 1127-1131.

¹⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della Democrazia*, a cura di A. Carrino, con integrazione di *Sociologia della democrazia* del 1926 e *Difesa della democrazia* del 1932, Torino, 2004, 89.

¹⁶ Cfr. J. Quong, *The Rights of Unreasonable Citizens*, in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12, 3, 2004, 314-335 in cui l'A. sostiene come in un regime liberale le persone irragionevoli non debbano perdere i benefici legati alla cittadinanza a cagione del carattere irragionevole delle loro opinioni.

¹⁷ Cfr. A.Z. Huq, *Militant Democracy Comes*, cit., 1128-1129, in cui l'A. fa efficacemente riferimento, in via problematica, alla sentenza *Sabin v. Turkey* resa dalla Corte EDU nel 2005, con la quale i giudici di Strasburgo hanno confermato la compatibilità con la CEDU del divieto imposto alle donne dalle autorità turche di indossare il velo nelle università pubbliche, ritenendo tale misura appunto «*necessary in a democratic society*».

¹⁸ La vicenda tedesca legata al partito di ispirazione neonazista NPD/ *Die Heimat*, risulta, in questo senso, emblematica. Dinanzi, infatti, alla richiesta di mettere al bando, ai sensi dell'art. 21, c. 2 GG, il partito in parola, il 17 gennaio 2017 il *Bundesverfassungsgericht*, pur affermando chiaramente come l'NPD mirasse a eliminare l'ordine libero e democratico di base, non ha riconosciuto in tale condotta un livello di pericolosità tale – pericolo concreto di sovversione del sistema – da dichiararne l'incostituzionalità. Tuttavia, il 23 gennaio 2024, a seguito dell'intervenuta modifica, occorsa sempre nel 2017 e proprio su invito del BVerfG, dell'art. 21 GG, con la previsione al c. 3 della possibilità di escludere dal finanziamento statale e dai benefici fiscali quei partiti i cui obiettivi o le cui azioni mirano a minare o eliminare il libero ordine democratico di base – per tale intendendosi il catalogo di principi e di valori politico-costituzionali che sanciscono l'orientamento politico fondamentale del sistema costituzionale tedesco –, il Tribunale costituzionale federale, venendo meno la rigidità della scelta tra dichiarazione di costituzionalità o incostituzionalità, ha escluso per sei anni il – così come rinominatosi – partito *Die Heimat* dal finanziamento statale e dai benefici fiscali. Sulla pronuncia del 17 gennaio 2017 cfr. A. Gatti, *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1-23; E. Caterina, *La metamorfosi della "democrazia militante" in Germania. Appunti sulla sentenza NPD del Tribunale Costituzionale Federale e sulla successiva revisione dell'art. 21 della Legge Fondamentale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2018, 239-258. Per un commento alla pronuncia del 23 gennaio 2024 cfr. Id., *Niente soldi ai neonazisti: prima applicazione del blocco dei finanziamenti ai partiti anticonstituzionali in Germania*, in *Blog di Diritti Comparati*, 19 febbraio 2024.

¹⁹ Sempre con riferimento all'ordinamento tedesco, in questo caso in relazione al partito AfD (*Alternative für Deutschland*) – su cui cfr. F. Brandmann, *Radical-right Parties in Militant Democracies: How the Alternative for Germany's Strategic Frontstage Moderation Undermines Militant Measures*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, 3, 2022, 412-439 – particolarmente efficaci risultano, in questo senso, gli interrogativi posti da T.E. Frosini, *Proteggere la*

Orbene, fatti salvi questi pur rilevanti nodi problematici, ciò che per il prosieguo di questo studio importa a questo punto evidenziare è che la teoria della democrazia militante, così come edificata in contrasto ai partiti antisistema, abbia incontrato un ampio recepimento negli ordinamenti sul piano del formante normativo-costituzionale.

A questo proposito, la Legge Fondamentale tedesca del 1949 costituisce, per evidenti ragioni storiche, l'esempio prototipico²⁰. Pienamente memori delle fragilità weimariane, i Costituenti di Bonn non hanno infatti esitato a inserire strumenti di democrazia militante nel nuovo testo costituzionale.

L'art. 21, c. 2, GG – relativo alla possibilità per il Tribunale costituzionale federale di dichiarare l'incostituzionalità dei partiti politici che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti mirino ad attentare all'ordinamento costituzionale libero e democratico²¹ – e l'art. 18 GG – che sempre al Tribunale costituzionale federale affida il giudizio circa la perdita per l'individuo di alcuni diritti fondamentali se esercitati in maniera abusiva al fine di sovvertire l'ordinamento costituzionale libero e democratico – costituiscono, in questo senso, solo gli esempi più rilevanti di una democrazia militante²² per la verità ertasi – come evidenziato in dottrina – a «canone ermeneutico» dell'intero testo costituzionale nelle mani del suo interprete privilegiato di Karlsruhe²³.

Come già accennato, l'esempio tedesco rappresenta tuttavia il modello di una scelta costituzionale che, invero, è stata progressivamente adottata da numerosi altri ordinamenti. Circoscrivendo l'attenzione al solo continente europeo, non potendo qui esimerci dal menzionare espressamente la pressoché coeva scelta del Costituente italiano di vietare la riorganizzazione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista, va altresì sottolineato che strumenti di democrazia militante avverso le formazioni politiche antisistema abbiano trovato una collocazione e valorizzazione a livello costituzionale altresì all'esito dei processi di transizione democratica verificatesi dapprima nell'area mediterranea negli anni '70, e successivamente, con la fine della Guerra Fredda e il crollo dell'Unione Sovietica, nei Paesi dell'area dell'Europa centro-orientale²⁴, spingendo, non a caso, autorevole dottrina a evidenziare che previsioni in merito a procedimenti legati al divieto dei partiti siano comuni oggi alla maggior parte dei sistemi democratici²⁵, con un ruolo peraltro di primo piano affidato agli organi di giustizia costituzionale nel conferire a essi piena effettività²⁶.

democrazia? Sì, ma con metodo liberal-democratico, in *federalismi.it*, 16, 2025, iv-v, in quale, nel commentare le conclusioni cui sono pervenuti i servizi segreti tedeschi circa l'attestarsi del partito in parola come un pericolo per l'ordinamento liberaldemocratico tedesco, con riferimento ai risultati elettorali del 2025 che lo hanno visto ottenere il 20,8% dei voti – pari circa al doppio della tornata del 2021 – e di conseguenza 152 seggi al Bundestag, si chiede: «Si può bandire dalla competizione politica un partito che rappresenta una così significativa presenza dell'elettorato tedesco? Si può dichiarare incostituzionale un partito che ha avuto un pieno e legittimo riconoscimento attraverso la procedura democratica del voto?».

²⁰ Si riprende qui il lessico usato da R. Hirschl, *The Question of case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, 125 ss.

²¹ Per le modifiche intervenute nel 2017 con riguardo all'art. 21 GG si veda *supra* nota 18.

²² Rievocano il carattere «militante» dell'ordinamento altresì l'art. 79 c. 3 GG, che proibisce qualsiasi modifica ai principi fondamentali contenuti negli artt. 1 e 20 GG; l'art. 9, c. 2 GG relativo al divieto delle associazioni antidemocratiche nonché l'art. 20, c. 4, introdotto nel 1968, che riconosce a ogni cittadino il diritto di resistere ai tentativi di abolire l'ordine costituzionale. Sul punto cfr. G. Capoccia, *Militant Democracy*, cit., 211.

²³ M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale*, cit., 101.

²⁴ Per un utile quadro cfr. G.H. Fox, G. Nolte, *Intolerant Democracies*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 36, 1, 1995, 36-37.

²⁵ Ibid., spec. 37.

²⁶ Cfr. A.Z. Huq, *Militant Democracy Comes*, cit., 1127 in cui l'A. rimanda a sua volta ai dati contenuti in T. Ginsburg, Z. Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, in *Texas Law Review*, vol. 87, spec. 1443, nonché B.

E tuttavia, il richiamo brevemente compiuto all'«inveramento costituzionale» che la teoria della *militant democracy* ha attraversato a partire dal secondo dopoguerra risulta qui utile a compiere un ulteriore passo in avanti nella riflessione che si propone.

La tesi che qui si sostiene – e che giustifica il lento avvicinamento all'utilizzo più proficuo, da un punto di vista descrittivo, del concetto di «difesa costituzionale» – attiene all'evoluzione concettuale cui la teoria della democrazia militante è andata incontro nel fare ingresso all'interno di testi normativi ad alto contenuto valoriale.

Se infatti alla riflessione di Loewenstein poteva attribuirsi una lettura formalista e procedurale della Costituzione, tale da non necessitare, per la protezione di quest'ultima, del richiamo legittimante o giustificativo a qualsivoglia catalogo di valori e principi intangibili – tipico, invece, di una concezione sostanzialista di stampo schmittiano di Costituzione politica –, con tutte le criticità che una simile visione implicava in termini di «antidemocraticità» della difesa della democrazia²⁷, il recepimento della democrazia militante all'interno delle Costituzioni succedutesi nei vari cicli summenzionati a partire dal secondo dopoguerra, con il patrimonio di valori, principi e diritti in esse accolto e opportunamente presidiato da organi di garanzia²⁸ – su tutti la giustizia costituzionale –, ha fatto sì che il concetto in parola «sublimasse», venendo anche nella riflessione dottrinarica ricondotto non più meramente all'azione repressiva nei confronti dei partiti sovversivi, bensì alla più ampia difesa del portato assiologico dei regimi democratici.

Può, a questo proposito, utilmente segnalarsi la posizione secondo la quale, muovendo da una valorizzazione del rapporto tra principio democratico e costituzionalismo, non si possa tracciare una differenza qualitativa tra democrazia «militante» e democrazia «semplice», sì che tutte le democrazie debbano considerarsi, lungo un'ideale scala di intensità, di per sé militanti²⁹.

Nel solco di questa ultima riflessione si collocano, se vogliamo, ulteriori percorsi dottrinali che, negli anni più recenti, hanno richiamato il concetto di *militant democracy* per provare a dare una veste teorica ai tentativi di porre argine a nuovi fenomeni variamente postisi a pericoloso nocumento dei valori democratici.

Cessati i timori relativi alle aspirazioni sovversive dei partiti di ispirazione alternativamente fascista o comunista durante la Guerra Fredda, e rispetto ai quali pur gli strumenti di democrazia militante classici sono stati effettivamente attivati – emblematico il caso del Tribunale costituzionale federale tedesco pronunciatosi per l'incostituzionalità del partito di estrema destra (SRP) nel 1952³⁰ e del partito comunista tedesco (KPD) nel 1956³¹ –, si considerino, ad esempio, gli studi interrogativi sulle reazioni securitarie poste in essere dalle democrazie liberali contro il fenomeno del terrorismo³², portando taluno a riflettere criticamente sul passaggio a un modello di «Stato preventivo»³³, o ancora, l'utilizzo anche della lente militante per l'analisi degli strumenti tanto normativi quanto giurisprudenziali

Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 7 aprile 2025, 8, spec. nota n. 28.

²⁷ Si veda *supra* il riferimento al carattere «autoritario» della democrazia militante sostenuto dallo stesso Loewenstein.

²⁸ Sulla democrazia come sistema di garanzie cfr. R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia: un rapporto dialettico o conflittuale?*, Napoli, 2021.

²⁹ O. Pfersmann, *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*, in A. Sajó (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004, spec. 52-53.

³⁰ BVerfGE 2, 1.

³¹ BVerfGE 5, 85.

³² Sul rapporto tra democrazia militante e misure di contrasto al terrorismo cfr. S. Tyulkina, *Militant Democracy: Undemocratic Political Parties and Beyond*, Londra-New York, 2015, 123-165.

³³ A. Sajó, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, in *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005, 2255-2294.

posti in essere per difendere l'integrità territoriale degli Stati contro le spinte separatiste³⁴. Non possono, da ultimo, tacersi – per l'attualità del fenomeno e per la rilevanza che esso assume anche ai fini di questo scritto – gli studi tesi ad accostare in via problematica il concetto di democrazia militante anche alle reazioni poste dalle istituzioni statali ma altresì euro-unitarie avverso le pulsioni populistiche³⁵, da un lato, e il fenomeno di *rule of law backsliding* delle c. d. democrazie illiberali³⁶, dall'altro – con tutte le criticità che in tale ultimo caso non si è mancato di evidenziare in relazione, in particolare, al mancato rispetto da parte dell'Unione degli stessi standard democratici richiesti ai suoi Paesi membri³⁷, nonché alla tradizionale applicabilità dell'idea di democrazia militante ai soli conflitti intraordinamentali, e non anche a quelli di carattere interordinamentale multilivello, sebbene in presenza di un forte livello di integrazione³⁸.

Richiamati brevemente i fattori affermatasi nel corso del tempo, anche alla luce del contributo dottrinale, come pericoli per l'integrità dei regimi democratici, il dato che pare accomunare questi ultimi è la reazione problematicamente limitativa – sebbene in termini diversi per modalità e intensità – che essi ingenerano da parte delle autorità pubbliche nei confronti del pieno godimento dei diritti e delle libertà fondamentali di espressione e di partecipazione di matrice liberale, consegnando apparentemente all'osservatore la riproposizione dei tratti – come visto paradossali – caratterizzanti il contrasto promosso da Loewenstein ai movimenti politici eversivi. E tuttavia, il salto concettuale che l'avvento del costituzionalismo liberal-democratico, così come affermatosi a partire dal secondo conflitto mondiale con il proprio apparato di garanzie di ordine procedurale e sostanziale, ha recato con sé rispetto all'approccio formalisticamente orientato dell'esule giurista tedesco, è l'aver conferito alle limitazioni in parola, come *supra* affermato, una legittimazione teorica, legata alla «difesa» di ciò che proprio alla tutela in chiave pluralistica di quei diritti e quelle libertà è geneticamente preposta: la Costituzione, nel suo portato valoriale.

Giunti a questo punto, il quadro sin qui offerto relativamente alle minacce potenzialmente lesive dello stato di salute degli ordinamenti liberal-democratici risulterebbe anacronistico o

³⁴ Emblematico, in questo senso, il caso spagnolo, ove il tema della democrazia militante è entrato nel percorso di analisi delle vicende legate alla L.O. n. 6/2002 sui partiti politici e alla successiva sent. n. 48/2003 del Tribunale costituzionale sull'incostituzionalità del partito Batasuna per il metodo violento utilizzato nell'azione politica (cfr. A. Mastromarino, *Spagna: una democrazia "quasi protetta"? La legge organica n. 6 del 2002 e la questione nazionale nei Paesi Baschi*, in A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 143-162; A. Bourne, *Why Ban Batasuna? Terrorism, Political Parties and Democracy*, in *Comparative European Politics*, vol. 13, 3, 2015, 325-344.

³⁵ A. Malkopoulou, A. Kirshner (a cura di), *Militant democracy and Its Critics. Populism, Parties, Extremism*, Edimburgo, 2019; A.K. Bourne, *From Militant Democracy to Normal Politics? How European Democracies Respond to Populist Parties*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, 3, 2022, 488-510.

³⁶ Cfr. III Sezione Monografica a cura di G. D'Ignazio, A. M. Russo, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3863 ss. Sulla deriva illiberale in particolare in Ungheria e Polonia cfr., *ex plurimis*, F. Casolari, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE Online*, 4, 2016, 135 ss.; W. Sadursky, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; G. Halmai, *The Fundamental Law of Hungary and the European Constitutional Values*, in *DPCE Online*, 2, 2019, 1503-1524; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3999-4019; E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, Napoli, 2021, 100-154; A. Sajó, *Ruling by Cheating Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge, 2021.

³⁷ J.W. Müller, *The EU as a militant democracy, or: are there Limits to Constitutional Mutations within EU Member States?*, in *Revistas de estudios Políticos*, 165, 2014, 141-162, spec. 142.

³⁸ G. Martinico, A.M. Russo, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, vol. 21, 4, 2015, 659-678, spec. 660. Si sofferma più in generale sulle difficoltà teoriche legate all'applicabilità del concetto di democrazia militante all'Unione europea F.M. Feisel, *Thinking EU Militant Democracy beyond the Challenge of Backsliding Member States*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, 3, 2022, 385-411.

incompleto se si omettesse di considerare altresì – come già accennato nella breve premessa metodologica – le insidie che, per questi ultimi, l'avvento della rivoluzione digitale, tutt'ora *in fieri*, reca con sé.

A questo profilo è dedicato il sottoparagrafo che segue.

2.3. Le minacce «digitali» alla democrazia. «La disinformazione erode la fiducia nelle istituzioni e nei mezzi di comunicazione digitali e tradizionali e danneggia le nostre democrazie ostacolando la capacità dei cittadini di prendere decisioni informate. Spesso alimenta anche idee e attività radicali ed estremiste, oltre a compromettere la libertà di espressione [...]. La libertà di espressione comprende il rispetto per la libertà e il pluralismo dei mezzi di comunicazione, nonché il diritto dei cittadini alla libertà di opinione e alla libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee [...]»³⁹.

Le parole qui riportate, contenute nella Comunicazione resa dalla Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni il 26 aprile 2018, hanno il merito di enucleare con estrema efficacia i punti salienti del percorso ricostruttivo che in questo sottoparagrafo si intende perseguire al fine di proporre una lettura militante o – *rectius*, in base a quanto *supra* detto – difensiva della democrazia anche nel contesto della rivoluzione digitale attualmente in corso. Una lettura peraltro già esplorata in dottrina⁴⁰, ma che qui si intenderà costruire in via progressiva avendo riguardo a preparare ermeneuticamente il terreno per lo studio del caso rumeno.

E dunque, anche coerentemente con il sottoparagrafo precedente, nella scomposizione analitica del breve passaggio della Comunicazione riportato, non può che partirsi dalla «minaccia» che alla Comunicazione stessa dà peraltro il titolo: la disinformazione online.

È bene preliminarmente rammentare, a questo proposito, che una definizione tecnico-giuridica di disinformazione online generalmente riconosciuta manchi anche a livello sovranazionale.

E tuttavia, per i nostri fini, particolarmente utile si rivela quella desunta in dottrina dal report finale⁴¹ reso a marzo 2018 dall'*High Level Group on fake news and online disinformation* (HLEG) – istituito per volere della Commissione europea nel gennaio precedente –, in base alla quale alla disinformazione online è possibile ricondurre onnicomprensivamente «tutte quelle forme di manifestazione della libertà che si concretano in quelle informazioni false, inaccurate o fuorvianti, artificiosamente create, le quali siano presentate e diffuse con il fine specifico di ricavarne un profitto economico, politico o ideologico e/o di provocare un danno a livello pubblico, ivi incusa l'ingerenza nei processi elettorali e democratici»⁴².

Assumere quale punto di partenza dell'analisi una simile definizione aiuta, infatti, a chiarire che il fenomeno disinformativo in parola non rappresenti altro che il più compiuto fallimento – se non la nemesi – delle promesse e degli auspici legati a un miglioramento qualitativo del dibattito pubblico e della dialettica democratica che la rivoluzione digitale e, con essa, le tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT), recavano con sé.

La rete e le piattaforme digitali, intese quali spazi ideali di condivisione di un pluralismo

³⁹ Comunicazione 2018/236 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*.

⁴⁰ Si consideri, ad esempio, N. Netanel, *Applying Militant Democracy to Defend Against Social Media Harms*, in *Cardozo Law Review*, vol. 45, 2, 2023, 489-580; A.Z. Huq., *Militant Democracy Comes*, cit.

⁴¹ Il Report, pubblicato in data 12 marzo 2018, è scaricabile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

⁴² In questi termini O. Pollicino, P. Dunn, *Disinformazione e intelligenza artificiale nell'anno delle global elections: rischi (ed opportunità)*, in *federalismi.it*, 12, 2024, v-vi.

informativo disintermediato⁴³ utile alla continua formazione – prima – e manifestazione – poi – di una nuova sensibilità civile e politica per i cittadini⁴⁴, venivano infatti salutate come elementi fondativi di un nuovo «*market place of ideas*»⁴⁵ nel quale le libertà individuali e, in particolare, la libertà di espressione, tramite lo scambio e il reciproco completamento delle idee, avrebbero trovato pieno sviluppo, contribuendo così al rin vigorimento dei sistemi democratici e dei processi – tra tutti, quelli elettorali – a essi intrinsecamente sottesi⁴⁶.

Un anelito presto smentito, o quantomeno avversato, dalle criticità sollevate proprio da un uso distorto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione cui si è assistito⁴⁷.

Pensate quali strumenti utili a garantire la costruzione e il funzionamento dinamico di un ideale spazio neutro ove il dialogo e il confronto informato tra opinioni consentisse la proiezione in chiave dialogica e collettiva dell'esercizio delle libertà individuali, le ICT, date le loro potenzialità di raccolta e gestione di un'enorme quantità di dati, si sono rivelate infatti un potentissimo mezzo nelle mani degli operatori digitali, utili allo sviluppo da parte di questi ultimi di rilevanti capacità predittive sui modelli comportamentali individuali e collettivi dei cittadini-utenti-consumatori⁴⁸ (*profiling*), per poi giungere al surrettizio condizionamento delle scelte di questi ultimi mediante la sottoposizione loro (*targeting*) di contenuti selezionati, in grado di rafforzarne aprioristicamente – e con effetti polarizzanti – le posizioni tramite la

⁴³ Per una lettura chiaroscurale della disintermediazione dell'informazione e della comunicazione nella sfera pubblica digitale cfr., *ex multis*, C. Biancalana, *Disintermediazione e nuove forme di mediazione. Verso una democrazia post-rappresentativa?*, Milano, 2018; C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 543 ss.; A. Papa, *Disintermediazione dell'informazione e della comunicazione politica nelle democrazie digitali*, in *federalismi.it*, 15, 2025, 19-33. Sul legame tra disintermediazione e crisi dei partiti politici nello spazio digitale cfr. M. Calamo Specchia, *Dalla democrazia indiretta alla democrazia in diretta: l'impatto delle nuove tecnologie sulla crisi della democrazia rappresentativa*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 2, 2023, 229-239.

⁴⁴ Per una lettura della libera circolazione delle informazioni come strumento di formazione per il cittadino di una rinnovata coscienza civile e politica capace di renderlo partecipe di un circuito comunitario di informazione e responsabilità, nel quale il confronto telematico diretto tra rappresentanti e rappresentati vede la partecipazione attiva dei cittadini alle scelte politiche essenziale per il bene della collettività cfr. T.E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *CERIDAP*, 2, 2023, 54-55.

⁴⁵ Si richiama qui la metafora già nota al dibattito filosofico (J. Milton, *Areopagitica: A speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, Londra, 1644; J. Mill, *On Liberty*, Londra, 1859) e successivamente fatta propria dal lessico giurisprudenziale statunitense in relazione alla libertà di espressione. Celebre è, a questo proposito, la *dissenting opinion* resa dal Justice Holmes della Corte Suprema nel caso *Abrams v. United State* 250 US 616 (1919), 630, all'interno della quale si legge che «*when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution*».

⁴⁶ «Ritengo che le tecnologie hanno rappresentato e continuano a rappresentare uno sviluppo delle libertà; anzi, le libertà si sono potute notevolmente accrescere ed espandere verso nuove frontiere dell'agire umano proprio grazie al progresso tecnologico». Così, in chiave particolarmente ottimistica, T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2020, 466.

⁴⁷ Cfr. L. Fabiano, *Crisi dello Stato democratico rappresentativo, intermediazione partitica e voto elettronico nell'era digitale*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Processi politici e nuove tecnologie*, Torino, 2024, 80-83.

⁴⁸ Con tale espressione vuole farsi idealmente riferimento a L. Califano, *La strategia normativa dell'Unione europea per un nuovo ordine digitale*, in *federalismi.it*, 15, 2025, 3, ove l'A., con riferimento ai social network, interrogandosi circa il possibile inquadramento degli stessi come una «agenzia pubblicitaria, che vende spazi pubblicitari e li mostra costantemente ai propri iscritti», si sofferma proprio sul mutamento dell'ecosistema informativo digitale nel segno di una sostanziale sottrazione del cittadino al confronto e alla possibilità di scegliere tra opinioni diverse – fondamentali irrinunciabili di qualsiasi ordinamento democratico. Cfr. altresì G. Stegher, *Da cittadini elettori a cittadini consumatori: osservazioni sull'importanza di regolare le campagne elettorali sui social media*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2023, 1-24.

sola esposizione alle altrui opinioni confermatrice o affini (*echo chambers*)⁴⁹.

Se già il quadro descritto risulta evidentemente non coerente con la prospettata edificazione di uno spazio dedicato a una sana dialettica democratica, attestandosi peraltro come un potente canale di sviluppo e amplificazione delle minacce «nel merito» – secondo un lessico che si utilizzerà in seguito – lesive della democrazia *supra* inquadrato come «analogiche»⁵⁰, un ulteriore – e quantomai cruciale ai fini di questo studio – elemento di problematicità si innesta ove si consideri come un ecosistema digitale sì caratterizzato costituisca terreno particolarmente proficuo ove è in grado di attecchire proprio la disinformazione online, recando così nocimento all'integrità dei processi democratici.

I sistemi di profilazione e targetizzazione dei fornitori di servizi digitali – in particolare dei social network *supra* appena menzionati – costituiscono oggi infatti, soprattutto alla luce del contributo amplificativo in termini di potenza conferito loro mediante il ricorso a sistemi di Intelligenza Artificiale, il canale privilegiato di diffusione della disinformazione, fungendo, in altre parole, da cassa di risonanza per contenuti in grado di creare, in definitiva, percezioni alterate della realtà sociale e politica, con evidenti conseguenze manipolative sulla costruzione del consenso dell'opinione pubblica.

Il contributo amplificativo dell'Intelligenza Artificiale a vantaggio della disinformazione online non si esaurisce peraltro qui⁵¹, nella misura in cui si consideri come gli stessi produttori di disinformazione facciano ampio ricorso alla potenza algoritmica tanto per la creazione di contenuti disinformativi – noto è a questo proposito il fenomeno della generazione di immagini e video *deep fake*⁵² – quanto per la diffusione di questi ultimi – tramite l'utilizzo di software (c.d. *socialbot*) capaci di infiltrarsi, sotto falsa identità, nelle reti di utenti reali per disseminare contenuti dannosi⁵³.

Giunti a questo punto, definiti brevemente i contorni della disinformazione online, e posto altresì che essa debba oggi necessariamente decifrarsi – come il caso rumeno ben evidenzierà – con le lenti dell'«eterodirezione»⁵⁴, l'interrogativo che un suo inserimento all'interno di una

⁴⁹ Per un quadro generale cfr., *ex multis*, S. Flaxman, S. Goel, J.M. Rao, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, vol. 80, 2016, 307-320; C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017; R. Arguedas, A.C. Robertson, R. Fletcher, R. Nielsen, *Echo chambers, filter bubbles, and polarisation: A literature review*, 2022, disponibile su <https://royalsociety.org/-/media/policy/projects/online-information-environment/oie-echo-chambers.pdf>.

⁵⁰ Su tutte si consideri il fenomeno dei c.d. populismi digitali, distinguibili a seconda delle tendenze e dei valori propugnati, ma tutti accomunati dalla trasposizione – con evidenti implicazioni esacerbanti – delle loro posizioni post-ideologiche, dei loro caratteri leaderistici e delle loro modalità comunicative provocatorie e aggressive all'interno della sfera digitale. Sul punto cfr. M. Calamo Specchia, *Dalla democrazia indiretta*, cit., 239 ss. e dottrina ivi citata.

⁵¹ In generale, sul ruolo dell'IA nell'amplificazione della disinformazione con attenzione specifica alle misure di contrasto poste dall'Unione europea cfr. G. Contissa, F. Galli, *La governance della "disinformazione aumentata" tra Digital Services Act e AI Act*, in *federalismi.it*, 15, 2025, 126-156.

⁵² Per un quadro sui diversi strumenti di *deep fake* cfr. K. Bontcheva (a cura di), *Generative AI and Disinformation: Recent Advances, Challenges, and Opportunities*, 13 febbraio 2024, disponibile su https://edmo.eu/wp-content/uploads/2023/12/Generative-AI-and-Disinformation_-White-Paper-v8.pdf.

⁵³ E. Ferrara et al., *The Rise of Social Bots*, in *Communications of the ACM*, vol. 59, 7, 2016, 96-104.

⁵⁴ Ci si riferisce qui alla dimensione geopolitica che la disinformazione online ha assunto negli ultimi anni con riferimento alla presunta ingerenza estera in alcuni processi elettorali e referendari. Prescindendo per ora dal caso rumeno, si consideri, ad esempio, gli oltre 150.000 account localizzati in Russia che hanno diffuso contenuti su Twitter di carattere non veritiero e polarizzante in occasione della campagna referendaria sulla Brexit, nonché la campagna Macron Leak attribuita al Cremlino e al Servizio informazioni delle forze armate russe in occasione delle elezioni presidenziali francesi del 2017, o ancora, meno recentemente, al controllo a partire dal 2014, da parte della Internet Research Agency (IRA), compagnia privata riconducibile al Governo russo, di migliaia di profili su Twitter e centinaia di account su Facebook, utile al raggiungimento, tramite la pubblicazione di contenuti, di circa 126 milioni di cittadini statunitensi in occasione delle presidenziali del 2016.

riflessione sul carattere difensivo dei regimi democratici pone attiene a un elemento desumibile, per la verità, dalla sua stessa definizione *supra* riportata.

Pur riconoscendone l'intento ostile, da un lato, e l'impatto potenzialmente dannoso anche per i processi democratici, dall'altro, alla creazione di contenuti falsi, inaccurati o fuorvianti e artificiosamente creati rientranti sotto l'ombrello semantico della disinformazione online la definizione in parola ricollega infatti una manifestazione di libertà.

Il quesito che viene a porsi attiene, pertanto, a come e in quale misura bilanciare la tutela dell'integrità dei processi sottesi al corretto funzionamento dei sistemi democratici con la difesa della libertà di espressione, anche qualora essa si traduca in condotte potenzialmente lesive dei sistemi democratici stessi.

Ecco che, in una lettura di quest'ultima come «pietra angolare»⁵⁵ di ogni sistema democratico, si rivedono qui con una certa evidenza i medesimi tratti paradossali della domanda su cui ogni concettualizzazione della teoria della democrazia difensiva – indipendentemente dalla minaccia posta dal dato empirico – è chiamata a interrogarsi: se e, se del caso, come difendere la democrazia da sé stessa.

A questo proposito, deve infatti sottolinearsi che se, per un verso, la disinformazione online può sicuramente leggersi come veicolo di esacerbazione di quelle minacce «nel merito» prima menzionate⁵⁶, per l'altro verso, essa si attesta altresì, ed in via autonoma, come fenomeno «nel metodo» potenzialmente lesivo dei processi democratici, andando in particolare ad inficiare, per quel che qui interessa, l'integrità del legame sussistente tra la costruzione del consenso e il sistema democratico.

Il rischio più rilevante che la disinformazione online, sotto l'ombrello protettivo della libertà di espressione, è in grado di recare con sé per i sistemi democratici può, in altre parole, individuarsi – a parere di chi scrive – nell'alterazione del carattere libero e consapevole del percorso di costruzione del consenso prodromico a una partecipazione autentica ai processi democratici, fra tutti quelli elettorali.

Si tratta, quest'ultimo, di un assunto che si compone evidentemente di due momenti fondamentali tra loro peraltro strettamente connessi.

Il primo di questi attiene alla lettura della libertà di espressione e del diritto all'accesso a un'informazione obiettiva come elementi strettamente interdipendenti. Essi si collocherebbero, in particolare, in un *continuum* sistemico che vede il secondo risultare servente rispetto al primo, fornendo a quest'ultimo le necessarie precondizioni per un suo esercizio propriamente libero e consapevole, e recuperando inoltre esso stesso un ruolo di primo piano nella catena eziologica di legittimazione di un sistema basato sulla volontà popolare, nel solco di quel trinomio – ben enucleato dalla Corte costituzionale italiana nella nota sentenza n. 112/1993 – composto dal diritto a essere (obiettivamente) informati, dalla formazione di una opinione pubblica libera e dall'equa partecipazione di tutti alla formazione della volontà generale⁵⁷.

Sul punto cfr. A. Tedeschi Toschi, G. Berni Ferretti, *Il contrasto legislativo ai socialbot. Alcuni spunti per una riforma in Italia*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2023, 156 e dottrina ivi citata.

⁵⁵ Si richiama qui l'espressione efficacemente utilizzata dalla Corte costituzionale italiana nella sent. n. 84/1969, e successivamente seguita dalla definizione della libertà di manifestazione del pensiero come «cardine di democrazia dell'ordinamento generale» resa sempre dai giudici costituzionali italiani nella sent. 126/1985.

⁵⁶ Sul legame, ad esempio, tra disinformazione e populismo cfr. C. Hassan, C. Pinelli, *Disinformazione e democrazia: Populismo, rete e regolazione*, Venezia, 2022.

⁵⁷ Nel rinvenire dal combinato disposto degli artt. 2 e 21 della Costituzione il diritto a essere informati la Corte ha infatti evidenziato nella sent. n. 112/1993 che «il “diritto all'informazione” va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza

Il secondo momento – strettamente connesso al primo – riguarda invece un’interpretazione della tutela della libertà di espressione come funzionalmente orientata alla più ampia difesa dell’integrità delle procedure democratiche, come tale propensa a proiettare la libertà di espressione, intesa nella sua dimensione individuale, in una dimensione collettiva e, più in particolare, all’interno della sfera politico-democratica, specchio a sua volta della vocazione materialmente democratica del sistema.

Orbene, se una simile lettura della libertà di espressione – così come genuinamente informata e così come teleologicamente orientata al corretto funzionamento dei processi democratici – potrebbe giustificare, in linea teorica, una compressione della libertà di espressione veicolante contenuti disinformativi, per evitare che tale compressione risulti sproporzionata o comunque non adeguatamente giustificata sul piano concreto, ricadendo nel paradosso di una democrazia che pur di difendersi arriva a indebolirsi, diviene fondamentale interrogarsi su chi sia legittimato a operare tale limitazione e con quali modalità.

Posto che rappresenta, questo, l’ultimo passaggio della riflessione qui proposta prima di procedere all’analisi del caso rumeno, deve allora innanzitutto sottolinearsi che il tema del contrasto alla disinformazione online abbia negli anni attraversato diverse «stagioni», subendo in particolare una forte intensificazione a seguito del verificarsi di importanti eventi di ordine (geo)politico⁵⁸, utili a stimolare la preoccupata reazione degli attori pubblici a livello statale, ma soprattutto sovranazionale.

Viene in rilievo, a questo ultimo proposito, un elemento che occorre chiarire sul piano metodologico.

Per la portata globale che il fenomeno disinformativo ha assunto nel passaggio dalla dimensione analogica a quella digitale, e per il differente e per certi tratti più ristretto significato rispetto alla definizione *supra* richiamata che a esso è stato attribuito dagli unici due ordinamenti statali a livello europeo dotatisi di una legislazione *ad hoc* sul tema⁵⁹, ciò che qui interessa approfondire, con riferimento all’area europea, è la prospettiva euro-unitaria di gestione e intervento in materia di disinformazione online. Tale scelta consente peraltro di osservare con evidenza il progressivo passaggio da un approccio di carattere liberale a uno maggiormente regolatorio rispetto al fenomeno *de quo* – un approccio, tuttavia, non scevro di criticità⁶⁰, il cui richiamo risulterà tuttavia utile a un miglior inquadramento della vicenda

di tutti alla formazione della volontà generale». Nei medesimi termini la Corte si è espressa più di recente nella sentenza n. 206/2019, in particolare nel punto 5.2 del *Considerando in diritto*.

⁵⁸ Il più noto è quello relativo allo scandalo di *Cambridge Analytica*, esploso nel 2018, e riguardante la raccolta dei dati personali di milioni di utenti tramite in particolare Facebook da parte di una società di consulenza britannica specializzata in campagne di marketing che, tramite la profilazione psicologica e – sulla base di quest’ultima – l’invio di messaggi politici mirati e personalizzati, avrebbe determinato la vittoria di Donald Trump alle presidenziali USA del 2016 e il successo del «leave» nel referendum sulla Brexit nel medesimo anno. Sul caso *Cambridge Analytica* cfr., *ex plurimis*, E. Assante, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, 9, 2018, 1-10; D. Messina, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda “Cambridge Analytica”*, in *federalismi.it*, 20, 2018, 1-41; A. Richterich, *How Data-Driven Research Fuelled the Cambridge Analytica Controversy*, in *Partecipazione e conflitto*, 2, 2018, 528-543.

⁵⁹ Il riferimento è alla *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* approvata il 30 giugno 2017 in Germania e alla *Loi n. 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information* in Francia. Sulla legislazione tedesca e francese cfr. S. Sassi, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, 2021, rispettivamente 76 ss. e 86 ss.; Id., *Il contrasto alla disinformazione in Unione europea: una tutela per la tenuta della democrazia*, in A. Adinolfi, A. Simoncini (a cura di), *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze*, Napoli, 2022, rispettivamente 157 ss. e 162 ss.; P. Passaglia, *La disinformazione, i contenuti illegali e i limiti alla libertà di espressione online: un’inevitabile evaporazione delle garanzie costituzionali*, in *federalismi.it*, 15, 2025, 37-47.

⁶⁰ Sul progressivo – e non esente da criticità – allontanamento dell’Unione europea dall’approccio liberale di stampo statunitense nella governance in generale delle piattaforme digitali cfr. A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di*

rumena di prossima trattazione.

A questo proposito, diviene allora particolarmente utile richiamare la *summa divisio* tra misure «di prima» e «di seconda generazione» proposta in dottrina per descrivere gli interventi di contrasto alla disinformazione online posti in essere dall'Unione europea⁶¹.

Ripercorrere nel dettaglio la complessa e articolata disciplina prevista in questi ultimi esula dal perimetro di tale scritto⁶². E tuttavia, quanto per la nostra trattazione può essere importante evidenziare è che la distinzione in parola abbia il merito di legare all'elemento temporale – rappresentato dalla cesura occorsa nell'anno 2020 rispetto a quanto previsto a partire invece dal 2015 – il cambio di paradigma operato dalle istituzioni euro-unitarie, mossesi dall'abbracciare il modello della c.d. autoregolamentazione a quello della c.d. co-regolamentazione.

Più nello specifico, a partire dal 2015 l'Unione europea adottava una serie di misure di *soft law* per la lotta alla disinformazione online. Esse rispondevano, sebbene in diversa misura, a una comune *ratio* di fondo, legata alla fiducia nelle capacità degli operatori digitali e, in particolare, delle piattaforme, di proteggere l'integrità dell'arena digitale mediante, appunto, un'opera di autoregolamentazione. In questo senso, iniziative quali l'adozione della risoluzione del Parlamento europeo del giugno del 2017 «sulle piattaforme on-line e il mercato unico digitale», l'inserimento da parte della Commissione della lotta alle fake news online tra le priorità del suo programma quadro del 2018 «per un'Europa più unita, forte e democratica», nonché la promozione sempre da parte dell'Esecutivo euro-unitario del «Codice di buone pratiche sulla disinformazione», poi pubblicato nel settembre del medesimo anno, condividevano l'auspicio che i *digital providers*, stimolati dalla capacità persuasiva del contesto politico-istituzionale, adottassero di propria sponte misure efficaci di contrasto alla disinformazione online.

E tuttavia, l'emersione di scandali relativi agli effetti distorsivi del fenomeno disinformativo con i conseguenti timori legati ai vicini appuntamenti elettorali tanto a livello euro-unitario quanto negli Stati membri, da un lato, e il massiccio e incontrollato flusso informativo legato all'emergenza pandemica, dall'altro, hanno indotto le istituzioni euro-unitarie a intervenire con maggiore vigore, abbandonando progressivamente l'approccio di *soft law*, in favore, invece, di misure anche di *hard law* volte a costruire un quadro di co-regolamentazione, teso, in particolare, al superamento del principio di irresponsabilità delle piattaforme digitali e alla corrispondente imposizione di doveri di diligenza in capo ai prestatori di servizi digitali⁶³.

È opportuno, a questo proposito, richiamare il c.d. Codice di buone pratiche sulla disinformazione del 2022, sostitutivo (e rafforzativo) del precedente *supra* citato e sostanzialmente inquadrabile, mediante il dialogo poi realizzatosi con il *Digital Services Act*⁶⁴, come «un primo sistema di effettivo controllo sull'operato delle piattaforme»⁶⁵ da parte della

comunicazione, gli assetti imprenditoriali e le soggettività politiche, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Salerno 16-16 novembre 2024, disponibile su https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2024_Salerno/Alberto_Lucarelli.pdf.

⁶¹ In questi termini S. Sassi, *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione online*, in *federalismi.it*, 15, 2023, 189-197.

⁶² Per la dottrina italiana, in generale sulla regolazione europea dello spazio pubblico digitale cfr. F. Pizzetti et al., *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024. Per un focus specifico sulla lotta alla disinformazione online cfr. i contributi, alcuni dei quali peraltro già richiamati, presenti in *Information disorder e sistema democratico*, in *federalismi.it*, Fascicolo speciale 15, 2025, a cura di L. Califano, F. Fabrizzi e G. Sartor.

⁶³ S. Sassi, *L'Unione Europea e la lotta alla disinformazione online*, in *federalismi.it*, 15, 2023, 189-192.

⁶⁴ Cfr. in particolare l'art. 45 del DSA.

⁶⁵ In questi termini M. Monti, *Lo strengthened Code of Practice on Disinformation: un'altra pietra della nuova fortezza digitale europea?*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2, 2022, 319.

Commissione, nonché il c.d. *Digital Services Act Package*, composto dal *Digital Markets Act* (Reg. (UE) 2022/1925) e dal *Digital Services Act* (Reg. (UE) 2022/2065), teso invece a regolamentare il settore digitale imponendo ai gestori delle piattaforme una serie di obblighi di trasparenza e certezza del diritto nel segno di una ricercata sovranità digitale euro-unitaria⁶⁶. Sebbene a tali atti, per una ricostruzione completa, debba aggiungersi altresì il richiamo all'*Artificial Intelligence Act* (Reg. (UE) 2024/1689) e al Regolamento sulla trasparenza e sul targeting della pubblicità politica (Reg. (UE) 2024/900) – sul quale ultimo si ritornerà – di più recente approvazione, nei passaggi finali di questo sottoparagrafo merita particolare attenzione il *Digital Services Act* (DSA) *supra* appena citato.

Il regolamento in parola rappresenta, infatti, l'esempio più emblematico del passaggio euro-unitario dal modello autoregolamentativo a quello co-regolamentativo nel contrasto alla disinformazione online⁶⁷.

Esso si dipana sostanzialmente, da un lato, nell'imposizione di numerosi doveri di diligenza, in tema di moderazione dei contenuti, in capo a tutti i prestatori di servizi di intermediazione, a seconda della tipologia del servizio di intermediazione offerto nonché della dimensione del soggetto operante, e dall'altro lato, nella previsione di obblighi specifici destinati esclusivamente alle piattaforme e ai motori di ricerca online di grandi dimensioni (c.d. *very large online platforms*) relativamente alla valutazione e mitigazione di alcuni «rischi sistemici»⁶⁸ derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall'uso che viene fatto dei loro servizi. Una valutazione che tali piattaforme e motori di ricerca molto grandi devono compiere, secondo l'art. 34 del DSA, tenendo conto della gravità del rischio, anche in ragione delle probabilità di produrre conseguenze negative, attuali o prevedibili, sull'esercizio dei diritti fondamentali, tra cui la libertà di espressione e di informazione, sulla tutela della salute pubblica, sul dibattito civico, sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica.

Dinanzi alla riscontrata presenza di tali rischi da parte di queste piattaforme e motori di ricerca, la disciplina prevede, in particolare all'art. 35, che essi debbano adottare una serie di misure atte ragionevolmente e proporzionalmente ad attenuarli. L'adeguamento dei sistemi di moderazione e raccomandazione dei contenuti, la modifica dei loro processi decisionali, la revisione dei termini di servizio, nonché il rafforzamento dei meccanismi di vigilanza interni rappresentano importanti esempi in tal senso.

Inoltre, in situazioni eccezionali – definite dal regolamento come «crisi»⁶⁹ – è previsto

⁶⁶ Per un'attenta disamina del *Digital Services Act Package*, cfr. M.C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *federalismi.it*, 17, 2024, 166 ss.

⁶⁷ La dottrina sul DSA è molto ampia. Limitatamente a quella italiana cfr., *ex plurimis*, G. Morgese, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *federalismi.it*, 1, 2022, 80 ss.; E. Birritteri, *Contrasto alla disinformazione*, *Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in *MediaLaws*, 2, 2023, 52 ss.; L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, in *MediaLaws*, 2, 2023, 16 ss.

⁶⁸ Essi sono classificati dall'art. 34, c. 1, in base alla gravità e alla probabilità di arrecare danni, in quattro categorie: la prima (lett. a) concerne i rischi legati alla diffusione di contenuti illegali; la seconda (lett. b) riguarda gli effetti negativi, attuali o prevedibili, sull'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta UE (lett. b); la terza (lett. c) comprende gli effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica (lett. c); la quarta (lett. d) attiene a qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona.

⁶⁹ A esso il Regolamento ricollega, in particolare all'art. 36, il verificarsi di circostanze eccezionali in grado di rappresentare una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell'Unione o in parti significative di essa. Tali circostanze vengono dal *considerando (91)* ricollegate a conflitti armati o atti di

l'intervento tempestivo delle piattaforme e dei motori di ricerca in parola, previa espressa richiesta della Commissione europea, sotto raccomandazione del Comitato europeo per i servizi digitali. Le misure attivate in questi casi sono temporanee e possono includere, *inter alia*, e in costante dialogo di carattere valutativo con la Commissione, il potenziamento della moderazione dei contenuti, l'adattamento degli algoritmi pubblicitari nonché il sostegno alla diffusione di informazioni affidabili⁷⁰.

Sono dunque questi i tratti fondamentali del nuovo modello di co-regolamentazione scelto e adottato dall'Unione europea per far fronte alla disinformazione online.

Un modello che, tuttavia, si segnala per alcune debolezze sistemiche. La mancata previsione di linee guida o buone pratiche ufficiali fornite dalla Commissione alle piattaforme, utili a orientare queste ultime nell'adozione delle «misure di mitigazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adeguate ai rischi sistemici specifici» *supra* citate con riferimento al disposto dell'art. 35, con la risultante delega alle piattaforme dell'assunzione di simili misure sulla base delle caratteristiche specifiche dei loro servizi e dei propri processi interni, da un lato, e l'ampia nozione di «rischio sistemico» che, pur essendo funzionale a coprire fenomeni complessi e in evoluzione, non rende per queste ultime agevole, data l'assenza di criteri certi per orientarne le scelte, l'attuazione concreta di misure efficaci, dall'altro, consegna all'osservatore un modello di co-regolamentazione basato sulla responsabilizzazione delle piattaforme digitali «ancora non oliato»⁷¹ e pertanto non immune da fragilità⁷².

Fragilità emerse, in tutta la loro evidenza, proprio in occasione della vicenda rumena, dove le dinamiche distorsive della disinformazione online non hanno trovato un argine efficace negli strumenti del DSA, comportando così l'intervento «difensivo» della Corte costituzionale nei termini – talora controversi – che *infra* si approfondiranno.

3. Il caso rumeno come laboratorio: la Corte costituzionale tra questioni «di merito» e «di metodo». Verificati i termini di accostabilità del concetto di democrazia difensiva tanto alla lotta contro le «vecchie» quanto contro le «nuove» minacce alla tenuta degli ordinamenti liberal-democratici, è bene ora calare simili riflessioni all'interno delle vicende legate alle elezioni presidenziali rumene da cui questo studio trae spunto. Non foss'altro per il ruolo difensivo o «militante» – per usare le parole della dottrina espressasi sul tema⁷³ – che in occasione delle suddette elezioni la Corte costituzionale di Bucarest ha assunto, ergendosi – come si vedrà – a custode dell'ordine democratico-costituzionale dell'ex Paese socialista. A questo proposito, l'aver preferito nel paragrafo precedente il più ampio concetto di «difesa costituzionale» a quello di «militanza» aiuterà a meglio inquadrare in chiave assiologico-

terrorismo, catastrofi naturali, nonché a pandemie e altre gravi minacce per la salute pubblica a carattere transfrontaliero.

⁷⁰ Cfr. sempre il *considerando* (91).

⁷¹ Così M. Monti, *La Corte costituzionale romana di fronte alla "disinformazione" e alle nuove frontiere della pubblicità politica online: fra micro-influencer e ingerenze estere*, in *Giustizia Insieme*, 17 febbraio 2025, disponibile su <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/74-main/138-diritti-stranieri/3395-la-corte-costituzionale-romena-di-fronte-alla-disinformazione-e-alle-nuove-frontiere-della-pubblicita-politica-matteo-monti>.

⁷² Cfr. J. Barata, E. Lazăr, *Will the DSA Save Democracy? The Test of the Recent Presidential Election in Romania*, in *Tech Policy Press*, 27 gennaio 2025, disponibile su <https://www.techpolicy.press/will-the-dsa-save-democracy-the-test-of-the-recent-presidential-election-in-romania/>.

⁷³ B. Iancu, *Militant Democracy and Rule of Law in Three Paradoxes: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 7 aprile 2025; M. Gutan, *The New Enemies of Romanian Militant Democracy: Fighting Radical-Right Populism and Manipulative Social Media*, 28 maggio 2025, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5272229; R. Cornea, *Romanian Militant Democracy in Action. Shielding Democracy from Subversion and Annuling the Elections*, in *VerfBlog*, 1 aprile 2025, disponibile su <https://verfassungsblog.de/romanian-militant-democracy-in-action/>.

costituzionale l'azione della Corte, adoperatasi nella tutela dell'integrità del processo elettorale presidenziale contro le minacce rappresentate – anticipando quanto si vedrà – dal populismo di estrema destra, da un lato, e dalla disinformazione online – così come inquadrata dai giudici di Bucarest –, dall'altro.

Se infatti le due minacce *de quibus* rievocano evidentemente le due dimensioni – analogica e digitale – *supra* richiamate, il dato che – come si vedrà – pare accomunarle risiede nella scelta della Corte di legare teleologicamente la neutralizzazione di entrambe alla più ampia tutela dei principi del costituzionalismo liberal-democratico.

Tramite la risoluzione di quelle che, per comodità espositiva, si definiranno nel prosieguo come, da un lato, una questione «di merito», poiché legata ai «contenuti» della competizione elettorale, e dall'altro, una questione «di metodo», poiché connessa ai «mezzi» della campagna elettorale stessa, la Corte ha infatti pienamente agito quale difensore della democrazia costituzionale rumena.

Un'azione, tuttavia, che si presta a considerazioni ambivalenti, poiché connotata da una serie di criticità potenzialmente in grado di oscurarne la legittimità, e sulle quali non si mancherà in questa sede di soffermarsi, proprio alla luce del riconosciuto peso che, a fronte di interventi limitativi di fondamentali libertà democratiche quali la libertà di espressione e di partecipazione politica, il *quomodo* dei detti interventi ricopre, al fine di scongiurare l'incappo nel *supra* più volte citato paradosso comune tanto al concetto di democrazia militante quanto a quello – nei termini visti – di democrazia difensiva.

Occorre, a questo punto, non indugiare oltre e procedere all'analisi degli interventi in parola.

3.1. Una questione «di merito». Riprendendo quanto solo accennato nell'introduzione a questo studio, il primo intervento che è bene qui analizzare nel dettaglio è la sentenza n. 2 del 5 ottobre 2024 con cui la Corte costituzionale rumena, accogliendo due reclami presentati contro la decisione del Comitato elettorale centrale (*Biroul Electoral Central*) relativa alla registrazione della candidatura dell'esponente del partito di estrema destra S.O.S Romania Diana Iovanovici Șoșoacă, ha estromesso quest'ultima dalla corsa alle elezioni presidenziali, ritenendo talune sue azioni e dichiarazioni non compatibili con il rispetto della Costituzione rumena, tanto con riguardo ai principi liberal-democratici in essa previsti quanto con riferimento allo status del Paese quale membro dell'Unione europea e della NATO⁷⁴.

Già da quanto qui brevemente richiamato, emerge che il caso in parola, facendo ricorso a uno degli strumenti più tipici della *militant democracy* loewensteiniana inerente al divieto di accesso alle cariche pubbliche, applicato, tuttavia, sulla scorta del successivo contributo offerto da altri studiosi del calibro di Müller, al singolo individuo secondo la nota nozione di *individual militant democracy*⁷⁵, costituisca un importante terreno di ricaduta applicativa del concetto di democrazia difensiva *supra* ricostruito. Democrazia difensiva da accostare, in questo caso, a un intervento promosso contro azioni e dichiarazioni cariche di un portato contenutistico contrario «nel merito» al dettato costituzionale e all'impianto assiologico da quest'ultimo incorporato, e come tale inidoneo, nel convincimento della Corte, a fare ingresso nel novero dei contenuti caratterizzanti la competizione elettorale volta a individuare il soggetto che proprio del rispetto della Costituzione, ai sensi dell'art. 80, c. 2 della stessa, è chiamato a farsi garante⁷⁶.

⁷⁴ Il testo in inglese della sentenza è consultabile su <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/02/Hotararea-2-24.pdf>.

⁷⁵ J.W. Müller, *Individual Militant Democracy*, in A. Malkopoulou, A. Kirshner (a cura di), *Militant democracy and*, cit., 13-37.

⁷⁶ Cfr. art. 80, c.2 Cost. secondo cui «*The President of Romania shall guard the observance of the Constitution and the proper functioning of the public authorities. To this effect, he shall act as a mediator between the Powers in the State, as well as between*

E tuttavia, ciò che in questa sede vuole offrirsi della sentenza in parola è una sua analisi chiaroscurale, volta in particolare a evidenziare che l'approccio «difensivo» mostrato dalla Corte nell'escludere la candidata Diana Iovanovici Șoșoacă dalla corsa alle presidenziali rumene si sia distinto per criticità tanto di carattere procedurale quanto di ordine sostanziale, idonee a minarne la legittimità e l'autorevolezza.

Procedendo con ordine, occorre allora rammentare innanzitutto che la Costituzione rumena è dotata di un impianto alternativamente definibile come «militante» o «difensivo».

In questo senso, posto che l'art. 8, c. 2 Cost prevede che i partiti politici siano obbligati a rispettare – *inter alia* – l'ordinamento giuridico e i principi democratici⁷⁷, è l'art. 40, c. 2 Cost. a dichiarare l'incostituzionalità di quei partiti e quelle organizzazioni che, per i loro fini e le loro attività, militino contro il pluralismo politico, i principi dello Stato di diritto, ovvero contro la sovranità, l'integrità e l'indipendenza della Romania⁷⁸. Tali disposizioni trovano peraltro un efficace riscontro sempre nel dato costituzionale, ove si consideri l'art. 152 Cost. che, tra i limiti alla revisione costituzionale, non manca di annoverare altresì il principio del pluralismo politico e il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini⁷⁹. A conferire effettività a tali disposizioni di ordine, per così dire, sostanziale, provvede, in via procedurale, il combinato disposto dell'art. 146 lett. k della Costituzione con la l.n. 47/1992 sul funzionamento della Corte costituzionale. Se infatti il primo attribuisce espressamente alla Corte costituzionale la competenza in via esclusiva a pronunciarsi sui ricorsi relativi all'incostituzionalità dei partiti politici⁸⁰, la legge sul funzionamento della Corte stabilisce che tali ricorsi possano essere presentati alternativamente dal Governo ovvero dal Presidente di una delle due Camere del Parlamento rumeno, previa approvazione da parte della maggioranza assoluta della Camera di appartenenza, purché sostenuti da specifiche motivazioni e opportuno materiale probatorio (art. 39). La legge stabilisce poi una procedura di tipo giurisdizionale e contenziosa con convocazione delle parti ed esame delle prove, all'esito della quale la Corte è chiamata a pronunciarsi in composizione plenaria con convocazione di entrambe le parti e alla presenza del Pubblico Ministero (art. 40), assumendo quale parametro di giudizio il disposto dell'art. 40, c. 2 della Costituzione *supra* menzionato (art. 41)⁸¹.

Se è dunque questo il quadro predisposto dall'ordinamento rumeno contro la minaccia rappresentata dai partiti politici antisistema, una disciplina «difensiva» pressoché assente si riscontra, invece, con riferimento alla figura presidenziale e, in particolare, per quanto qui

the State and society». Il testo in inglese della Costituzione rumena è disponibile su <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania>.

⁷⁷ Cfr. art. 8, c. 2 Cost.: «*Political parties shall be constituted and shall pursue their activities in accordance with the law. They contribute to the definition and expression of the political will of the citizens, while observing national sovereignty, territorial integrity, the legal order and the principles of democracy*».

⁷⁸ Cfr. art. 40, c. 2 Cost.: «*The political parties or organizations which, by their aims or activity, militate against political pluralism, the principles of a State governed by the rule of law, or against the sovereignty, integrity or independence of Romania shall be unconstitutional*».

⁷⁹ Cfr. art. 152 Cost.: «*Limits of revision:*

(1) *The provisions of this Constitution with regard to the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian State, the republican form of government, territorial integrity, independence of justice, political pluralism and official language shall not be subject to revision.*

(2) *Likewise, no revision shall be made if it results in the suppression of the citizens' fundamental rights and freedoms, or of the safeguards thereof.*

(3) *The Constitution shall not be revised during a state of siege or emergency, or in wartime*».

⁸⁰ Cfr. art. 146 lett. k Cost.: «*The Constitutional Court shall have the following powers: [...] k) to decide on the objections of unconstitutionality of a political party*».

⁸¹ Il testo in inglese della l.n. 47/1992 è disponibile su <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2020/11/LAW-No47.pdf>.

interessa, al procedimento elettorale che all'individuazione di tale figura è sotteso. Posto che l'art. 146 lett. f. si limita ad attribuire alla Corte costituzionale il controllo in merito alla regolarità del procedimento elettorale presidenziale nonché la convalida dei risultati⁸², la legge sulle elezioni del Presidente della Repubblica (l.n. 370/2004)⁸³ – sulla quale si ritornerà – prevede meramente, in particolare all'art. 31, l'eventuale intervento della Corte costituzionale sui ricorsi presentati dai candidati, dai partiti politici, dalle organizzazioni di cittadini appartenenti a minoranze nazionali, dalle alleanze politiche o elettorali nonché dagli stessi elettori, contro la registrazione (o il rigetto della registrazione) delle candidature disposta dal Comitato elettorale centrale. Un intervento da espletarsi entro due giorni dalla notifica del ricorso, e in merito al quale la Corte si è sempre posta, tuttavia, come mero garante del rispetto dei requisiti di carattere formale previsti per la candidatura, tanto a livello costituzionale – si pensi al requisito minimo di età pari a 35 anni ex art. 37, c. 2 – quanto a livello legislativo sempre in base al disposto della l.n. 370/2004, senza che alcuna valutazione di merito rientrasse pertanto nel suo percorso decisionale⁸⁴.

In base a quanto appena ricostruito, emerge che la decisione del Giudice costituzionale di Bucarest di escludere la candidata del partito S.O.S. Romania per motivi politici, secondo un processo efficacemente definito in dottrina come traslativo dell'impianto «difensivo» previsto nei confronti dei partiti politici nell'ambito delle elezioni presidenziali, senza tuttavia a esso accompagnarvi l'applicazione delle medesime garanzie procedurali⁸⁵, abbia costituito un'operazione quantomeno avventata da un punto di vista procedurale.

Orbene, se pure si volesse rinvenire nell'art. 3 della l.n. 47/1992 – che alla Corte riconosce il diritto di determinare la propria competenza nell'adempimento delle sue attribuzioni costituzionali⁸⁶ – e nella sentenza n. 66/2019 – con cui la Corte stessa si è auto-attribuita il potere di intervenire in ogni fase del procedimento elettorale presidenziale, ivi compresa la risoluzione delle controversie sulla presentazione delle candidature⁸⁷ – elementi utili a smussare le criticità procedurali *supra* evidenziate, significativi interrogativi emergono altresì se si muove lo sguardo verso la dimensione sostanziale della pronuncia. Nel giustificare l'esclusione di Diana Iovanovici Șoșoacă dalla competizione elettorale, la Corte ha edificato infatti un legame tra dettato costituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica all'interno dell'ordinamento rumeno dai tratti completamente inediti.

Più in particolare, muovendo da una macro-distinzione tra le condizioni «formali» e «sostanziali» di eleggibilità, all'interno di queste ultime essa ha individuato, da un lato, quelle di carattere «speciale», comprensive dei requisiti previsti a livello legislativo⁸⁸, e dall'altro,

⁸² Cfr. art. 146, lett. f), Cost.: «*The Constitutional Court shall have the following powers: [...] f) to guard the observance of the procedure for the election of the President of Romania and to confirm the ballot returns*».

⁸³ Il testo in inglese della l.n. 370/2004 è disponibile su <https://www.roaep.ro/legislatie/wp-content/uploads/2019/11/LAW-no-370-2004.pdf>.

⁸⁴ A questo proposito B. Iancu, *Militant Democracy*, cit., 15 evidenzia come, sino al 2024, qualsiasi ricorso fondato su un motivo diverso dalle condizioni formali di eleggibilità e candidatura fosse stato sbrigativamente rigettato in trent'anni di giurisprudenza dai giudici costituzionali di Bucarest.

⁸⁵ In questi termini B. Iancu, *Militant Democracy*, cit., 15.

⁸⁶ Cfr. art. 3 l.n. 47/1992: «(1) *The powers of the Constitutional Court are those laid down by the Constitution and by the present law*.

(2) *In the exercise of its powers, the Constitutional Court shall be the only authority entitled to decide upon its competence*.

(3) *The competence of the Constitutional Court, as is established in accordance with paragraph (2) above, cannot be contested by any public authority*».

⁸⁷ Il testo della pronuncia è disponibile su <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/219682>.

⁸⁸ Esse includono l'età minima di 35 anni, il possesso della cittadinanza rumena, la residenza in Romania, la titolarità del diritto di voto, l'assenza di incompatibilità con l'appartenenza a un partito politico, il non aver subito condanne penali, salvo riabilitazione, amnistia o grazia che abbiano estinto il reato.

quelle di ordine «generale», connesse invece al più ampio rispetto della lealtà nei confronti della Costituzione rumena e del suo portato assiologico, comprensivo sia dell'identità nazionale e costituzionale della società rumena e sia dell'adesione della Romania ai valori dell'Unione europea e alla NATO⁸⁹. Emblematici in questo senso sono i passaggi in cui la Corte ha riconosciuto, ad esempio, che «l'appartenenza all'Unione europea e alla NATO costituisca la garanzia politica e militare dello sviluppo democratico dello Stato nonché dell'esistenza dello Stato di diritto»⁹⁰.

Forte di una simile operazione ampliativa del «parametro» del giudizio, la Corte ha proceduto a vagliare le dichiarazioni e gli atti della candidata tenendo conto, in particolare, della collocazione istituzionale della figura presidenziale all'interno dell'impianto costituzionale rumeno. Dando particolare rilievo al giuramento che il Presidente, una volta eletto, deve prestare ai sensi dell'art. 82, c.2 della Costituzione in merito al rispetto della Costituzione stessa e alla difesa della democrazia⁹¹, la Corte ha infatti sostenuto, da un lato, che in capo ai candidati alla Presidenza sussistesse un dovere speciale che andasse oltre il «mero atteggiamento o la mera condotta di semplice conformità formale ai requisiti costituzionali», per concretarsi invece in una «manifestazione attiva e responsabile in tal senso»⁹², e dall'altro, ~~come che~~, a differenza di qualsiasi cittadino rumeno, il dovere di difesa della democrazia costituisse «una condizione essenziale di eleggibilità intrinseca e sostanziale del candidato alla carica di Presidente della Romania»⁹³. Sulla base di questa lettura teleologicamente orientata della figura presidenziale, la Corte ha ben potuto ritenere incompatibili con il portato assiologico della Costituzione – così come caratterizzato nei termini visti *supra* – e, conseguentemente, con la carica presidenziale, le dichiarazioni rese dalla candidata a favore del regime putiniano e contro l'Unione europea e la NATO, nonché le azioni da ella poste in essere e nel cui novero figurano, ad esempio, la partecipazione a ricevimenti presso l'ambasciata russa, la celebrazione presso la stessa ambasciata della Giornata dell'Unità Nazionale Russa, l'incontro con l'ambasciatore russo nonché la proposta legislativa relativa all'annessione di una parte del territorio dell'Ucraina.

In base a quanto brevemente ricostruito, anche sul piano sostanziale non possono dunque tacersi alcune rilevanti perplessità, legate, in particolare, alla difficile inquadrabilità delle dichiarazioni e dei comportamenti euroscettici e anti-NATO della candidata come condotte in grado di giustificare la perdita per la stessa dei suoi diritti politici e la sua conseguente incandidabilità in quanto portatrici – nel solco degli sforzi teorici ricostruttivi della già citata *individual militant democracy* – di una chiara intenzione di porre in pericolo la democrazia, in questo caso rumena⁹⁴. Soprattutto ove si consideri la circostanza per la quale, nonostante la costituzionalizzazione operata dalla Corte, con correlata applicazione della clausola di non regressione in particolare al par. 40 della pronuncia, la rinuncia all'appartenenza della Romania tanto all'Unione europea quanto alla NATO non si presenta(va) in linea di principio come impercorribile, purché rispettosa del procedimento aggravato speculare a quello richiesto in sede di adesione⁹⁵.

⁸⁹ M. Gutan, *The New Enemies*, cit., 3.

⁹⁰ Par. 38.

⁹¹ Cfr. art. 82, c.2 Cost.: «*The candidate whose election has been validated shall take before the Chamber of Deputies and the Senate, in a joint sitting, the following oath: "I solemnly swear that I will dedicate all my strength and the best of my ability for the spiritual and material welfare of the Romanian people, to abide by the Constitution and laws of the country, to defend democracy, the fundamental rights and freedoms of my fellow-citizens, Romania's sovereignty, independence, unity and territorial integrity. So help me God!"*».

⁹² Par. 44.

⁹³ Par. 47.

⁹⁴ M. Gutan, *The New Enemies*, cit., 3-4.

⁹⁵ Così B. Iancu, *Militant Democracy*, cit., 15.

Fragilità tanto procedurali quanto sostanziali possono pertanto desumersi dall'analisi qui svolta della sentenza n. 2 del 5 ottobre 2024. Sentenza, quest'ultima, sicuramente rilevante per una riflessione sul concetto di democrazia difensiva poiché tradottasi nell'esclusione di un candidato dalla corsa alle elezioni presidenziali rumene, per la prima volta in ragione delle posizioni politiche da tale candidato espresse e considerate dalla Corte come antidemocratiche.

Le vicende relative alle elezioni presidenziali rumene avrebbero tuttavia di lì a poco consegnato agli osservatori un'ulteriore pronuncia sulla quale soffermare la propria attenzione, soprattutto in virtù della portata unica della stessa tanto per la storia costituzionale della giovane democrazia post-socialista quanto per gli itinerari del costituzionalismo liberaldemocratico quantomeno nel quadro europeo.

Il riferimento è alla sentenza n. 32 resa dalla Corte costituzionale rumena il 6 dicembre 2024⁹⁶, e relativa – come accennato nei passaggi introduttivi a tale studio – all'annullamento dell'intero ciclo elettorale presidenziale per le ragioni e nei termini che si vedranno nel sottoparagrafo che segue.

3.2. Una questione «di metodo». «Esercitando tale controllo costituzionale e democratico sul procedimento elettorale, la Corte adempie al suo dovere di garantire il rispetto della procedura di elezione del Presidente della Romania, il cui scopo ultimo è quello di ripristinare la fiducia dei cittadini nella legittimità democratica dei pubblici poteri, nella legalità e nell'equità delle elezioni, nonché di eliminare qualsiasi sospetto della natura riscontrata nel caso di specie. Pertanto sono tutelati sia i diritti elettorali dei cittadini (diritto di voto e diritto di essere eletti) sia i fondamenti dell'ordine costituzionale, premesse essenziali per il mantenimento del carattere democratico e dello Stato di diritto della Romania»⁹⁷.

Nelle parole qui riportate, contenute nel paragrafo 21 della sentenza n. 32 con cui la Corte costituzionale di Bucarest ha annullato d'ufficio – a pochi giorni dalla seconda votazione – l'intero procedimento elettorale presidenziale rumeno, riposa con tutta evidenza il carattere difensivo o – se si vuole – militante dell'intervento giurisdizionale in parola. Un intervento legato, come noto, alla desecretazione di alcuni documenti resi dai servizi di intelligence rumena ed esteri nonché dal Ministero degli affari interni, relativi alla presunta ingerenza di uno «Stato estero» nel processo elettorale *de quo*, condotta tramite una campagna di disinformazione organizzata sui social media (in particolare Tik Tok) e attacchi informatici atti a influenzare l'opinione pubblica verso la scelta del candidato di estrema destra e filorusso Călin Georgescu⁹⁸.

⁹⁶ Il testo in italiano della sentenza è disponibile in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2024, al link <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2025/02/Decisione-n.-322024.pdf>.

⁹⁷ Par. 21.

⁹⁸ I documenti in parola, presentati durante la riunione del Consiglio Supremo di Difesa della Romania il 28 novembre 2024 e scaricabili all'indirizzo <https://www.presidency.ro/ro/media/comunicat-de-presa1733327193>, sono stati desecretati in data 4 dicembre 2024. Da essi è emerso come Georgescu, per diffondere contenuti faziosi, si fosse avvalso di migliaia di account falsi su TikTok, ricorrendo alla piattaforma Telegram per coordinare questi ultimi. Inoltre, nonostante egli avesse dichiarato di non aver sostenuto alcuna spesa per la campagna elettorale, è emerso come avesse retribuito numerosi influencer per diffondere il suo programma elettorale grazie al sostegno finanziario di una società di pubblicità digitale riconducibile alla Russia (<https://snoop.ro/strategia-cu-bani-rusesti-cum-au-ajuns-reclamele-la-medicina-naturista-si-stirile-cu-sfinti-sa-influenteze-votul-romanilor-la-prezidentiale/>). Da quanto dichiarato dal Servizio di intelligence estero, è stata inoltre riscontrata l'interferenza russa sul procedimento elettorale, realizzatasi tramite un ampio uso di propaganda e contenuti generati dall'IA nonché mediante attacchi informatici, fughe di informazioni e

Il valore emblematico del passo in parola risiede, a questo proposito, nella capacità di ben enucleare l'iter argomentativo «trifasico» percorso dalla Corte per giungere alla sua decisione: garantire l'integrità del procedimento elettorale contro le insidie della disinformazione online significava per la Corte assicurare la giusta tutela ai diritti elettorali dei cittadini rumeni, a sua volta ineludibilmente strumentale alla più ampia difesa dello Stato di diritto e del carattere democratico dell'ordinamento rumeno.

Ecco che, dall'osservazione di questa catena eziologica edificata dai giudici di Bucarest, è ben possibile desumere che un intervento giurisdizionale «di metodo» – così definibile per comodità espositiva poiché legato a vagliare la regolarità dello svolgimento e dei mezzi della competizione elettorale – contro la disinformazione online non sia per nulla estraneo, bensì anch'esso intimamente connesso – come visto per la pronuncia «di merito» *supra* analizzata – alla più ampia tutela della Costituzione e del suo portato assiologico.

Rinviando alla parte conclusiva del presente sottoparagrafo l'approfondimento delle qui solo accennate ragioni cui la Corte ha legato l'annullamento in parola, all'interno di uno scritto teso a vagliare in chiave critica i termini di applicabilità empirica del concetto di democrazia difensiva, in questo caso con riferimento alla vicenda rumena, non ci si può esimere dal soffermarsi, come si è peraltro già anticipato, sul «come» tale intervento sia stato condotto.

A questo proposito, deve sin da subito chiarirsi che la decisione in parola ha generato un dibattito molto acceso, spintosi persino oltre i confini nazionali. Si è già citato, in tal senso, l'intervento della Corte EDU, pronunciatisi, tuttavia, nei termini dell'inaammissibilità sul ricorso individuale presentato da Călin Georgescu a seguito dell'annullamento dell'elezioni⁹⁹, nonché il «Rapporto urgente sull'annullamento delle elezioni da parte delle Corti costituzionali» reso, su richiesta del Presidente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dalla Commissione di Venezia il 27 gennaio 2025, e nel quale quest'ultima si è distinta per un intervento di «equilibrismo istituzionale», idoneo – seppur indirettamente – a offrire elementi giustificativi dell'azione dei giudici rumeni e, a un tempo, a rilevare forti perplessità sul *modus operandi* di questi ultimi¹⁰⁰.

E tuttavia, ai nostri fini può essere utile distinguere le criticità sollevate dall'intervento giurisdizionale in parola tra, da un lato, quelle inerenti ai prodromi e alle premesse di quest'ultimo, e dall'altro, quelle più strettamente legate al percorso di approdo all'output istituzionale finale.

sabotaggi. Cfr. C. Spiniello, *La tenuta della "democrazia elettorale" nell'era digitale*, in *Nuovi Autoritarismi E Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 1, 2025, 10-11.

⁹⁹ Quest'ultimo, risultato il candidato più votato (22,9 % dei consensi) al primo turno tenutosi il 24 novembre 2024, ha promosso ricorso contro l'annullamento in parola 1) per violazione del diritto a libere elezioni, 2) per violazione del diritto a un giusto processo, e 3) per la mancanza di un meccanismo di ricorso contro la decisione della Corte costituzionale a livello statale. La Corte EDU ha tuttavia dichiarato l'inaammissibilità del ricorso *de quo* con sentenza resa l'11 febbraio 2025 (Corte EDU, 11 febbraio 2025, *Călin Georgescu c. Roumanie*). Candidatosi per le elezioni fissate per il 4 maggio, Georgescu ha, da ultimo, visto rifiutata la propria candidatura da parte del Comitato elettorale centrale in data 9 marzo 2025 – decisione poi confermata dalla Corte costituzionale con la decisione n. 7/2025 dell'11 marzo 2025. Per un commento alla sentenza della Corte EDU cfr. F. Calea, *Romania, una democrazia che si difende. Commento a margine della sentenza Călin Georgescu v. Romania della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Blog di Diritti comparati*, 15 aprile 2025, consultabile su <https://www.diritticomparati.it/romania-una-democrazia-che-si-difende-commento-a-margine-della-sentenza-calin-georgescu-v-romania-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo/>.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione analitica dell'*Urgent Report On the Cancellation of Election Results by Constitutional Courts*, il cui testo è disponibile su <https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/urgent-report-on-the-cancellation-of-election-results-by-constitutional-courts>, cfr. F. Rosa, *L'annullamento delle elezioni presidenziali in Romania e la difficile difesa della democrazia*, in *federalismi.it*, 15, 2025, 67-72; D.A. Cărmidariu, A. Verteș-Olteanu, *Safeguarding democracy: constitutional insights from Romania's election annulment*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2025, 158-163.

Procedendo allora con ordine, è bene innanzitutto sottolineare che la Corte costituzionale rumena si è pronunciata sull'annullamento delle elezioni presidenziali in assenza di alcuna previsione costituzionale o legislativa che autorizzasse un simile intervento *ex officio*. Se infatti la già citata l.n. 370/2004 sulle elezioni presidenziali prevede, all'art. 52, c.2, un elenco tassativo dei soggetti legittimati a proporre ricorso a tal fine¹⁰¹, tra le procedure esperibili d'ufficio, ai sensi dell'anch'essa già menzionata l.n. 47/1992 sul funzionamento della Corte, non figura quella relativa al processo elettorale presidenziale¹⁰². Interrogativi sono stati altresì sollevati in riferimento alla circostanza che ha visto la Corte pronunciarsi in maniera quantomai tardiva, tenendo conto che la sentenza è stata resa ben nove giorni dopo la scadenza del termine di tre giorni dalla chiusura dei seggi previsto sempre dall'art. 52, c.2 della legge sulle elezioni presidenziali per la proposizione del ricorso teso all'annullamento di queste ultime, e non essendoci alcuna previsione normativa atta ad autorizzare la Corte ad avviare un procedimento di annullamento oltre questo termine¹⁰³.

Le criticità non si limitano tuttavia, come anticipato, alla fase prodromica alla pronuncia. Posto che – a dispetto di quanto previsto ex art. 52, c.1 della l. 370/2004 in merito alla possibilità di annullare solo uno dei due turni delle elezioni presidenziali¹⁰⁴ – la Corte ha disposto l'annullamento dell'intero procedimento elettorale senza che vi fosse alcuna previsione normativa in tal senso, e che essa è pervenuta al proprio *decisum* senza consentire al soggetto interessato di prendere parte al giudizio e presentare le sue controargomentazioni, è altresì nell'impianto motivazionale che essa tradisce alcune fragilità.

È stata opportunamente segnalata in dottrina come problematica, ad esempio, l'assenza di un riferimento esplicito tanto al candidato «beneficiario» della campagna disinformativa online quanto alla specifica piattaforma ove tale campagna è stata promossa. Ancora, approssimativo è stato giudicato il rimando ai valori europei, tramite il richiamo da parte della Corte solo ad alcuni atti dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa – si considerino il già citato Regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting nella pubblicità politica peraltro non ancora in vigore al tempo della pronuncia (par. 13); la Dichiarazione interpretativa del Codice di buona condotta in materia elettorale sulle tecnologie digitali e sull'intelligenza artificiale (parr. 10, 17) e il Rapporto esplicativo sul Codice di buone pratiche in materia elettorale adottato dalla Commissione di Venezia nella 52ª sessione plenaria del 2002 (parr. 15, 17) –, al fine di corroborare l'assunzione del principio di correttezza delle elezioni a elemento cardine dell'ordinamento costituzionale rumeno.

Per quanto riguarda strettamente l'iter argomentativo della pronuncia, non può poi tacersi l'assenza di una pregnante attività istruttoria sulla vicenda – affidata infatti esclusivamente ai report dei servizi segreti sulla cui affidabilità non c'è stata peraltro possibilità di confronto – e, conseguentemente, l'esiguità analitica mostrata dalla Corte con riguardo alla dimostrazione di un chiaro nesso di causalità tra le irregolarità individuate e l'esito elettorale, a dispetto di una decisione così «traumatica» o «dirompente» per l'ordinamento come quella relativa

¹⁰¹ Essi sono individuati nei partiti politici, nelle alleanze politiche, nelle organizzazioni di cittadini appartenenti a minoranze nazionali rappresentate dal Consiglio delle Minoranze Nazionali e dagli altri candidati partecipanti alla competizione elettorale.

¹⁰² Gli artt. 11 e 48 della l.n. 47/1992 prevedono che la Corte costituzionale possa intervenire d'ufficio rispettivamente nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale nonché al fine di verificare il rispetto delle condizioni per l'esercizio dell'iniziativa legislativa da parte dei cittadini.

¹⁰³ Cfr. C. Kuti, *On Means and Ends: The Annulment of the Romanian Presidential Elections*, in *VerfBlog*, 10 dicembre 2024, disponibile su <https://verfassungsblog.de/on-means-and-ends/>.

¹⁰⁴ Cfr. art. 52, c.1, della l.n. 370/2004: «*The Constitutional Court shall cancel the elections if the voting and the ascertainment of the results took place in such a way as to modify the allotment of the mandate or, as applicable, the order of the candidates participating in the runoff. Under these circumstances the Court shall order the round to be repeated on the second Sunday since the cancellation of the elections*».

all'annullamento dell'esito elettorale medesimo¹⁰⁵.

Giunti a questo punto, ricostruite le sue pur rilevanti opacità, occorre calarsi nel merito dell'intervento giurisdizionale in commento, così da ripercorrerne i tratti «militanti» o «difensivi», utili altresì alle riflessioni finali che seguiranno nel paragrafo conclusivo a questo scritto.

A questo proposito, torna utile il richiamo al *supra* citato processo «trifasico» seguito dalla Corte per giungere alla sua decisione. In effetti, sebbene da una prima lettura paia desumersi che le ragioni dell'annullamento delle elezioni riposino, nel convincimento della Corte, in un uso delle nuove tecnologie e dell'intelligenza artificiale nella campagna elettorale lesivo 1) del carattere libero e corretto del voto, 2) delle pari opportunità dei candidati partecipanti alla competizione elettorale e 3) delle regole di correttezza e trasparenza anche finanziaria della campagna elettorale stessa, quanto emerge da un'analisi più approfondita è che la Corte abbia edificato sostanzialmente il suo impianto motivazionale attorno al rapporto tra, da un lato, la minaccia, rappresentata dalla disinformazione online, e dall'altro, il bene giuridico oggetto di tutela, ovvero sia la libera espressione del suffragio, la quale, tuttavia, nel convincimento dei giudici di Bucarest, emerge come composta di una dimensione individuale, attenta altresì al momento formativo della volontà elettorale, e a un tempo di una dimensione collettiva, poiché teleologicamente connessa al «funzionamento democratico dello Stato»¹⁰⁶, in un *continuum* che muove dunque dalla libera e corretta formazione del consenso elettorale per proiettarsi sino alla garanzia della democrazia costituzionale.

Più nello specifico, la Corte è partita dal chiarire la portata della libertà di formarsi un'opinione per gli elettori come comprensiva altresì del diritto per questi ultimi di accedere a una adeguata informazione prima di assumere una decisione¹⁰⁷, per poi ravvisare che una promozione aggressiva, frutto dell'utilizzo abusivo degli algoritmi delle piattaforme social, a favore di un candidato (Georgescu) durante la campagna elettorale avesse avuto ripercussioni in termini di disinformazione e manipolazione delle loro scelte elettorali¹⁰⁸. Inoltre, se da un lato, a tale utilizzo abusivo delle tecnologie digitali e della potenza algoritmica la Corte ha associato, in particolare al par. 16, una sovraesposizione del candidato *de quo* a danno «dell'esposizione mediatica online degli altri candidati al procedimento elettorale», dall'altro, nel medesimo paragrafo, ha lasciato intendere, seppur esprimendosi in via generale, che un simile uso delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale in maniera evidentemente non trasparente avesse impedito agli elettori di formarsi un'opinione su (tutti) i candidati e sulle alternative elettorali.

Il riferimento alla sovraesposizione *supra* citata può ermeneuticamente rinvenirsi altresì nei parr. 17 e 18 della pronuncia, ove la Corte ha legato implicitamente quest'ultima a un finanziamento della campagna elettorale ritenuto non compatibile con i requisiti di correttezza e di trasparenza, alla luce della palese contraddizione emersa tra la dichiarazione da parte del candidato interessato in ordine alla totale inesistenza di spese da lui sostenute per la propria campagna elettorale e i dati emersi invece dai report dei servizi di intelligence relativamente ai costi della campagna elettorale online condotta a suo favore. Il dato che, a questo punto, preme sottolineare è che anche a tale ultimo rilievo la Corte abbia legato un effetto disinformativo ai danni degli elettori: se infatti nel par. 17 la Corte ha evidenziato, in

¹⁰⁵ Per un'analisi chiaroscurale della sentenza cfr. S. Sassi, A. Sterpa, *La Corte costituzionale della Romania difende la democrazia liberale dalla disinformazione. Prime note sulla sentenza n. 32 del 6 dicembre 2024*, in *federalismi.it*, 4, 2025, spec. 174-181. Cfr. altresì D.A. Cărmădăriu, A. Verșeș-Olteanu, *Safeguarding democracy: constitutional*, cit., 139-165; F. Rosa, *L'annullamento delle elezioni*, cit., 53-75.

¹⁰⁶ Si riprende qui l'espressione usata nel par. 7 della sentenza.

¹⁰⁷ Par. 13.

¹⁰⁸ Par. 14.

tema di finanziamento legale e trasparente della campagna elettorale, che «la comunicazione elettorale online deve essere sempre identificata come tale ed essere trasparente sia in termini di identità del suo sponsor che in termini di tecnica di diffusione usata», nel par. 14 essa ha imputato alla mancanza all'interno del materiale elettorale del candidato interessato di segni specifici identificativi della campagna elettorale – come tali utili a rendere chiaro agli utenti delle piattaforme il loro trovarsi di fronte a contenuto legato all'attività politica – un effetto manipolativo sul voto dell'elettore.

Dal quadro sin qui esposto pare, dunque, emergere un'attenzione della Corte nell'approntare la giusta difesa della libera costruzione ed espressione della volontà elettorale dai polivalenti attacchi della disinformazione online.

E tuttavia, per meglio inquadrare come militante o difensivo l'intervento giurisdizionale in parola, il passo successivo che è opportuno qui compiere in chiave analitica attiene al significato che a questa tutela la Corte è parsa conferire.

A questo proposito, la difesa del libero formarsi dell'opinione elettorale contro i rischi della disinformazione online ha assunto per la Corte una dimensione, per così dire, «costituzionale» nella misura in cui dalla pronuncia è emerso che il diritto alle libere elezioni costituisce l'espressione più profonda dell'organizzazione di una società democratica¹⁰⁹, che i diritti elettorali rappresentassero una *conditio sine qua non* della democrazia e del funzionamento democratico dello Stato¹¹⁰, nonché che l'integrità e l'imparzialità delle elezioni rappresentassero le premesse di un'autentica democrazia costituzionale, dell'evoluzione democratica dello Stato e dell'esistenza dello Stato di diritto¹¹¹.

Ecco che, nel convincimento della Corte, difendere la formazione del consenso elettorale dalle insidie della disinformazione online sublima nella più ampia difesa dell'ordine costituzionale.

Una simile circostanza, peraltro, assume in questa sede ancora più rilevanza nella misura in cui si consideri che alla suddetta difesa la Corte abbia agganciato la legittimità del suo stesso intervento. Inquadrando quest'ultimo – riprendendo il paragrafo da cui si è partiti – come funzionale al mantenimento del carattere democratico e dello Stato di diritto della Romania, essa ha infatti giustificato la propria interpretazione in chiave estensiva del disposto del già citato art. 146 lett. f. della Costituzione, che a essa attribuisce il compito di «assicurare il rispetto del procedimento per l'elezione del Presidente».

Particolarmente emblematiche risultano, in questo senso, le parole con cui la Corte ha chiarito che il suo potere di vigilare sul rispetto della procedura elettorale presidenziale non potesse essere dissociato dal ruolo di quest'ultima nell'architettura costituzionale: quello di farsi – con le criticità tuttavia in questo caso emerse e *supra* approfondite – «garante della supremazia della Costituzione»¹¹².

¹⁰⁹ Par. 6.

¹¹⁰ Par. 7.

¹¹¹ Par. 9.

¹¹² Cfr. il par. 4 che qui si riporta interamente: «L'attribuzione costituzionale prevista dall'articolo 146 lettera f) ha lo scopo di assicurare il rispetto del principio di supremazia della Costituzione, previsto dall'articolo 1 comma. (5), durante le elezioni presidenziali, nonché i valori costituzionali di cui all'art. 1 par. (3) e art. 2 par. (1) della Costituzione, che caratterizza lo Stato rumeno e che il Presidente della Romania ha il dovere di rispettare e difendere. L'attribuzione della Corte costituzionale secondo cui essa “assicura il rispetto del procedimento per l'elezione del Presidente”, disciplinata dall'articolo 146 lettera f) della Costituzione, non può essere interpretata in modo restrittivo. Le disposizioni dell'articolo 146 lettera f) della Costituzione devono essere corroborate da quelle dell'articolo 142 comma. (1) della Costituzione e dell'art. (2) della legge n. 47/1992, per cui il potere della Corte costituzionale di vigilare sul rispetto della procedura di elezione del Presidente non può essere dissociato dal ruolo della Corte costituzionale nell'architettura costituzionale, quello di garante della supremazia della Costituzione».

4. Il fine giustifica i mezzi? Brevi note (non) conclusive. «*Militant democracy – as a legal structure – is on a scale of degree with others forms of democracy, in other words, that democracies are always more or less militant*»¹¹³. Riprendere le parole di autorevole dottrina, atte a qualificare ogni democrazia – seppur gradatamente – come militante, aiuta in questo paragrafo conclusivo a riannodare brevemente il filo delle riflessioni svolte con riguardo alle elezioni presidenziali in Romania.

A questo proposito, il primo passo che si è inteso compiere in questo studio ha riguardato l'individuazione delle coordinate metodologiche (e terminologiche) considerate più utili al percorso analitico in parola. Adottare un approccio descrittivo al concetto di democrazia difensiva ha, in questo senso, permesso di poter attribuire il carattere militante o difensivo a tutti i regimi democratici, non limitando l'individuazione dello stesso alla sola riscontrabilità a livello positivo di strumenti repressivi nei confronti dei partiti antisistema, bensì legandolo, anche sulla scorta degli itinerari aperti in via speculativa dalla dottrina sul punto, alla più ampia difesa del portato assiologico che l'avvento del costituzionalismo liberal-democratico ha recato con sé nel trovare collocazione nel dato costituzionale.

All'individuazione dell'oggetto di tutela è stata associata, gioco forza e in chiave endiadica, la disamina delle varie minacce a esso potenzialmente pregiudizievoli.

Particolarmente utile è risultato, a questo proposito, procedere alla distinzione – non senza tratti di comunicabilità – tra le minacce alla democrazia legate alla dimensione analogica e quelle, più recenti, legate invece all'ambito digitale, avendo tuttavia riguardo a non tacere l'importanza da attribuire tanto nella sfera analogica quanto in quella digitale al *quomodo* degli interventi difensivi predisposti dagli ordinamenti, in quanto comunque limitativi, sebbene sotto l'egida dei valori e dei principi del costituzionalismo liberal-democratico, di fondamentali libertà democratiche – tra tutte quella di espressione.

Il caso rumeno si è posto, a questo punto, come un terreno molto proficuo ove calare le riflessioni in parola. Il lungo e travagliato percorso che ha condotto solo di recente all'individuazione del quinto Presidente della Repubblica nella giovane storia costituzionale dell'ex Paese socialista ha visto infatti la Corte costituzionale intervenire nel procedimento elettorale presidenziale nella più ampia veste di custode e difensore dell'ordine costituzionale. Un intervento, come si è avuto modo di approfondire, non immune tuttavia da rilevanti profili di criticità, tanto con riferimento alla risoluzione della questione «di merito», legata evidentemente ai meccanismi «classici» della *militant democracy* di contrasto alle posizioni politiche considerate eversive, quanto con riguardo alla risoluzione della questione «di metodo», sollevata invece dalla minaccia per l'integrità dei processi elettorali e, più in generale, democratici costituita dalla disinformazione online.

A questo proposito, procedendo con ordine, per quanto riguarda la prima delle questioni affrontate, alla luce dell'analisi svolta pare difficile inquadrare entro i confini della più stretta legittimità costituzionale l'agire «militante» della Corte costituzionale rumena. Poste infatti le rilevanti criticità legate all'occorsa operazione traslativa del regime difensivo previsto per i partiti politici antisistema all'ambito delle elezioni presidenziali senza tuttavia ad essa accompagnarvi l'applicazione delle medesime garanzie procedurali, particolarmente problematica risulta, sul piano sostanziale, l'identificazione di inedite condizioni di eleggibilità del candidato alla carica di Presidente della Repubblica, desunte dai giudici costituzionali in virtù di una lettura teleologicamente orientata della figura presidenziale come garante dell'ordinamento costituzionale rumeno, così come consustanzialmente arricchito della sua dimensione «euroatlantica».

¹¹³ O. Pfersmann, *Shaping Militant Democracy*, cit., 52-53.

Una misura così «traumatica» a livello sistemico come la limitazione dei diritti politici disposta nei confronti della candidata Diana Iovanovici Șoșoacă pare, infatti, difficilmente giustificabile in assenza di un solido ancoraggio e riscontro nel dato positivo-costituzionale atto a perimetrare i margini di discrezionalità del giudice costituzionale. Margini che, ove non opportunamente definiti, rischiano peraltro di prestare il fianco a future strumentalizzazioni in ottica maggioritaria¹¹⁴.

Con riguardo, invece, alla questione «di metodo» affrontata dal consesso costituzionale di Bucarest, non si è taciuto che l'intervento di quest'ultimo a difesa della libera e corretta formazione del consenso elettorale e, per il tramite di essa, della stessa democrazia costituzionale rumena dalla disinformazione online si sia distinto per rilevanti criticità, tanto nella fase a esso prodromica – se si considera l'iniziativa tardiva e soprattutto *ex officio* della Corte pur in mancanza di una previsione costituzionale o legislativa in tal senso –, quanto nel percorso decisionale che ha condotto all'intervento medesimo. A questo ultimo proposito, l'annullamento dell'intero procedimento elettorale presidenziale – misura già di per sé non prevista dal dato positivo – ha costituito l'esito di un giudizio, come visto, sprovvisto delle garanzie del contraddittorio e carente sia dal punto di vista istruttorio sia motivazionale.

E tuttavia, l'intervento del giudice costituzionale rumeno, e le fragilità che a tale intervento sono evidentemente connesse, possono leggersi come la conseguenza e a un tempo la cartina al tornasole di uno sforzo euro-unitario di co-regolamentazione dello spazio digitale dimostratosi non ancora efficace nel contrasto a un fenomeno, quello disinformativo, la cui difficoltà di inquadramento definitorio ben ne fa trasparire la multiformità dei mezzi, a valle, e la complessa individuabilità (anche geopolitica) della fonte, a monte. In questo senso, posta l'auspicabilità in Romania di una novella normativa atta a meglio inquadrare in futuro presupposti, modalità e limiti dell'agire della giurisdizione costituzionale nell'ambito delle elezioni presidenziali, come tale utile a scongiurare rischi delegittimanti tanto delle decisioni quanto dell'organo dal quale tali decisioni promanano, l'arresto tanto controverso quanto incisivo della Corte di Bucarest diviene quantomeno un monito nei confronti del legislatore euro-unitario in vista delle sfide che l'era digitale riproporrà per l'integrità dei processi elettorali e democratici a venire.

Abstract. Il presente contributo intende analizzare le vicende legate al procedimento elettorale presidenziale in Romania e, in particolare, al ruolo assolto all'interno di tale processo dalla Corte costituzionale rumena, alla luce del più ampio concetto di democrazia difensiva. Muovendo da un approccio descrittivo al concetto in parola, dopo aver distinto le minacce per la democrazia come «analogiche» e «digitali», si offrirà una lettura chiaroscurale, da un lato, della sentenza con cui la Corte ha escluso dalla competizione elettorale la candidata Diana Iovanovici Șoșoacă per le sue posizioni politiche ritenute antidemocratiche, e dall'altro, della sentenza con la quale la Corte ha invece annullato l'intero procedimento elettorale poiché considerato leso nella sua integrità dalla disinformazione online.

Abstract. This paper aims to analyse the events related to the Romanian presidential electoral process, focusing in particular on the role played by the Romanian Constitutional Court within this process, in light of the broader concept of defensive democracy. Starting from a descriptive approach to the concept itself, after categorising the threats to democracy as «analog» and «digital», the paper will offer a nuanced reading of the ruling by which the Court excluded the candidate Diana Iovanovici Șoșoacă from the electoral competition due to her

¹¹⁴ Cfr. R. Cornea, *Romanian Militant Democracy*, cit.

political positions deemed anti-democratic, on the one hand, and of the ruling by which the Court annulled the entire electoral process because its integrity was deemed compromised by online disinformation, on the other.

Parole chiave. Democrazia difensiva – Elezioni presidenziali rumene – minacce «analogiche» alla democrazia – minacce «digitali» alla democrazia – Corte costituzionale della Romania.

Key words. Defensive democracy – Romanian presidential elections – «analog» threats to democracy – «digital» threats to democracy – Romanian Constitutional Court.

ESTERNALIZZAZIONE DEI CONTROLLI ALLE FRONTIERE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO ALLA LUCE DELLA DECISIONE SUL CASO S.S. E ALTRI C. ITALIA*

di Anna Liguori**

209

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il caso *S.S. e altri c. Italia*. – 2.1. I fatti all'origine del ricorso e le argomentazioni delle parti. – 2.2. La decisione della Corte. – 3. Una possibile diversa interpretazione della nozione di giurisdizione. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione. Per far fronte al crescente numero di migranti alle loro frontiere, molti Stati hanno inaugurato o rafforzato pratiche già esistenti di repressione e deterrenza per «arginare» gli arrivi. Tali pratiche consistono nella criminalizzazione e nella detenzione dei migranti irregolari, nella separazione dei membri delle famiglie, nell'offrire condizioni di accoglienza inadeguate, nell'eccessivo prolungamento della procedura di determinazione dello *status*, nella riduzione delle garanzie procedurali, nella costruzione di recinzioni e muri e, sempre più spesso, nell'esternalizzazione dei controlli alle frontiere¹.

L'esternalizzazione dei controlli alle frontiere in materia di migrazione è attualmente una pratica diffusa, sia a livello europeo sia extraeuropeo². Per quanto riguarda specificamente l'Europa, sia l'Unione europea sia gli Stati europei hanno attuato varie strategie per esternalizzare i controlli alle frontiere, quali l'obbligo di visto, sanzioni nei confronti dei vettori, intercettazioni in alto mare e procedure «paesi terzi sicuri», con l'intento dichiarato di salvare vite umane e contrastare la tratta di esseri umani, ma con il risultato finale di ostacolare l'arrivo in Europa dei migranti.

Una delle principali preoccupazioni relative a queste politiche è che rischiano di creare dei «*legal back holes*», particolarmente preoccupanti poiché l'esternalizzazione può portare a violazioni dei diritti dei migranti, in particolare del divieto di tortura e trattamenti inumani, del principio di non respingimento, del diritto di lasciare qualsiasi paese, del diritto alla libertà,

* *Sottoposto a referendum*.

** Professoressa Associata di Diritto internazionale – Università di Napoli L'Orientale.

¹ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* of 26 February 2018, Doc. A/HRC/37/50, available at https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/A_HRC_37_50_EN.pdf.

² Cfr., *ex multis*, T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*, Cambridge, 2011; M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012; V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights Under EU Law*, Oxford, 2017; A. Liguori, *Migration Law and the Externalization of Border Controls. European State Responsibility*, London/New York, 2019; A. Fazzini, *L'esternalizzazione delle frontiere e la responsabilità degli Stati europei: il caso Italia-Libia*, Napoli, 2023; S. Nicolosi, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2024, 1 ss.

del diritto di chiedere asilo, dei diritti delle persone vulnerabili e del diritto a un ricorso effettivo³. Questi rischi sono particolarmente probabili a causa della recente evoluzione di questa pratica in Europa, dovuta alla proliferazione di accordi con paesi terzi – paesi di origine o di transito – non sicuri, incaricati «to effect migration control on behalf of the developed worlds»⁴.

Nell'ambito delle politiche di esternalizzazione, il *Memorandum* Italia-Libia del 2 febbraio 2017, per mezzo del quale l'Italia si è impegnata a collaborare con la Libia avendo come esplicito obiettivo la riduzione degli arrivi di migranti nel nostro Paese, e a fornire a tale fine supporto tecnico e tecnologico, finanziamenti per i centri destinati ai migranti e formazione del personale, offre un esempio eclatante dei rischi di tale politiche, a causa delle gravissime violazioni di diritti umani dei migranti e richiedenti asilo in Libia, ampiamente documentate da numerosi rapporti di organizzazioni internazionali e ONG⁵. Rispetto al precedente accordo con la Libia firmato nel 2008, il *Memorandum* del 2017 attua un nuovo modello di esternalizzazione, basato sui «pull-back», che costituiscono un'evoluzione della pratica dei «push-backs», cioè dei respingimenti adottati dall'Italia in attuazione del precedente accordo e che erano stato oggetto di condanna da parte della Corte europea dei diritti umani nella nota sentenza *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*: nel caso dei *pull-back* ci troviamo invece di fronte ad una fattispecie di «*refoulement by proxy*» (respingimento per procura), ideata proprio per eludere la responsabilità, in particolare per escludere la giurisdizione ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶.

È proprio in questo contesto (quello dei *pullbacks*) che si originano i fatti alla base della recente decisione *S.S. e altri c. Italia* della Corte di Strasburgo.

Tale caso riguarda una tragica operazione di salvataggio di più di 100 migranti a largo delle coste libiche avvenuta il 6 novembre 2017, coordinata dal Centro Italiano di Coordinamento del Soccorso Marittimo (IMRCC), che ha visto coinvolte sia la «*Sea Watch3*» (SW3), una nave battente bandiera dei Paesi Bassi, gestita dall'organizzazione non governativa tedesca Sea-Watch, sia la Guardia Costiera libica (GCL), giunta sulla scena dell'incidente a bordo di una nave precedentemente donatagli dall'Italia, il rimorchiatore Ras Jadir. Il bilancio di questa operazione è stato drammatico: circa 20 persone hanno perso la vita durante il naufragio, 59

³ B. Frelick, I. Kysel, J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2016, 190 ss.

⁴ T. Gammeltoft-Hansen, J.C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, 243.

⁵ Cfr., *ex multis*, United Nations Security Council, *Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya*, 1 December 2016, Doc. S/2016/1011, para. 41; the report of the UNSMIL and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 13 December 2016, «Detained and dehumanised. Report on human rights abuses»; the European Border Assistance Mission (EUBAM) *Libya Initial Mapping Report* of January 2017; the *Human Rights Watch World Report 2017*, 12 January 2017; the United Nations High Commissioner for Refugees-International Organization for Migration (UNHCR-IOM) joint statement of 2 February 2017.

⁶ Come osservato in un nostro precedente scritto (A. Liguori, *Migration Law and The Externalisation of Border Controls*, cit., 12), rispetto al caso oggetto della sentenza *Hirsi*, l'Italia non agisce direttamente, consapevole che ciò potrebbe essere contrario alla CEDU, ma fornisce assistenza tecnica, tecnologica e finanziaria alla Libia, ottenendo di fatto lo stesso risultato. Il fatto che questo rappresentasse fin dall'inizio il progetto italiano è confermato dalle dichiarazioni dell'ammiraglio Enrico Credendino, il quale, nel maggio 2017, affermava: «... Addestrando la Guardia costiera, noi creeremo un assetto libico in grado di fermare i migranti prima che arrivino in acque internazionali. Quindi, a quel punto, non sarà un respingimento, perché saranno i Libici a soccorrere i migranti e a fare quello che riterranno opportuno fare coi migranti» (video-intervista rilasciata alla rivista «Internazionale» del 4 maggio 2017: <https://www.internazionale.it/video/2017/05/04/ong-libia-migranti>; sul punto cfr. F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 27.

sono state soccorse dalla SW3, mentre 49 migranti sono stati riportati in Libia dalla GCL. Il ricorso, presentato da 17 ricorrenti coinvolti in questa operazione, è stato introdotto in data 3 maggio 2018 e comunicato al governo italiano il 26 giugno 2019. Premesso che il ricorso è molto più articolato, in quanto tra i ricorrenti vi sono anche i genitori di 2 bambini morti durante le operazioni di soccorso e 2 nigeriani vittime di *push-backs* verso la Libia (successivamente rimpatriati dalla Libia in Nigeria), i ricorrenti, richiamandosi agli articoli 2, 3, 4 protocollo n. 4 e 13 in combinato disposto con tali articoli, lamentano che il Centro di coordinamento e soccorso marittimo di Roma (IMRCC), consentendo a una nave libica di assumere il controllo delle operazioni di soccorso, li abbia esposti al rischio di subire maltrattamenti e al pericolo di morte.

Il 20 maggio 2025, e cioè sette anni dopo l'introduzione del ricorso, la Prima Camera della Corte europea dei diritti umani ha adottato una pronuncia di irricevibilità proprio per mancanza del requisito della giurisdizione.

Anche se tale decisione non è inaspettata, è comunque deludente e criticabile. Nel presente contributo, pertanto, dopo l'analisi di tale pronuncia, ci soffermeremo su una possibile interpretazione alternativa della nozione di giurisdizione, nonché sulle implicazioni della posizione assunta dalla Corte di Strasburgo in un momento storico particolarmente delicato per la tutela dei diritti dei migranti.

2. Il caso S.S. e altri c. Italia.

2.1. I fatti all'origine del ricorso e le argomentazioni delle parti. I ricorrenti⁷ sono sedici cittadini nigerini e un cittadino ghanese (due di essi agiscono anche per conto dei propri figli minorenni, deceduti nel corso degli eventi all'origine del ricorso) che facevano parte di un gruppo più ampio di circa 150 persone, le quali, partite dalla Libia su un gommone e trovatisi in difficoltà, il 6 novembre 2017 hanno inviato una richiesta di soccorso al centro di coordinamento e soccorso marittimo di Roma (IMRCC). Quest'ultimo ha chiesto a tutte le navi nelle vicinanze di intervenire per prestare soccorso (al momento della richiesta erano tre: la SW3, la nave militare francese Premier Maître l'Her e il rimorchiatore libico Ras Jadir). Sul posto è giunto anche un elicottero della marina militare italiana. La SW3 ha contattato il MRCC di Roma, che l'ha autorizzata a raggiungere e soccorrere l'imbarcazione in distress. La nave francese ha offerto il suo aiuto alla SW3 e ha poi tentato più volte di contattare la guardia costiera libica al fine di coordinare le operazioni, senza ottenere risposta. La *Ras Jadir* è stata tuttavia la prima a raggiungere il gommone, assumendo «on scene command». Secondo quanto sostenuto dai ricorrenti, anche alla luce di una dettagliata ricostruzione da parte della *Forensic Oceanography*⁸, l'intervento della nave libica è stato catastrofico: le manovre incaute del rimorchiatore hanno agitato le acque provocando la caduta in acqua di molte persone e l'equipaggio libico non ha fornito giubbotti di salvataggio. Inoltre dal fascicolo risulta che le autorità militari italiane hanno tentato più volte di entrare in contatto con l'equipaggio libico chiedendogli di spegnere i motori della nave e di coordinare le operazioni di soccorso con SW3, ma il Ras Jadir, non solo ha rifiutato di cooperare con la ONG (anzi, da parte di alcuni membri dell'equipaggio libico è stata utilizzata violenza per intimidire i naufraghi), ma è poi ripartito a gran velocità, senza curarsi del fatto che c'erano ancora persone che stavano salendo a bordo. Alcuni dei migranti sopravvissuti sono riusciti a salire

⁷ I ricorrenti sono rappresentati dinanzi alla Corte dai proff. V. Moreno Lax (Queen Mary University di Londra) e I. Mann (Università di Haifa) e dalle avvocate C. L. Cecchini e L. Leo, membri di ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull'Immigrazione).

⁸ <https://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard>.

a bordo della nave Sea-Watch 3 e a raggiungere l'Italia (sei di questi erano stati fatti salire inizialmente a bordo del Ras Jadir ma sono riusciti a scappare e a raggiungere la SW3. Essi affermano di aver subito diverse lesioni da parte della guardia costiera libica). L'equipaggio della SW3 ha anche recuperato i corpi delle persone decedute in mare, tra cui i due bambini deceduti, figli rispettivamente dei ricorrenti S.S. e R.J. I ricorrenti R.J. ed E.R.O., rimasti a bordo della Ras Jadir, riferiscono di essere stati legati con corde, picchiati e minacciati dall'equipaggio libico e successivamente condotti in un campo di detenzione a Tajura, in Libia, e sottoposti a maltrattamenti e violenze. In data non precisata, sono stati rimpatriati in Nigeria nell'ambito del programma di assistenza al ritorno volontario gestito dall'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni.

I ricorrenti hanno denunciato gravi violazioni dei diritti umani: in particolare⁹, invocando gli articoli 2 e 3 CEDU, lamentano che l'IMRCC, consentendo alla Ras Jadir di partecipare alle operazioni di soccorso, li avrebbe esposti al rischio di subire maltrattamenti e al pericolo di morte. Secondo i ricorrenti, le autorità italiane non potevano non essere a conoscenza dei rischi cui andavano incontro i migranti in caso di coinvolgimento dei libici, alla luce dei numerosi rapporti internazionali menzionati *supra*¹⁰.

Per quanto riguarda la Corte, essa - dopo aver cancellato dal ruolo la domanda nei confronti dei ricorrenti I.A., E.E.A., E.K., V.M. e J.O., avendo questi interrotto i contatti con i propri avvocati e non essendo più rintracciabili -, è passata ad esaminare la questione se l'Italia abbia esercitato giurisdizione extraterritoriale ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, in particolare se abbia avuto controllo territoriale (*ratione loci*) o controllo personale (*ratione personae*) sugli individui coinvolti, analizzando innanzitutto le contrapposte posizioni delle parti.

Secondo il Governo, i ricorrenti non hanno spiegato in che modo l'intervento del MRCC di Roma all'inizio delle operazioni di soccorso avrebbe comportato una forma di «controllo», *de iure* o *de facto*, sui migranti e sulla zona del naufragio. A tal fine, ha sottolineato che l'intervento è avvenuto fuori dalla zona SAR italiana, a 33 miglia a nord di Tripoli, in un'area formalmente assegnata alla Libia a partire da una dichiarazione del luglio 2017; che il Centro di coordinamento di Roma si è limitato a trasmettere la richiesta di soccorso ai libici e alle navi vicine; che la nave Ras Jadir della guardia costiera libica è giunta per prima sul luogo ed ha preso il comando delle operazioni¹¹; che nessuna delle imbarcazioni coinvolte batteva

⁹ La lista delle doglianze è tuttavia più ampia: i ricorrenti E.K., A.A., I.A., M.O., J.O. e R.J. sostengono di essere stati feriti e maltrattati dalla guardia costiera libica durante le operazioni di soccorso coordinate dal MRCC di Roma. I ricorrenti S.S. e R.J. lamentano la morte dei rispettivi figli, avvenuta durante il naufragio dell'imbarcazione su cui viaggiavano. Basandosi sugli artt. 3 e 4 della Convenzione, tutti i ricorrenti hanno affermato di essere stati esposti al rischio di essere rimpatriati in Libia, dove i migranti irregolari sono detenuti in condizioni inumane e degradanti e rischiano di essere sottoposti a schiavitù. Avrebbero anche corso il rischio di essere rimpatriati arbitrariamente nei loro paesi di origine. Basandosi sull'art. 3 della Convenzione e sull'art. 4 del Protocollo n. 4, in combinato disposto con l'art. 1, i ricorrenti R.J. e E.R.O. hanno sostenuto di essere stati riportati illegalmente in Libia, dove sono stati sottoposti a tortura e a condizioni di detenzione inumane e degradanti. Lamentano anche le condizioni del loro rimpatrio in Nigeria, che è stato deciso in assenza di sufficienti garanzie. Basandosi sull'art. 13 della Convenzione, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Convenzione e con l'art. 4 del Protocollo n. 4, i ricorrenti inoltre lamentano l'impossibilità di contestare davanti alle autorità giudiziarie i maltrattamenti inflitti dall'equipaggio del Ras Jadir, il respingimento illegittimo verso la Libia, i maltrattamenti subiti in tale paese e il rischio di essere rimpatriati nel loro paese d'origine: cfr. *Communication aux parties* du 26 juin 2019, 6-7, reperibile all'indirizzo [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-194748%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-194748%22]}).

¹⁰ Cfr. nota n. 5.

¹¹ E che anzi « l'intervention du SW3 a ainsi généré de la confusion et que c'est en raison du chaos qui en est résulté que des migrants ont perdu la vie ». *Contra* la ricostruzione predisposta da *Forensic Oceanography*, *supra*, nota n.8.

bandiera italiana, e che «*les autorités italiennes n'ont jamais pris en charge physiquement¹² les requérants, ceux-ci, rappelle-t-il, ayant été embarqués uniquement par le Ras Jadir ou par le SW3*». Infine, il Governo contesta il concetto di «respingimento per procura» e ritiene che nulla provi che il rinvio dei ricorrenti in Libia sia stato deciso o ordinato dall'Italia.

I ricorrenti sostengono che l'Italia ha esercitato un controllo effettivo e continuo sin dalla ricezione del messaggio di soccorso da parte del MRCC di Roma, assumendosi così la responsabilità delle operazioni di salvataggio. Secondo i ricorrenti, il coordinamento del salvataggio da parte del centro di soccorso italiano, anche supponendo che fosse limitato all'inizio delle operazioni, corrisponde all'«avvio di un procedimento» suscettibile, secondo la giurisprudenza della Corte, di stabilire un nesso giurisdizionale con lo Stato italiano. I ricorrenti fanno riferimento a questo proposito alla sentenza *Güzelyurtlu e a. c. Cipro e Turchia*¹³. Inoltre, sebbene la SW3 si fosse immediatamente offerta di coordinare le operazioni sul posto, il MRCC ha contattato la Guardia Costiera libica e le ha chiesto di assumere il comando delle operazioni di salvataggio. I ricorrenti sostengono che, a partire da quel momento, era del tutto prevedibile che la vita dei richiedenti sarebbe stata messa in pericolo poiché la Ras Jadir non era dotata di giubbotti di salvataggio, salvagenti o scialuppe di salvataggio, e inoltre vi era il rischio per i migranti di essere riportati in Libia e ivi sottoposti a trattamenti inumani e degradanti. A questo proposito, gli interessati fanno riferimento ai numerosi rapporti internazionali che descrivono la situazione dei migranti irregolari in Libia, deducendone che il rischio corso dai sopravvissuti non poteva essere ignorato dall'Italia.

I ricorrenti inoltre sostengono che l'Italia è responsabile non solo per il controllo esercitato durante gli eventi del 6 novembre 2017, ma anche più in generale per il suo sostegno alla politica migratoria della Libia, formalizzato nell'accordo bilaterale del 2017¹⁴. Questo accordo prevede un significativo supporto logistico ed economico alle autorità libiche per gestire autonomamente il flusso migratorio. Secondo i ricorrenti, all'epoca dei fatti il centro di controllo libico funzionava grazie al supporto italiano, il che implicava un controllo globale dell'Italia sulle attività migratorie libiche. Alla luce di ciò ritengono non necessario dimostrare un controllo dettagliato su ogni azione libica per stabilire un legame giurisdizionale con l'Italia; sottolineano altresì che l'impegno militare e navale dell'Italia in Libia costituiva «*une manifestation de l'usage par elle de ses prérogatives de puissance publique*»¹⁵ e avvalorava l'esistenza di un'influenza decisiva da parte dell'Italia sulla politica migratoria libica.

I ricorrenti contestano inoltre l'argomento del Governo secondo cui l'area di soccorso sarebbe stata di esclusiva competenza della Libia. Sostengono che, al momento dei fatti, la dichiarazione unilaterale del luglio 2017 non era stata ancora accettata dai paesi confinanti né validata dall'IMO, e quindi la Libia non aveva formalmente dichiarato la sua zona di ricerca e soccorso. Inoltre, ritengono che la Libia non avesse la capacità di fornire servizi adeguati di ricerca e salvataggio e che, pertanto, tale dichiarazione non avrebbe potuto essere accettata. I ricorrenti concludono che i fatti contestati si sono svolti in alto mare e che il MRCC di Roma, che aveva ricevuto il messaggio di soccorso dall'imbarcazione su cui si trovavano, aveva la responsabilità, secondo le norme vincolanti del diritto internazionale marittimo, di prenderli in carico e trasferirli in un luogo sicuro. Tale non poteva essere la Libia, come dichiarato esplicitamente dall'UNHCR e dall'OIM all'indomani della stipula del

¹² Corsivo aggiunto.

¹³ [GC], sentenza del 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07.

¹⁴ Sul punto cfr. anche A. Liguori, *Migration Law and the Externalisation of Border Controls*, cit.

¹⁵ Questo argomento riprende in particolare la tesi sviluppata da V. Moreno-Lax nel suo scritto *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, 2020, 385 ss.

Memorandum Italia-Libia¹⁶ e successivamente riconosciuto da diversi giudici italiani¹⁷. Numerosi sono stati infine gli interventi a sostegno dei ricorrenti da parte di organizzazioni internazionali e ONG, tra i quali il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, l'UNHCR, Amnesty International e MSF in qualità di *amici curiae*.

2.2. La decisione della Corte. Nella sua decisione del 20 maggio 2025, comunicata in data 12 giugno 2025, la Corte tuttavia, pur riconoscendo che la situazione in Libia è estremamente grave, e che i migranti rischiano torture, schiavitù e trattamenti disumani, dopo aver richiamato la recente decisione di irricevibilità nel caso *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri* 32¹⁸ e riportato per esteso la posizione espressa nella decisione *M.N. e altri c. Belgio*¹⁹, ha esaminato la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione esclusivamente alla luce dei criteri dei paradigmi spaziale e personale, e ha rigettato il ricorso per incompetenza *ratione loci* e *ratione materiae*. Essa infatti ritiene che non vi sia stato «controllo effettivo» da parte dell'Italia sul tratto di mare interessato, non essendovi nessuna presenza militare o amministrativa assimilabile ai precedenti casi in cui la giurisdizione extraterritoriale era stata riconosciuta²⁰ e che i ricorrenti non hanno provato che gli agenti dell'MRCC a Roma avessero il controllo sull'equipaggio della *Ras Jadir* e fossero in grado di influenzare, in alcun modo, il loro comportamento²¹, rigettando altresì la tesi principale portata avanti dai ricorrenti, per la quale la giurisdizione deve essere intesa come «esercizio statale dei poteri pubblici»²². Per i ricorrenti infatti, l'esercizio, da parte dell'MRCC di Roma, delle sue funzioni di coordinatore delle operazioni di soccorso costituisce una forma di controllo o di autorità esercitata su di essi in virtù di una prerogativa dei pubblici poteri e sostengono pertanto di essere stati sotto il costante e continuo controllo delle autorità italiane dal momento in cui l'MRCC di Roma ha raccolto il messaggio di soccorso dalla loro imbarcazione e ha avviato la procedura di soccorso trasmettendo l'allarme alle autorità libiche. La Corte, tuttavia, ha ritenuto in proposito che «*la simple ouverture de la procédure de recherche et de sauvetage à l'initiative du MRCC de Rome ne saurait avoir eu pour résultat de placer les requérants sous la juridiction de l'État italien*»²³.

La decisione della Corte presenta varie criticità.

Innanzitutto, come osservato da Moreno-Lax²⁴, la Corte giunge a tali conclusioni tralasciando importanti elementi di prova forniti dai ricorrenti, in particolare la dettagliata ricostruzione predisposta da *Forensic Oceanography*²⁵ (utilizzando testimonianze, comunicazioni radar e radio, geolocalizzazione e dati satellitari), nonché le indicazioni contenute in documenti ufficiali di

¹⁶ UNHCR, OIM, *Joint UNHCR and IOM statement on addressing migration and refugee movements along the Central Mediterranean route*, 2 febbraio 2017, <http://www.unhcr.org/news/press/2017/2/58931ffb4/joint-unhcr-iom-statement-addressing-migration-refugee-movements-along.html>.

¹⁷ Tra le prime pronunce in tal direzione cfr. la sentenza di I grado del Tribunale di Napoli del 13 ottobre 2021 (recentemente confermata anche dalla Cassazione), che ha condannato il comandante della nave privata «Asso Ventotto» per aver riportato in Libia i migranti: sulla giurisprudenza italiana cfr. *ex multis* L. Masera *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2023, e giurisprudenza e dottrina *ivi* citate.

¹⁸ [GC] decisione del 9 aprile 2024, ric. n. 39371/20.

¹⁹ [GC], decisione del 5 marzo 2020, ric. n. 3599/18.

²⁰ Par. 97, richiamando a tal fine i casi *Loizidou*, *Ilascu*, *Cyprus v. Turkey*, *Georgia v. Russia*.

²¹ Par. 102.

²² È ampiamente illustrata sia nel ricorso sia dalla sua autrice Violeta Moreno-Lax in *The Architecture of Functional Jurisdiction*, cit.

²³ Par. 106.

²⁴ V. Moreno-Lax, *SS and Others v Italy – or doubling down on Banković*, in *EJIL:Talk!*, 19 June 2025.

²⁵ <https://forensic-architecture.org/investigation/seawatch-vs-the-libyan-coastguard>.

EUNAVFOR MED²⁶, che attestano come all'epoca dei fatti la Guardia Costiera libica fosse in grado di operare soltanto tramite le autorità italiane, in particolare l'MRCC e la missione navale NAURAS. Significative, infine, le osservazioni del Tribunale di Catania che nel descrivere il ruolo dell'Italia nelle operazioni di soccorso in mare all'epoca dei fatti, parla di operazioni «sotto l'egida italiana con le navi militari di stanza a Tripoli»²⁷.

Non convince, inoltre, la posizione della Corte che ripete più volte di non essere competente a pronunciarsi sull'applicazione delle convenzioni di diritto del mare²⁸, in quanto così facendo essa non tiene conto della sua stessa precedente giurisprudenza nella quale più volte ha adottato un'interpretazione della CEDU coerente con le disposizioni di diritto internazionale consuetudinario e/o pattizio rilevanti nel caso di specie²⁹. Anche in questo caso, ciò che richiedevano i ricorrenti, e i numerosi terzi intervenienti, era che la Corte interpretasse la CEDU alla luce delle norme che disciplinano l'obbligo di prestare assistenza e di soccorso in mare, e che richiedono che il primo MRCC contattato deve assumersi la responsabilità e adottare misure urgenti per garantire che sia fornita l'assistenza necessaria (Convenzione SAR, allegato, punto 2.1.1), fino a quando l'MRCC formalmente responsabile della zona di ricerca e soccorso entro la quale si verifica l'incidente non si assume la responsabilità. A condizione che possa farlo in linea con le disposizioni pertinenti, però: in assenza di un MRCC funzionante che possa farsi carico del salvataggio (come definito nella Convenzione SAR), la responsabilità non può essere trasferita³⁰. Tale era la situazione in oggetto: le autorità libiche non erano in grado di fornire «l'assistenza necessaria» in quanto condotte violente erano routine³¹. Pertanto, «*Confronted with the superior and readily available alternative of the Sea-Watch 3, the Rome MRCC should have refrained from requisitioning the Ras Jadir and from asking the Libyan authorities to 'take over' the rescue operation*»³².

Più in generale, ci sembra criticabile la totale chiusura verso l'accoglimento di una nozione funzionale della Convenzione, nonostante, a nostro avviso, fosse possibile un'interpretazione diversa, come esamineremo nel paragrafo successivo.

Preferendo la dualità classica «*ratione loci*» / «*ratione personae*» e rifiutando di applicare al caso di specie il meno stringente requisito dell'«influenza decisiva», la Corte, come sottolineato da terzi intervenienti (UNHCR, Commissioner for Human Rights, Amnesty, MSF), non coglie la dimensione funzionale e operativa del ruolo dell'Italia nel contesto delle operazioni di soccorso nel Mediterraneo centrale, dove il coordinamento, la logistica e l'influenza strategica

²⁶ Cfr. in proposito gli estratti dei report di Eunavformed, forniti alla Corte e riportati da V. Moreno-Lax in *SS and Others v Italy*, cit.: «at the time of events, the 'Italian MRCC ... continued to coordinate rescue operations' in the Libyan SRR, as reported by EUNAVFORMED (Six-Monthly Report 1 January – 31 October 2016, at 11; Six-Monthly Report 1 November 2016 – 31 May 2017, at 8). In November 2017, the Libyan JRCC was still 'far from being fully operational' (EUNAVFORMED, Six-Monthly Report 1 June – 30 November 2017, at 3), incapable of operating at a 'self-sustaining level' (EUNAVFORMED, Six-Monthly Report 1 November 2016 – 31 May 2017, at 17; Six-Monthly Report 1 December 2017 – 31 May 2018, at 10), or to 'properly carrying out the institutional tasks as MRCC' (EUNAVFORMED, LYCG Monitoring Report, Annex C, at 4)».

²⁷ Decreto del Tribunale di Catania del 27 marzo 2018, reperibile all'indirizzo <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/apr/it-open-arms-sequestration-judicial-order-tribunale-catania.pdf>, 22.

²⁸ *S. S. e al c. Italia*, parr. 89 e 113.

²⁹ Ad esempio nel recente caso *Klimaseniorinnen c. Svizzera* del 9 aprile 2024, riguardante il contenzioso climatico: cfr. sul punto A. Liguori, *La Cour européenne se prononce sur les trois premières affaires relatives au climat: quelques observations sur la question de la causalité*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online* n 2/2024, 56 ss e dottrina ivi citata.

³⁰ Cfr. Moreno-Lax, *SS and Others v Italy – or doubling down on Banković*, cit.

³¹ Cfr. *ex multis* Report of the Secretary-General on the United Nations Support Mission in Libya del 12 febbraio 2018, disponibile all'indirizzo https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2018_140.pdf.

³² V. Moreno-Lax, *SS and Others v Italy – or doubling down on Banković*, cit.

incidono sulla sorte dei migranti in maniera sostanziale e prevedibile³³.

Infine, la Corte perde una preziosa occasione per affrontare la crescente tendenza degli Stati a esternalizzare il controllo della migrazione e ad eludere gli obblighi fondamentali della Convenzione europea³⁴; più in generale, la posizione assunta male si adatta alla complessità delle operazioni multilaterali contemporanee (e non soltanto in ambito marittimo e migratorio).

3. Una possibile diversa interpretazione della nozione di giurisdizione. Il non riconoscimento dell'applicabilità extraterritoriale nel caso di specie e in particolare il mancato accoglimento di una nozione «funzionale» di giurisdizione è molto deludente, anche perché a nostro avviso una interpretazione diversa era possibile, alla luce sia delle posizioni espresse da diversi organi internazionali, sia di alcuni precedenti della Corte stessa, partendo dalla circostanza che vi fossero in gioco obblighi positivi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, le recenti decisioni del Comitato per i diritti umani relative alla strage di Lampedusa del 2013 (*A.S. c. Italia* e *A.S. c. Malta*), sono particolarmente interessanti, in quanto, come osservato³⁵, «*seem to have the potential for closing the legal blackhole of drowning of migrants on the high seas, generated by the spatial and the individual models*». Infatti, il Comitato offre un'interpretazione molto ampia di giurisdizione ai sensi dell'art. 2, par. 1 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, applicando l'approccio funzionale delineato per la prima volta nel General Comment n. 36, par. 63³⁶, e ritenendo che la giurisdizione può essere stabilita quando le decisioni adottate da un'autorità statale incidono in modo diretto e ragionevolmente prevedibile sul diritto alla vita di una persona, anche quando la persona si trova al di fuori di un territorio effettivamente controllato dallo Stato, compreso l'alto mare.

Nel caso di specie il legame giurisdizionale che collega le autorità statali alle vittime dell'incidente — e che permette di affermare l'effettiva capacità dei primi di incidere direttamente e in modo prevedibile sul diritto alla vita dei secondi — viene riconosciuto dal Comitato sulla base di una combinazione di elementi di natura sia fattuale che giuridica³⁷. In particolare, riguardo alla decisione sul caso italiano³⁸, il Comitato ha rilevato una serie di circostanze specifiche da cui, a suo avviso, è scaturita una «*special relationship of dependency*» tra le autorità italiane e le persone in pericolo, per cui «*the individuals on the vessel in distress were directly affected by the decisions taken by the Italian authorities in a manner that was reasonably foreseeable*» (*A.S. e al. c. Italia* § 7.8). Tali circostanze sono in parte fattuali (l'iniziale risposta italiana alla richiesta di soccorso; la vicinanza della nave militare italiana «Libra», a circa un'ora dal luogo

³³ Cfr. I. Mann, *S.S. and Others v. Italy: Killing by Omission, Confirmed by Design*, in *EJIL: Talk!*, 19 giugno 2025, che parla in proposito di «lethal formalism».

³⁴ Cfr. sul punto L. Riemer, *Inadmissibility Decision in S.S. and Others v. Italy: A Missed Opportunity in Migration Control Externalization*, in *ECHRBlog*, 16 giugno 2025.

³⁵ G. Minervini, *Extraterritorial Jurisdiction before the Human Rights Committee: First Considerations on S.A. and Others v. Italy*, in *Diritti Umani e Diritto internazionale*, 2021, 590 ss.; sul tema dei «maritime legal black holes», vedi I. Mann, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2018, 347 ss.

³⁶ Tale General Comment prevede una nozione funzionale di giurisdizione, a cui sono sottoposte «all persons over whose enjoyment of the right to life [the State] exercises power or effective control. This includes persons located outside any territory effectively controlled by the State, whose right to life is nonetheless impacted by its military or other activities in a direct and reasonably foreseeable manner».

³⁷ Cfr. A. Fazzini, *Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale a margine delle decisioni del Comitato ONU per i diritti umani, A.S. e al. c. Malta e A.S. e al. c. Italia: quale prospettiva per la Corte di Strasburgo?*, in *ADimBlog*, 31 luglio 2021.

³⁸ Più controversa rispetto a quella riguardante Malta, considerando che l'evento non è avvenuto nella zona SAR italiana.

dell'emergenza; le ripetute sollecitazioni da parte delle autorità maltesi affinché l'Italia intervenisse), in parte giuridiche (e cioè gli obblighi per l'Italia derivanti dal diritto internazionale marittimo, in particolare l'obbligo di soccorso e il dovere di cooperazione sancito dalla Convenzione SAR, che impone agli Stati di collaborare nelle operazioni di ricerca e salvataggio³⁹).

Molto interessante anche la nozione di giurisdizione adottata dal Comitato dei diritti del fanciullo nel caso *L.H. e altri c. Francia*⁴⁰. Dopo il crollo dell'ISIS, le Forze Democratiche Siriane (SDF) hanno catturato alcuni cd. Foreign fighters, detenendoli in campi situati nel nord-est della Siria, in condizioni inumane (diffusa violenza, frequenti episodi di abusi sessuali e grave carenza di beni essenziali come cibo, acqua potabile e cure mediche di base). In risposta a questa drammatica situazione, alcuni Stati europei — tra cui Germania, Belgio e Francia — avevano inizialmente avviato programmi di rimpatrio dei familiari dei combattenti stranieri, con l'intento di sottrarli a questi trattamenti inumani e ridurre i rischi di radicalizzazione. Tuttavia, con il passare del tempo, molti governi europei hanno adottato un atteggiamento più cauto, ritenendo che il ritorno degli ex-combattenti potesse rappresentare una minaccia alla sicurezza interna. Nel caso dei figli minorenni, inoltre, è emersa la convinzione che separarli dai genitori non fosse una soluzione adeguata⁴¹. Nel caso presentato davanti al Comitato dei diritti del fanciullo, i ricorrenti (nonni dei minori francesi detenuti nei campi siriani), avevano lamentato la violazione dei diritti dei loro nipoti ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo, quali il diritto alla vita e il diritto a non essere sottoposti a torture e trattamenti inumani e degradanti, determinata dal mancato rimpatrio degli stessi da parte della Francia⁴². Benché le autorità francesi non esercitassero alcun controllo effettivo sui campi di detenzione, il Comitato ha ritenuto che esse avessero comunque «*the capability and the power to protect the rights of the children in question*»⁴³, tenuto conto di alcune circostanze specifiche e cioè del fatto che i minori fossero cittadini francesi e che i curdi si fossero mostrati disponibili a rimpatriare i minori in Francia, ma soprattutto della condizione di vulnerabilità dei minori (e quindi dell'esigenza di tener conto del «*best interest of the child*») e dell'esistenza di un rischio imminente di danno irreparabile.

Meritano infine di essere ricordati, anche se non riguardano il contesto migratorio, l'ampia nozione di giurisdizione adottata dalla Corte interamericana nel suo noto parere consultivo

³⁹ Cfr. sul punto A. Fazzini, *Recenti sviluppi in materia di giurisdizione extraterritoriale*, cit. anche le osservazioni critiche che ha suscitata tale decisione, non solo in dottrina ma anche da parte di alcuni membri del Comitato ONU.

⁴⁰ Comitato ONU per i diritti del fanciullo, decisione sull'ammissibilità 30 settembre 2020, *L.H. e altri c. Francia*, comunicazioni nn. 79/2019 e 109/2019; cfr. anche la successiva decisione, *F.B. e altri c. Francia* del 4 febbraio 2021, comunicazione n. 77/2019, nella quale il Comitato ha adottato il medesimo approccio. Sul diverso approccio della Corte di Strasburgo in un caso simile cfr. 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 ss.

⁴¹ Cfr. sul punto A. Fazzini, *L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi*, cit.

⁴² Nello specifico, gli autori hanno lamentato la violazione degli artt. 2, 3, 6, 20, 24 e 37 della Convenzione.

⁴³ CRC, decisione *L.H. e altri c. Francia*, cit., par 9.7.

n. OC-23/17⁴⁴ (sostanzialmente confermata nel successivo parere OC-32/25⁴⁵): come osservato, la Corte interamericana dopo aver richiamato i due paradigmi classici di esercizio della giurisdizione basati sul controllo effettivo sul territorio e sulle persone, prevede anche un nuovo *link* giurisdizionale, quando lo Stato di origine esercita un controllo effettivo sulle attività svolte che hanno causato il danno e la conseguente violazione dei diritti umani.

A simili conclusioni⁴⁶ giunge anche il Comitato dei diritti del fanciullo nel caso *Sacchi et al. contro Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia*⁴⁷, in risposta a un ricorso presentato nel 2019 da 16 giovani di 12 nazionalità⁴⁸, tra cui la nota attivista svedese Greta Thunberg. Anche se si tratta di una decisione di irricevibilità (per non esaurimento delle vie di ricorso interne), molto interessante è l'accoglimento dell'approccio della Corte interamericana dei diritti umani all'extraterritorialità, con la sua enfasi su di un «controllo effettivo» non basato sul paradigma spaziale o personale.

Infine, una diversa interpretazione sarebbe stata possibile anche sulla base di alcuni precedenti della stessa Corte di Strasburgo, tenuto conto che in gioco nel caso S.S. c. Italia vi erano violazioni di obblighi positivi dello Stato taliano, specificatamente di obblighi positivi di prevenzione, non avendo l'Italia adottato tutte le misure necessarie per prevenire rischi di violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti. In effetti, se è vero che a partire dalla firma del suddetto *Memorandum d'Intesa*, molti studiosi hanno concluso che la condotta dell'Italia ben potrebbe configurarsi come una forma di complicità (art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati)⁴⁹, da parte di

⁴⁴ 2022, 160.

⁴⁴ Corte interamericana dei diritti umani, Opinione consultiva del 15 novembre 2017, *The environment and human rights* OC-23/17. Su tale parere see *ex multis* cfr. M. Fera-Tinta, S. Milnes, *The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 26 febbraio 2018, A. Berkes, *A New Extraterritorial Jurisdiction Recognized by the IACtHR*, *ivi*, 28 marzo 2018; M. L. Banda, *Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, in *ASIL Insights*, 10 maggio 2018.

⁴⁵ Corte interamericana dei diritti umani, Opinione consultiva del 29 maggio 2025, in particolare il par. 278. Su tale parere cfr. J. Auz, *The Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Climate Emergency: A Global South Contribution to Climate Governance*, in *EJIL:Talk!*, 18 luglio 2025.

⁴⁶ Per alcune differenze tra le due posizioni cfr. L. Magi, *Cambiamento climatico e minori: prospettive innovative e limiti delle decisioni del Comitato per i diritti del fanciullo nel caso Sacchi et al.*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, 160.

⁴⁷ Comitato dei diritti del fanciullo, *Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure in respect of Communication No. 107/2019*, CRC/C/88/D/107/2019, 8 ottobre 2021. Su tale decisione cfr. A. Nolan, *Children's Rights and Climate Change at the UN Committee on the Rights of the Child: Pragmatism and Principle in Sacchi v Argentina*, in *EJIL:Talk!*, 20 ottobre 2021; M. Wewerinke-Singh, *Communication 104/2019 Chiara Sacchi et al. v. Argentina et al. Between Cross-Border Obligations and Domestic Remedies: The UN Committee on the Rights of the Child's decision on Sacchi v Argentina*, in *Leiden Children's Rights Observatory*; M. La Manna, *Cronaca di una decisione di inammissibilità annunciata: la petizione contro il cambiamento climatico Sacchi et al. c. Argentina non supera il vaglio del Comitato dei diritti del fanciullo*, in *Sidiblog*, 15 novembre 2021; M.A. Tigre, V. Lichet, *The CRC Decision in Sacchi v. Argentina*, in *ASIL Insights*, 13 dicembre 2021.

⁴⁸ Argentina, Brasile, Francia, Germania, India, Isole Marshall, Nigeria, Palau, Sud Africa, Svezia, Tunisia e Stati Uniti.

⁴⁹ J-P. Gauci, *Back to Old Tricks? Italian Responsibility for Returning People to Libya*, in *EJIL:Talk!*, 6 giugno 2017; G. Carella, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017; F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati*, cit.; G. Pascale, «Esternalizzazione» delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 413 ss.; R. Palladino, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security & Justice*, 2018, 104 ss.; R. Mackenzie-Gray Scott, *Torture in Libya and Questions of EU Member State Complicity*, in *EJIL:Talk!*, 11 gennaio 2018; M. Mancini, *Italy's New Migration Control Policy: Stemming the Flow of Migrants from Libya Without Regard for Their Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, 259 ss.; A. Skordas, *A 'Blind Spot' in the Migration Debate? International*

alcuni autori⁵⁰ si è piuttosto suggerito di ricorrere alla teoria degli obblighi positivi come base della responsabilità dell'Italia, sia perché la Corte non aveva mai affrontato in modo diretto il concetto di complicità così come definito dall'articolo 16 del Progetto di articoli (ARS), sia perché ciò avrebbe consentito di superare alcune difficoltà interpretative sorte nell'analizzare la situazione esclusivamente alla luce dell'art. 16 ARS. Come è stato osservato⁵¹, «*positive obligations and obligations of prevention may also prove to be viable functional alternatives to Article 16 of the Draft which may in some cases make it easier to establish the responsibility of a complicit State*». Questo sembra valere anche per il caso in esame, per diversi motivi; innanzitutto, perché applicando la teoria delle obbligazioni positive, il giudice non è tenuto a valutare il comportamento di un altro Stato, il che semplifica l'analisi in casi come quello oggetto del caso *S.S. c. Italia*, in cui potevano sorgere dubbi circa l'attribuzione della condotta principale⁵². In secondo luogo, in base all'art. 16, è richiesta, da parte dello Stato complice, «*knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act*», che secondo alcuni andrebbe intesa come la conoscenza dell'intenzione dello Stato che si assiste⁵³. Anche a non voler accogliere tale interpretazione, è innegabile che la soglia richiesta in caso di violazioni di obblighi positivi è più bassa, essendo sufficiente dimostrare la sussistenza di una «*constructive knowledge*», e cioè che lo Stato complice «sapeva o avrebbe dovuto sapere». Infine – argomento particolarmente importante per il focus del presente scritto – in alcuni casi⁵⁴, seppur non numerosi (in particolare *Ilascu e a. c.*

Responsibility of the EU and Its Member States for Cooperating with the Libyan Coastguard and Militias», in *EU Migration Law Blog*, 30 gennaio 2018; A. Dastyari, A. Hirsch, *The Ring of Steel: Extraterritorial Migration Controls in Indonesia and Libya and the Complicity of Australia and Italy*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 435 ss.

⁵⁰ V. Moreno-Lax, M. Giuffrè, *The Raise of Consensual Containment: From Contactless Control to Contact less Responsibility for Migration Flows*, in S.S. Juss (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, 2019; A. Liguori, *The Externalization of Border Controls and the Responsibility of Outsourcing States under the European Convention on Human Rights*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 1228 ss.; A. Fazzini, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2020, 87 ss.

⁵¹ Cfr. H. P. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2011, 403; cfr. anche J. Cerone, *Re-examining International Responsibility: "Complicity" in the Context of Human Rights Violations*, in *ILSA Journal of Int. and Comparative Law*, 2008, 532 ss.

⁵² Se si condivide la tesi secondo cui l'entità guidata dal governo Serraj potesse essere considerata come il successore della Libia di Gheddafi, e quindi vincolata da tutti i trattati sui diritti umani accettati dal colonnello, si può presumere che le violazioni del divieto di tortura e di trattamenti inumani perpetrate dalla Direzione per la lotta all'immigrazione clandestina (parte del Ministero dell'Interno libico e responsabile dei campi di detenzione per migranti) potessero essere attribuite al governo Serraj. Tuttavia, poiché anche le milizie non appartenenti al governo Serraj sono risultate colpevoli di aver commesso atrocità, e data la complessità dello scenario post-Gheddafi, è discutibile se (e in quali casi) questi attori possano essere considerati organi *de facto* o *de jure* dello Stato libico o attori non statali e se la complicità possa applicarsi nelle interazioni tra Stati e attori non statali: per tutti questi punti si veda R. Mackenzy-Grey Scott, *Torture in Libya*. cit. Tutti questi dubbi possono tuttavia essere superati se si applica la teoria degli obblighi positivi, perché su questa base l'Italia è responsabile della violazione del proprio obbligo di prevenzione, indipendentemente dal comportamento di un altro Stato (o attore non statale).

⁵³ Su tale questione cfr. A. Fazzini, *L'esternalizzazione delle frontiere*, cit. 28 ss. e bibliografia *ivi* citata.

⁵⁴ Vedi H. P. Aust, *Complicity*. cit., 404; M. Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, cit., 48; H. Duffy, *The Practice of Shared Responsibility in Relation to Detention and Interrogation Abroad: The 'Extraordinary Rendition' Program*, in *SHARES Research Paper* 78, 2016, 16; C. Rozakis, *The Territorial Scope of Human Rights Obligations: The Case of the European Convention on Human Rights*, in *The Status of International Treaties on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, 70 ss.; V. Tzevelekos, E. Katselli Proukaki, *Migrants at Sea: A Duty of Plural States to Protect (Extraterritorially)?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2017, 427 ss. See also V. Tzevelekos, A. Berkes, *Guest Post: Turning Water into Wine*, cit. che affermano che «it seems that effective control is not indispensable for positive human rights obligations to extend extraterritorially» (aggiungendo come esempi *Rantsev c. Cipro e Russia*, par. 289; *Romeo Castaño v. Belgio*, par. 37-43; *Zolotic e altri c. Azerbaijan*, par. 191).

*Moldavia e Russia*⁵⁵, *Manoilescu e Dubrescu c. Romania e Russia*⁵⁶ e *Treska c. Albania e Italia*⁵⁷), la Corte europea ha mostrato apertura nell'ammettere che l'obbligo di adottare misure preventive rispetto a violazioni extraterritoriali dei diritti umani possa derivare dall'influenza esercitata da uno Stato in una determinata situazione, sembrando quindi pronta ad accogliere una soglia più bassa di quella del «controllo effettivo» su un territorio o su una persona quando sono in gioco obblighi positivi. Nel caso *S.S. c. Italia*, invece, essa non cita nessuno di tali precedenti ma si concentra sulla (molto criticata) decisione *M.N. c. Belgio*⁵⁸, rifiutando altresì di prendere in considerazione le posizioni di altri organismi internazionali a carattere generale e regionale⁵⁹ che hanno sviluppato nozioni funzionali di giurisdizione (*capacity-impact model*; *control over rights doctrine*, *control over the source of harm etc.*).

L'accoglienza di una nozione funzionale in relazione agli obblighi positivi di prevenzione è inoltre sicuramente quella che meglio riflette l'approccio universalista che Shany ha efficacemente delineato nel suo sempre attuale articolo «*Taking Universality Seriously*»⁶⁰. Per Shany, infatti, la nozione di giurisdizione «*is about states having the potential (or functional capacity) to comply with or violate [international human rights] obligations*»⁶¹, in quanto «*states should protect human rights whenever in the world they operate, whenever they may reasonably do so*»⁶². Se la Corte europea avesse accolto la tesi dei ricorrenti, secondo la quale la giurisdizione sussiste nei casi in cui lo Stato ha il potere di adottare misure nel proprio Stato per prevenire violazioni, perché in tal caso esercita di fatto un controllo sull'esercizio dei loro diritti o interessi tutelati dalla Convenzione, avrebbe senza dubbio optato per un'interpretazione più in linea con la natura universale dei diritti umani⁶³ e più coerente con il principio dell'interpretazione evolutiva. La

⁵⁵ *Ilaşcu e a. c. Moldavia e Russia* [GC], sentenza dell'8 luglio 2004, ric. no 48787/99.

⁵⁶ *Manoilescu e Dubrescu c. Romania and Russia*, decisione del 3 marzo 2005, ric. no 60861/00.

⁵⁷ *Treska c. Albania e Italia*, decisione del 29 giugno 2006, ric. no 26937/04.

⁵⁸ Cfr. M. Baumgärtel, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020; J.Y. Carlier, L. Cools, E. Frasca, F. Gatta, S. Sarolea, *Humanitarian visa: Does the suspended step of the stork become a hunting permit?*, in *Cahiers de l'EDeM*, 2020; C. Danisi, *Un approccio "formalistico" alla giurisdizione nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sui visti umanitari: era possibile un'altra interpretazione?*, in *Sidiblog*, 27 maggio 2020; T. Gammeltoft-Hansen, N. F. Tan, *Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement*, in *EU migration law blog*, 26 May 2020; A. Schiavello, M. Starita, *M.N. e altri c. Belgio: qualche osservazione dissenziente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 555 ss.; A. Liguori, *Two Courts but a Similar Outcome - no humanitarian visas*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (eds) *Migration and Asylum Policies Systems. Challenges and Perspectives*, Napoli, 2020, 167 ss. Sulla diversa posizione espressa dalla Corte interamericana nel suo parere consultivo cfr. OC-25/18, cfr. A. De Leo, J.L. Ramos, *Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with M.N. and Others v. Belgium before the ECtHR*, in *EU migration law blog*, 13 maggio 2020.

⁵⁹ Cfr. ex multis A. Berkes, *A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognized by the IACtHR*, cit. M. den Heijer, R. Lawson, *Extraterritorial Human Rights and the Notion of «Jurisdiction»*, in M. Langford and others (eds.), *Global Justice, State Duties: the Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, 2013; D. Desierto, *The ICESCR as a Legal Constraint on State Regulation of Business, Trade and Investment: Notes from CESCR General Comment No. 24*, in *EJIL: Talk!*, 13 settembre 2017; M. Milanovic, *Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *EJIL: Talk!*, 16 marzo 2021; A. Fazzini, *L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi*, cit.; A. Riccardi, A. Ollino, D. Mauri, *Litigating jurisdiction before the ECtHR: Between patterns of change and acts of resistance*, in *Question of International Law*, 30 giugno 2021.

⁶⁰ Y. Shany, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2013.

⁶¹ *Ibidem*, 66.

⁶² *Ibidem*, 67.

⁶³ Shany è un aperto sostenitore di un approccio funzionale e critica apertamente sia demarcazioni dell'applicabilità extraterritoriale dei diritti umani basate su «degrees of control over individuals or areas» sia sulla natura degli obblighi. Tuttavia, consapevole dell'argomento per cui una nozione funzionale senza limiti renderebbe la nozione di giurisdizione vuota di significato, rigetta «a one-size- fits-all approach to

Corte ha infatti spesso fatto ricorso ad un tale criterio interpretativo, in base alla considerazione che la CEDU, il cui scopo essenziale è la protezione dei diritti umani, è uno «strumento vivente» e, dunque, evolve con la società⁶⁴. Tale approccio interpretativo, che sarebbe stato prezioso, come cercheremo di dimostrare, manca però del tutto in *S.S. c. Italia*. Prima di approfondire questo punto, ci sembra opportuno esaminare almeno una delle critiche avanzate in dottrina, cioè che l'accoglimento di una nozione così ampia possa comportare una responsabilità illimitata nei confronti di chiunque sia danneggiato da un atto imputabile a uno Stato Parte, in qualsiasi parte del mondo. Tale conclusione non ci sembra tuttavia condivisibile: a nostro avviso, una nozione funzionale quale quella illustrata *supra*, che presuppone che siano soddisfatti i criteri di prevedibilità e ragionevole capacità⁶⁵, non comporta una responsabilità illimitata, ma implica piuttosto che lo Stato incorra nella responsabilità per il mancato esercizio della dovuta diligenza nel proprio territorio, come osservato da Berkes con riferimento al nuovo collegamento adottato dalla Corte Interamericana nel suo parere del 2017⁶⁶. E in effetti, molte delle osservazioni di Berkes relative al parere OC-23/17 possono offrire una guida utile a sostegno dell'interpretazione alternativa che stiamo proponendo, perché la Corte Interamericana è stata il primo organismo per i diritti umani a identificare «*a new extraterritorial jurisdictional link based on control over domestic activities with extraterritorial effect*».⁶⁷

Infatti, nel suo commento Berkes evidenzia anche che la Corte Interamericana non ha distinto tra azioni statali e omissioni che causano un effetto extraterritoriale negativo (ad esempio il par. 103), introducendo così quella che viene descritta da Berkes come la novità più importante, cioè «*to expect from States not only negative, but positive obligations in an extraterritorial situation*»⁶⁸. Sebbene Berkes ritenga che la costruzione di un collegamento giurisdizionale basato sulla dovuta diligenza sia uno sviluppo positivo, egli sottolinea tuttavia un'importante

extraterritoriality in favor of a contextual application». Ed in effetti i ricorrenti nel proporre un ampliamento della giurisdizione fanno riferimento ad una molteplicità di «special features».

⁶⁴ Che in base alla dottrina costituisce un approccio interpretativo consolidato; cfr. *ex multis* W. Kälin, J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, 2019, 34; R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani, teoria e prassi*, Torino, 2020, 57 ss.

⁶⁵ Tra le critiche sollevate in dottrina cfr. A. Ollino, *The 'capacity-impact' model of jurisdiction and its implications for States' positive human rights obligations*, in *Questions of International Law*, 31 marzo 2022, secondo la quale «[t]he capacity-impact model conflates the test marking the substance of human rights due diligence obligations in a given case with the test establishing their existence», in quanto «the capacity-impact model is premised upon relevant facts – 'power over' or 'capacity to influence' certain situations, knowledge of specific human rights risks, proximity, foreseeability and reasonableness – which are normally used to harness the substance of States' due diligence obligations». Tuttavia, come sostenuto in modo convincente (A. Fazzini, *L'esternalizzazione delle frontiere*, cit., 224-225), si potrebbe «argomentare che rilevare un nesso causale tra la condotta dello Stato e la lesione del bene giuridico tutelato non implica necessariamente che tale condotta sia giudicata effettivamente come illecita. Infatti, sul piano del contenuto degli obblighi primari, va ricordato, in primo luogo, che i doveri di *due diligence* si configurano come obblighi di condotta e non di risultato. Pertanto, lo Stato non sarà considerato responsabile se avrà messo in atto tutte le misure necessarie e considerate ragionevolmente prevedibili per impedire l'evento lesivo». Inoltre, è ben possibile optare per un'interpretazione flessibile della portata degli obblighi positivi, a seconda che si tratti della fase preliminare relativa all'accertamento della giurisdizione o di quella del merito e quindi rilevare la sussistenza della giurisdizione extraterritoriale «anche in presenza di un debole nesso di causalità, nella misura in cui all'allargamento delle maglie della giurisdizione corrisponda un'attenuazione della portata degli obblighi convenzionali, o per meglio dire un maggior rigore nell'accertamento della carenza di due diligence» (S. Vezzani, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, 681). Cfr. anche V. Moreno-Lax, *Meta-Borders and the Rule of Law: From Externalisation to 'Responsibilisation' in Systems of Contactless Control*, in *Netherlands International Law Review*, 2024, 28 ss., in particolare 48-49.

⁶⁶ A. Berkes, *A New Extraterritorial Jurisdiction*, cit.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Corsivo aggiunto.

lacuna nel parere OC-23/17, vale a dire il fatto che la Corte non ha definito i limiti di questo criterio, in particolare per quanto riguarda la natura del test causale. Infatti, nei paragrafi 101 e 103 vi sono meri riferimenti alla nozione di «causality», anche se questo potrebbe essere «an oversimplification to describe the often complex factual link between the State's omission and its extraterritorial consequences, especially in case of a multiplicity of States contributing to the human rights violation»⁶⁹. Come osservato⁷⁰, la causalità per omissione è più difficile da stabilire, in quanto implica un «counterfactual and speculative analysis», given that «The omission by the state might be just one factor contributing to the occurrence of the harm». In altre parole, nei casi in cui vi sia in gioco una condotta omissiva (come spesso accade in caso di violazioni di obblighi positivi), il nesso causale non potrebbe essere quello di una causalità diretta ed esclusiva (*conditio sine qua non*) ma piuttosto quello di una causalità adeguata⁷¹, che sulla base di un «foreseeability test» richiederebbe che «l'accadimento costituisca l'esito della condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere secondo una successione normale degli eventi»⁷². Tale test è a nostro avviso soddisfatto nel caso *S.S.* perché la violazione dei diritti umani conseguente al non aver impedito il coinvolgimento della Guardia Costiera libica (ma averlo addirittura sollecitato) è sicuramente un esito prevedibile secondo una successione normale degli eventi, tenuto conto delle numerosissime testimonianze di organismi internazionale circa l'inadeguatezza della Guardia costiera libica per quanto riguarda le operazioni di soccorso e le condizioni inumane cui sarebbero andati incontro i migranti caricati a bordo del rimorchiatore libico. Alla luce di ciò, pertanto sarebbe stato possibile dimostrare la sussistenza della giurisdizione italiana nel caso *S.S.* sulla base di un *link* giurisdizionale tra la condotta omissiva dell'Italia e le sorti dei migranti, tale per cui le violazioni dei diritti umani in questione erano conseguenza diretta e prevedibile dell'operato italiano. In altre parole, si poteva sostenere che si era creata una speciale dipendenza tra le autorità italiane e i migranti, corroborata da elementi giuridici (obblighi di diritto del mare ecc.) e fattuali (il coordinamento a distanza, la presenza di un elicottero italiano ecc.)⁷³.

⁶⁹ *Ibid.* La causalità è una questione complessa che, fino a pochi anni fa, aveva ricevuto scarsa attenzione dal punto di vista del diritto internazionale: cfr. 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 *European Journal of International Law*, 2015, 471 ss.; 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 ss.; 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.

⁷⁰ V. Stoyanova, *Causation between State Omission and Harm*, cit. 309.

⁷¹ Si segnala che la Corte ha adottato un test della causalità adeguata analogo a quello qui proposto in alcuni casi, tra i quali il recente caso *Klimasenniorinen* (cfr. sul punto A. Liguori, *La Cour européenne*, cit.). Nel caso *Duarte*, adottato lo stesso giorno, non ha però applicato un analogo test di causalità adeguata. Per alcune riflessioni critiche su questo aspetto si rinvia a A. Liguori, *The Duarte Case before the European Court of Human Rights: Some Observations on the Notion of Jurisdiction*, in F. Amato, V. Carofalo, A. Del Guercio, A. Fazzini, V. Grado, E. Imparato, A. Liguori (eds), *Climate Change, Human Rights and International Migration*, Napoli, 2025, 49 ss. ed in particolare 69-70.

⁷² Cfr. S. Vezzani, *Recenti sviluppi in materia di applicazione extraterritoriale*, cit., 671 ss. e A. Fazzini, *L'esternalizzazione delle frontiere*, cit., in particolare 221 ss., nonché le osservazioni di B. Conforti, *Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations*, in M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (eds), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004, 135.

⁷³ Cfr. sul punto A. Fazzini, *L'esternalizzazione delle frontiere*, 254 ss. Cfr. sul punto anche T. Spijkerboer, *Disneyland Strasbourg: S.S. and others v Italy in Strasbourg Observers*, 9 luglio 2025, il quale sottolinea come «The argument that Italy exercised jurisdiction over the situation, and was responsible for the deaths and inhuman treatment, can be made (and was made by the applicants and the interveners) at two levels»: sul piano generale,

4. Conclusioni. La decisione della Corte di Strasburgo di inammissibilità per difetto di giurisdizione nel caso *S.S. c. Italia*, anche se prevedibile, non era inevitabile.

In effetti, la giurisprudenza precedente della Corte europea dei diritti umani in materia di giurisdizione⁷⁴ è stata piuttosto incerta. Partendo dal presupposto che la giurisdizione degli Stati in materia di diritti umani sia principalmente territoriale, la Corte di Strasburgo aveva infatti ammesso che la giurisdizione extraterritoriale in materia di diritti umani potesse sorgere in base ad un paradigma spaziale («*effective overall control*» su di una zona anche se al di fuori del proprio territorio), e un paradigma personale («*authority and control over an individual*»), con alcune aperture verso una nozione funzionale di giurisdizione⁷⁵ e limitate estensioni della giurisdizione extraterritoriale in presenza di «*special features*»⁷⁶. Tale tendenza ha subito tuttavia una significativa battuta d'arresto, in particolare con riferimento ai casi *M.N. c. Belgio* e *Duarte Agostinho et al. c. Portogallo et al.*, ragione per cui la conclusione cui giunge la Corte non è inattesa. Non sorprende, infatti, che nel caso *S.S. c. Italia*, la Corte, nel procedere all'analisi relativa alla sussistenza della giurisdizione, si richiami espressamente proprio ai summenzionati casi *Duarte Agostinho* (al par. 50) e *M.S. c. Belgio* (al par. 78).

Tale conclusione non era tuttavia inevitabile, in quanto, come abbiamo cercato di dimostrare, un'altra interpretazione sarebbe stata possibile, accogliendo una nozione funzionale di giurisdizione, almeno in relazione agli obblighi positivi invocati nel caso di specie, sia alla luce

l'argomentazione si fonda sul fatto che i finanziamenti, la formazione, le dotazioni e l'assistenza tecnica fornite dall'Italia abbiano avuto come conseguenza prevedibile e diretta che, in particolare, i cittadini dell'Africa subsahariana fossero esposti a un rischio concreto di morte e di trattamenti inumani. Si può sostenere, dunque, l'esistenza di un nesso causale prevedibile tra tali atti dello Stato italiano e le violazioni dei diritti umani avvenute al di fuori del territorio italiano, che, per quanto concerne il diritto alla vita e il diritto a non subire trattamenti inumani, costituisce esercizio di giurisdizione; sul piano individuale, si può affermare che il Centro di Coordinamento del Soccorso Marittimo italiano (MRCC), non limitandosi a chiedere l'intervento di tutte le navi vicine ma sollecitando anche il Centro di Coordinamento libico (JRCC) a gestire le operazioni di salvataggio, abbia potuto prevedere il rischio reale di morte e trattamento inumano derivante da tale decisione.

⁷⁴ Sul concetto di giurisdizione nella CEDU, cfr., tra gli altri G. Gaja, *Article 1*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 28; P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; R. A. LAWSON, *Life after Bankovic: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M.T. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2004, 86; E. LAGRANGE, *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les Etats parties en dehors du territoire national*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, 521 ss.; M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011; S. Vezzani, Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2018, 1086 ss.; S. Vezzani, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale* cit; A. Riccardi, A. Ollino, D. Mauri, *Litigating Jurisdiction Before the ECtHR*, cit. L'incoerenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata sottolineata non solo dalla dottrina, ma anche da alcuni dei suoi stessi giudici, in particolare Pinto de Albuquerque e Bonello: si veda a questo proposito C. Mallory, *A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights?*, in *Questions of International Law*, 30 June 2021.

⁷⁵ Cfr. *PAD and others v. Turkey*, decisione del 28 giugno 2007, ric. No. 60167/00; *Andreou v. Turkey*, sentenza del 27 ottobre 2009, ric. No. 45653/99; *Jaloud v. The Netherlands*, sentenza del 20 novembre 2014, ricic. No. 47708/08: su questa giurisprudenza si rinvia a A. Liguori, *Migration Law and the Externalisation of Border Controls*, cit, 35-38 e dottrina *ivi* citata. Più recentemente A. Riccardi, A. Ollino, D. Mauri, *Litigating Jurisdiction Before the ECtHR*, cit.; V. Tzevelekos, A. Berkes, *Guest Post: Turning Water into Wine - The Concealed Metamorphosis of the Effective Control Extraterritoriality Criterion in Carter v. Russia*, in *ECHR Blog*, 9 November 2021; Y. Shany, *Catching Up: The European Court of Human Rights Approximates its Approach to Extraterritorial Jurisdiction Over Digital Surveillance to That of the Human Rights Committee*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2024, 182 ss.

⁷⁶ I casi in cui la Corte ha fatto ricorso a questa categoria sono in realtà piuttosto diversi. Tra gli altri, *Güzeryurtlu et al. c. Cipro e Turchia* [GC], ric. n. 36925/07, sentenza del 29 gennaio 2019, parr. 192 ss.; *Hanan c. Germania* [GC], ric. n. 4871/16, sentenza del 16 febbraio 2021; *Georgia c. Russia* (II) [GC], ric. n. 38263/08, sentenza del 21 gennaio 2021.

di alcuni precedenti giurisprudenziali della stessa Corte, sia delle decisioni adottate da altri organismi internazionali a carattere universale e regionale.

Un ampliamento della nozione della giurisdizione avrebbe inoltre consentito di rispettare in maniera più convincente una visione universalistica dei diritti umani, offrendo un foro accessibile contro le pratiche di esternalizzazione lesive dei diritti umani che sempre di più rendono difficile un accesso effettivo alla giustizia a quanti fuggono da guerre, violenze e violazioni di diritti umani.

In proposito occorre sottolineare che la Corte, nella parte finale della sua decisione (par. 111), esplicitamente ammette che «[...] *une telle interprétation de la notion de «juridiction» au sens de l'article 1 de la Convention puisse paraître insatisfaisante aux yeux des requérants. Elle ne perd pas de vue que ceux-ci ont été confrontés à une situation dramatique, dans laquelle plusieurs personnes ont perdu la vie, y compris les enfants de deux des intéressés, et qu'ils courraient en outre le risque d'être renvoyés en Libye [...] et que l'ensemble des rapports d'organes internationaux et d'ONG dont elle dispose démontrent qu'à l'époque des faits, les demandeurs d'asile, réfugiés et migrants étaient exposés en Libye à un risque de torture, à l'esclavage et à des discriminations, si bien que la situation dans ce pays n'était pas plus favorable que celle qu'elle a constatée dans l'affaire Hirsi Jamaa et autres.*»

E ribadisce quanto affermato in *Hirsi*, e cioè che «*nonobstant le droit dont disposent les États d'établir souverainement leurs politiques d'immigration, [...] les difficultés de gestion des flux migratoires ne peuvent justifier un recours, de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles.*» e che «*la spécificité du contexte maritime ne saurait aboutir à la consécration d'un espace de non-droits.*»

Sorprende, e amareggia, che però la Corte abbia tralasciato di richiamare, e soprattutto di applicare anche nel caso *S.S. c. Italia* il principio dell'interpretazione evolutiva, in base al quale la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali, e il principio dell'effetto utile, secondo il quale la Convenzione deve essere interpretata e applicata in modo tale da rendere le garanzie in essa contenute concrete ed effettive e non teoriche ed illusorie. Nel caso *Hirsi* il richiamo a tali principi aveva avuto un ruolo essenziale per giungere ad una interpretazione dell'art. 4, protocollo n. 4, applicabile non solo alle persone respinte dalla terraferma ma anche in alto mare. In tale sentenza, infatti, la Corte aveva affermato che, se l'articolo 4 del Protocollo n. 4 dovesse applicarsi solo alle espulsioni collettive effettuate dal territorio nazionale degli Stati parti della Convenzione, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei sarebbe sottratta all'ambito di applicazione di tale disposizione, e «*[l']article 4 se verrait ainsi privé d'effet utile à l'égard de ces phénomènes, qui tendent pourtant à se multiplier*» (par. 177 della sentenza *Hirsi*).

Mutatis mutandis, applicando tali principi ben la Corte avrebbe potuto giustificare l'accoglimento di una nozione funzionale della giurisdizione, almeno con riferimenti a casi, come quello in oggetto, in cui i criteri di prevedibilità e ragionevole capacità sono soddisfatti. Accogliendo invece un'interpretazione restrittiva basata sui classici paradigmi spaziale e personale, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei viene privata della tutela offerta dall'art. 4 Protocollo n. 4, «che verrebbe così privato di qualsiasi effetto utile rispetto a tali fenomeni, che tendono pertanto a moltiplicarsi», alla luce della sempre maggiore tendenza all'esternalizzazione da parte dei singoli Stati europei e della stessa Unione europea con il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo.

Duole inoltre la chiusura mostrata dalla Corte rispetto a posizioni assunte da altri organi internazionali: al par. 113 la Corte afferma infatti di non esser vincolata dalle interpretazioni di strumenti analoghi adottate da altri organi, poiché le disposizioni di tali altri strumenti internazionali e/o il ruolo degli organi incaricati di controllarne l'applicazione possono essere diversi dalle disposizioni della Convenzione e dal ruolo della Corte. Tale affermazione riprende quanto recentemente affermato nel caso *Klimaseniorinnen* e, esplicitamente con

riferimento alla giurisdizione, nel caso *Duarte*: in tal ultimo caso infatti la Corte, richiamando la posizione della Corte interamericana e quello del Comitato dei diritti del fanciullo nel caso *Sacchi*, aveva affermato che tali organi si basano su una diversa nozione di giurisdizione, che tuttavia non è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte. Tuttavia, come già notato in relazione al caso *Duarte*⁷⁷, né la Corte Interamericana né il Comitato CRC hanno proposto una *nozione diversa* di giurisdizione, ma piuttosto «un'interpretazione diversa» della nozione di giurisdizione. *Mutatis mutandis*, anche in questo caso, si è trattato di una precisa scelta interpretativa che purtroppo, come osservato, finisce non solo per riflettere, ma anche per rafforzare e consolidare uno specifico schema di violenza alle frontiere: «*Surely, in this instance, the choice was to reaffirm a jurisprudential architecture that legitimises harm offshore. [...] It is not enough to observe that the Court treats foreseeable violence—drowning, beatings, arbitrary detention—as beyond the reach of law, if it occurs beyond jurisdiction. That is of course true, but only because the Court itself draws the limits on jurisdiction*»⁷⁸.

Scelta a nostro avviso tanto più pericolosa perché «*migration has become a topic where states incrementally push for more unilateral action and less control by courts such as the ECtHR*»⁷⁹ e, come già anticipato, si sta affermando una tendenza non solo a livello nazionale⁸⁰, ma anche dell'Unione europea nell'ambito del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo⁸¹, verso misure sempre più sofisticate di esternalizzazione. Con suo il «*lethal formalism*»⁸², la recente decisione della Corte di Strasburgo rischia di legittimare e fomentare il ricorso a tali pratiche.

Abstract. Il presente contributo analizza un tragico caso di soccorso in mare avvenuto pochi mesi dopo la conclusione del *Memorandum Italia-Libia* del 2 febbraio 2017. Tale accordo prevede un nuovo modello di esternalizzazione basato sui «pull-back», che costituiscono un'evoluzione dei «push-back», ovvero dei respingimenti adottati dall'Italia in attuazione del precedente accordo del 2009 e che erano stati condannati dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Nel caso dei pull-back, invece, ci troviamo di fronte a una fattispecie di «*refoulement by proxy*» (respingimento per procura). L'autrice, dopo aver esaminato il ricorso presentato sette anni fa dai sopravvissuti alla drammatica operazione

⁷⁷ Cfr. sul punto A. Liguori, *The Duarte Case*, cit. e N. Carrillo-Santarelli, F. Ippolito, *Oasis or mirage? Assessing the recent ECHR climate decisions through the lens of LACtHR pronouncements*, in *DPCE online*, 2024, 1438.

⁷⁸ Cfr. I. Mann, *S.S. and Others v. Italy*, cit.

⁷⁹ Cfr. L. Riemer, che cita in proposito la recente lettera (reperibile all'indirizzo https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf) in cui nove paesi dell'UE, guidati da Italia e Danimarca, hanno chiesto una reinterpretazione della Convenzione europea proprio in materia di immigrazione. Per un commento critico sulla lettera cfr. S. Steininger, *What Are Human Rights For? On the May 2025 Danish-Italian Public Letter to the ECtHR*, in *Verfblog*, 2 giugno 2025; F.L. Gatta, *Una lettera aperta... per chiudere le porte. La pressione governativa sulla Corte europea dei diritti umani per una "riforma" della giurisprudenza in materia di migrazione e controlli di frontiera*, in *Eurojus.it*, 3 giugno 2025; A. Del Guercio, *Brutti, sporchi e cattivi, L'Europa, le persone migranti e la difesa dello Stato di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (in corso di pubblicazione).

⁸⁰ Particolarmente problematico in proposito il Protocollo Italia-Albania sul quale cfr. A. Del Guercio, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare. Osservazioni a margine dell'intesa Italia-Albania*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2024, 548 ss.; A. Saccucci, *Il protocollo Italia-Albania sulla «dislocazione» extraterritoriale dei migranti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, 635 ss.; G. Cataldi, *L'evoluzione normativa in Italia in tema di gestione delle migrazioni via mare. Quale rilievo agli impegni internazionali dello Stato?*, in *Eurojus*, 2025, 65 ss.; A. Fazzini, *The Italy-Albania Protocol on the Extraterritorial Detention of Migrants: Critical Issues in International Law*, in *Italian Yearbook of International Law* (in corso di pubblicazione).

⁸¹ Cfr. A. Liguori, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, 677 ss.; S. Montaldo, *Not in my backyard! Outsourcing EU asylum procedures to third countries: A challenge for the Common European Asylum System*, in *Common market Law Review*, 2025, 327 ss.

⁸² Cfr. I. Mann, *S.S. and Others v. Italy*, cit.

di soccorso, e aver analizzato criticamente la decisione di irricevibilità per difetto di giurisdizione adottata dalla Corte di Strasburgo nel mese di maggio 2025, si sofferma su una possibile interpretazione alternativa della nozione di giurisdizione e sulle implicazioni della posizione assunta nel caso *S.S. e altri c. Italia* in un momento storico particolarmente delicato per la tutela dei diritti dei migranti.

Abstract. This article analyses a tragic case of rescue at sea that occurred a few months after the conclusion of the Italy-Libya Memorandum of 2 February 2017. This agreement provides for a new model of externalisation based on «pull-backs», which are an evolution of «push-backs», i.e. the *refoulement* adopted by Italy in implementation of the previous 2009 agreement and which were condemned by the European Court of Human Rights in the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* judgment. In the case of pull-backs, however, we are faced with a case of «*refoulement by proxy*». After examining the application lodged seven years ago by the survivors of the dramatic rescue operation and critically analysing the decision of inadmissibility on grounds of lack of jurisdiction adopted by the Strasbourg Court in May 2025, the author focuses on a possible alternative interpretation of the notion of jurisdiction and on the implications of the position taken in the case of *S.S. and others v. Italy* at a particularly difficult time for the protection of migrants' rights.

Parole chiave. Esternalizzazione – migrazioni internazionali - diritti umani – CEDU – giurisdizione.

Key words. Externalization – international migration – human rights – ECHR – jurisdiction.

FROM THE FRENCH MODEL TO THE EUROPEAN SPACE: REVIEW OF THE FRENCH YEARBOOK OF PUBLIC LAW*

By Francesca Ferraro*

Summary. 1. Beyond self-referentiality: the scientific project of the *French Yearbook of Public Law* 2023. – 2. Rethinking Public Law in the climate emergency. – 3. «Comparative selection»: the compass of the *FYPL* 2023. – 4. Public law put to the test of the present: the role of the *French Yearbook of Public Law*. – 5. References.

227

1. Beyond self-referentiality: the scientific project of the French Yearbook of Public Law 2023. The *French Yearbook of Public Law* (hereinafter FYPL) presents itself as an editorial laboratory that uses English to overcome disciplinary and cultural boundaries. Born within the *Lehrstuhl für französisches öffentliches Recht* of Saarland University and edited by Philippe Cossalter, the project connects two parallel universes: French-speaking public law and the international English-speaking community. Around Cossalter's scientific direction gathers a committee with a markedly comparative profile (Jean-Bernard Auby, Giacinto della Cananea, Dominique Custos), which imprints on the project a vocation for continuous dialogue.

The operation is commendable, but the institutional positioning and the authors' network produce a particular effect: some French paradigms are discussed more extensively than others, generating a gradient of depth among the chapters.

The project starts from the recognition of an uncomfortable fact: due to its dogmatic structure and jurisprudential developments, French public law may appear opaque to an external gaze. The isolation is also linguistic (the low circulation of English as a scientific language) and, above all, cultural: the myth of the «exemplarity» of the French model as a case apart ends up feeding its own self-referentiality.

In this perspective, the FYPL does not limit itself to a mere linguistic translation, but aspires to «translate» categories. However, the explicit misalignment between ambition and instruments is visible in the absence of a shared methodological framework for comparison (selection criteria, scales of analysis, methods of controlling functional equivalences), which could have avoided readings that are at times not in dialogue.

To compare does not mean to paraphrase norms, but to question categories, argumentative paths, institutional practices. For this reason English is chosen as a «contact zone» – sometimes also of friction – between different paradigms. The goal is not to export French law without filters nor to blur its boundaries in the Anglo-Saxon mainstream: both poles are put to the test in a dialectic of reciprocal recognition. In this perspective, the FYPL's location in Saarbrücken functions as a transitional laboratory, where the continental tradition accepts the challenge of global law. The project integrates young researchers (including Enrico Buono and Jasmin Hiry-Lesch) and solicits responses from the scientific community,

* PhD in Constitutional law – University of Naples Federico II.

experimenting with horizontal forms of editorial cooperation.

An added value, which deserves to be made explicit, concerns the «conceptual translation»: the FYPL encourages focusing on the semantic differences between legal lexicons (for example, *État de droit* and *rule of law*), on building a shared glossary and on measuring the transferability of categories between different institutional contexts. The comparative dimension is not an end in itself: it becomes a device to connect levels of government, administrative techniques and social sciences, with concrete repercussions on issues such as climate governance, accountability and democratic participation. In this sense, the FYPL is not only an exchange of knowledge, but organizes research questions, proposing lines of work for established and emerging scholars.

In conclusion, the decisive point is not only international openness, but the assumption of a concrete task: to elaborate conceptual tools capable of raising new questions. The *French Yearbook of Public Law* presents itself as the laboratory of such tools, not a simple bridge between already traced shores, but it redraws the boundaries, inviting public law to rethink languages and methods in the global dimension.

To achieve this goal, in future editions a more stringent «framework of coherence» capable of more effectively holding together the various threads would be useful.

2. Rethinking Public Law in the climate emergency. As mentioned *supra*, in the 2023 issue of the *French Yearbook of Public Law*, the central focus is an extensive dossier dedicated to the link between public law and climate; surrounding it, chapters with historical, methodological and comparative approaches. The working thesis: to assume the climate emergency as a stress test for categories, institutions and practices of public law. The dossier functions as a framework for verification and exploration, in which the interweaving between decision-making venues and contiguous knowledge serves to measure adaptive capacity, coherence between levels of government and procedural resilience, testing categories, institutions and languages.

The approach is convincing, but the climate issue risks becoming an «umbrella theme» that justifies any path: greater clarity would be needed on method and outcome indicators.

The opening is entrusted to Sabino Cassese, «*The Future of the French Model of Public Law in Europe*», which retraces the genealogy of the French administrative model and follows its most recent developments also in interaction with European Union law. The updating of an essay from 2011 is an opportunity for the author to highlight the tension between institutional particularism and the universalistic aspiration of law, while at the same time offering a reading key of the European «*integral model*»: typically French institutions, such as the duality of jurisdiction and the central role of the administrative judge, continue to exist, but in forms recalibrated by dialogue between the courts and by multilevel governance, which redefine their boundaries and functions.

In «*Conceptual and Linguistic Surprises in Comparative Administrative Law*», Jean-Bernard Auby shows how, in administrative comparison, apparently similar terms may conceal different concepts. Beyond defending the comparative method as a critical tool capable of bringing out cultural aporias and translational resistances, the author also suggests an operative path: resorting to linguistic corpora and semantic mappings to strengthen the reliability of legal translation.

The introduction to the Dossier «*Public Law and Climate Change*» clearly states objectives and method: adopting a multilevel perspective, opening up to interdisciplinarity and moving on two distinct planes — the functional one, which observes how the law adapts, and the conceptual one, which investigates which categories hinder adaptation. In this light, the authors propose considering climate risk scenarios as real stress tests for institutions and

procedures: from environmental impact assessment to administrative reasoning standards, up to coordination techniques between institutions.

On the international side, Sandrine Maljean-Dubois in «*Climate Change in International Law. The Paris Agreement. A Renewed Form of States' Commitment*» reconstructs the genesis and structure of the Paris Agreement, clarifying how it overcomes the rigidities of the Kyoto Protocol through a combination of flexibility and binding force, bottom-up and top-down approaches, instruments of hard and soft law.

Five-year cycles of commitments and comparable monitoring generate *accountability* even without traditional sanctions.

Émilie Chevalier in «*European Union law at the times of climate crisis: change through continuity*» highlights the European paradox: in the face of the climate emergency, the architecture of the European Union remains formally unchanged, but instead develops adaptations that increase its flexibility. The reflection starts from the *European Climate Law* and from the *Fit for 55* package: «green» State aid and CBAM show how EU law seeks to reconcile market and climate objectives, raising questions about the adequacy and effectiveness of *governance* instruments.

In the essay «*Transnational Climate Change Law. A case for reimagining legal reasoning?*», Yseult Marique frames «climate law» as transnational law operating in interactions between distinct legal systems, placing at the center the practical dimension of law as a tool to address complex global challenges. This implies considering, alongside formal sources, processes not strictly legal and further sources of normativity — including social practices — together with private standards (ISO, sustainable finance) and duties of diligence: «factual norms» capable of crossing state borders and reshaping public and private responsibilities. The argument intertwines legal, regulatory and ethical profiles and is based on case studies ranging from large transnational infrastructure projects to climate litigation, ultimately proposing to rethink legal reasoning in a transnational key.

Laurent Fonbaustier and Juliette Charriere in «*Analysis of constitutional provisions concerning climate change*» offer a comparative framework of «climate constitutionalism» based on a clear premise: while indispensable, international instruments often suffer from scarce justiciability and limited immediate effects; on the contrary, constitutional law — for its position in the hierarchy of sources and for the judicial protection that supports it — provides (probably) more effective levers of protection. Of notable interest is the shift from programmatic clauses to actionable rights — consider *Neubauer* in Germany or Colombian case law on the Amazon — which impose more sophisticated criteria of justiciability and proportionality. Structural fragilities remain, however, due to often indeterminate texts that make it difficult for constitutional courts to guarantee effective accountability in case of non-compliance.

Shifting attention to litigation, Ivano Alogna «*Increasing Climate Litigation: A Global Inventory*» shows the global growth of *climate litigation* as a response to the insufficiency of public policies and as a lever of pressure. Alongside ordinary remedies, hybrid paths are consolidating: liability actions for breach of directors' fiduciary duties, duties of climate diligence, litigation on *greenwashing*. The plurality of fora and remedies determines an expansion of the range of available procedural instruments, increasing their protective potential.

Climate change fuels lawsuits against governments and companies in numerous jurisdictions and the article offers a global inventory with particular attention to the most significant cases, underlining the intrinsically collective nature of climate governance and the crucial role of the judiciary in facing this challenge.

With «*Climate change litigation: efficiency*», Christian Huglo and Corinne Lepage show how climate change destabilizes consolidated legal categories — due to the global nature of the

phenomenon, its phenomenological «invisibility», limited predictability and the impossibility of fully repairing damages — and how, despite the contribution of the sciences in developing mitigation and adaptation strategies, their implementation encounters political, economic, ethical and legal obstacles. In this framework, a path of procedural effectiveness passes through remedies such as: structural injunctions with measurable objectives, compliance timetables, independent technical monitoring and periodic review clauses, which allow not to trespass into the competences of the legislator.

Marta Torre-Schaub in *«Climate Change Litigation and Legitimacy of Judges Toward a “wicked problem”: Empowerment, Discretion and Prudence»* investigates the legitimization and role of the judge in the face of a transversal and evolving phenomenon: climate change. Mechanical application of norms is not enough: a responsible interpretation is needed, capable of strengthening the duty of climate diligence of the public administration. Against the backdrop of litigation that has grown strongly in the last decade — now transversal to international, administrative and civil law — the contribution highlights possibilities and limits of judicial intervention in the ecological transition, underlining its progress without overstepping the balance between functions and the separation of powers.

In the essay *«Could national judges do more? State deficiencies in climate litigations and actions of judges»* the balance between legislative function and judicial power in the climate emergency is examined.

By urging the legislator to adopt measures adequate to the fight against climate change, the author highlights how courts often assume a para-legislative role without ever replacing Parliament: they do not draft norms, but activate and orient legislative action. What results is a «dialoguing» remedy path: declaratory rulings accompanied by adjustment deadlines, periodic reporting obligations, minimum prescriptive contents and mechanisms of judicial *follow-up*. In this way, decisions enforce the application of law and the respect of constitutional and international commitments — as well as of fundamental principles — without exceeding the limits of separation of powers.

Again on climate *governance*, Delphine Misonne, in *«Global climate governance turning translocal»*, criticizes centralist rhetoric and enhances networks between cities and territories. Infrastructures such as C40, ICLEI and the European «City Deals» function as laboratories of learning and coordination. A sort of urban climate «*common law*» emerges, made of standards, objectives and monitoring, which aim to fill the gaps left by the Paris Agreement and affect (rectius, should affect) national choices through imitation and reputational effect. Looking at the United States, Daniel Esty, in *«America’s Climate Change Policy: Federalism in Action»* reconstructs a «*bottom-up*» climate federalism in which States and cities intervene when the federal level is negligent, through reduction targets, *carbon pricing* initiatives and tax incentives. The federal relaunch with the IRA 2022 intertwines with these subnational policies, but an unequal *governance* persists: interstate misalignments, regulatory competition, risks of political *backlash* produce intermittent results. What emerges is an experimental federalism — capable of innovation and learning — but marked by fragmentation and vulnerability.

By contrast, in the French case the local level encounters structural contradictions. As Camille Mialot observes in *«Local policies on climate change in a centralized state: The Example of France»*, policies against air pollution and soil artificialization have produced unsatisfactory outcomes; regulatory gaps remain and, in fact, a tacit alignment to inaction between center and peripheries.

The key lies in the effective integration of planning instruments (SRADDET, PCAET, ZFE) with adequate administrative capacities: without resources, reliable data and robust implementing powers, the territory becomes the bottleneck of implementation. Hence the

need to rethink law in its territorial dimensions, in a perspective of climate justice, to ensure a fair distribution of burdens between areas and the compatibility of climate policies with urban and social priorities.

On the link between constitutional democracy and climate, Alfredo Fioritto in *«Subjective Rights in Relation to Climate Change»* investigates the compatibility between the protection of subjective rights and the pursuit of social demands to fight climate change.

Starting from a historical reconstruction of the evolution of the category of subjective rights, the author argues that their protection is compatible with collective needs if they are subjected to an evolutionary reinterpretation oriented towards the «common good» and, when necessary, tempered by duties of solidarity. In the Italian key, particularly useful is the category of legitimate interests, which acts as a hinge between individual protection and ecological interest.

Emmanuel Slautsky in *«Overcoming Short-Termism in Democratic Decision-Making in the Face of Climate Change: a Public Law Approach»* starts from the acknowledgment of an uncomfortable fact: democracies, for electoral logics, tend to act in the short term and struggle to govern global and intergenerational problems, such as climate change. The answer is not a shift towards technocratic or authoritarian solutions, but rather in innovations of public law. In this light, the contribution proposes solutions: from the propulsive role of constitutional courts in setting standards and procedural constraints of long duration to the introduction of impact assessments for future generations as a motivational obligation capable of orienting legislation and administration, or again the design of independent climate bodies, defined according to public law criteria (mandate, independence, transparency, accountability).

Finally, Delphine Hedary in *«The Citizens' Climate Convention: A new approach to participatory democracy, and its effectiveness on changing public policy»* examines the Citizens' Climate Convention in France as a model of participatory democracy, comparing it with other instruments and assessing its impact on climate change mitigation policies. To strengthen this experiment of participatory democracy it is necessary that these be accompanied by clear and binding mandates; obligation of motivated response by the government within defined deadlines; mechanisms of public monitoring of *follow-up*.

The conclusions are entrusted to an extensive and programmatic intervention by Auby and Fonbaustier who ask: is public law able to face the challenges of the Anthropocene? The answer is certainly affirmative, but a paradigm shift is needed. There is a climate crisis which, combined with other traumatic aspects of this period – the health crisis, the war in Europe, the economic crisis, etc. – involves law in its entirety, and therefore simple regulatory adjustments are not sufficient but a creative effort is necessary, capable of triggering an organizational, symbolic and even identity metamorphosis. From this derives a demanding agenda for doctrine and institutions: to document failures with clarity, to redesign standards and decision-making criteria, to imagine forms of long-term control and participation, so as to recompose a public lexicon that binds environmental protection, rights and collective decision-making. The decisive test does not lie in updating some technique, but in rethinking the aims, times and responsibilities of public action: only in this way will legality be able to withstand the temporality of climate without losing democratic legitimacy.

3. «Comparative selection»: the compass of the FYPL 2023. There is a section of the *French Yearbook of Public Law* that truly serves as a compass: the comparative one. Here the declared objective is to build a reasoned map of constitutional, legislative and jurisprudential developments in the main European legal systems, connecting positive data and theoretical frameworks. The approach is clear and dialogical: France (Cossalter/Auby), Germany

(Cossalter/Kordeva), Italy (Di Lascio/D'Orlando), Spain (Calvo López/Pareja Sánchez) and the United Kingdom (Marique/Marsons). The result is a dynamic legal geography of the relations between administrations, judges and fundamental freedoms, useful to see how law reflects normative transformations in multilevel constitutionalism, also tested by the pandemic and the ecological emergency. In short, not a simple review but an authentic working tool for those who compare models of administration and administrative justice in a Europe exposed to recurrent vulnerabilities.

Probably the absence of a section dedicated to the Nordic countries reduces the scope of the label «*European*» and, moreover, the criteria for selecting cases and sources are not always stated.

And the added value lies precisely in the method. The editorial choice of bringing the French debate closer to the international one by using English and the institutional setting of the project in Saarbrücken reveal the FYPL's objective: to reduce the informational asymmetry between legal communities, intertwining updating and interpretation.

The volume closes with the section «*Miscellaneous*» containing two contributions by Giacinto della Cananea.

In the first contribution Della Cananea presents Susan Rose-Ackerman's monograph «*Democracy and Executive Power*» as a solid comparative platform for rethinking the *accountability* of executive power in four democracies (France, Germany, United Kingdom, United States). The analysis intertwines institutional and administrative technique differences: from the federal APA in the USA, to the British model without a framework law but supported by consultative practice; from the German focus on rights with more cautious review of regulations, to the French openings to participation (*débat public*). The underlying thesis is that alongside the «performance-based» and «rights-centered» accountability of the administration, there remains a strong margin of administrative discretion, hence the need for a type of accountability capable of making choices and *trade-off* transparent. Where rules on *rulemaking* and guarantees of judicial independence are lacking, gaps of irresponsibility open up. Ultimately, the work offers a repertoire of tools to strengthen administrative legality and, with it, the democratic quality of executive policies.

The second contribution, «*A Comparative Research on the Common Core of Administrative Laws in Europe*», shifts the focus to a comparative investigation. It takes up the methodological intuition born within a group of private law scholars at the *Cornell Law School* – a «factual analysis» based on hypothetical cases – and transposes it to administrative law, with a particular focus on administrative procedure. The investigation parallels norms, guarantees and practices of selected European legal systems, so as to verify, beyond the differences, the existence of shared elements: where the points of convergence lie, where significant fractures open up, what the gray areas are. The result is a reasoned map of the possible European administrative *common core*, useful for establishing a common lexicon and orienting both doctrinal reflection and the design of procedural standards.

4. Public law put to the test of the present: the role of the French Yearbook of Public Law. Today, public law is called upon to confront the fragilities of the modern world. In this framework, the *French Yearbook of Public Law* stands out in the legal landscape as an authentic research laboratory and not as a simple collection of authoritative contributions nor as a mere instrument for the international dissemination of French law.

Its added value lies in offering jurists a space of conceptual experimentation in which comparison is not a point of arrival, but a working method: a tool to test the resilience of normative structures, to verify the plasticity of categories and to measure the capacity of law to govern the instability of the present.

One cannot, however, overlook a fundamental limitation: the extreme heterogeneity of the materials included, which at times makes the reading fragmented. The climate dossier, the comparative section and the final miscellany are not always cohesive around a unitary design, with the risk of resembling more a collection of quality essays than a volume endowed with a true conceptual architecture.

Against the backdrop of crises that transcend the borders of individual legal systems – from the climate emergency to the fracture between institutions and citizens – the FYPL concentrates on itself functions of vigilance and impetus: it records and narrates change, in an attempt to orient it through innovative, transnational and inclusive legal instruments.

However, innovation is discontinuous and, at times, more asserted than demonstrated.

The aim of the FYPL is to restore to public law a propulsive function: less self-referentiality, greater transformative capacity, capable of elaborating new answers to new problems. Consistently along this line, the editorial choice – announced already from the first pages – is to demonstrate how legal reflection can be translated into practical action: defining standards, procedures and control criteria that orient decisions and policies within a comparative, transparent and verifiable framework.

The FYPL imposes itself as a growing «critical device» which, in order to become a full European «platform», will need to tighten its internal coherence, broaden its gaze beyond Western Europe and make its methodological criteria more transparent.

5. References.

- A. Fioritto, *Subjective Rights in Relation to Climate Change*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- C. Mialot, *Local policies on climate change in a centralized state: The Example of France*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- C. Huglo, C. Lepage, *Climate change litigation: efficiency*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- D. Misonne, *Global climate governance turning translocal*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- D. Etsy, *America's climate change policy: Federalism in action*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- D. Hedary, *The Citizens' Climate Convention: A new approach to participatory democracy, and its effectiveness on changing public policy*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- E. Slautsky, *Overcoming Short-Termism in Democratic Decision-Making in the Face of Climate Change: a Public Law Approach*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- E. Chevalier, *European Union law in times of climate crisis: change through continuity*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- E. D'Orlando, F. Di Lascio, *Italy*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- G. Della Cananea, *A Comparative Research on the Common Core of Administrative Laws in Europe*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- G. Della Cananea, *Book review: Susan Rose-Ackerman, Democracy and Executive Power. Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany and France*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- I. Alogna, *Increasing Climate Litigation: A Global Inventory*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- J. Charriere, L. Fonbaustier, *Analysis of constitutional provisions concerning climate change*, in J.B.

- Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- J.-B. Auby, *Conceptual and Linguistic Surprises in Comparative Administrative Law*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- J.-B. Auby, L. Fonbaustier, *Public Law and Climate Change*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- J.B. Auby, L. Fonbaustier, *Conclusion*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- J.B. Auby, P. Cossalter, *France*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- L. Marsons, Y. Marique, *UK*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- M. Torre-Schaub, *Climate Change Litigation and Legitimacy of Judges towards a 'wicked problem': Empowerment, Discretion and Prudence*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- P. Calvo López, T. Pareja Sánchez, *Spain*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- P. Cossalter, M. Kordeva, *Germany*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- R. Braillet, L. Fonbaustier, *Could national judges do more? State deficiencies in climate litigations and actions of judges*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- S. Cassese, *The Future of the French Model of Public Law in Europe*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- S. Maljean-Dubois, *Climate Change in International Law. The Paris Agreement. A Renewed Form of States Commitment?*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023;
- Y. Marique, *Transnational Climate Change Law. A case for reimagining legal reasoning?*, in J.B. Audy, P. Cossalter (a cura di), *French Yearbook of Public Law*, 1, Saarbrücken, 2023.

Abstract. Il punto di partenza del *French Yearbook of Public Law* è un ampio dossier sul cambiamento climatico, utilizzato come banco di prova per interrogare categorie e rimedi del diritto pubblico nell'Antropocene. Attorno a questo nucleo tematico si articola un progetto editoriale - curato da Philippe Cossalter e Jean-Bernard Auby - che assume la comparazione come metodo ordinante e come antidoto all'autarchia della tradizione dogmatica francese. Dunque, un autentico laboratorio che intreccia saperi (giuridici e no) e livelli di governo, mettendo in relazione scienza, amministrazione e decisione politica. Accanto al dossier, una sezione comparata passa in rassegna i cambiamenti normativi nei principali ordinamenti europei, evidenziando convergenze, scarti e ibridazioni tra modelli. Chiudono il volume contributi di impianto teorico su potere esecutivo e procedimento amministrativo, presentati come luoghi di ridefinizione dell'equilibrio istituzionale. Nel complesso, il *French Yearbook of Public Law* è una solida piattaforma di confronto transnazionale, capace di rilanciare la vocazione trasformativa del diritto pubblico e di misurarsi con le urgenze sistemiche del presente. Alcune scelte editoriali, tuttavia, lasciano emergere una varietà di toni, metodi e obiettivi che talvolta fa prevalere l'idea di una raccolta di contributi eccellenti più che quella di un disegno pienamente unitario.

Abstract. The starting point of the *French Yearbook of Public Law* is an extensive dossier on climate change, used as a testing ground to question categories and remedies of public law in the Anthropocene. Around this thematic core develops an editorial project – curated by

Philippe Cossalter and Jean-Bernard Auby – which assumes comparison as an ordering method and as an antidote to the autarchy of the French dogmatic tradition. Thus, an authentic laboratory that intertwines knowledge (legal and otherwise) and levels of government, connecting science, administration and political decision-making. Alongside the dossier, a comparative section reviews regulatory changes in the main European legal systems, highlighting convergences, gaps and hybridizations between models. The volume is closed by theoretical contributions on executive power and administrative procedure, presented as places for the redefinition of institutional balance. On the whole, the *French Yearbook of Public Law* is a solid platform for transnational discussion, capable of relaunching the transformative vocation of public law and of addressing the systemic urgencies of the present. Some editorial choices, however, allow a variety of tones, methods and objectives to emerge, which at times give prevalence to the idea of a collection of excellent contributions rather than that of a fully unitary design.

Parole chiave. Cambiamenti climatici – Antropocene – Costituzionalismo ambientale – Governance – Partecipazione democratica – Diritto amministrativo europeo – Diritto pubblico francese – Diritto comparato – Confronto giuridico – Epistemologia giuridica.

Key words. Climate change – Anthropocene – Environmental constitutionalism – Governance – Democratic participation – European administrative law – French public law – Comparative law – Legal comparison – Legal epistemology.

IL CASO ALMASRI NEL PRISMA DEI REATI MINISTERIALI*

di Erik Furno**

Sommario. 1. Premessa. – 2. I reati ministeriali nell’ordinamento statutario. – 3. La nozione di reato ministeriale: le tesi sul reato funzionale. – 3.1. Le tesi sul reato politico. – 4. L’art. 96 Cost. – 5. La l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1. – 6. Le scriminanti ex art. 9, co. 3, l. cost. n. 1/1989. – 7. Il caso Almasri: breve *excursus* processuale. 8. Osservazioni conclusive.

236

1. Premessa. Non si è mai spenta la risalente problematica¹ che da sempre interseca i profili della responsabilità penale dei ministri con quella peculiare «colorazione politica»² dei fatti ascritti ai membri del governo, al fine di tracciare una precisa linea di demarcazione tra reati comuni e reati c.d. «ministeriali», atta a giustificare le deroghe alla giurisdizione ordinaria per non creare odiosi ed ingiustificati privilegi.

Ogni tentativo di demarcazione richiede una sorta di *actio finium regundorum* tra le diverse tipologie di reati, essendo quanto mai controversa la natura della c.d. «ministerialità» negli illeciti commessi dai ministri nell’esercizio delle loro funzioni, tanto più che la giurisprudenza della Corte costituzionale «è sempre stata costante nell’escludere che le immunità costituzionali possano trasmodare in privilegi, come accadrebbe se una deroga al principio di uguaglianza innanzi alla l. potesse venire indotta direttamente dalla carica ricoperta, anziché dalle funzioni inerenti alla stessa»³.

La tesi che alcune condotte ministeriali debbano essere apprezzate anche alla luce della loro finalità o natura politica⁴, onde conciliare «il rigore dei parametri desumibili dalla legislazione penale con l’elasticità connessa alla posizione istituzionale dei ministri, a tal punto intessuta, per così dire, di “politicità”, da non lasciarsi ricondurre per intero entro gli schemi

* Sottoposto a referaggio.

** Qualifica accademica – Università di provenienza.

* Già docente di Diritto Pubblico presso l’Università “Federico II” di Napoli.

¹ Già V. TEIXEIRA de MATTOS, *Accusa parlamentare e Responsabilità ministeriale*, Milano, s.d., ma 1909, riconoscendosi antico studioso della responsabilità penale dei ministri, da lui prescelta quale argomento della sua tesi di laurea nel 1882, elencava nel vigore dello Statuto Albertino le varie teorie in ordine alla natura dei c.d. «reati ministeriali», su cui, da ultimo, A. CIRILLO, *L’accusa parlamentare tra classificazione e comparazione: il metodo storico-giuridico di Vittore Teixeira de Mattos*, in *Jus -online*, 22 giugno 2023.

² Secondo l’espressione di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 581.

³ Corte cost., 12 aprile 2012, n. 87 e n.88, punto 5 del Cons. dir., su cui R. DICKMANN, *La Corte costituzionale precisa (e ridimensiona) il ruolo del “Tribunale dei ministri” e delle Camere nel procedimento per reati del Presidente del Consiglio e dei Ministri*, in *Federalismi.it*, n.9/2012, 2 maggio 2012; M. LUCIANI, *Chi decide sulle garanzie costituzionali della politica*, in *Leg. pen.*, n.3-4/2012, 745 ss.; E. ALBANESI, *La Corte precisa il senso di un precedente obiter circa la «propria» ed «autonoma valutazione» delle Camere sulla natura ministeriale dei reati*, in *Giur.it.*, n.3/2013, 526 ss., e, volendo, E. FURNO, *Il caso “Ruby” ed i reati ministeriali: finale di partita?*, in *Giur. cost.*, 2012, 1249 ss.

⁴ Il pensiero è tratto da T. F. GIUPPONI, *La responsabilità penale dei ministri alla stregua dei principi costituzionali e nella prassi. Legittima prerogativa o odioso privilegio?*, in *Dir. imm. cittadinanza*, n.2/2021, 3.

inflexibilmente tracciati dal codice penale»⁵, è risalente nel tempo, costituendo storicamente la base giustificativa della c.d. giustizia politica⁶ e del conseguente radicarsi di una «giurisdizione speciale» per i reati commessi dai ministri.

I periodici e controversi casi di cronaca o di prassi non virtuose evidenziano la permanente attualità delle relative problematiche⁷, di cui il c.d. «caso Almasri» è solo l'ultimo episodio in ordine temporale e la parte emergente dell'*iceberg*, ove una malcelata ragion di Stato (perché di questo, in fondo, si tratta) consente ad un criminale accusato di atroci crimini di guerra di sottrarsi ad un mandato di cattura internazionale.

La vicenda Almasri ha, infatti, rinfocolato il dibattito politico e riaperto i mai sopiti conflitti tra il potere politico e quello giudiziario, la cui linea di confine è «tutt'altro che perfettamente visibile e definita, tra regole giuridiche e esigenze politiche, tra responsabilità giuridica e responsabilità politica (che, pur distinte, presentano reciproche implicazioni e sovrapposizioni proprio sul terreno della responsabilità penale)»⁸.

Lo scopo del presente contributo, premessi brevi cenni sull'evoluzione storica della responsabilità penale ministeriale, è quello di riesaminare la vicenda in vista dei futuri scenari, onde attuare l'aspro confronto tra la maggioranza parlamentare e la magistratura.

2. I reati ministeriali nell'ordinamento statutario. Durante la vigenza della Carta ottrita⁹ del 1848¹⁰, il dibattito dottrinale sulla natura dei reati ministeriali¹¹, in assenza di una l. che

⁵ A. Ciancio, *Art. 96*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1865.

⁶ Sulla definizione di «giustizia politica» v., *ex plurimis*, R. Moretti, (voce) *Procedimento d'accusa e giudizio davanti alla Corte costituzionale*, in *Nss. D.I., App.*, V, Torino, 1984, 1300; C. Murgia, *La giustizia politica in Italia e in Francia*, Milano, 1990, 3; T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, 205 ss.

⁷ Le criticità della riforma costituzionale del 1989 sono nuovamente emerse in occasione delle recenti vicende Diciotti, Gregoretti ed Open Arms, che hanno riproposto il rischio che i confini della legittima prerogativa possano trasmodare in un privilegio personale. Al riguardo, v. A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *Federalismi.it*, 16, 2019, 2 ss.; P. Zicchittu, *Reati ministeriali, atto politico e tutela dei diritti fondamentali alla prova del caso Diciotti*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 420 ss.; S. Curreri, *La battaglia politico-regolamentare sul caso Gregoretti*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 385 ss.; G. Panattoni, *La controversa figura dell'atto politico, alla luce dei casi "Diciotti" e "Gregoretti"*, in *Federalismi.it*, 8, 2020, 212 ss.

⁸ A. D'Aloia, *Immunità e Costituzione. Considerazioni su un difficile equilibrio*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2011, 964.

⁹ Il 1848 fu l'anno delle grandi rivoluzioni liberali europee, scoppiate a macchia d'olio nel continente, dalla Francia alla Confederazione germanica, dall'Impero asburgico all'Italia, allora divisa in più Stati. Si giunse, così, all'8 febbraio, quando il Re Carlo Alberto emanò un proclama in 14 articoli, in cui venivano enunciati i principi fondamentali del nuovo sistema di governo rappresentativo, ispirato alla Costituzione francese del 1830 ed a quella belga del 1831. In sole cinque sedute il Consiglio di conferenza stese l'intero testo dello Statuto, che venne promulgato il 4 marzo 1848.

¹⁰ Lo Statuto Albertino prevedeva un trattamento differenziato per i reati compiuti dai membri del governo in base al combinato disposto degli artt. 47 («La Camera dei Deputati ha il diritto di accusare i Ministri del Re, e di tradurli dinanzi all'Alta Corte di Giustizia»), 67 prima parte («I Ministri sono responsabili») e 36 («Il Senato è costituito in Alta Corte di Giustizia con decreto del Re per giudicare dei crimini di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i Ministri accusati dalla Camera dei Deputati. In questi casi il Senato non è corpo politico. Esso non può occuparsi se non degli affari giudiziari, per cui fu convocato a pena di nullità»). Nessuna norma, però, specificava quali fossero i criteri per distinguere e diversificare i reati ministeriali dai reati comuni. Per i collegamenti dell'accusa parlamentare con l'*impeachment* britannico v. G. NEGRI, (voce) *Impeachment*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 239 ss.; G. Zagrebelsky, (voce) *Procedimento e giudizi di accusa*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 900; A. Cerri, (voce) *Impeachment*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss., e G. Di Raimo, *I reati ministeriali e i delitti presidenziali*, in *Studi vent. Ass. cost.*, Firenze, 1969, 6, 190 ss. Nella dottrina statutaria, per tutti, F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, II, 1909, 300 ss.

¹¹ Sulle origini della problematica relativa ai reati ministeriali v. R. Moretti, *Garanzie costituzionali (art. 137)*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1983, 513 ss., e C. Sagone, *Profili ricostruttivi della responsabilità penale dei ministri tra modello astratto e prassi applicativa*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, 380 ss.

specificasse le fattispecie della responsabilità penale ministeriale, si articolava in tre orientamenti principali¹²: il primo, c.d. del diritto penale comune, agganciava gli illeciti ministeriali alla legislazione di diritto penale allora vigente, in base al brocardo *nullum crimen et nulla poena sine lege*¹³; il secondo, c.d. costituzionalistico, secondo cui la responsabilità dei ministri comprendeva anche tutte quelle condotte non tipizzate riconducibili a «palesi infrazioni statutarie»¹⁴, vale a dire le molteplici forme di illecito particolarmente gravi nella vita istituzionale¹⁵, compiute dai ministri in connessione alla violazione dei propri doveri istituzionali, anche se non previste da norme penali. In tali ipotesi l'uso del potere legale per fini diversi da quelli istituzionali poteva essere oggetto di responsabilità ministeriale e richiedere «una valutazione politica «discrezionale» da affidarsi all'organo rappresentativo»¹⁶; il terzo, c.d. del reato politico, prevedeva che l'illecito trovasse nelle funzioni ministeriali le ragioni del suo compimento e fosse, quindi, caratterizzato dall'intento politico dell'agente, tale da giustificare la deroga alla giurisdizione ordinaria¹⁷.

Comune a tali orientamenti era lo sforzo di ricercare il connotato della «ministerialità» del reato, quale «momento ulteriore a quello, sempre presupposto, che il reato fosse commesso

¹² Per una rassegna delle varie teorie formulate nel vigore dello Statuto Albertino, v. Texeira De Matos, *Accusa parlamentare e Responsabilità ministeriale*, Milano, 1909, *passim*, e, dopo la promulgazione della Costituzione, G. Scarlato, *I reati ministeriali*, Padova, 1982, 41 ss.; P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Milano, 2001, 1 ss. e, se si vuole, E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, Padova, 1997, 1 ss.

¹³ A. Bonasi, *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la Giurisprudenza*, Modena, 1874, 30 ss.; L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, Torino, 1895, 486; O. Quarta, *Sull'eccezione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria (Requisitoria in causa Nasi e Lombardo)*, in *Foro it.*, 1907, II, 281 ss. Per gli unici procedimenti di accusa in periodo statuario nei confronti dei ministri Giolitti (1895), Crispi (1897) e Nasi (1904-1907), v. L. Carlassare, *Consiglio dei ministri (art. 96)*, in *Comm. Cost. Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1994, 431 ss. e, occorrendo, E. Furno, *Lineamenti*, cit., 44 ss.

¹⁴ G. Scarlato, *I reati ministeriali*, cit., 46.

¹⁵ Ancora una volta V. Texeira De Matos, *Accusa parlamentare e Responsabilità ministeriale*, cit., 354; M. Siotto Pintor, *Della responsabilità dei Ministri e dell'Autorità competente a pronunciarsi in ordine ad essa*, in *Foro it.*, 1907, II, 371; M. Mancini, U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, 741 ss.

¹⁶ L. Carlassare, *Reato ministeriale e funzione del Parlamento nel procedimento d'accusa*, in *Processo Lockbeed*, suppl. a *Giur. cost.*, 1979, n.10, 254-255, che richiama l'insegnamento di B. Constant, *De la responsabilité des ministres*, Paris, 1815, in *Id.*, *Oeuvres complètes*, IX, 1, a cura di O. Devaux, K. Kloocke, Tubingen, 2001. Secondo il Constant, fautore della nota teoria del potere neutro in relazione all'allora vigente monarchia, la responsabilità ministeriale consegue al cattivo uso (*mauvais usage*) di un potere autorizzato dalla l., mentre non si estende agli atti *illégaux*, ovvero all'usurpazione e all'esercizio di un potere che la l. non conferisce, per i quali il ministro resta sottoposto alla giustizia ordinaria come ogni altro individuo (*Id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, II, Bruxelles, 1851, *passim*). In realtà, il Constant, sulla scorta della Charte del 1814, che prevedeva una responsabilità ministeriale solo per le fattispecie di tradimento e concussione, teorizzava «in sostanza una responsabilità politica per fatti giuridicamente non predeterminati e pregiudizievoli per l'interesse del paese; dal che l'idea di un potere libero (il cosiddetto «*arbitraire*») nella determinazione degli illeciti e delle sanzioni» (G. DI RAIMO, (voce) *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 1123), rimesso all'Assemblea rappresentativa.

¹⁷ Secondo G. Arangio Ruiz, *I reati dei Ministri e la Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 1895, XLII, 122 ss.: «...il fine politico deve intendersi ragione di Stato, interesse di governo, tutela delle istituzioni, necessità sociale: non può intendersi mai fine personale di partiti politici; dev'essere sempre uno scopo di carattere generale superiore ai partiti... non basti dire "fatto compiuto nell'esercizio delle funzioni", ma occorre si aggiunga "ed a causa delle medesime", in modo che non basti la funzione servita di mezzo o strumento, ma necessita che nella funzione sia lo scopo, la ragione, la spinta al compimento dell'atto». Lo stesso A. aggiunge: «deve essere un fatto che la ragione di Stato possa discriminare, mentre commesso da un individuo non rivestito della funzione di ministro debba portare necessariamente alla condanna». V. pure E. Gianturco Jr., *Contributo alla dottrina dei reati ministeriali*, in *Arch. giur.*, Modena, 1900, V, 420 ss., ed E. Arduino, *Il reato ministeriale*, in *La Riforma sociale*, 15 febbraio 1889, secondo cui «il Ministro non deve essere giudicato alla stessa stregua di ogni altro cittadino, potendo egli addurre in sua discolpa cause e giustificazioni di ordine politico, che il potere giudiziario non sarebbe in grado di valutare convenevolmente».

nell'esercizio delle funzioni»¹⁸.

3. La nozione di reato ministeriale: le tesi sul reato funzionale. Il panorama dottrinario, formatosi alla luce della prima versione dell'art. 96 Cost.¹⁹ e sulla scorta della l. costituzionale 11 marzo 1953, n. 1²⁰, pur concordando sul carattere penale degli illeciti ministeriali²¹, non si differenziava sostanzialmente da quello statutario, concentrandosi ogni problema interpretativo sul significato della locuzione «commessi nell'esercizio delle proprie funzioni»²².

A grandi e sommarie linee²³, oltre al risalente criterio della mera «contestualità» cronologica con l'esercizio delle funzioni ministeriali²⁴, è possibile individuare un primo orientamento, secondo cui i reati ministeriali consistono negli illeciti commessi con abuso dei propri poteri o delle funzioni di competenza, in modo che il reato è collegato da un rapporto di causalità e non di mera occasionalità cronologica con le specifiche attribuzioni ministeriali²⁵.

Altri Autori, richiamando l'art. 61, n.9, c.p., che introduce una circostanza aggravante quando l'agente abbia commesso il fatto «con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti all'ufficio ricoperto»²⁶, individuano come ministeriale il c.d. reato «proprio» del ministro, commesso, in quanto pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni ministeriali. Quindi, sono ministeriali quei «reati in cui la qualità soggettiva di pubblico ufficiale assume, secondo i casi, rilevanza costitutiva o modificativa della punibilità [...]»²⁷.

In tale filone si possono collocare anche coloro che pongono in evidenza «il mezzo» attraverso cui è commesso il reato, cioè l'uso illecito del potere collegato alla qualità personale del titolare dell'ufficio costituzionale²⁸, pervenendo così ad una interpretazione suscettibile

¹⁸ L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 431.

¹⁹ Secondo l'originaria formulazione dell'art.96 Cost., «Il Presidente del Consiglio dei Ministri e i ministri sono posti in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni». Per A. Pizzorusso, *I reati ministeriali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 1715, la mancanza dell'articolo «i» prima della parola «reati» serviva a distinguere le condotte delittuose da sottoporre alla giurisdizione speciale, da tutte le altre rientranti nella giurisdizione ordinaria.

²⁰ L. cost. 11 marzo 1953, n.1, recante le *Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*.

²¹ L'art.15, cO. 2, l. cost. di attuazione n.1 dell'11 marzo 1953, seppur in modo ambiguo, disponeva: «Le norme contenute nelle leggi penali relative alla sussistenza del reato, alla punibilità ed alla perseguibilità sono applicabili nei giudizi di accusa nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, ma la Corte può aumentare la pena fino a un terzo anche oltre la misura stabilita, in caso di circostanze che rivelino l'eccezionale gravità del reato. La Corte può infliggere, altresì, le sanzioni costituzionali e amministrative adeguate al fatto».

²² G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1134.

²³ Per una rassegna organica delle diverse teorie, sia consentito rinviare per brevità a E. Furno, *Lineamenti*, cit., 123 ss.

²⁴ F. Chiarotti, *La giurisdizione penale della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 854 ss.; E. Lignola, *Note in tema di responsabilità del Presidente della Repubblica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 412 ss.; G. Contini, *Sulla natura giuridica dell'accusa parlamentare ex art.96 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 627 ss.

²⁵ O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1941, VIII edizione, 256, secondo cui «è reato ministeriale quello che il ministro compie come tale, cioè abusando della carica che ricopre e dell'autorità che essa conferisce». Tale orientamento è stato ribadito dall'A. anche nelle edizioni successive alla Costituzione (*Ibidem*, II, Milano, 1949, 117); G. Leone, *Elementi di diritto processuale penale*, Napoli, 1956, 555 ss.; L. PRE' TI, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1954, 49 ss. Per A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 386, trattasi della teoria del *nesso solo occasionale*, nel senso che il reato non sarebbe stato consumato senza un avvalimento del ruolo e, come tale, non coincide con una mera contestualità cronologica.

²⁶ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1138; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 406-407; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 465; G. Scarlato, *I reati ministeriali*, cit., 85 ss.

²⁷ Per tutti G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1136-1137.

²⁸ Per P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, XI edizione, Padova, 2007, 144, trattasi di reati comuni commessi, «più che nell'esercizio delle pubbliche funzioni, grazie alla presenza di quelle funzioni»; F. Pierandrei, (voce)

di abbracciare la totalità degli illeciti ministeriali.

Secondo tale orientamento, avallato anche dalla giurisprudenza della Cassazione²⁹, la tesi «funzionale» deve intendersi in modo estensivo, quale necessaria «strumentalità tra la carica di ministro e la commissione del reato», per cui sono ministeriali i reati «che possono compiersi solo da chi è ministro e perché è ministro»³⁰, ampliando così oltremodo la latitudine di tali illeciti.

3.1. Le tesi sul reato politico. Nel tentativo di restringere il concetto del reato ministeriale, altri ritengono non essere sufficiente un reato commesso nell'esercizio delle sue funzioni a radicare il foro speciale costituzionale, essendo necessario anche l'ulteriore requisito della «politicalità» dell'illecito.

Secondo tale tesi, la natura politica del giudizio tipico della responsabilità penale dei ministri finisce con il riverberarsi anche sulla politicalità del reato qualificabile come ministeriale³¹, alla luce della norma di cui all'art. 8, co. 3, c.p.³², relativa al criterio della natura dell'oggetto leso (delitto «oggettivamente» politico) o al criterio dello scopo e del movente soggettivo dell'agente (delitto *soggettivamente* politico)³³ o, ancora, ad entrambi i criteri contemporaneamente.

La presenza del fine «politico» viene considerato il criterio differenziatore del reato ministeriale dal reato comune, diventando lo spartiacque tra il «foro privilegiato» della Corte costituzionale e quello dell'autorità giudiziaria ordinaria³⁴.

Stante la difficoltà di discernere il reato comune dal reato ministeriale, dottrina più recente restringe ulteriormente la formula costituzionale, prendendo a base una nozione circoscritta e specifica di reato ministeriale come «l'atto commesso «per l'esercizio, a causa della funzione di ministro, per un fine di pubblico interesse», non già l'atto compiuto in occasione od a mezzo della funzione», tanto che solo in esso si rinviene «lo scopo, la ragione, la spinta al compimento dell'atto»³⁵.

Corte costituzionale, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 1026, parla di «reati compiuti a causa o in occasione delle attività ministeriali o in connessione con esse»; T. Martines, *Diritto costituzionale*, XVI edizione riveduta da G. Silvestri, Milano, 2022, 417, ritiene trattarsi di reati comuni commessi dai ministri «in occasione ed a causa dell'esercizio delle loro funzioni ed abusando del potere loro conferito».

²⁹ Secondo Cass., Sezioni unite, 20.7.1994, n.14, con note di G. Santacroce, *La delimitazione della categoria dei reati ministeriali tra interpretazione e l. costituzionale di riforma*, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 130 ss., e di G. Di Raimo, *In margine a recenti orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di procedimenti per reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 1994, 4171 ss.: «Così come il nesso di mera occasionalità con l'esercizio delle funzioni non può essere equiparato ad un rapporto di oggettiva connessione, altrettanto arbitrario sarebbe arricchire quel rapporto di ulteriori elementi qualificanti, come l'abuso dei poteri o delle funzioni, o la violazione dei doveri d'ufficio, non richiesti dalla l., né suggeriti da una corretta interpretazione». Più di recente Cass., Sezioni Unite, 2 dicembre 2008, n.28540.

³⁰ G. Zagrebelsky, *Procedimento e giudizi di accusa*, cit., 907, nonché G. Vassalli, *I reati ministeriali tra interpretazione e riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, 768.

³¹ Così L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020, 46.

³² Art. 8, co. 3, c.p.: «Agli effetti della l. penale, è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici».

³³ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1141. Condividono tale tesi, *ex aliis*, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1950, 449 ss.; P. Virga, *I reati ministeriali*, in *Jus*, 1954, 80 ss.; L. Sinagra, *Sul processo penale costituzionale*, Roma, 1966, 20 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, 581.

³⁴ V. Gianturco, *I giudizi penali della Corte costituzionale*, Milano, 1965, 57 ss.

³⁵ L. Carlassare, *Reato ministeriale*, cit., 271 ss., che attualizza tesi già sostenute da G. Arangio Ruiz (*I reati dei ministri*, cit., 122-124) e da O. Quarta nella sua *Requisitoria al processo Nasi (Sull'eccezione di incompetenza*, cit., 281 ss.).

Così, «il riconoscimento dell'esistenza di un movente (politico) tendente alla tutela di un interesse generale rappresenterà di regola la premessa del riconoscimento della sussistenza di un'ipotesi di reato ministeriale»³⁶, il cui particolare regime, unico privilegio accordato nell'interesse della collettività e non del singolo ministro, sarà contraddistinto soltanto da una «valutazione della rilevanza sociale del movente»³⁷.

Per L.A. Mazzarolli³⁸, la teoria dell'atto politico, proprio perché pone in evidenza il reato ministeriale quale comportamento spinto da un movente politico, può essere ripresa alla luce della riforma del 1989, che ne circoscrive l'operatività alle sole ipotesi tassativamente previste dall'art. 9, co. 3, della stessa legge costituzionale, quali uniche deroghe consentite alla sottoposizione dei ministri alla giurisdizione ordinaria.

Secondo tale tesi, solo quando la commissione del fatto di reato sia determinata dal perseguimento di un fine politico, si può giustificare la particolare procedura prevista per i reati ministeriali, mentre in tutti gli altri casi non vi è ragione per derogare alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

4. L'art. 96 Cost. Nonostante le laconiche ed ambigue previsioni statutarie³⁹, i Costituenti sciolsero solo in parte le problematiche sui reati ministeriali a lungo dibattute nel vigore dello Statuto Albertino⁴⁰, privilegiando il principio di legalità in materia penale attraverso la sostituzione del termine «reati» in luogo del riferimento ad «atti» commessi dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni⁴¹, presente nell'originario art. 90 del Progetto di Costituzione, destinato a divenire il futuro art. 96 Cost.⁴².

Ancora una volta il discrimine tra la giurisdizione ordinaria e quella speciale ministeriale correva sul crinale della verifica se i reati fossero stati commessi o meno dai ministri «nell'esercizio delle loro funzioni», restando questo l'unico elemento che accomunava la «nuova» stesura dell'art. 96 a quella precedentemente in vigore durante lo Statuto⁴³.

Per il resto il testo originario dell'art. 96 Cost., coordinato con gli artt. 134 e 135 Cost., disponeva che il Presidente del Consiglio ed i ministri fossero posti in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune per reati commessi nell'esercizio delle funzioni e giudicati dalla Corte costituzionale in composizione integrata⁴⁴, così sostituendo tale organo al Senato

³⁶ A. Pizzorusso, *I reati ministeriali*, cit., 1723.

³⁷ *Ibidem*, 1726.

³⁸ L.A. Mazzarolli, *Art. 96*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Comm. breve Cost.*, II edizione, Padova, 2008, 879.

³⁹ Parla di prassi statutaria frammentaria ed incerta M. Benvenuti, *Lo strano caso Diciotti. Diritti, rovesci e argomenti in una (brutta) pagina di diritto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2019, 60.

⁴⁰ C. Taormina, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Milano, 1978, 118, ricorda i «molti silenzi (che) caratterizzarono il dibattito in Assemblea Costituente; nulla fu detto sul significato da attribuirsi all'esercizio delle funzioni dalle quali può scaturire la specialità del reato ministeriale; nulla sulla tipologia; nulla sulla possibilità di ricomprendervi sia i delitti dolosi o colposi sia le contravvenzioni; nulla sull'importante tema della inclusione dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione tra i reati ministeriali».

⁴¹ A differenza di quanto previsto dall'art. 90 Cost., che, a proposito del Presidente della Repubblica, fa riferimento a determinati suoi «atti».

⁴² In accoglimento dell'emendamento Tosato, in *Atti Ass. Cost.*, seduta pomeridiana del 24 ottobre 1947, IV, 3559 ss., come ricordato da A. Ciancio, *Art. 96*, cit., 1861.

⁴³ L.A. Mazzarolli, *Art. 96*, cit., 878.

⁴⁴ Integrata da sedici giudici estratti a sorte da un elenco di 45 cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore che il Parlamento in seduta comune compila ogni nove anni mediante elezione e con le modalità stabilite per la nomina dei giudici ordinari (art. 135, ult. co., Cost.): tale norma è tuttora vigente per i giudizi di accusa nei confronti del Capo dello Stato. La presenza di giudici non togati, scelti dalle Camere con i voti anche delle minoranze, in numero superiore di uno rispetto ai giudici togati, mira a creare un collegio atto a saggiare la natura politica dei reati e, nel contempo, a rispecchiare la proporzione delle forze politiche presenti in

statutario costituito in Alta Corte di Giustizia.

Il tutto previa relazione della c.d. Commissione bicamerale inquirente⁴⁵, un comitato misto formato dai membri delle Giunte per le autorizzazioni a procedere del Senato e della Camera, avente il compito in origine di fornire la relazione istruttoria al Parlamento in seduta comune, ma con poteri successivamente ampliatisi fino a divenire decisori⁴⁶, tanto da suscitare la crescente ostilità della opinione pubblica.

Si passava, quindi, dalla giurisdizione speciale del Senato costituito in Alta Corte di Giustizia alla giurisdizione eccezionale, attribuita ad un organo a composizione prevalentemente politica, quale la Corte costituzionale integrata con i giudici aggregati⁴⁷, destinata a vagliare quei reati che «per la qualità dei loro autori, per le attività funzionali attraverso le quali vengono posti in essere, per le conseguenze che provocano sulla stabilità governativa, per la possibile complessità e delicatezza dei moventi ispiratori, per i riflessi che hanno sull'opinione pubblica, rivestono una indubbia rilevanza politica»⁴⁸.

Durante la discussione nell'Assemblea Costituente, scarsa attenzione venne dedicata ai reati ministeriali in quanto la problematica era già stata affrontata in occasione della redazione dell'art.85 del progetto di Costituzione, destinato a divenire l'art.90 Cost., sulla responsabilità del Capo dello Stato, «sicché le due procedure, nel testo finale varato dalla Costituente, finirono sostanzialmente per coincidere circa l'individuazione degli organi competenti al promovimento delle accuse ed al successivo giudizio»⁴⁹, da affidarsi quest'ultimo ad un organo *ad hoc* nella convinzione che la magistratura ordinaria fosse inidonea al riguardo.

Il tutto senza «possedere una chiara visione dei criteri normativi a cui la Corte in tal modo integrata si d(ovesse) ispirare nel valutare il comportamento delle autorità politiche ad essa deferite»⁵⁰.

Significativa al riguardo è la posizione di V.E. Orlando che, in sede di discussione del Progetto di Costituzione, ricordò non a caso i reati di cui si era dovuto assumere la responsabilità come

Parlamento, garantendo maggiore rappresentatività e neutralità dei giudici rispetto alle forze politiche di maggioranza.

⁴⁵ Nota quale «Commissione insabbiatrice» o «porto delle nebbie», tale Commissione poteva archiviare le accuse o esprimersi per il non luogo a procedere o, infine, chiedere all'aula parlamentare la messa in stato di accusa del ministro di fronte alla Corte costituzionale in composizione allargata.

⁴⁶ Per un quadro storico della normativa di attuazione, sia consentito rinviare a E. Furno, *Lineamenti*, cit., 93 ss. L'ambiguità della normativa era già presente nell'art.15, c. 2, l. cost. di attuazione n. 1/1953, ma è con la successiva normativa di attuazione che viene stravolto il meccanismo del procedimento per la messa in stato di accusa. Infatti, con la l. n.87/1953, e, soprattutto, con la l. n. 20/1962, ed i Regolamenti parlamentari per i procedimenti di accusa con le loro distorte applicazioni concrete vennero ampliati i poteri della Commissione inquirente fino ad attribuirle, oltre a quelli istruttori, poteri decisori anche definitivi, nonché coercitivi e cautelari, al fine di «rendere quanto più possibile difficoltosa la procedura accusatoria in modo che un'eventuale denuncia contro un Ministro non riuscisse mai - o solo in casi davvero eccezionalissimi - ad arrivare al giudizio della Corte costituzionale» (L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 435). Al riguardo, risuonano profetiche le parole del solito ineffabile Constant: «*Les Ministres seront souvent dénoncés, accusés quelquefois, condamnés rarement, punis presque jamais*» (B. Constant, *Principes de Politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815) rist. in Id., *Oeuvres complètes*, cit., IX, 2, 767).

⁴⁷ Nota P. Veronesi, *I reati ministeriali ieri e oggi sotto la lente (a latere del "caso Almasri")*, in *Giur. cost.*, 2024, 2860, come «nel transito dall'originaria disciplina statutaria della forma di governo - una monarchia costituzionale - all'opzione per il modello parlamentare - accolto poi anche nella Costituzione repubblicana - si coglie la progressiva trasformazione dell'istituto: da strumento "antagonista" - arma da brandire contro l'esecutivo filomonarchico - esso s'è convertito in un mezzo declinato a fini oggettivamente difensivi» della maggioranza governativa, che fa quadrato attorno ai «propri» ministri», divenendo un privilegio personale di sostanziale immunità (v. anche L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 423 ss.).

⁴⁸ Così G. Scarlato, (voce) *Reati ministeriali*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1.

⁴⁹ Così A. Ciancio, *Art. 96*, cit., 1861.

⁵⁰ R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, cit., 560.

Primo Ministro, motivati da ragioni di pubblico interesse preminente, e, come tali, perseguibili senza un «filtro» di una valutazione politico-istituzionale: «Il Ministro ha bisogno di un giudice politico, se il suo reato è ministeriale. [...] Io non so quanti reati abbia commessi; e non soltanto durante la guerra, quando dovevo rilasciare passaporti falsi e giunsi allora perfino ad organizzare il furto di una cassaforte»⁵¹.

Da ciò la tesi del rilievo politico dei reati commessi dai ministri, con la necessità di deferire il relativo giudizio ad un giudice politico, munito della opportuna sensibilità, quali le stesse Camere, già titolari della messa in stato di accusa.

Tale tesi non venne accolta per la necessità di separare la responsabilità giuridica penale da quella politica, tipica degli organi elettivi, per cui, una volta affidata la titolarità dell'accusa alle Camere, non era opportuno investire le stesse anche del conseguente giudizio penale⁵².

Ebbe così origine il processo penale costituzionale a carico dei ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, che, ai sensi dell'originario art. 96 Cost., integrato dagli artt. 134 e 135 Cost., attribuiva al Parlamento in seduta comune l'accusa ed alla Corte costituzionale in composizione allargata la competenza a giudicare sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica e dei ministri.

Restava altresì acclarato che, per radicare la giurisdizione penale della Corte costituzionale, non fosse più sufficiente il solo requisito soggettivo dell'autore (la qualifica ministeriale), ma occorresse, soprattutto, quello oggettivo, cioè l'esistenza di un reato «ministeriale»⁵³, commesso, cioè, nell'esercizio delle funzioni ministeriali⁵⁴, mentre la cognizione dei reati commessi dai ministri al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni veniva lasciata all'autorità giudiziaria ordinaria.

In realtà, il sistema parlamentare di accusa, così come complessivamente venutosi ad articolare (relazione della Commissione inquirente, messa in stato di accusa votata a maggioranza assoluta dal Parlamento in seduta comune⁵⁵ e giudizio dinanzi alla Corte costituzionale integrata) veniva sistematicamente impiegato nei primi quarant'anni di storia repubblicana come mezzo di copertura delle responsabilità dei membri del governo⁵⁶, sia per la prassi degenerativa della Commissione tendente ad insabbiare le richieste di messa in stato di accusa, sia per le obiettive difficoltà di raggiungere l'elevatissimo *quorum* della maggioranza assoluta nel Parlamento in seduta comune⁵⁷.

⁵¹ V.E. Orlando, *Atti Ass. Cost.*, seduta del 10 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, (a cura del) Segretariato generale della Camera dei Deputati, vol. I, Roma, 1970, 294. L'illustre A. ha sempre riconosciuto al governo «la facoltà (che può essere un dovere preciso, nel caso di autentico pericolo pubblico) di agire ed ordinare contro la l. (Id., *Il diritto di necessità e i decreti l.*, (1925), rist. in Id., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, 1940, 350).

⁵² A. Ciancio, *Art. 96*, cit., 1862.

⁵³ G. Zagrebelsky, *Procedimento e giudizi di accusa*, cit., 906, e Corte cost., sentenza n. 125/1977, in *Giur. cost.*, 1977, 1087 ss.

⁵⁴ Secondo Corte cost., sentenza n. 125/1977, punto 3 cons. dir., nell'art. 96 Cost. «prevale l'elemento oggettivo su quello soggettivo» ed «esige, cioè, per la sussistenza e la perseguibilità del reato, non solo una determinata posizione giuridica dell'agente e in particolare che esso sia ministro o Presidente del Consiglio, ma che abbia commesso nell'esercizio delle funzioni ministeriali un fatto previsto e punito dalla l. penale».

⁵⁵ L'art. 17, co. 1, l. n. 20/1962 e l'art. 27, ult. co., del regolamento parlamentare richiedevano anche per la messa in stato d'accusa dei ministri la maggioranza assoluta. Osservava C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1465: «incostituzionale (è) l'art. 27 reg. parlam. cit. che richiede per la messa in stato di accusa dei ministri la deliberazione a maggioranza assoluta del parlamento, mentre l'esigenza di tale maggioranza è stabilita dall'art. 90 Cost., solo per i procedimenti penali contro il presidente della repubblica, ed invece l'art. 96 nulla dice al riguardo per quelli relativi ai reati ministeriali».

⁵⁶ A. Ciancio, *Art. 96*, cit., 1862.

⁵⁷ Esempio al riguardo il caso dell'on. Trabucchi, già ministro delle finanze, accusato di abuso di potere in ordine ad atti relativi alla gestione del monopolio dei tabacchi, per aver deliberatamente tentato di favorire

A seguito di una iniziativa referendaria, volta ad abrogare l'intera prima parte (artt.1-16) della l. n. 20/962, veniva approvata, in tutta fretta, allo scopo di evitare la consultazione popolare, la l. n. 170/1978⁵⁸, che, nel tentativo di ricreare quell'organo referente disegnato dalla normativa costituzionale, confermava la Commissione inquirente nelle sole funzioni istruttorie, la dotava degli stessi poteri e con le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria previsti dall'art. 82 Cost. per le Commissioni di inchiesta⁵⁹, ma le sottraeva il potere di decidere in via definitiva sulle accuse: a richiesta di un terzo dei parlamentari si sarebbe comunque pronunciato il Parlamento in seduta comune⁶⁰.

Ma anche così, nonostante l'approvazione nel 1979 del nuovo regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa, permanevano le illegittimità del sistema della giustizia politica, quali l'incostituzionale *quorum* della maggioranza assoluta dei membri del Parlamento in seduta comune necessario per la delibera di accusa e, soprattutto, il potere della Commissione di archiviazione della *notizia criminis* per manifesta infondatezza.

Tale meccanismo di «giustizia politica» si risolveva, quindi, in una sostanziale impunità dei ministri indagati fino a quando il «processo Lockheed»⁶¹ - il primo ed unico processo giunto all'attenzione della Corte costituzionale integrata-non rese palese il «sovradimensionamento» del procedimento di accusa e «dei costi rispetto al risultato»⁶² di un processo penale affidato, peraltro per un comune reato di corruzione, all'organo delle garanzie costituzionali qual è la Consulta.

In tale clima maturò la richiesta referendaria di abrogazione della l. n. 170/1978, che avrebbe condotto, a seguito dell'esito plebiscitario del referendum abrogativo dell'8 e 9 novembre 1987⁶³, al definitivo tramonto non solo della Commissione inquirente, ma dell'intero

determinate società italiane in operazioni di importazione di tabacco. Nella seduta conclusiva del 20 luglio 1965, il procedimento di accusa fu paralizzato, nonostante il voto favorevole della maggioranza dei parlamentari, per non essere stata raggiunta la maggioranza assoluta (voti favorevoli 461, voti contrari 440, maggioranza assoluta 476), in *Atti Camera dei Deputati-Senato della Repubblica*, seduta comune 16 -20 luglio 1965, 349.

⁵⁸ L. 10 maggio 1978, n. 170, recante *Nuove norme sui procedimenti di accusa*. Su tale legge, P. Costanzo, *Osservazioni a margine della l. di riforma della Commissione inquirente*, in *Temi*, 1978, 269 ss., e G.M. Salerno, *Processo all'inquirente (Un dibattito)*, in *Dir. soc.*, 1978, 395 ss.

⁵⁹ Art. 4, co. 4, l. n.170/1978.

⁶⁰ L'art.18 del regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa, approvato con delibere del Senato (7 febbraio 1979) e della Camera (14 marzo 1979), prevedeva un controllo della minoranza sull'archiviazione decisa dalla Commissione con un *quorum* inferiore ai quattro quinti: entro cinque giorni dalla comunicazione dell'ordinanza alle assemblee, un terzo dei componenti del Parlamento poteva richiedere che la Commissione relazionasse alle Camere riunite entro sei mesi.

⁶¹ Deciso da Corte cost., sentenza 1° marzo-2 agosto 1979, in *Processo Lockheed*, cit., 96 ss. Il caso vide coinvolti i ministri Rumor, Gui e Tanassi per una comune storia di corruzione. A seguito della deliberazione di messa in stato di accusa adottata dal Parlamento in seduta comune nella seduta del 3-10 marzo 1977, essendosi raggiunta per la prima volta, probabilmente per il clamore mediatico, la maggioranza necessaria, vennero rinviati a giudizio, in unione con altri imputati laici, i ministri Tanassi e Gui, ma soltanto il primo venne condannato a due anni e quattro mesi di reclusione, al pagamento di una multa, all'interdizione temporanea dai pubblici uffici ed alla decadenza dall'ufficio di deputato. Tale processo paralizzò i lavori della Corte per oltre due anni e causò un notevole accumulo di arretrato nel lavoro della Consulta, distolta per molti mesi dalle sue ordinarie funzioni di controllo della legalità costituzionale.

⁶² A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008, 494, secondo cui «è apparso veramente dannoso rallentare (fino ai limiti della paralisi) il lavoro ordinario della Corte, impegnandola in un procedimento che, dopo l'accusa parlamentare (nella quale ogni valutazione politica risultava «consumata»), in definitiva veniva a concernere comuni reati di corruzione (o concussione), per il fatto che questi erano imputati a Ministri».

⁶³ A. Morrone, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Bologna, 2022, 102 ss., ricorda come i voti favorevoli all'abrogazione della l. n. 170/1978 ottennero per la prima volta la maggioranza dei voti validi nella misura dell'85%, mentre i voti contrari risultarono solo il 15% dei voti. Per G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2012, 513, tale referendum «assunse il valore di una ribellione

previgente sistema di giustizia politica. Era ormai palese che l'opinione pubblica non era più disposta a tollerare che i ministri si sottraessero all'accertamento delle loro responsabilità nelle forme proprie della giurisdizione ordinaria penale ex art. 112 Cost. e la anacronistica permanenza di un «foro privilegiato» loro riservato.

5. La l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1. In tale contesto, nel corso della X legislatura, veniva approvata la l. cost. n. 1/1989⁶⁴, che, insieme alla l. n. 219/1989⁶⁵, ha radicalmente innovato il quadro ordinamentale, sancendo il tramonto del previgente sistema di giustizia politica e di quel regime di sostanziale impunità, cui aveva dato luogo l'originario processo penale costituzionale⁶⁶.

L'art. 1, l. cost. n. 1/1989 ha interamente sostituito l'art. 96 Cost., che da allora dispone che «Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, anche se cessati dalla carica, s(ia)no sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con l. costituzionale».

Lo scopo della novella è quello di sottrarre la funzione giurisdizionale penale ministeriale alla Corte costituzionale, come originariamente previsto dall'art. 134 Cost., e di attribuirla all'autorità giudiziaria ordinaria, sebbene attraverso un procedimento ancora connotato di specialità.

La riforma del 1989, quindi, da un lato, segna la fine della giurisdizione della Corte costituzionale per i reati ministeriali, accompagnata dalla scomparsa, oltre che della Commissione inquirente, anche della messa in stato di accusa da parte del Parlamento in seduta comune; dall'altro, stabilisce la piena e completa sottoposizione dei ministri e degli ex ministri alla magistratura ordinaria, previa soltanto l'autorizzazione di una delle due Camere e l'esperimento delle indagini preliminari da parte da un apposito collegio di magistrati ordinari, il c.d. Tribunale dei ministri⁶⁷.

Evidente, infatti, l'intento del legislatore della riforma di far «sostanzialmente rientrare i meccanismi di responsabilità penale speciale dei Ministri nell'alveo della legalità ordinaria»⁶⁸, tendenzialmente equiparando la materia ai meccanismi della giustizia comune⁶⁹, seppur facendo salvo un intervento parlamentare nell'ipotesi in cui ricorrano le tipizzate e

dell'opinione pubblica nei confronti di un istituto considerato inefficace, partigiano e, nella realtà, destinato più alla copertura degli scandali di regime che alla loro repressione».

⁶⁴ L. cost. n. 1/1989, recante *Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della l. costituzionale 11 marzo 1953, n.1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione* V. pure la successiva l. n. 219/1989, nonché il Regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa, approvato con deliberazioni del Senato (7 giugno 1989) e della Camera dei Deputati (28 giugno 1989), e gli artt. 18-bis, 18-ter e 18-quater, R.C. e 135-bis R.S.

⁶⁵ L. n. 219/1989, recante *Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione*. Trattasi della l. ordinaria di attuazione della riforma del 1989, volta a regolare aspetti procedurali non chiariti dalla normativa di rango costituzionale.

⁶⁶ Per un commento a tale legge si vedano, almeno, i contributi di L. Elia, L. Carlassare, L.A. Mazzaroli, T. Padovani, A. Toschi, in *Leg. pen.*, 1989, 465 ss.; A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depolitizzazione*, Milano, 2000, 209 ss., e, se si vuole, E. Furno, *Lineamenti*, cit., 141 ss.

⁶⁷ Il Tribunale dei Ministri è una sezione specializzata del Tribunale ordinario competente per i reati commessi dal Presidente del Consiglio e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni. È composto da tre magistrati effettivi e tre membri supplenti, estratti a sorte ogni due anni in ogni distretto di Corte d'Appello tra coloro che abbiano da almeno cinque anni la qualifica di magistrato di tribunale oppure una qualifica superiore (art. 7, c. 1, l. cost. n. 1/1989).

⁶⁸ In termini, T.F. Giupponi, *Perseguibilità penale dei membri del governo*, in R. Orlandi, A. Pugiotto (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, 2005, 357 ss.

⁶⁹ A. Ciancio, *Art. 96*, cit., 1864.

funzionalizzate esimenti di cui all'art.9, comma 3, della l. di riforma⁷⁰, costituenti delle espresse «condizioni di procedibilità» dell'azione penale⁷¹, che estinguono definitivamente l'azione penale.

A norma dell'art. 9, c. 3, l. cost. n. 1/1989⁷², «L'assemblea si riunisce entro sessanta giorni dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente della Camera competente e può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti⁷³, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo».

Trattasi di un evidente compromesso legislativo tra l'auspicato progetto di riforma, tendente alla abolizione *tout court* di ogni ingiustificato privilegio e di ogni anacronistica deroga al comune regime processuale, e la volontà di conservare comunque un «filtro politico» dell'organo parlamentare, seppur nella sua restaurata e più moderna funzione di tutela dell'attività dell'esecutivo, in vista di reati commessi in funzione dell'interesse superiore dello Stato e/o di preminenti interessi pubblici⁷⁴.

Netta, quindi, l'inversione di tendenza rispetto al precedente sistema, in quanto le Camere

⁷⁰ Corte cost., sentenze nn. 87/2012 e 88/2012, punto 5.1 cons. dir., secondo cui il sindacato della Camera «può e deve essere limitato all'apprezzamento, in termini insindacabili se correttamente motivato, della sussistenza dell'interesse qualificato a fronte del quale l'ordinamento stima recessive le esigenze di giustizia del caso concreto».

⁷¹ Gli artt. 2, co. 1, e 4, c. 1, l. n. 219/1989 definiscono espressamente tale autorizzazione a procedere quale «condizione di procedibilità». Concordano in tale senso G. Di Raimo, *La l. costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 598 ss., G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 465, F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, in *Boll. inf. cost. parl.*, 2, 1988, 100 ss., e L.A. Mazzaroli, *Commento all'art.9 l. cost. n.1/1989*, in *Leg. pen.*, 1989, 506. *Contra*, A. Manzella *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 466, secondo cui trattasi di autorizzazione a procedere in quanto «non siamo, infatti, nel campo delle condizioni di procedibilità, ma in quello delle cause di giustificazione. La delibera parlamentare nega l'antigiuridicità del fatto; ha effetti estintivi sul reato; è molto di più di un mero impedimento al processo». Ritengono altresì trattarsi di cause di giustificazioni, *ex multis*, A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri: disegno costituzionale e l. di riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 74; C. Murgia, *La giustizia politica*, cit., 115 ss.; A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 391, parla di «cause di giustificazione (*extra ordinem*), valutate nella forma dell'autorizzazione, il cui ricorrere esclude l'antigiuridicità del fatto», operando la relativa delibera «nei confronti di tutti coloro che abbiano concorso nel porlo in essere», e G. Scaccia, *Camere e Tribunale dei Ministri: primi problemi applicativi della l. cost. 16 gennaio 1989 n.1*, in *Giur. cost.*, 1995, II, 2086, che ritiene trattarsi di una condizione di procedibilità *sui generis* in quanto l'intervento parlamentare «non sovrappone al giudizio di illiceità della legge penale un giudizio di liceità *ex Constitutione*, ma si appaga di produrre effetti meramente processuali di arresto del procedimento».

⁷² A norma dell'art.135-*bis*, c. 8, R.S., «se la Giunta abbia proposto la concessione dell'autorizzazione e non siano state formulate proposte intese a negarla, l'Assemblea non procede a votazioni intendendosi senz'altro approvate le conclusioni della Giunta. In caso diverso sono poste in votazione le proposte di diniego dell'autorizzazione, che si intendono respinte qualora non conseguano il voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti dell'Assemblea». Tale modifica del Regolamento del Senato conferma, ove mai ve ne fosse ancora bisogno, come la *ratio* della riforma fosse quella di facilitare il raggiungimento del *quorum* per la procedibilità del giudizio penale nei confronti dei ministri per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni.

⁷³ Nella specie, la prescritta maggioranza assoluta opera in senso inverso a quanto accadeva per il passato, ove la previgente normativa richiedeva, con disposizione certamente incostituzionale, la maggioranza assoluta per la messa in stato di accusa. La legge di riforma del 1989 capovolge la prospettiva ed è come se preveda, in via ordinaria, nei confronti del ministro inquisito, l'autorizzazione a procedere, da denegarsi solo in via eccezionale, a maggioranza assoluta e nelle ristrette ipotesi di cui all'art.9, c. 3, da parte della Camera competente.

⁷⁴ L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 447: «si sono distinte due fasi, attribuite ad organi di diversi poteri: le indagini sul fatto e una prima valutazione in ordine alla fondatezza delle accuse all'autorità giudiziaria; una valutazione di natura politica all'Assemblea». Quello dell'organo parlamentare è, infatti, per la stessa Autrice, un «giudizio politico, la discrezionalità sicuramente permane, ma ne è stato circoscritto il campo e precisato l'oggetto».

possono solo valutare la sussistenza di preminenti interessi pubblici, senza alcun vaglio della fondatezza degli addebiti o della sussistenza di un *fumus persecutionis*⁷⁵, facendo così uscire la responsabilità dei ministri «da quel cono d'ombra in cui l'aveva costretta il modello previgente di giustizia politica»⁷⁶.

6. Le scriminanti ex art. 9, co. 3, l. cost. n. 1/1989. Come puntualmente rilevato da L. A. Mazzarolli, «il terzo comma dell'articolo in esame è senza dubbio quello che risulta più impegnativo per l'interprete e, del resto, quello che ha dato più da pensare in fase di approvazione della l. costituzionale»⁷⁷.

Nel corso del dibattito parlamentare in seno alla Commissione affari costituzionali del Senato, dal testo originario della nona legislatura, che stabiliva che la Camera competente si riunisse per deliberare se l'inquisito avesse agito, nell'esercizio delle sue funzioni, a tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente preminente, si passò, in un processo di «elasticizzazione discrezionale e generica dell'attuale previsione normativa»⁷⁸, alla formula dell'interesse costituzionalmente rilevante, dando origine a due diverse ipotesi scagionatrici: alla «tutela di un interesse costituzionalmente rilevante» si aggiunse il «perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo», così diversificando le esimenti.

Il diniego di autorizzazione non riguarda la qualificazione giuridica del fatto ascritto al ministro, che è di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria, per cui non è possibile alle Camere negare o disconoscere l'antigiuridicità del comportamento ministeriale: la Camera competente è tenuta a «deliberare “come se” esistesse il reato per cui il Collegio di prima indagine richiede l'autorizzazione»⁷⁹; la deliberazione camerale, costituendo un apprezzamento politico sullo scopo della condotta illecita, «è giudizio politico, la discrezionalità sicuramente permane, ma ne è circoscritto il campo e precisato l'oggetto»⁸⁰.

Al riguardo, la novella costituzionale non attribuisce alla Camera competente una valutazione discrezionale assolutamente libera nel fine, ma, stabilendo in modo tassativo i criteri, in base ai quali esclusivamente l'autorizzazione può essere negata, limita l'organo parlamentare,

⁷⁵ Netta anche la sostanziale distinzione fra quanto previsto dall'art.9 della l. cost. n. 1/1989 e le immunità parlamentari ex art. 68 Cost., non essendo prevista nella disciplina dei reati ministeriali la tutela contro il *fumus persecutionis*. Per F. Sorrentino, *Tra regola ed eccezione: eguaglianza e immunità*, in *Leg. pen.*, 2012, 742, «mentre l'art. 68 Cost. protegge la persona del parlamentare contro azioni persecutorie, l'art.96 Cost. protegge direttamente la funzione di governo, allorché essa sia volta a perseguire l'interesse dello Stato, e, in questo caso, ma solo in questo, consente la sottrazione dei componenti del governo all'azione della giustizia penale». Per A. Ciancio, *Il reato ministeriale*, cit., 236: «L'aspetto di più rilevante distinzione concerne la circostanza che l'autorizzazione al procedimento per i reati ministeriali non può investire il *fumus persecutionis*, che costituiva, viceversa, l'oggetto principale della valutazione rimessa dall'abrogata norma contenuta nell'art.68 Cost. al ramo di volta in volta competente».

⁷⁶ L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali*, cit., 43. Per una ricognizione dei numerosi procedimenti per reati ministeriali nelle prime applicazioni della riforma, G. Tarli Barbieri, *Il procedimento per i reati ministeriali a venti anni dall'entrata in vigore della l. costituzionale n. 1 del 1989*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Dell'organizzazione costituzionale*, II, Napoli, 2009, 725 ss., e M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, n.3/2014, 1 ss.

⁷⁷ L.A. Mazzarolli, *Commento all'art.9*, in L. Elia, L. Carlassare, L.A. Mazzarolli, T. Padovani, A. Toschi, *Commento alla l. cost. 16 gennaio 1989, n.1*, in *Leg. pen.*, cit., 505.

⁷⁸ Secondo quanto già argomentato nel nostro *Lineamenti*, cit., 172-173, ed in precedenza in *Profili della responsabilità penale ministeriale*, in *Dir. soc.*, 1993, 625, cui sia consentito rinviare.

⁷⁹ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, in L. Elia, L. Carlassare, L.A. Mazzarolli, T. Padovani, A. Toschi, *Commento alla l. cost. 16 gennaio 1989, n.1*, cit., 472, oppure in *Scritti in memoria di Antonino De Stefano*, Milano, 1990, 63 ss.

⁸⁰ L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 447.

obbligandolo a motivare «congruamente» in ordine all'applicabilità di tali criteri⁸¹.

Nel caso che l'Assemblea neghi l'autorizzazione ai sensi dell'art. 9, co. 3, l. n. 1/1989, il Tribunale dei ministri dovrà chiudere il procedimento o, se del caso, sollevare un conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale, ritenendo la delibera camerale adottata in violazione dei presupposti di l. e/o carente di motivazione⁸².

È chiaro, infatti, che l'obbligo di motivazione del diniego di autorizzazione a procedere nei confronti del ministro inquisito e la puntuale previsione legislativa delle ipotesi giustificatrici dell'operato ministeriale non impediscono di certo l'eventualità che si possano contrabbandare per interessi costituzionalmente rilevanti e/o preminenti interessi pubblici fini ed interessi di parte, penalmente rilevanti⁸³; e ciò in contrasto con Corte cost. 21 gennaio 1975, n. 13, secondo cui «il normale corso della giustizia penale non può essere paralizzato a mera discrezione degli organi parlamentari»⁸⁴.

Spetta, dunque, al Parlamento negare, a maggioranza assoluta, i reati da giustificare ove ritenga che il ministro abbia agito per la tutela di un «interesse dello Stato costituzionalmente rilevante» oppure per il perseguimento di un «preminente interesse pubblico» nell'esercizio della funzione di Governo.

Non manca chi rinviene in tali scriminanti l'avallo della teoria del reato politico, che sarebbe «l'unica che ri(usciva) a fornire una giustificazione coerente e non arbitraria allo spostamento di competenza dall'autorità giudiziaria [...] (tanto più ora essa) può guadagnare di incisività sol con il porre l'accento sulla possibilità, riconosciuta dallo stesso legislatore costituzionale, che il comportamento criminoso dell'agente possa essere dettato da ragioni gravi ma, al tempo stesso, quantomeno scusabili»⁸⁵.

A sostegno del criterio della finalità politica quale connotato di ministerialità alla luce della riforma del 1989, è stato affermato che reato ministeriale sarebbe quello commesso non solo nel perseguimento, ma anche nella violazione di interessi ritenuti dall'ordinamento «prioritari»⁸⁶, anche se, così opinando, si finisce con il ritagliare la figura del reato ministeriale

⁸¹ Corte cost., sentenza n. n. 87/2012 (punto 5.1 cons. dir.) e n. 88/2012, ove definisce l'apprezzamento della Camera insindacabile (solo) se congruamente motivato.

⁸² Sulla impugnabilità della delibera camerale di insindacabilità la dottrina è sostanzialmente concorde: *ex plurimis*, L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., 472; R. Pinardi, *Sul carattere di "insindacabilità" della delibera parlamentare in tema di autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 1993, 3188; P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte*, Milano, 1999, 135-136; M. Bellacosa, A. Celotto, (voce) *Reato ministeriale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, 606-607, secondo i quali può essere sollevato conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale, «per cogliere i vizi della pronuncia di rifiuto di autorizzazione al procedimento per i reati ministeriali, attraverso una valutazione del diniego che palesi l'irragionevolezza, per difetto dei presupposti minimi di identificazione delle ipotesi scriminanti».

⁸³ Volendo, E. Furno, *Lineamenti*, cit., 210 ss., sulla scia di quanto in precedenza affermato da Ead., *Profili della responsabilità penale ministeriale*, in *Dir. soc.*, 1993, 636.

⁸⁴ Corte cost. 21 gennaio 1975, n.13, in *Giur. cost.*, 1975, 54, ove prosegue: «potendo e dovendo arrestarsi unicamente nel momento in cui l'esercizio di questa (discrezione) verrebbe illegittimamente ad incidere su fatti soggettivamente ed oggettivamente ad essa sottratti e in ordine ai quali sia stata ritenuta la competenza degli organi parlamentari».

⁸⁵ L.A. Mazzaroli, *Art. 9*, cit., 879-880, nonché R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, 1994, 154.

⁸⁶ E. Furno, *Lineamenti*, cit., 220 ss.: «se l'azione penale è paralizzata dalla presenza di un "interesse costituzionalmente rilevante" e/o di un "preminente interesse pubblico", vuol dire che tali interessi sono stati ritenuti prioritari e prevalenti rispetto all'esercizio della giurisdizione e la qualifica di *ministeriale* spetta, quindi, esclusivamente a quei reati, per i quali si possa fondatamente opporre il perseguimento di tali interessi». *Contra*, A. Ciancio, *Il reato ministeriale*, cit., 139 ss.: «La revisione costituzionale, mediante lo spostamento della competenza a giudicare dei reati ministeriali dal giudice costituzionale al giudice ordinario e, connessamente, con la modifica del ruolo del Parlamento, chiamato soltanto a stimare l'esistenza delle esimenti previste dall'art. 9, l. cost. n. 1/1989, ha determinato, attraverso la spolticizzazione – se pur parziale, ma di particolar peso – del procedimento, una

sulla scorta della specialità del relativo procedimento⁸⁷.

Ma qual è il contenuto, il significato e la latitudine delle formule precettive indicate dal legislatore costituzionale come esimenti?

Trattasi di formule assai ambigue e nebulose⁸⁸, che sembrano rinvenire in una qualche forma di «ragion di Stato»⁸⁹ o, comunque, in una dimensione «*extra ordinem*»⁹⁰ oppure in uno «stato di necessità politico-costituzionale»⁹¹ o finanche nelle esigenze della «*salus rei publicae*»⁹² la causa di esclusione dell'antigiuridicità⁹³.

La prima fattispecie, apparentemente di più facile interpretazione, sembra fare riferimento a comportamenti ministeriali diretti a salvaguardare interessi direttamente o espressamente previsti dalla Costituzione. Lo stesso Leopoldo Elia, nel corso del dibattito parlamentare relativo ai lavori preparatori della riforma, sottolineava come il riferimento alla Costituzione fosse decisivo sia per l'interpretazione del requisito dell'interesse costituzionalmente rilevante, che comprende beni o interessi direttamente ed esplicitamente protetti nella carta costituzionale, che per quello relativo al preminente interesse pubblico, che comprende beni tutelati indirettamente o implicitamente in Costituzione⁹⁴, perché solo la tutela di valori costituzionalmente orientati può condurre a non applicare le cogenti norme penali⁹⁵.

Per Augusto Cerri, il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo si distingue dall'altro interesse dello Stato tipizzato in quanto volto alla salvaguardia di «valori e interessi avvertiti come fondamentali e tuttavia non previsti dalla Costituzione» perché, in caso contrario, si rientrerebbe nella «tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante»⁹⁶. Non v'è chi non veda come, in virtù dell'art.9, c. 3, della riforma, le Camere siano chiamate ad effettuare un bilanciamento tra la necessaria preminenza di taluni interessi rispetto ad altri, che degradano dinanzi ad una superiore esigenza di tutela dei primi, «cosicché la l. costituzionale appare aver introdotto una sorta di

depolitizzazione dello stesso reato ministeriale, così da adeguare la definizione costituzionale degli illeciti penali dei ministri alla natura che tali reati erano venuti ad acquistare nella prassi».

⁸⁷ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1144, nonché M. Angelini, *Rilievi sui reati ministeriali*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 2, 1994, 626 ss. V. anche le cit. Sezioni Unite, 20 luglio 1994, n. 14, secondo cui le scriminanti ex art. 9, co. 3, l. cost. n.1/1989 «sono criteri idonei a giustificare la concessione o la negazione dell'autorizzazione a procedere da parte del Parlamento, ma non certamente condizioni per la configurabilità dei reati ministeriali».

⁸⁸ Per G. Tranchina, (voce) *Autorizzazione a procedere per i reati ministeriali*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 484, i parametri valutativi richiamati dall'art.9 della l. cost. n.1/1989, sono «estremamente flessibili in quanto definiti da contorni abbastanza nebulosi».

⁸⁹ F. Meinecke, *Die Idee der Staatsrason in der neueren Geschichte*, 1924, trad. it., *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, 1977, 444, contrappone il diritto naturale e l'etica pubblica, da un lato, e le esigenze di conservazione e di accrescimento dello Stato, dall'altro. V., però, L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., 468, secondo cui questa contrapposizione non può essere confusa con il dualismo che ispira la scelta dei parametri valutativi ex art. 9 della riforma costituzionale e, cioè, «da contrapposizione tra diritto costituzionale e diritto legislativo, tra *jus positum* che ha fonte nella Costituzione e quello posto dalla fonte 1. Non tutto ciò che è tutelato a livello di Costituzione, infatti, riceve tutela in sede di leggi».

⁹⁰ A. Cerri, (voce) *Giudizio e procedimento di accusa*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 7.

⁹¹ A. Ciancio, *Art.96*, cit., 1878, e, prima ancora, Id., *Il reato ministeriale*, cit., 252 ss.

⁹² A. Ciancio, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali*, cit., 4.

⁹³ L. Carlassera, *Reato ministeriale*, cit., 272, 282 ss.

⁹⁴ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., 469, richiama il suo intervento al Senato (*Atti parl. Sen.*, X legislatura, resoconto stenografico, seduta 1° luglio 1988, 45). V. anche C. Murgia, *La giustizia politica*, cit., 166.

⁹⁵ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., 471: «le condizioni giustificative (definibili anche come parametri per la deliberazione parlamentare) debbono necessariamente ricercate *al di fuori* della condotta così come contestata dal collegio all'inquisito. E vorrei dire *al di sopra*: e non *ex lege*, sed *ex Constitutione*».

⁹⁶ A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., 7.

“stato di necessità politico-costituzionale”⁹⁷.

In definitiva, per i sostenitori della tesi sul reato politico, la riforma costituzionale comporterebbe un significato assai ristretto del reato ministeriale, che solo potrebbe far scattare le esimenti⁹⁸, mentre, dall’altro lato, si collocano coloro che ampliano in modo notevole il carattere «ordinario» del procedimento alla luce di un concetto «depoliticizzato» del reato ministeriale⁹⁹: comune, però, ad entrambe le tesi è la necessità di restringere le deroghe alla giurisdizione.

7. Il caso Almasri: breve excursus processuale. A seguito di denuncia di un privato cittadino, presentata in data 23 gennaio 2025 nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro della giustizia, del Ministro dell’Interno e del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega ai servizi segreti, in relazione alla liberazione di Osama Najeem Habish, noto con il nome di Almasri, catturato su mandato della Corte Penale Internazionale (in prosieguo, CPI)¹⁰⁰ per i reati di tortura, assassinio, violenza sessuale e lesioni in danno di persone detenute nei centri di detenzione libici, venivano iscritti nel registro degli indagati ed accusati di favoreggiamento e peculato, oltre che di omissione di atti di ufficio per il solo Ministro Nordio, rispettivamente gli On.li Giorgia Meloni, Carlo Nordio, Matteo Piantedosi ed Alfredo Mantovano per i reati «astrattamente ipotizzabili» a loro carico.

In data 28 gennaio 2025 il Procuratore della Repubblica di Roma¹⁰¹ trasmetteva gli atti al Tribunale dei Ministri, competente funzionalmente ex art. 7, l. cost. n. 1/1989, con invito a svolgere le indagini ritenute opportune.

Al termine delle indagini preliminari, il Collegio dei Ministri, per il tramite dello stesso Procuratore della Repubblica¹⁰², richiedeva al Presidente della Camera dei deputati¹⁰³ il rilascio dell’autorizzazione a procedere nei confronti degli indagati per i reati loro ascritti, previo stralcio della posizione di Giorgia Meloni, non avendo ravvisato nei confronti di quest’ultima «elementi sufficienti per sostenere l’accusa in giudizio»¹⁰⁴.

⁹⁷ A. Ciancio, *Il reato ministeriale*, cit., 251 ss., nonché Id., *L’autorizzazione a procedere*, cit., 8-9.

⁹⁸ A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, cit., 384, parla di «reato per cui sia configurabile una “giustificabilità”, ai sensi della l. costituzionale e, dunque, in relazione all’esimente del perseguimento di un interesse di rilievo costituzionale o, comunque, di rilievo pubblico preminente (Carlassare, Furno)».

⁹⁹ A. Ciancio, *Il reato ministeriale*, cit., 136 ss.

¹⁰⁰ La Corte penale internazionale, *species* del più ampio *genus* dei *tribunali internazionali*, nasce quale «istituzione permanente che può esercitare la giurisdizione sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale» ai sensi dello Statuto di Roma del 17 luglio 1998 della CPI, ratificato con l. n. 232/1999: fonte, questa, di diritto internazionale pattizio destinata a prevalere, quale norma interposta, sul diritto interno, ex artt. 11 e 117 Cost. V. al riguardo Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Nella specie, le norme interne per l’adeguamento alle disposizioni dello Statuto della CPI sono state introdotte con la l. n. 237/2012.

¹⁰¹ Al Procuratore della Repubblica spetta stabilire, *prima facie*, se la condotta contestata rientri nella categoria dell’atto politico, che è, come tale, insindacabile. Ai sensi dell’art. 7, co. 1, ult. parte, d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico».

¹⁰² Art. 8, co. 1, l. cost. n. 1/1989: «Il collegio di cui all’articolo 7, entro il termine di novanta giorni dal ricevimento degli atti, compiute indagini preliminari e sentito il pubblico ministero, se non ritiene che si debba disporre l’archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente ai sensi dell’articolo 5».

¹⁰³ Il Presidente della Camera competente invia immediatamente gli atti alla Giunta competente per le autorizzazioni a procedere (art. 9, co. 1, l. cost. n. 1/1989), la quale «riferisce all’assemblea della Camera competente con relazione scritta, dopo aver sentito i soggetti interessati ove lo ritenga opportuno o se questi lo richiedano» (art. 9, co. 2, l. cost. n. 1/1989).

¹⁰⁴ V. Giglio, *Poteva non sapere: il Tribunale dei Ministri archivia la posizione della Presidente del Consiglio dei Ministri nel caso Almasri*, nel blog *Terzultima fermata*, 5 agosto 2025.

Secondo l'atto di accusa, «Sia i ministri Nordio e Piantedosi, sia il Sottosegretario Mantovano erano perfettamente consapevoli del contenuto delle richieste di cooperazione inviate dalla Corte penale internazionale e, in particolare, del mandato di arresto spiccato nei confronti dell'Almasri. Non dando corso a tali richieste il primo, decretando il secondo la formale espulsione del ricercato con un provvedimento viziato da palese irrazionalità, e disponendo il terzo l'impiego di un volo CAI¹⁰⁵, che ne ha assicurato l'immediato rientro in patria, hanno scientemente e volontariamente aiutato il predetto a sottrarsi alle ricerche e alle investigazioni della CPI».

Da ciò la richiesta, pervenuta in data 5 agosto 2025 al Presidente della Camera dei deputati¹⁰⁶, di autorizzazione a procedere in giudizio, ex art. 96 Cost., nei confronti dei membri del governo indagati¹⁰⁷.

Secondo le tesi degli indagati¹⁰⁸, invece, gli atti adottati e/o omessi si erano resi necessari per i timori di ritorsioni libiche nei confronti dei cittadini italiani in Libia, nonché degli interessi italiani in quei territori (*id est*: impianti Eni), così come paventati in un vertice dal Capo dell'AISE¹⁰⁹, a fronte della concorrente richiesta di estradizione inviata dal Procuratore generale libico, che rivendicava la possibilità di poter perseguire in Libia il generale Almasri. Nello specifico, a seguito della mancata convalida dell'arresto da parte della Corte di Appello di Roma¹¹⁰, il Ministro dell'Interno, in nome dell'interesse nazionale, adottava in data 21 gennaio 2025 un provvedimento di espulsione nei confronti dell'Almasri per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, ai sensi dell'art. 13, co. 1, del testo unico in materia di immigrazione¹¹¹, favorendo così il rimpatrio urgente, peraltro con un volo di Stato, del generale libico ricercato dalla Corte dell'Aia per crimini di guerra e contro l'umanità.

8. Osservazioni conclusive. Dopo la richiesta di autorizzazione a procedere del Tribunale dei ministri di Roma e la relazione scritta della Giunta competente della Camera dei deputati, seguirà il voto conclusivo del *plenum*, chiamato a valutare se, nel caso di specie, i ministri indagati abbiano agito o meno «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo».

All'esito della valutazione insindacabile della Camera, l'Assemblea, ove conceda l'autorizzazione, restituirà gli atti al Tribunale dei ministri «perché continui il procedimento

¹⁰⁵ Trattasi della Compagnia dei servizi segreti.

¹⁰⁶ La Camera competente è quella a cui appartengono le persone nei cui confronti si deve procedere oppure il Senato, nel caso in cui gli accusati appartengano a Camere diverse o non siano membri del Parlamento (art. 5, l. cost. n. 1/1989).

¹⁰⁷ L'on. Mantovano, Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega ai servizi segreti, pur non rivestendo la qualità di ministro, ricade nella competenza funzionale del Tribunale dei ministri in quanto indagato di reato commesso in concorso con i ministri.

¹⁰⁸ Nella memoria difensiva del difensore degli indagati si invocava lo «stato di necessità, come enunciato dall'art. 25 del *Responsability of State for Internationally Wrongful Acts 2001* della *International Law Commission* della Nazioni Unite, circostanza che legittima sul piano del diritto interno le condotte di tutti i rappresentanti del Governo italiano coinvolti nel presente procedimento».

¹⁰⁹ Giovanni Caravelli, capo del servizio segreto esterno, aveva ipotizzato che «la Rada Force (ndr.: di cui faceva parte il generale Almasri), gestendo l'attività di polizia giudiziaria, avrebbe potuto effettuare dei «fermi» di nostri cittadini all'ingresso nel Paese e sul territorio libico o perquisizioni negli uffici dell'Eni», stante anche il recente arresto della giornalista italiana Cecilia Sala.

¹¹⁰ Corte di Appello di Roma, Sezione IV penale, *Ordinanza in materia di consegna ex lege 237/2012 Corte penale internazionale*, 21 gennaio 2025 in proc. n. 11/2025 R.G. AGI.

¹¹¹ D. lgs. n. 286/1998, recante il *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

secondo le norme vigenti»¹¹².

Nell'ipotesi opposta la Camera, a maggioranza assoluta, può denegare l'autorizzazione a procedere solo ove rinvenga nell'operato ministeriale i presupposti per l'applicazione di una delle due esimenti ex art. 9, co. 3, l. cost. n. 1/1989, dando luogo ad un'archiviazione dell'indagine in ragione dell'asserita politicità dei comportamenti oggetto di contestazione.

In tale ultima ipotesi, calando nel caso Almasri le coordinate ermeneutiche sui reati ministeriali, occorre valutare se gli atti e/o le omissioni ministeriali, di cui è stata prospettata dalla magistratura la natura di illeciti, possano rientrare nelle ipotesi scagionatrici di cui all'art. 9, co. 3, della riforma costituzionale¹¹³ e, cioè, se tali condotte, sebbene penalmente illecite, siano state poste in essere in vista della salvaguardia di interessi superiori. Solo in tal caso, infatti, «verrebbero *ipso facto* a mancare i presupposti (allarme sociale e pubblico scandalo) dell'incriminabilità della condotta inquisita»¹¹⁴.

L'interesse pubblico preminente, privo com'è dello specificativo «dello Stato», può anche non avere, neppure indirettamente, rilievo costituzionale, «a condizione però che tale interesse sia in concreto preminente, e dunque prevalente sull'interesse protetto dalla norma penale violata, e che sia compiuto dal ministro non già nell'esercizio delle sue competenze amministrative, ma delle sue funzioni politiche di governo»¹¹⁵.

Secondo C. Murgia, «nella nozione di preminente interesse pubblico dovrebbero rientrare tutti i casi in cui l'attività posta in essere dai ministri è rivolta ad assicurare risultati o prestazioni indispensabili per la conservazione della nazione»¹¹⁶.

Come puntualmente rilevato dalla dottrina, tutto ciò, però, richiede alla Camera competente la necessità di «svolgere un giudizio di comparazione tra l'«interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo», retrostante al reato ministeriale, e il bene giuridico leso dal reato in questione»¹¹⁷, secondo la nota tecnica del bilanciamento degli opposti interessi¹¹⁸.

Nel caso Almasri, il governo, invece di far ricorso alla scriminante del superiore interesse pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, bene avrebbe fatto ad apporre da subito il segreto

¹¹² Art. 9, co. 4, l. cost. n. 1/1989. V. pure l'art. 3, co. 1, l. n. 219/1989: «Quando gli atti siano stati rimessi ai sensi del comma 4 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n.1, al collegio ivi indicato, il procedimento continua secondo le norme vigenti al momento della rimessione».

¹¹³ Non a caso, la stessa richiesta di autorizzazione a procedere del Tribunale dei ministri così si esprime: «appare verosimile che l'effettiva e inespressa motivazione degli atti e delle condotte tenute tanto dal Ministro Nordio [...] quanto dal Ministro Piantadosi [...] ed infine dall'Autorità delegata Mantovano [...] sia da rinvenirsi, piuttosto, nelle preoccupazioni palesate dal Prefetto Caravelli, nell'ambito delle riunioni intercorse tra i vertici istituzionali, riferite a possibili ritorsioni per i cittadini italiani e gli interessi italiani in Libia derivanti dal mantenimento *in vinculis* del citato Almasri» (domanda di autorizzazione a procedere del 5 agosto 2025, *Atti Camera*, doc. IV *bis*, 80).

¹¹⁴ L. Ciuffoli, *I reati ministeriali*, in *Giust. pen.*, 1995, II, 311.

¹¹⁵ L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali*, cit., 69-70, che richiama A. Cerri, *Giudizio e procedimento d'accusa*, cit., 7; E. Furno, *Lineamenti*, cit., 181 («Tale interesse può anche non essere rinvenuto direttamente nella Costituzione, ben potendovi essere delle ragioni attinenti al vantaggio dello Stato non rinvenibili nella Costituzione, ma egualmente degne di tutela»), e, da ultimo, O. Bruno, *Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da rivedere*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2019, 479.

¹¹⁶ C. Murgia, *La giustizia politica*, cit., 167.

¹¹⁷ M. Benvenuti, *Lo strano caso Diciotti*, cit., 75.

¹¹⁸ Non a caso, secondo L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 475, si ricade così nella difficile e più generale problematica della «ragionevolezza». Per C. Murgia, *La giustizia politica*, cit., 120, «occorre valutare il pericolo a cui lo Stato è sottoposto e la proporzione fra l'offesa e la difesa». Secondo A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi d'accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, in *Quad. cost.*, 1990, 160, le fattispecie ex art. 9, c. 3, l. cost. n. 1/1989 «restano ipotesi del tutto eccezionali, nelle quali, rispondendo il comportamento illegittimo dei Ministri ad una esigenza superiore ed imprevedibile può venir meno l'ordinaria pretesa punitiva dello Stato. Nei casi descritti, vale a dire, entrano in gioco valori diversi di cui, alla fine, uno deve prevalere sull'altro in base al bilanciamento che ne verrà fatto, di volta in volta, dalle assemblee parlamentari».

di Stato¹¹⁹, onde evitare il sorgere di responsabilità penali ministeriali, peraltro estensibili ai coimputati laici coinvolti nella vicenda¹²⁰.

Al riguardo, gli atti e/o le omissioni ministeriali nella vicenda Almasri sembrano poter rientrare nel preminente interesse pubblico, ove mai si ritenga che l'interesse dello Stato costituzionalmente rilevante si riferisca agli interessi che la Costituzione prende in considerazione ovvero che la stessa considera come fondamentali per la vita dello Stato, mentre il preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo si differenzia dai primi in quanto legato non più all'interesse, bensì alla funzione¹²¹.

Secondo attenta dottrina, «nella nozione di interesse pubblico dovrebbero rientrare tutti i casi in cui l'attività posta in essere dai ministri è rivolta ad assicurare risultati o prestazioni indispensabili per la conservazione della nazione. Indubbiamente il caso dell'approvvigionamento energetico effettuato (in ipotesi) in violazione di norme penali, è quello più significativo a questo riguardo»¹²².

Quindi, il preminente interesse pubblico, capace di scriminare le condotte dei ministri, può essere ravvisato anche nella necessità di salvaguardare gli interessi economici del nostro paese o di tutelare gli italiani in Libia dal pericolo di ritorsioni, nell'alveo di una più ampia azione di governo tesa a contenere gli sbarchi nei nostri territori di clandestini provenienti dai paesi nordafricani¹²³.

Resta comunque la necessità, nell'ipotesi di un probabile diniego dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei ministri indagati, di «indicare gli interessi concretamente perseguiti, e di non fermarsi a mere clausole “assolutorie” di stile»¹²⁴, per «rende(re) più difficili, seppure non impossibili»¹²⁵ le complicità tra le forze politiche parlamentari ed evitare eventuali conflitti di attribuzioni.

Non va dimenticato, infatti, che «le immunità costituzionali non sono *mai* istituite a tutela dei titolari di una carica, ma *solo* a tutela della carica stessa. [...] Anzi, a ben vedere, il soggetto autenticamente tutelato è la Camera competente, alla quale spetta la delicata valutazione dell'apprezzabilità dei motivi che hanno indotto il Ministro ad agire come ha agito»¹²⁶.

Abstract. Il contributo esamina la controversa vicenda relativa al c.d. «caso Almasri» alla luce della nota problematica dei reati ministeriali. Dopo aver analizzato le varie tesi dottrinarie sui reati commessi dai ministri, l'A. ritiene che l'operato dei ministri indagati per tale vicenda

¹¹⁹ V. l'articolo di C. Caruso, *Il segreto mancato. Errore o calcolo, ma ci voleva il segreto di Stato*, su *Il Foglio*, 10 settembre 2025, III pagina.

¹²⁰ L'art. 5, l. cost. n. 1/1989 dispone: «L'autorizzazione prevista dall'articolo 96 della Costituzione spetta alla Camera cui appartengono le persone nei cui confronti si deve procedere, anche se il procedimento riguarda altresì soggetti che non sono membri del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati. Spetta al Senato della Repubblica se le persone appartengono a Camere diverse o si deve procedere esclusivamente nei confronti di soggetti che non sono membri delle Camere». Nel caso in esame, al momento in cui si scrive (15 settembre 2025), è altresì coinvolta la dott. Giusi Bartolozzi, capo di gabinetto del Ministero della giustizia, indagata dal Tribunale dei ministri di Roma con l'accusa di aver reso false informazioni al pubblico ministero (art. 371-bis c.p.). Sulla complessa problematica della posizione dei soggetti concorrenti nel reato ministeriale, ex multis L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 477 ss., e O. Bruno, *Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da “rivedere”*, cit., *passim*.

¹²¹ M. Bellacosa, A. Celotto, *Reato ministeriale*, cit., 605 ss.

¹²² C. Mrugia, *La giustizia politica*, cit., 167.

¹²³ Il generale Almasri fa parte della milizia SDF/RADA, che esercita i poteri di sicurezza e di controllo sui territori libici, con la quale, a detta dell'AISE (i servizi segreti esterni), sussisterebbe «una relazione rafforzata nell'ultimo anno».

¹²⁴ A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri*, cit., 71.

¹²⁵ L. Carlassare, *Art. 96*, cit., 463.

¹²⁶ M. Luciani, *Chi decide sulle garanzie costituzionali della politica*, in *Leg. pen.*, 2012, 747.

possa ascrivere alla categoria dei reati di natura politica e, come tale, andare esente da responsabilità penali, per aver i ministri agito nell'interesse superiore dello Stato.

Abstract. The paper considers the so called «caso Almasri» within the issue of the ministerial crimes. After analysing the differing doctrinal thesis on the ministerial crimes, the A. consider that the actions of the ministers under investigation can be considered a political crime and, as such, it is exempted from criminal liabilities. Indeed, the ministers have acted aiming at the superior interest of the Nation.

Parole chiave. Ministri – responsabilità – reati ministeriali – preminente interesse pubblico – diniego di autorizzazione.

Key words. Ministers – ministerial responsibility – ministerial crimes – preeminent public interest – denial of authorization.

MANDATO D'ARRESTO E DIRITTI FONDAMENTALI. IL CONFINE TRA PENA E MODALITÀ DI ESECUZIONE E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE, DENTRO E OLTRE LA BREXIT*

di Francesca Rondine**

256

Sommario. 1. Introduzione. – 2. L'art. 49 CDFUE e il concetto di pena nel diritto UE. – 3. La giurisprudenza della Corte EDU per quanto riguarda la «pena» e la sua esecuzione. – 4. Il caso *Albaster*: vicende e quadro giuridico. – 5. La prima sentenza e i contorni della valutazione circa i diritti fondamentali *post-Brexit*. – 6. La sentenza in *Albaster II*: sulla differenza tra la pena e sua esecuzione nel diritto UE. – 7. Conclusioni: il principio di legalità e la cooperazione giudiziaria *post-Brexit*.

1. Introduzione. Il principio di legalità in materia penale rappresenta uno dei pilastri dello Stato di diritto nell'Unione europea, ed è consacrato tanto nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE o la Carta, d'ora in avanti), quanto nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU d'ora in avanti). Tale principio si compone di una serie di corollari, e vieta non solo l'applicazione retroattiva della legge penale, ma anche l'imposizione di pene più severe rispetto a quelle previste al momento della commissione del reato¹. Tuttavia, la definizione della categoria di pena e la distinzione tra la pena in senso stretto e le sue modalità esecutive ha sollevato importanti questioni interpretative, affrontate dalla due Corti europee (Corte EDU e Corte di giustizia dell'Unione europea).

Sul tema sono di recente intervenute due pronunce della Corte di giustizia, rese nei casi *Albaster* e *Albaster II*². Le sentenze affrontano la delicata questione del rapporto tra le modifiche legislative riguardanti l'esecuzione della pena e, nello specifico, le condizioni per beneficiare della liberazione condizionale, e il principio di legalità, così come statuito all'art. 49 CDFUE. Il caso *Albaster*, inoltre, si inserisce nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale tra l'Unione europea, i suoi Stati membri, e il Regno Unito *post-Brexit*, così come regolata dall'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (ASCC d'ora in

* Sottoposto a referendum.

** Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università di Napoli L'Orientale.

¹ Si veda, *ex pluribus*, R. Palladino, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali della UE*, in A. Di Stasi, A. Iermano, A. Lang, A. Oriolo, R. Palladino (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2024, 233 ss; e dottrina citata in nota 4.

² Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-202/24, *Albaster*, sentenza del 29 luglio 2024; causa C-743/24, *Albaster II*, sentenza del 3 aprile 2025.

avanti)³, che istituisce un nuovo meccanismo di consegna «in forza di un mandato d'arresto», al suo art. 596. La parte III dell'ASCC, invero, regola precisamente la «Cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale».

L'esame delle due sentenze consente di riflettere sul confine, sia teorico che giuridico, tra la pena in quanto tale e la sua esecuzione, e su quanto le modalità esecutive della pena possano, o meno, incidere sulla pena stessa a livello sostanziale, a detrimento dell'individuo nonché in potenziale contrasto con l'art. 49 CDFUE e il principio di irretroattività della pena sfavorevole. Inoltre, le due pronunce si esprimono sulla tutela offerta all'individuo quando la cooperazione coinvolga uno Stato membro della UE e un Paese terzo, come il Regno Unito, sul limite costituito dai diritti fondamentali, e dal principio di legalità, e sul perimetro di valutazione del loro rispetto nel quadro di un mandato di arresto. Il caso consente, infine, di esaminare le interazioni, similarità ed eventuali differenze tra l'interpretazione dell'art. 7 CEDU, cui la Corte di giustizia fa riferimento nella sua ricostruzione, e dell'art. 49, par. 1, CDFUE, al primo ispirato.

Il contributo è strutturato come segue. L'articolo ricostruisce dapprima il contenuto e le articolazioni del principio di legalità nel diritto dell'Unione europea, confrontandolo con la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 7 CEDU e sul concetto di pena e sua esecuzione. Successivamente, ci si dedica al tema della cooperazione giudiziaria post-Brexit, illustrando il quadro giuridico applicabile nei rapporti con il Regno Unito. Si esamina, poi, il caso *Albaster I*, ricostruendone il contesto fattuale e la decisione della Corte. Successivamente, si analizza la seconda sentenza, soffermandosi su eventuali profili evolutivi e sulla definizione della nozione di «pena» adottata dalla Corte di giustizia. Si approfondisce la distinzione teorica e giurisprudenziale tra pena e modalità di esecuzione, mettendo in evidenza un confronto tra l'approccio della Corte di giustizia e quello consolidato dalla Corte EDU. Infine, l'ultima sezione propone alcune osservazioni conclusive, sullo sviluppo del diritto penale dell'Unione e sul ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali in ambito penale.

2. L'art. 49 CDFUE e il concetto di pena nel diritto UE. L'art. 49 CDFUE enuncia il principio di legalità e di proporzionalità in materia penale nel diritto dell'Unione. Ispirato direttamente all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), esso è diviso in tre paragrafi e recita come segue: «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». La Corte di giustizia ha considerato tale principio come fondante lo Stato di diritto della UE, e dunque valore rientrante nell'art. 2 TUE, nonché comune agli Stati membri⁴. I tre paragrafi esprimono, oltre al divieto di retroattività della norma sfavorevole, anche il principio di retroattività della *lex mitior* (comma

³ Accordo firmato il 30 dicembre 2020, applicato in via provvisoria dal 1° gennaio 2021 ed entrato in vigore il 1° maggio del 2021.

⁴ Ad esempio, Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, sentenza del 16 febbraio 2022, punto 136; sul principio come parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, Corte Giust., causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, sentenza del 5 dicembre 2017, punto 43; si veda 3 G. Martinico, O. Pollicino, *The interaction between Europe's legal systems: judicial dialogue and the creation of supranational laws*, Cheltenham, 2012.

2, ma non se comporta estinzione del reato) e il principio di proporzionalità delle pene. La norma consente una deroga per i reati internazionali più gravi, in linea con il diritto internazionale. Inoltre, essa implica anche il divieto di analogia in *malam partem* e il principio di determinatezza delle incriminazioni e delle pene⁵.

Sebbene l'art. 49 sia una disposizione autonoma, con portata diretta e vincolante, esso trova corrispondenza in numerose ulteriori norme di rango internazionale, cui l'UE si è direttamente ispirata⁶. Prima fra tutte, il già citato art. 7 CEDU, il cui testo, oltre che la cui interpretazione giurisprudenziale, rientra tra le maggiori fonti di ispirazione della Corte di giustizia (si veda, in tal senso, *infra*)⁷.

L'art. 49 CDFUE che qui si esamina, e il principio di legalità che esso enuncia, prevede, innanzitutto, che la pena o sanzione trovino riscontro in una legge, ponendo ciò che in dottrina è stata chiamata «riserva di diritto». La legge deve essere chiara e prevedibile, e definire inequivocabilmente sia i reati che le conseguenti pene. Il soggetto deve, cioè, conoscere quali atti e omissioni definiscono la sua responsabilità penale⁸.

Il divieto di retroattività della norma sfavorevole, che qui interessa più nello specifico, costituisce uno dei pilastri del principio di legalità, definito dalla Corte di giustizia come «principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte deve garantire l'osservanza»⁹.

Il diritto dell'Unione, e in particolare la giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno elaborato un concetto autonomo di pena, seguendo un approccio perlopiù funzionale alla sua definizione. Così, la Corte di giustizia ha affermato che il concetto di pena non si limita alla mera qualificazione formale attribuita dal legislatore nazionale, ma comprende tutte le misure che, per contenuto e scopi perseguiti, abbiano un carattere afflittivo e una natura e

⁵ Per una ricognizione sull'art. 49 CDFUE, si vedano, tra gli altri, R. Palladino, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali della UE*, cit.; V. Mitsilegas, E. Billis, *Article 49 - Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offences and Penalties*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, II ed., Oxford, 2021, 1473 ss; R. Sicurella, M. Panzavolta, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale* e M. Panzavolta, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, rispettivamente 972-1001 e 1001-1014; M. D'Amico, *Art. 49*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 334 ss.

⁶ Quali, ad esempio, l'articolo 11, par. 2, della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, secondo cui «Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso» e l'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che recita che «Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

⁷ G. Gaja, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2016, 676 ss.

⁸ Ad esempio, Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, sentenza del 3 maggio 2007, punto 50.

⁹ Tra gli altri, Corte Giust., causa 63/83, *Regina c. Kent Kirk*, sentenza del 10 luglio 1984, punto 22. R. Palladino, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali della UE*, cit. in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, tale principio si estende anche alle ipotesi di interpretazione giurisprudenziale sfavorevole. Si veda C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2012.

finalità repressive. In particolare, la Corte prende in considerazione elementi quali la natura della misura, la sua finalità (preventiva o repressiva), e l'effetto sostanziale che essa produce sulla situazione giuridica del destinatario¹⁰.

Ad esempio, in *Bonda*, la Corte di giustizia non ha escluso che una sanzione amministrativa potesse configurare una pena, ai sensi dell'art. 49 CDFUE. A tal fine, la Corte ha fatto riferimento ai criteri elaborati dalla Corte EDU in *Engel*, ossia: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere¹¹.

In *Menci*, la Corte ha parimenti ammesso che anche sanzioni amministrative che non sono formalmente classificate come penali nella legislazione nazionale, possono essere qualificate come tali se risultano punitive nella sostanza, sulla base della valutazione della loro natura, finalità e severità¹². Più specificamente, la Corte ha ritenuto che sanzioni amministrative che hanno natura e finalità repressive sono da considerarsi penali, e per tale ragione sono soggette al rispetto delle garanzie fondamentali, previste dall'art. 49 e 50 CDFUE¹³.

Tale autonomia nel definire concetti chiave, prescindendo dalla qualificazione nel diritto nazionale e dando priorità a un approccio funzionale e non formale, come nel caso del concetto di pena, ha portato una parte della dottrina a ritenere che la Corte tenti di raggiungere un'integrazione maggiore anche in settori non pienamente armonizzati, quale quello penale, tramite ciò che viene definita una «judicial integration»¹⁴.

3. La giurisprudenza della Corte EDU per quanto riguarda la «pena» e la sua esecuzione. La citata autonomia nella definizione di concetti quale quello di pena, secondo una parte della dottrina, avrebbe un duplice obiettivo: da un lato, incentivare il dialogo tra Corte di giustizia e Corte EDU. Dall'altro, quello di preservare l'autonomia degli strumenti sovranazionali, quali quelli previsti dal diritto UE e la CEDU, rispetto alla specificità delle legislazioni nazionali¹⁵.

È, in tale senso, indispensabile, al fine di esaminare le decisioni da cui si trae spunto in questo contributo, inquadrare la materia nell'ambito dell'art. 7 CEDU. L'art. 49 della CDFUE, infatti, ad esso si ispira per numerose ragioni. Innanzitutto, l'art. 52, par. 3, della Carta

¹⁰ Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, sentenza del 20 marzo 2018, punto 33, dove viene affermato che «una sanzione avente finalità repressiva presenta natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta, [...] la mera circostanza che essa persegua parimenti una finalità preventiva non è idonea a privarla della sua qualificazione di sanzione penale. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 64 delle sue conclusioni, rientra nella natura stessa delle sanzioni penali che esse tendano sia alla prevenzione sia alla repressione di comportamenti illeciti. Per contro, una misura che si limiti a risarcire il danno causato dall'illecito in questione non riveste natura penale». La Corte si riferisce ai c.d. «criteri *Engel*» (*infra*), sviluppati dalla Corte EDU in *Engel et al c. Paesi Bassi*, esposti di seguito nel contributo.

¹¹ Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-489/10, *Lukas Marcin Bonda*, Sentenza del 5 giugno 2012, punto 37.

¹² Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-524/15, *Menci*, sentenza del 20 marzo 2018.

¹³ Corte Giust., causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, sentenza del 20 marzo 2018. Nel caso, veniva in rilievo l'art. 50 e il *ne bis in idem* e non l'art. 49. Tuttavia, la sentenza contiene indicazioni circa la definizione di «pena» ai sensi del diritto UE e della CDFUE.

¹⁴ Si veda L. Mancano, *Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision*, in *European Law Review*, 1, 2018, 69; A. Damato, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto penale europeo*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. 1, Bari, 2020, 87 ss. Per dottrina più risalente, si veda G. Salcuni, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, 199 ss e Id, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 45; T. Horsley, *Reflections on the role of the Court of Justice as the 'motor' of European integration: Legal limits to judicial lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 4, 2013, 931 ss.

¹⁵ L. Mancano, *Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision*, cit.

sancisce laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione e non preclude che il diritto dell'Unione possa concedere una protezione più estesa¹⁶. Inoltre, l'art. 6, par. 3, TUE, dispone che i diritti e le libertà fondamentali da essa garantiti «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Anche l'art. 7 CEDU esprime il principio di legalità in materia penale. Esso impone che «l'an, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una legge, nazionale oppure internazionale, già in vigore al momento del fatto»¹⁷. Il par. 2 dell'articolo permette il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili¹⁸. Come accennato, anche la Corte EDU ha elaborato, nella sua giurisprudenza, una nozione autonoma di legge, nello specifico, di legge penale. Infatti, la legge non si limita all'atto scritto, risultato del procedimento legislativo, ma è da intendersi più come diritto, a prescindere dalla sua forma, che può essere scritta o non scritta, legislativa, regolamentare-amministrativa o giurisprudenziale¹⁹. La legge deve possedere determinate qualità, quali la prevedibilità e l'accessibilità. La Corte avrà riguardo al diritto interno considerato «nel suo insieme» e al modo in cui era applicato all'epoca pertinente²⁰.

La Corte EDU ha altresì ricostruito un concetto di reato, pena e di materia penale che prescinde da meri formalismi, e non guarda alla sola qualificazione letterale o formale della misura nel diritto nazionale²¹. A tal fine, non rileva, per la Corte, che la pena o il reato siano qualificati come tali dal diritto nazionale: come per le altre norme della Convenzione, la Corte EDU valorizza gli effetti sostanziali che esse producono²². La pena, per essere tale, deve avere uno scopo punitivo, repressivo e dissuasivo. I criteri di qualificazione del carattere penale di una misura sono stati elaborati, per la prima volta, nel caso *Engel et al. c. Paesi Bassi*. La Corte guarda prima di tutto alla qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto nazionale; se la misura non è qualificata in quanto penale, allora la Corte procede col valutare ulteriori due criteri. In primo luogo, la natura dell'infrazione, se la norma violata tutela interessi generali, quali l'ordine pubblico, la sicurezza o la salute pubblica, o disciplina questioni interne o

¹⁶ Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-105/14, *Taricco et al*, sentenza dell'8 settembre 2015, punto 57; causa C- 564/19, *IS*, sentenza del 23 novembre 2021, punto 101.

¹⁷ G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, 283 ss.

¹⁸ La Corte europea si è avvalsa di tale deroga alla legalità penale in casi concernenti vicende accadute durante il secondo conflitto mondiale o nell'immediato dopoguerra. cfr. G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, cit.

¹⁹ Nei termini stabiliti dalla Corte EDU, secondo la cui giurisprudenza il termine «legge» non indica soltanto l'atto scritto che risulta da particolari procedimenti di produzione, ma è da intendersi piuttosto come «diritto applicato», che è tale non per la forma che assume, scritta o non scritta, legislativa, regolamentare, amministrativa o giurisprudenziale, ma per alcune qualità che deve possedere; si veda *infra* e R. Palladino, *I principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 245.

²⁰ A. Colella, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4, 2012, 250 ss; per un commento all'art. 7 CEDU, si veda D. Harris, M. O' Boyle, E. Bates, C. Buckley, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in D. Harris, M. O' Boyle, C. Warbrick (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford, 2023, 498 ss; A. Bernardi, *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà Fondamentali*, Padova, 2001, 284 ss; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, in particolare, *Art. 7. No punishment without law*, 328 ss; cfr. Corte EDU [GC], ric. n. 42750/09, *Del Rio Prada c. Spagna*, sentenza del 21 ottobre 2013, par. 93.

²¹ La nozione autonoma di «pena» ha trovato una elaborazione più compiuta nell'art. 6 CEDU. Si veda, G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, cit.

²² Corte EDU [GC], ric. n. 1828/06, *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia*, sentenza del 28 giugno 2018, par. 210.

amministrative. Ulteriore criterio riguarda natura e la gravità della sanzione comminata. Se quest'ultima è «onerosa» e afflittiva, ossia, se ad esempio impone una pena detentiva o una sanzione elevate, allora avrà molto probabilmente natura penale.

Come già spiegato per la Corte di giustizia, dunque, anche sanzioni formalmente qualificate come «amministrative» nel diritto interno, ma con ricadute afflittive o effetti restrittivi «gravi» possono rientrare nella nozione di pena²³.

Tali criteri sono stati riaffermati nella giurisprudenza successiva e, in particolare, nella sentenza *Kafkaris*. In *casu*, la Corte, nel riaffermare l'autonomia del concetto di pena, li ha così enucleati: in primo luogo, se la misura è stata imposta come conseguenza di un reato; successivamente, la sua natura e il suo scopo; le procedure da cui essa scaturisce e la sua implementazione e; infine, la sua «severità»²⁴.

Riguardo alla distinzione tra la pena in senso stretto e ciò che invece ricade in altro tipo di misure²⁵, la Corte EDU ha, in via generale, escluso che una misura diversamente categorizzata possa rientrare nella *species* della pena. Ad esempio, precisamente nella già citata *Kafkaris*, la Corte ha negato che, di norma, una modifica nelle regole di attuazione della pena, intervenuta successivamente alla commissione del reato, potesse considerarsi parte integrante della pena, non tanto per la sua qualificazione formale, ma perché, nel caso di specie, non implicava una modifica sostanziale retroattiva della pena, del suo computo e/o della sua natura²⁶.

È d'uopo ribadire, tuttavia, che anche nel contesto della CEDU, il concetto di pena ha una portata e significato autonomi dal diritto nazionale, e, per tale ragione, la Corte EDU ha adottato un approccio funzionale alla distinzione tra le pena e misure riconducibili alla sua esecuzione. Tale approccio valorizza l'applicabilità delle tutele *ex art. 7 CEDU* anche nell'eventualità in cui gli effetti della misura diversamente categorizzata (ad esempio, misure di natura preventiva) siano difficilmente distinguibili da quelli di misure repressive²⁷, o quando modifiche nell'esecuzione della pena abbiano l'effetto di alterarne la sostanza²⁸.

La Corte ha così costantemente ammesso che la distinzione tra pena e sua esecuzione non è sempre di immediata individuazione, specialmente nei casi in cui sia coinvolta la pena dell'ergastolo. Nelle sentenze *Kafkaris*, e in *Del Rio Prada*, la Corte ha infatti riconosciuto che

²³ Corte EDU [GC], ric. nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *Engel et al. c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, par. 80-82.

²⁴ Corte EDU [GC], ric. no. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*, sentenza del 12 febbraio 2008, par. 142.

²⁵ Ci si riferisce alla distinzione tra la pena in senso stretto e misure di esecuzione della stessa, così come a tutte le altre misure che non siano immediatamente riconducibili alla categoria di pena (preventive, amministrative etc).

²⁶ Nel caso, in realtà, la Corte EDU rileva un problema rispetto alla qualità della legge applicabile in generale, e non riguardo alle modifiche intervenute sul regime che regolava lo svolgimento della pena. Come osservato in dottrina, nonostante il ragionamento criticabile della Corte, *Kafkaris* ha inaugurato una giurisprudenza più favorevole riguardo alla definizione del concetto di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU (rispetto alla giurisprudenza precedente *Hogben*, si veda Commissione europea dei diritti dell'uomo, ric. n. 11653/85, *Hogben c. Regno Unito*, decisione del 3 marzo 1986).

²⁷ G. Abbadessa, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il principio di legalità in materia penale (art. 7 CEDU)*, cit; si veda anche S. Sanz-Caballero, *The Principle of Nulla Poena Sine Lege Revisited: The Retrospective Application of Criminal Law in the Eyes of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 3, 2017, 787 ss.

²⁸ Corte EDU, ric. n. 19359/04, *M. c. Germania*, sentenza del 17 dicembre 2009, par. 128-137. Nel caso, il ricorrente era stato condannato a 5 anni di reclusione per crimini commessi ed era inoltre stato posto in detenzione preventiva, che aveva un termine massimo di 10 anni. Una volta trascorsi i 10 anni, la misura era stata rinnovata senza limiti in virtù di un cambiamento nella regolamentazione applicabile, insorto successivamente alla commissione del reato e alla condanna del ricorrente. Per la Corte, tale misura, date le caratteristiche che essa aveva nell'ordinamento tedesco, aveva carattere punitivo (non meramente preventivo), e dunque ricadeva nell'alveo dell'art. 7 CEDU; si veda anche ric. n. 16012/06, *Gurguchiani c. Spagna*, sentenza del 15 dicembre 2009, par. 40-43.

«the distinction between the scope of a life sentence and the manner of its execution was therefore not immediately apparent»²⁹. Il caso di scuola è *Del Rio Prada*, in cui la Corte ha approfondito tale distinzione e definito quando misure di attuazione della pena possono far parte di quest'ultima. *In casu*, la ricorrente era stata condannata per vari reati di terrorismo ad una pena complessiva di oltre tremila anni di reclusione. Tuttavia, in base al massimo legale di esecuzione delle pene, il Codice penale spagnolo allora vigente limitava il massimo legale di esecuzione della pena a trent'anni di effettiva detenzione. La Corte Suprema spagnola aveva sviluppato una prassi giurisprudenziale favorevole ai detenuti, secondo cui eventuali benefici penitenziari (come la liberazione anticipata per lavoro svolto in carcere) non si applicavano sull'intera pena cumulata, ma sul massimo dei trent'anni.

Nel 2006, tuttavia, la Corte Suprema elaborò la c.d. dottrina *Parot*, di segno decisamente diverso, secondo la quale i benefici penitenziari, e quindi anche la liberazione anticipata, venivano calcolati non più sulla pena massima, ma sull'intera pena originariamente comminata (nel caso della ricorrente in *Del Rio Prada*, tremila anni). Questo cambiamento aveva comportato un aumento drastico del tempo effettivo di detenzione per la ricorrente, che si trovava a dover permanere in carcere per ulteriori nove anni, non potendo di fatto più beneficiare di liberazione anticipata. La ricorrente lamentava una violazione dell'art. 7 CEDU e, in particolare, del divieto di irretroattività della pena sfavorevole che, a suo parere, tale cambiamento giurisprudenziale di fatto violava.

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la nuova interpretazione giurisprudenziale introdotta con la c.d. dottrina *Parot* non fosse sufficientemente prevedibile per la ricorrente, poiché al momento della sua condanna la dottrina prevalente e costante era diversa e decisamente più favorevole alla sua situazione. Il mutamento giurisprudenziale aveva peggiorato retroattivamente la posizione della ricorrente, rendendo di fatto impossibile beneficiare del regime di liberazione anticipata pur avendo agito per ottenerla³⁰.

Nel caso concreto, le modifiche avevano implicato una ridefinizione e una modifica della pena e, quando ciò accade, è impossibile distinguere la pena dalle sue modalità esecutive. Dunque, una misura che riguarda l'esecuzione della pena può rientrare nell'ambito dell'art. 7 CEDU se produce un effetto sostanziale equivalente a un aggravamento della pena stessa, «[o]therwise, States would be free [...] to adopt measures which retroactively redefined the scope of the penalty imposed, to the convicted person's detriment, [...]». In such conditions Article 7 § 1 would be deprived of any useful effect for convicted persons, the scope of whose sentences was changed *ex post facto* to their disadvantages³¹.

Lo stesso orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza più recente. In *Kupinskyj*, ad esempio, le modifiche al regime di liberazione condizionale nelle more di una condanna alla pena dell'ergastolo del ricorrente avevano alterato la sostanza e la severità della pena comminata. Nel caso di specie, la nuova regolamentazione aveva comportato la trasformazione della pena da ergastolo riducibile a ergastolo irriducibile (ossia, avevano di fatto abolito la possibilità di accedere alla liberazione condizionale). Modifiche di tale portata e incidenza hanno, in buona sostanza, senz'altro natura penale e rientrano, di conseguenza, nella sfera dell'art. 7 CEDU³².

4. Il caso *Alchaster*: vicende e quadro giuridico. Con sentenza resa il 4 aprile 2025 la

²⁹ Corte EDU, *Kafkaris*, par. 148; Corte EDU [GC], ric. n. 42750/09, *Del Rio Prada c. Spagna*, sentenza del 21 ottobre 2013, par. 65.

³⁰ Corte EDU, *Del Rio Prada*, parr. 114 e 117-119.

³¹ *Ivi*, par. 89.

³² Così anche Corte EDU, ric. n. 5084/18, *Kupinskyj c. Ucraina*, sentenza del 10 novembre 2022, parr. 52-56.

Corte di giustizia si esprime, per la seconda volta, sulle vicende relative alla causa *Albaster*. Il caso origina dal secondo rinvio pregiudiziale operato dal giudice irlandese vertente, anche questa volta, sul secondo periodo dell'art. 49, par. 1, della Carta, in relazione all'esecuzione di quattro mandati di arresto nei confronti del ricorrente, *MA*, da parte delle Corti del Regno Unito e Irlanda del Nord.

La prima decisione aveva riguardato la nuova disciplina del mandato d'arresto post-Brexit, nel quadro dell'ASCC e del nuovo meccanismo di consegna «in forza di un mandato d'arresto» così come previsto all'art. 596 ASCC. La questione principale riguardava, in tale caso, l'applicazione e la tutela dei diritti fondamentali, e in particolare l'art. 49, par. 1, della Carta, nel quadro del nuovo meccanismo così istituito³³.

La sentenza *Albaster II*, invece, investe questioni di natura più strutturale di diritto dell'Unione e, in particolare, l'interpretazione della CDFUE e del suo art. 49, par. 1, relativamente al secondo periodo della norma, che dispone che «non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Come noto, l'Accordo stabilisce una disciplina preferenziale in una serie di settori di cooperazione tra l'Unione e il Regno Unito, nell'ottica di preservare il grado di integrazione e cooperazione quanto più vicino al precedente, nel periodo in cui il Regno Unito era ancora parte dell'Unione³⁴. Come sottolineato in dottrina, quello dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea per ciò che attiene alla materia della cooperazione giudiziaria in materia penale è un tema controverso, e così potenzialmente si rivela il tema oggetto del presente contributo³⁵.

La cooperazione tra le autorità in materia penale è disciplinata dalla parte III dell'Accordo («Cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale»), e riguarda «la prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati e di prevenzione e contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo»³⁶.

La sezione dell'Accordo tratta le modalità di cooperazione in molteplici ambiti, tra i quali figura la consegna di soggetti ricercati ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione

³³ Sugli effetti della Brexit sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, si veda A. Weyembergh, *Consequences of Brexit for European Union criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3, 2017, 284 ss; C. Brière, *Cooperation of Europol and Eurojust with External Partners in the Fight Against Crime: What are the Challenges Ahead?*, in *DCU Brexit Institute Working Paper*, 1, 2018 (gennaio 2018); V. Mitsilegas, *European Criminal Law after Brexit*, in *Criminal Law Forum*, 2, 2017, 219 ss; M. Fichera, *Brexit and the Future of EU Criminal Law: Adjusting to the Externalisation of Trust*, in *European Papers*, 2, 2021, 733 ss; M.G. T. Bruce, *The Post Brexit Need for a Data Adequacy Decision to Engage in Mutual Assistance in Criminal Matters with the EU*, in *University of St. Andrews Law Journal*, 1, 2023, 23 ss.

³⁴ Sul tema dell'Accordo, si veda A. Łazowski, *And then they were (again) twenty-seven: the EU-UK Withdrawal Agreement*, in A. Łazowski, A. Cygan (eds), *Research Handbook on Legal Aspects of Brexit*, Cheltenham, 2022, 73 ss; G. Adinolfi, A.L. Malatesta, M. Vellano (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, 2022; per gli effetti dell'Accordo sul MAE, si veda P. Bárd, *The Effect of Brexit on EU Arrest Warrant*, in *CEPS Papers in Liberty and Security*, 2, 2018, 1 ss; C. Mortera-Martinez, *Arrested development: Why Brexit Britain cannot keep the European Arrest Warrant*, in *Centre for European Reform*, 10 luglio 2017; A. Engel, *The Impact of Brexit on EU Criminal Procedural Law: A New Dawn?*, in *European Papers*, 1, 2021, 513 ss; L. Grossio, *Da una fiducia reciproca essenziale al riconoscimento à la carte: nuove prospettive nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito*, in *I Post di AISDUE V*, Sezione «Atti convegni AISDUE» n. 5, 23 gennaio 2023, 119 ss; per una disamina del regime transitorio del MAE, si veda A. Rosanò, *La sentenza Governor of Cloverhill Prison della Corte di giustizia UE e la scelta delle basi giuridiche per gli accordi con il Regno Unito in materia di Brexit*, in *SIDIBlog*, 27 dicembre 2021; un elenco delle cause e sentenze della Corte di giustizia in tema Brexit è disponibile sul blog di S. Peers, *Litigating Brexit: a guide to the case law*, in *EU Law Analysis*.

³⁵ Si fa riferimento a A. Rosanò, *Se mi lasci non vale: considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza Albaster della Corte di giustizia*, cit.

³⁶ Art. 522 ASCC.

di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà personale³⁷. Tale ambito è disciplinato al Titolo VII, artt. 596-632, con l'obiettivo di garantire che il sistema di estradizione tra Stati membri e Regno Unito sia conforme a ciò che viene denominato «meccanismo di consegna in forza di un mandato d'arresto», che l'Accordo istituisce.

A tal fine, il mandato d'arresto è definito come «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà»³⁸. Come sottolineato in dottrina³⁹, la scelta di coinvolgere le autorità giudiziarie, e non gli esecutivi, rivela già la volontà delle Parti di preservare la cooperazione antecedente la Brexit, già regolata dal Mandato d'Arresto europeo (MAE)⁴⁰.

L'ambito di applicazione del mandato si estende, ai sensi dell'art. 599, par. 1, ASCC, ai «fatti puniti dalle leggi dello Stato emittente con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne o misure di sicurezza privative della libertà di durata non inferiore a quattro mesi». I motivi di non esecuzione obbligatoria coincidono con quelli del MAE, ossia, se il reato alla base del mandato d'arresto è coperto da amnistia nello Stato di esecuzione, se quest'ultimo era competente a perseguire il reato secondo la propria legge penale; se in base a informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato, a condizione che, in caso di inflizione di una pena, questa sia stata eseguita o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna; o se la persona oggetto del mandato d'arresto non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto in base alla legge dello Stato di esecuzione⁴¹.

Coincidenza tra i due istituti vi è anche per ciò che riguarda uno dei motivi di non esecuzione facoltativa, *ex art. 601, c. 1, lett. b)*, ASCC. Nella fattispecie, trattasi del caso in cui sussistono elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi.

Ai sensi dell'art. 524 (Tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali), rilevante ai fini del nostro contributo, la cooperazione tra le Parti si basa sul consolidato rispetto che le stesse nutrono per la democrazia, lo Stato di diritto e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, come enunciati anche nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sull'importanza che attribuiscono all'attuazione sul piano interno dei diritti e delle libertà previste da detta convenzione. In linea con tale previsione, l'art. 693 prevede che in caso di carenze gravi e sistemiche all'interno di una Parte per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali o il principio dello Stato di diritto, l'altra Parte può sospendere la parte III dell'ASCC, o alcuni dei suoi titoli, mediante notifica scritta per via diplomatica. Inoltre, l'art. 693, par. 1, prevede la possibilità di sospendere la parte II dell'Accordo, o sue sezioni, in caso di carenze gravi e sistemiche all'interno di una Parte per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali o il principio dello Stato di diritto, con invio

³⁷ Artt. 525 ss.

³⁸ Art. 598, c. 1, lett. a).

³⁹ A. Rosanò, *Se mi lasci non vale: considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza Alchaster della Corte di giustizia*, cit.

⁴⁰ Disciplinato dalla Decisione Quadro (DQ) 2002/584/GAI, modificata dalla Decisione Quadro (DQ) 2009/299/GAI.

⁴¹ Art. 600 ASCC.

di una notifica scritta per via diplomatica, che specifica le ragioni della richiesta di sospensione e, in particolare, le gravi carenze sistemiche alla sua base.

Come già evidenziato in dottrina, oltre ai già citati punti di convergenza tra la decisione 2002/584/GAI istitutiva del MAE e il meccanismo previsto dall'ASCC, altro elemento comune è quello dell'assenza, in quest'ultimo, di una norma che esplicitamente imponga la sospensione del mandato d'arresto qualora vi siano rischi per i diritti fondamentali del consegnando⁴², come risulta evidente anche dalla lettera dell'art. 524 ASCC.

Come noto, il MAE, così come disciplinato dalla decisione quadro 2002/584/CE, trae il suo fondamento dal principio di mutuo riconoscimento delle decisioni in materia penale e sulla fiducia reciproca, che a sua volta si basa su una presunzione di sicurezza vigente tra gli Stati membri della UE⁴³. Ciò è motivato, tra le altre cose, dal fatto che tutti gli Stati membri condividerebbero i valori di cui all'art. 2 TUE. L'automatismo conseguente a tale presunzione ha subito alcune mitigazioni a livello giurisprudenziale, in quanto la Corte di giustizia ha individuato quale possibile limite a tale meccanismo quello della presenza di carenze sistemiche o generalizzate quanto alla tutela dei diritti nello Stato membro di emissione del MAE⁴⁴.

Quando ad essere coinvolti sono Paesi terzi, tuttavia, l'estradizione non è necessariamente disciplinata dal diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ha però chiarito che, in alcune circostanze, anche un'estradizione verso uno Stato terzo può rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sulla base di alcuni criteri di collegamento. Ad esempio, in *Petrubhin*, la Corte ha stabilito che le autorità sono tenute a verificare che, in caso di estradizione verso uno Stato terzo, non vi siano rischi reali di violazione dei diritti fondamentali della persona oggetto di consegna, nella fattispecie, dell'art. 4 CDFUE (in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare il caso *Soering c. Regno Unito*⁴⁵). In tale caso, ad essere coinvolto era un cittadino lettone residente in Estonia,

⁴² Si veda A. Rosanò, *Se mi lasci non vale: considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza Alchaster della Corte di giustizia*, cit.; e A. Rosanò, *The EU-UK Extradition Arrangement and the Principle of Proportionality: Some Hints from the Practice of EU Institutions and Italian and UK Legislation and Case-Law on the EAW*, in S. Montaldo, V. Mitsilegas, L. Grossio (a cura di), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sidney, 2025, 183 ss.

⁴³ V. Mitsilegas, *The limits of mutual trust in Europe's Area of freedom, security and justice: from automatic inter-State cooperation to the slow emergence of the individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 319 ss; ID, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, II ed., 2022, specialmente il cap. 4. Sul rapporto tra MAE e diritti fondamentali, si vedano S. Montaldo, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, 965 ss; M. Wendel, *Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2019, 17 ss; A. Damato, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AISDUE*, 1, 2022, 67 ss; ID, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in P. De Pasquale, F. Ferraro (a cura di), *Giuseppe Tesaurò, Manuale di diritto dell'Unione europea volume*, Torino, 337 ss.

⁴⁴ Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, sentenza del 5 aprile 2016. La verifica si svolge nel c.d. test «bifasico». Nella prima fase si verifica se esista un rischio concreto di violazione dei diritti fondamentali della persona oggetto del mandato d'arresto europeo (MAE), basandosi su informazioni oggettive, attendibili, precise e aggiornate riguardanti la situazione del Paese che ha emesso il mandato. Nella seconda fase si esamina se vi siano ragioni gravi e comprovate per ritenere che, una volta trasferita, la persona potrebbe effettivamente subire quella violazione. In questo stadio è necessario un confronto con le autorità competenti dello Stato emittente. Solo se entrambe le fasi danno esito positivo, l'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione può decidere di sospendere o annullare l'esecuzione del MAE. Su sviluppi recenti, si veda A. Rosanò, *Fiducia reciproca e circostanze eccezionali: considerazioni a partire dall'ordinanza Anaco della Corte di giustizia in materia di MAE*, in *Quaderni AISDUE*, 1, 2025, 1 ss.

⁴⁵ Sul tema, si veda M. João Costa, *The emerging EU extradition Law. Petrubhin and beyond*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2, 2017, 192 ss; T. Wahl, *CJEU Maintains Petrubhin Doctrine: Extradition of EU Citizens to Third States*

oggetto di una richiesta di estradizione da parte della Russia⁴⁶. La Corte aveva ritenuto che le vicende rientrassero nel campo di applicazione del diritto UE poiché il ricorrente stava esercitando il suo diritto alla libera circolazione, in quanto cittadino UE, e l'extradizione avrebbe costituito un ostacolo a tale diritto⁴⁷.

Una volta stabilita la connessione col diritto UE, nella fattispecie, secondo la Corte, le autorità dello Stato membro che ha ricevuto la richiesta di estradizione sono tenute a informare le autorità dello Stato membro di cittadinanza della persona, che devono decidere se vogliono e, sulla base della normativa nazionale, se possono emettere un MAE, così da ottenere la consegna del loro cittadino, processarlo ed eventualmente condannarlo. Se però lo Stato membro di cittadinanza non è nelle condizioni di emettere un MAE, lo Stato membro richiesto può procedere con l'extradizione, a condizione che abbia stabilito che essa non contrasta con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e, soprattutto, con quanto prescritto dall'art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali⁴⁸.

Nella più recente *Ruska Federacija*, la Corte ha parimenti stabilito che le autorità devono valutare se sussista un rischio di violazione dei diritti fondamentali, in particolare, un rischio concreto di trattamento inumano o degradante. La valutazione deve tener conto di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati. Essi possono essere identificati in decisioni giudiziarie internazionali, come quelle della Corte EDU e dello Stato terzo e in decisioni, relazioni e altri documenti del Consiglio d'Europa o dell'Organizzazione delle Nazioni Unite⁴⁹.

5. La prima sentenza e i contorni della valutazione circa i diritti fondamentali post-Brexit. Come detto, la causa in commento origina dall'emissione di quattro mandati d'arresto nei confronti di *MA*. La questione centrale della causa *Alchaster* verteva sulla possibilità che l'esecuzione di tali mandati potesse violare, in particolare, il principio di legalità dei reati e delle pene, enucleato all'art. 49 CDFUE, a seguito di modifiche al regime di liberazione condizionale da parte del Regno Unito, intervenute dopo la commissione dei reati.

Prima di tali modifiche, i soggetti condannati per reati riconducibili al terrorismo potevano beneficiare della liberazione condizionale avendo scontato la metà della durata della pena detentiva, secondo un meccanismo automatico, privo di ulteriori valutazioni di tipo discrezionale. A seguito della riforma, invece, tale automatismo decade, e la liberazione condizionale è subordinata al raggiungimento di almeno due terzi della pena e all'approvazione dei c.d. *Parole Commissioners*, il cui giudizio verte sull'eventualità che la persona possa costituire un rischio per la sicurezza pubblica. Secondo *MA*, a seguito di tali cambiamenti, la consegna al Regno Unito comporterebbe una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene come garantito dall'art. 7 CEDU e dall'art. 49 CDFUE. Le modifiche erano peraltro, come precisa lo stesso *MA*, intervenute in un momento successivo

Only in Agreement with Member State of Nationality, in *EUCRIM*, 4, 2020, 289 ss; per una analisi critica, P. Jeney, *The Perplexities of the Petrubhin Judgment*, in *EIPA briefing*, 9, 2020; sulle ricadute della decisione e suoi sviluppi, si veda R. M. Geraci, *National privilege contro l'extradizione: nel solco della «dottrina Petrubhin» la Cassazione estende la tutela del cittadino europeo*, in *Processo Penale e Giustizia*, 1, 2025, 43 ss; N. Canestrini, *Cittadinanza europea ed estradizione verso Stati terzi: obblighi e limiti per gli Stati membri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Cassazione Penale*, 5, 2021, 256 ss.

⁴⁶ Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-182/15, *Petrubhin*, sentenza del 6 settembre 2016.

⁴⁷ Inoltre, sulla base del principio di non discriminazione, uno Stato membro non può trattare in modo meno favorevole un cittadino UE non nazionale rispetto ai propri cittadini. Ad es., se l'Estonia non estrada i propri cittadini, non può farlo con *Petrubhin* solo perché è lettone; Corte Giust., *Petrubhin*, punti 32-34.

⁴⁸ Così come confermato anche in Corte Giust., causa C-191/16, *Pisciotti*, sentenza del 10 aprile 2018.

⁴⁹ A. Rosanò, *Se mi lasci non vale: considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza Alchaster della Corte di giustizia*, cit.; Corte Giust., causa C-505/19, *Ruska Federacija*, sentenza del 2 aprile 2020.

alla commissione dei reati dei quali egli è accusato, e non erano dunque in vigore al momento della loro commissione.

Nel quadro della prima sentenza, c.d. *Alchaster I*, la Corte aveva perimetrato il contenuto e i caratteri della valutazione che l'autorità giudiziaria di esecuzione deve condurre al fine di assicurare protezione ai diritti del soggetto coinvolto⁵⁰. La complessa domanda pregiudiziale chiedeva infatti alla Corte di stabilire se, in una situazione quale quella del caso, e qualora la persona non avesse dimostrato la sussistenza di un rischio reale di violazione di un suo diritto fondamentale, l'autorità sia tenuta a procedere alla consegna o se, al contrario, sia necessario svolgere un'ulteriore attività istruttoria e, in caso di risposta affermativa, come si debba provvedere al riguardo. Il giudice chiedeva, dunque, di identificare i criteri da applicare al fine di stabilire se sussista un rischio di violazione dei diritti fondamentali nel Regno Unito.

La Corte, innanzitutto, riconduceva la disciplina della fattispecie all'ASCC, e precisamente alle norme sopra richiamate (*supra*). In tale quadro, rammentava che l'art. 524 ASCC espressamente stabilisce che nessuna disposizione della parte III dell'ASCC fa venire meno l'obbligo di rispettare i diritti e i principi quali quelli stabiliti nella CEDU e, per gli Stati membri UE, nella CDFUE. Ciò comporta, per la Corte, che l'autorità che procede alla consegna è tenuta a valutare anche la conformità dell'azione con l'art. 49 CDFUE, che è ispirato all'art. 7 CEDU. Quanto all'applicabilità della Carta, precisa la Corte, non è rilevante che il Regno Unito non ne sia più vincolato, in quanto il meccanismo in parola rientra senz'altro nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione. Fra i diritti coinvolti figurano, in particolare, l'art. 49, par. 1, della Carta, che enuncia, precisamente, che non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Di conseguenza, l'esistenza di un rischio di violazione dei summenzionati diritti può consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di astenersi, successivamente a un adeguato esame, dal dare seguito a un mandato d'arresto emesso sulla base dell'ASCC. Quanto alle modalità specifiche della valutazione, la Corte esclude che nel quadro del mandato d'arresto *ex* ASCC queste debbano articolarsi nelle due fasi previste dalla decisione quadro sul MAE (*supra*). Riprendendo sostanzialmente le conclusioni dell'AG, la Corte riconosce che il sistema semplificato così istituito si basa sull'elevato livello di fiducia reciproca tra Stati membri e sul mutuo riconoscimento delle decisioni. La Corte non esclude che tale elevato livello possa costituirsi in forza di un accordo internazionale stipulato con un Paese terzo, come nel caso della Norvegia e l'Islanda. Nel caso del Regno Unito, tuttavia, non sussistono relazioni privilegiate, quali quelle che intercorrono tra l'UE e i due paesi, che sono infatti parte dell'area di libero scambio e di Schengen⁵¹.

Il meccanismo istituito dall'ASCC differisce considerevolmente dal MAE per numerose caratteristiche relative proprio alle deroghe rispetto all'obbligo di consegna, differenze che riflettono i limiti della fiducia istituita in virtù dell'Accordo in parola. La Corte prende ad esempio l'art. 604, lett. c), dell'ASCC, ai sensi del quale, se vi sono fondati motivi per ritenere che sussista un rischio effettivo per la tutela di uno o più dei diritti fondamentali della persona, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può richiedere, se ritiene sia il caso, garanzie supplementari circa il trattamento della persona in seguito alla sua consegna, prima di

⁵⁰ Per un commento e ricostruzione puntuale della sentenza, si veda Per una analisi dettagliata della prima sentenza *Alchaster* e della disciplina del meccanismo in esame, si fa riferimento a A. Rosanò, *Se mi lasci non vale: considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza Alchaster della Corte di giustizia*, cit.; P. Arnell, *The demise of mutual trust: UK-EU extradition post-Brexit: execution of European arrest warrants against MA (Alchaster Case) (C-202/24)*, in *Scots Law Times*, 39, 2024, 277 ss; B. Minucci, *La tutela dei diritti processuali nell'ambito del mandato di arresto europeo: sfide e limiti della cooperazione giudiziaria con il Regno Unito post Brexit*, in *Rivista del Contenzioso Europeo*, 1, 2025.

⁵¹ Corte Giust., *Alchaster*, punto 70.

decidere se eseguire il mandato d'arresto. Disposizioni analoghe non esistono nella decisione quadro MAE, che si basa, invece, precisamente su una presunzione rafforzata di sicurezza reciproca tra Stati membri.

In *Alchaster I*, la Corte riconosce che l'articolo 604, lett. c), non prevede espressamente che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione possa rifiutare il mandato d'arresto europeo qualora non riceva garanzie supplementari, oppure le ritenga insufficienti. Tuttavia, sostiene la Corte, interpretare diversamente questa disposizione la priverebbe di qualsiasi efficacia. Per questo motivo, l'autorità giudiziaria di esecuzione non può procedere con la consegna della persona richiesta se, in base a una valutazione concreta e individualizzata della sua situazione, ritiene che vi siano motivi fondati che tale persona correrebbe un rischio reale di violazione dei suoi diritti fondamentali nel Regno Unito, e se le garanzie chieste a quest'ultimo a tal fine non sono state fornite o risultano inadeguate.

L'articolo 604, lett. c), permette quindi di chiedere garanzie aggiuntive ogniqualvolta vi siano dubbi sul rispetto dei diritti fondamentali nello Stato emittente, e senza che sia necessario dimostrare l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate, o di violazioni specifiche a danno di un gruppo determinato di persone. Per la Corte di giustizia, ciò è possibile anche qualora l'autorità giudiziaria coinvolta abbia già escluso l'eventuale violazione dell'art. 7 CEDU e anche nel momento in cui il Regno Unito abbia avanzato garanzie circa il rispetto della CEDU e assicurato che il consegnando abbia un diritto di proporre un ricorso dinanzi alla Corte EDU.

Dopo questa valutazione, l'autorità giudiziaria di esecuzione potrà rifiutare la consegna soltanto se, a seguito della richiesta di informazioni e garanzie, dispone di elementi precisi e aggiornati che mostrano che la persona rischia essere soggetta a una violazione dei suoi diritti fondamentali: nel caso di *Alchaster I*, se il consegnando rischia di essere sottoposto a una pena più severa rispetto a quella applicabile al momento in cui ha commesso il reato, in violazione dell'art. 49 CDFUE e del principio di irretroattività della pena sfavorevole.

6. La sentenza in *Alchaster II*: sulla differenza tra la pena e sua esecuzione nel diritto UE. L'autorità giudiziaria nazionale può, dunque, rifiutarsi di eseguire il mandato d'arresto qualora, sulla base di informazioni precise e aggiornate e in presenza di garanzie insufficiente da parte delle autorità dello Stato emittente, la persona rischi di essere soggetta a una pena più severa di quella prevista al momento della commissione del reato, in ottemperanza all'art. 49, par. 1, CDFUE.

Successivamente alla prima decisione del luglio 2024, la Corte Suprema irlandese ha sottoposto un secondo quesito alla Corte di giustizia, vertente su una ulteriore questione interpretativa riguardante l'art. 49, par. 1, della CDFUE. La Corte Suprema domandava se un inasprimento delle condizioni per beneficiare della libertà condizionale possa ricadere nel concetto di «pena più grave» ai sensi della norma. Nello specifico, la domanda pregiudiziale chiedeva se «l'applicazione, a una persona riconosciuta colpevole di uno o più reati e condannata a una o più pene di durata determinata, di norme modificate per effetto delle quali detta persona dovrà scontare almeno due terzi della pena prima di poter godere di un mero diritto condizionato alla liberazione condizionale, dipendente da una valutazione della sua pericolosità, mentre nel vigore delle norme applicabili all'epoca dei reati contestati la stessa persona avrebbe beneficiato automaticamente, *ex lege*, della liberazione condizionale una volta scontata metà della pena, determini l'imposizione a tale persona di una «pena più grave» rispetto a quella applicabile al momento della commissione dei reati contestati, integrando così una violazione dell'articolo 49, paragrafo 1, della Carta». La domanda, dunque, verteva sulla possibilità di includere nel concetto di pena anche le sue modalità esecutive, e se ciò potesse applicarsi al caso di specie.

La Corte di giustizia ammette che la distinzione tra una misura che costituisce una pena e una misura relativa alla sua esecuzione non è sempre netta e di semplice individuazione, nella pratica. Ritiene quindi necessario verificare caso per caso ciò che la pena inflitta o comminata implicava realmente nel diritto interno all'epoca considerata o, in altri termini, quale ne fosse la natura intrinseca. Per tale ragione, nell'affrontare tale specifica questione, la Corte di giustizia fa primariamente riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU, specialmente sulla distinzione tra la pena e l'esecuzione della pena, richiamata sopra⁵². Come si è accennato, la Corte EDU ha distinto la pena dalla sua esecuzione in alcune sentenze, come *Kafkaris*, le cui vicende, peraltro, riguardavano l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Qui, come spiegato (*supra*), essa ha affermato che un cambiamento in materia di esecuzione della pena e di liberazione condizionale non costituisce, in linea di principio, un inasprimento della pena, e non ricade, dunque, nell'alveo dell'art. 7 CEDU.

Tuttavia, possono esservi delle eccezioni. Infatti, sostiene la Corte di giustizia, la stessa Corte EDU ha anche ammesso che, ad esempio, l'applicazione retroattiva di una misura che converte la pena dell'ergastolo riducibile in una pena dell'ergastolo non riducibile è contraria all'articolo 7 della CEDU⁵³, poiché implica sostanzialmente un'estensione della pena stessa e un suo evidente peggioramento. In generale, come spiegato (*supra*), la Corte EDU ha ammesso, in circostanze specifiche, che modifiche all'esecuzione della pena possano essere parte integrante della pena, qualora ne alterino la sostanza.

Quale è, dunque, il discrimine che la Corte di giustizia individua per valutare se una modifica di una norma riguardo all'esecuzione della pena possa ricadere nell'alveo dell'art. 7 CEDU, e così, dell'art. 49 CDFUE? La Corte fa riferimento alle conclusioni della Corte EDU in *Kupinsky* (*supra*): una modifica di una norma sull'esecuzione della pena rientra nell'alveo dell'art. 49 CDFUE soltanto se comporta una modifica retroattiva della portata stessa della pena comminata alla data della presunta commissione del reato di cui si tratta, comportando così l'irrogazione di una pena più grave di quella inizialmente disposta. Non, di per sé, una modifica riguardo alla soglia per beneficiare della liberazione condizionale ma, ad esempio, l'abolizione *tout court* della possibilità di ottenerla, o ancora, se il cambiamento concorre, insieme ad altre misure, ad alterare, aggravandola, la natura intrinseca della pena⁵⁴.

Nel caso di specie, la Corte ammette che la modifica intervenuta retroattivamente sul regime di liberazione condizionale implica, di fatto, un inasprimento delle condizioni della detenzione, che non è però automaticamente riconducibile, e non comporta di per sé, un inasprimento della pena. Mentre la pena, come detto, è da intendersi come condanna irrogata o irrogabile, le condizioni della detenzione, e un loro eventuale aggravio, sono da ricondurre nell'alveo delle misure di esecuzione della pena. Peraltro, sembra interessante notare che le condizioni della detenzione potrebbero rientrare nell'alveo della valutazione dell'autorità giudiziaria, e fanno parte dell'esame bifasico circa l'eseguibilità del MAE. Tuttavia, il parametro di valutazione sarà, in quel caso, l'art. 4 CDFUE e l'eventualità che le condizioni della detenzione integrino un trattamento inumano o degradante⁵⁵.

⁵² Corte Giust., *Alchaster II*, punto 24.

⁵³ Corte EDU, *Kupinsky*, parr. 56 e 64.

⁵⁴ Corte Giust., *Alchaster II*, punto 29, che riprende sentenza *Alchaster*, punto 97.

⁵⁵ Così come in Corte Giust., *Aranyosi e Căldăraru*, e in Corte Giust., causa C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft* (condizioni di detenzione in Ungheria), sentenza del 25 luglio 2018 e Corte Giust. (Grande Sezione), causa C-128/18, *Dorobantu*, sentenza del 15 ottobre 2019; cfr. E. Celoria, *Le condizioni di detenzione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *La Legislazione Penale*, 2 giugno 2020; S. Gáspár-Szilágyi, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2-3, 2016, 197 ss; M. Rogan, *What constitutes evidence of poor prison conditions after Aranyosi and*

Tale distinzione vale nei limiti in cui la modifica non alteri, da un lato, la possibilità di ottenere la liberazione condizionale; dall'altro, non deve aggravare la natura della pena comminata alla data della presunta commissione dei reati in questione. Quanto alla prima ipotesi, nel caso in commento, le modifiche non conducono, né *ex lege* né *de facto*, all'abolizione della possibilità di ottenere la liberazione condizionale. Esse non alterano nemmeno, a livello sostanziale, l'essenza della pena, poiché per la Corte non si collocano in un insieme di misure che ne aggravano la natura intrinseca. Le modifiche non prolungano la durata massima della pena comminata, né comportano che la valutazione della pericolosità sociale, criterio ritenuto comune negli ordinamenti degli SM, si basi su un esame del tutto discrezionale della Commissione incaricata e sia ancorata alle vicende che hanno condotto alla comminazione della pena. Al contrario, il compito dei *Parole Commissioners* è ben delineato e limitato: essi devono valutare la pericolosità sociale del condannato dopo che egli ha scontato una parte della pena⁵⁶.

La Corte, riprendendo le conclusioni dell'AG, sostiene che il criterio della pericolosità sociale della persona condannata, determinata al momento della possibile liberazione condizionale, costituisce un criterio «usuale» nelle politiche penitenziarie⁵⁷. Inoltre, esso implica una valutazione prospettica del comportamento prevedibile della persona condannata alla luce della sua situazione dopo che essa ha scontato una parte sostanziale della pena in detenzione. Tale verifica, dunque, prende in considerazione una situazione diversa da quella vigente al momento della condanna, ossia, quella in essere al momento della possibile liberazione condizionale. Esaminando momenti e situazioni diversi da quelle che hanno condotto alla condanna e hanno determinato la pena, dunque, la valutazione della pericolosità sociale è senz'altro riconducibile all'esecuzione della pena, e non alla pena stessa⁵⁸.

7. Conclusioni: il principio di legalità e la cooperazione giudiziaria post-Brexit. Le due sentenze rese nei casi *Alchaster* consentono di elaborare alcune riflessioni su numerosi temi afferenti al diritto dell'Unione, al suo rapporto con la CEDU, nonché a quello tra UE ed ex Stati membri, e rappresentano un momento giurisprudenziale rilevante rispetto al principio di legalità nella CDFUE.

Innanzitutto, le due decisioni contribuiscono a chiarire il perimetro di applicazione dell'art. 49 CDFUE, con particolare riguardo al divieto di retroattività sfavorevole, e si collocano in un quadro giuridico di crescente complessità normativa: quello della cooperazione giudiziaria in materia penale tra Unione europea e Regno Unito post-Brexit, regolata dall'ASCC.

Sul piano sostanziale, le sentenze hanno consentito alla Corte di giustizia di riaffermare l'autonomia del concetto di pena ai sensi dell'art. 49 CDFUE, rispetto agli ordinamenti nazionali, concetto che deve essere interpretato in maniera funzionale e non letterale, secondo criteri sostanziali e non meramente formali. Questo orientamento era già stato delineato in precedenza, in particolare nelle cause *Bonda* e *Menci*, e si è fondato su parametri come la natura, la finalità e gli effetti della misura. In tal modo, la Corte riafferma un nucleo di autonomia concettuale in un settore, quale quello della cooperazione giudiziaria in materia penale, che è tradizionalmente conteso e in cui l'integrazione ha caratteri peculiari, dovuti alla reticenza degli Stati membri a cedere sovranità e prerogative in tale ambito⁵⁹.

Caldeararu? Examining the role of inspection and monitoring bodies in European Arrest Warrant decision-making, in *New Journal of European Criminal Law*, 3, 2019, 209 ss.

⁵⁶ Corte Giust., *Alchaster II*, punto 44.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ex multis*, V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016.

Per ciò che concerne la questione dell'inclusione delle modifiche al regime di liberazione condizionale nel concetto di pena, la Corte di giustizia ha optato per un allineamento con la giurisprudenza della Corte EDU e, nello specifico, con le pronunce rese in *Kafkaris c. Cipro* e *Del Rio Prada c. Spagna*, sulla questione, e ha escluso che tali modifiche, quando non comportino un cambiamento della natura e della sostanza della pena, possano essere considerate una pena più grave ai sensi dell'art. 49 CDFUE.

D'altronde, l'impossibilità di accedere a misure alternative alla detenzione o al rilascio condizionale non rientra, di per sé, nella nozione di carenze sistemiche nel sistema di ricorsi dello Stato membro ricevente che possa giustificare un rifiuto o sospensione del trasferimento nel quadro del MAE⁶⁰. Piuttosto, come nel caso in commento, eventuali modifiche al regime di liberazione condizionale saranno rilevanti solo se comportino in concreto un peggioramento della pena e, dunque, una violazione dei diritti fondamentali del consegnando, nella fattispecie, dell'art. 49 CDFUE.

Quanto al tema della cooperazione giudiziaria, le due sentenze *Albaster* offrono numerosi spunti di rilievo rispetto all'efficacia e al perimetro di applicazione delle clausole di tutela dei diritti fondamentali contenute nell'ASCC. L'art. 604, lett. c), come già spiegato, permette alle autorità giudiziarie di richiedere garanzie supplementari in caso di dubbi sul rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di emissione del mandato d'arresto. La Corte, in *Albaster I*, ha ribadito che, se tali garanzie risultano insufficienti o assenti, l'autorità di esecuzione può rifiutare la consegna.

Il caso del Regno Unito è, peraltro, alquanto peculiare. Trattasi, invero, di un ex Stato membro UE col quale, tuttavia, di fatto non sussiste più né la presunzione di sicurezza derivante dalla mutua fiducia, né relazioni privilegiate, quali, come detto, quelle intercorrenti tra Ue e altri Stati terzi come Islanda e Norvegia. E ciò nonostante il Regno Unito sia parte del Consiglio d'Europa e, quindi, vincolato alla CEDU e alle decisioni della Corte EDU. Tale tensione è ben rispecchiata dallo stesso art. 604 ASCC che, da un lato, prevede che in presenza di un rischio effettivo per la tutela di uno o più dei diritti fondamentali della persona, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può richiedere garanzie supplementari circa il trattamento della persona in seguito alla sua consegna, prima di decidere se eseguire il mandato d'arresto; dall'altro, non indica esplicitamente la possibilità di sospendere la consegna in tali casi. L'interpretazione data dalla Corte in *Albaster I*, invero, ci sembra vada precisamente nella direzione di colmare lo scarto tra questi due elementi, disponendo che la norma debba essere interpretata nel senso che preclude la consegna in presenza di un rischio effettivo per la persona. In tal senso, la Corte mostra un'attenzione alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, imponendo in tali casi la necessità di un meccanismo di controllo più rigoroso, individualizzato e che non si limiti alle sole «carenze sistemiche»⁶¹.

In conclusione, si ritiene di poter affermare che dalle due pronunce emerga un duplice movimento. Da un lato, anche all'interno del diritto dell'Unione, la volontà di rafforzare la nozione sostanziale di pena e di tutelare il principio di legalità come fondamento dello Stato di diritto UE; dall'altro, l'esigenza di delineare la tutela dei diritti fondamentali nel delicato contesto della Brexit e dei rapporti col Regno Unito. E ciò a prescindere da formalismi, automatismi o presunzioni di sicurezza, anche con un ex Stato membro, in un contesto di crescente complessità giuridica e di frammentazione normativa. Si rammenta, a tal proposito,

⁶⁰ L. Mancano, *The Systemic and the Particular in European Law—Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *German Law Journal*, 6, 2023, 962 ss.

⁶¹ B. Minucci, *La tutela dei diritti processuali nell'ambito del mandato di arresto europeo: sfide e limiti della cooperazione giudiziaria con il Regno Unito post Brexit*, cit.; più in generale, sull'incidenza dei valori europei sulle relazioni con ex Stati membri, si veda F. Casolari, *La proiezione esterna dei valori dell'Unione europea nelle relazioni con un ex Paese membro*, in *Quaderni AISDUE* (anticipazione fascicolo, Convegno FORUM PIUE del 24 ottobre 2024).

che, come già sottolineato altrove, l'ASCC è oggetto di un'altra domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal giudice irlandese, vertente proprio sulle disposizioni dell'Accordo in materia penale, e sul meccanismo che istituisce il mandato d'arresto. La sentenza rappresenterà un ulteriore tassello nella ricostruzione della disciplina del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale col Regno Unito⁶².

Abstract. Muovendo dalla recente pronuncia resa dalla Corte di giustizia in *Alchasetr II*, il contributo esamina la portata del principio di legalità in materia penale e la distinzione tra il concetto di pena e quello di esecuzione della pena nel diritto UE, nella fattispecie, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale tra l'UE e il Regno Unito dopo la Brexit. La pronuncia consente di riflettere sulla tutela offerta all'individuo nell'ambito della cooperazione tra l'Unione e uno Stato terzo, sulla tutela dei diritti fondamentali e sul perimetro di valutazione del loro rispetto nel quadro di un mandato di arresto. Il contributo esamina, infine, le interazioni, similarità e differenze tra l'interpretazione dell'art. 7 CEDU nella giurisprudenza della Corte EDU, e dell'art. 49, par. 1, CDFUE, da parte della Corte di giustizia.

Abstract. Starting from the recent *Alchaster II* judgment of the Court of Justice, the contribution analyses the scope of the principle of legality in criminal matters and the distinction between the concept of punishment and that of the execution of the punishment in EU law, specifically within the framework of judicial cooperation in criminal matters between the EU and the United Kingdom after Brexit. The judgment offers an opportunity to reflect on the protection granted to individuals in the context of cooperation between the Union and a third country, on the respect for fundamental rights, and on the extent of the assessment of such respect in the framework of a surrender procedure. Finally, the article explores the interactions, similarities, and differences between the interpretation of Article 7 ECHR in the case law of the European Court of Human Rights and that of Article 49(1) of the Charter of Fundamental Rights by the Court of Justice.

Parole chiave. Principio di legalità – diritto UE – CEDU – pena – esecuzione della pena – Brexit.

Key words. Principle of legality – EU law – ECHR – punishment – execution – Brexit.

⁶² B. Minucci, *La tutela dei diritti processuali nell'ambito del mandato di arresto europeo: sfide e limiti della cooperazione giudiziaria con il Regno Unito post Brexit*, cit. Domanda di pronuncia pregiudiziale pendente, causa C-528/24, *Boothnesse*, proposta dalla Supreme Court (Irlanda) il 31 luglio 2024.

L'ORDINE PUBBLICO TRA MODELLI SECURITARI E LIMITI COSTITUZIONALI. RIFLESSIONI SULLE C.D. ZONE ROSSE*

di Andrea Eugenio Chiappetta**

273

Sommario. 1. L'attualità delle misure straordinarie di ordine pubblico. – 2. Il sistema securitario e il brodo primordiale della sua proliferazione. – 3. Le ordinanze contingibili e urgenti tra storia, poteri e legittimità. – 4. Nello specifico, le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. – 5. Le zone rosse napoletane. – 5.1 I profili d'illegittimità dell'operato amministrativo in una panoramica generale. – 5.2. La mancanza dei presupposti di contingibilità ed urgenza per l'attivazione dei poteri di ordinanza. – 5.3. L'elusione del merito amministrativo. – 5.4. La violazione dei principi generali dell'ordinamento e la contraddittorietà. – 5.5. La violazione specifica della ragionevolezza: trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente. – 6. La sentenza del Tar Campania - Napoli, n. 5699/2025 e l'annullamento dell'ordinanza prefettizia. – 7. Un breve bilancio.

1. L'attualità delle misure straordinarie di ordine pubblico. In Italia, nel corso degli ultimi anni, le misure straordinarie di ordine pubblico previste all'interno di leggi speciali, ovvero gli strumenti contingibili ed urgenti¹, connaturali al potere amministrativo, lungi dal rappresentare *extrema ratio* del governo della sicurezza locale, sono divenuti regola ordinaria. Come si proverà a dimostrare nel corso dell'indagine, questo fenomeno, che incide fortemente sulla forma di stato democratica, come consegnataci dalla Costituzione repubblicana², sta progressivamente acquisendo i caratteri dell'abuso del potere *extra ordinem*³.

* Sottoposto a referaggio.

** Dottorando di ricerca in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Come rilevato anche da G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 4, 2010, 8 ss.

² In Costituente, infatti, si cercò in ogni modo di evitare assonanze «con il precedente regime fascista, nell'ambito del quale l'ordine pubblico, inteso come limite alle libertà costituzionalmente garantite, ha avuto una connotazione ed un valore ideale» M. Di Raimondo, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica*, Torino, 2010, 13.

³ Sulla criticità dei poteri di necessità ed emergenziali, con relativo dibattito: F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 513; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; M.C. Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003; G.U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Novissimo Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 89 ss.; S. Lieto, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, Napoli, 2023; F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.; A. Morrone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. Vingundelli, *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 133 ss.; M. Cerase, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3985 ss.; A. Cardone, *Le ordinanze di necessità ed urgenza del governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2006; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; P. Pinna,

L'adozione legislativa e amministrativa di nuovi strumenti eccezionali configura una esigenza securitaria più volte avvertita dal sistema rappresentativo, il quale sollecita nell'elettore il consenso elettorale facendo leva sul bisogno di sicurezza. Il binomio securitario, non solo edulcora la dialettica politica, ma tende ad incidere sul sistema sociale nel suo complesso e, in ultima istanza, sulla stessa conformazione della forma di stato democratica.

Nello specifico, attraverso la direttiva del 17 dicembre 2024⁴ il Ministro dell'Interno ha guardato con favore ad un vecchio dispositivo di sicurezza, già in precedenza utilizzato in altri contesti⁵, pur senza particolari esiti positivi. Si sta parlando delle c.d. *zone rosse*.

Esse costituiscono una particolare misura di sicurezza urbana, invertevoli nella delimitazione di specifiche aree cittadine, individuate come a rischio per la sicurezza pubblica, in cui viene disposto un divieto temporaneo di stazionamento o accesso nei confronti di determinate categorie di soggetti, molto spesso destinatari di mere segnalazioni all'A.G. per reati minori (siamo ben al di sotto della necessità che sia stata proposta querela nei confronti di un soggetto, o che lo stesso sia stato raggiunto da una sentenza passata in giudicato, essendo sufficiente, appunto, una mera segnalazione all'Autorità Giudiziaria).

Si tratta di interventi che, pur incidendo direttamente su libertà costituzionalmente garantite, in primo luogo sulla libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. e sulla libertà personale ex art. 13 Cost., sono concepiti (almeno in teoria) come strumenti eccezionali, di carattere contingibile e urgente, destinati a fronteggiare situazioni di pericolo concreto e attuale che non possano essere risolte con i mezzi ordinari dell'ordinamento.

Purtuttavia, come già ricordato, è presente una tendenza generalizzata nel ricorrere a tali strumenti poiché percepiti come «duttili» e facilmente utilizzabili, anche a costo zero. Non è un caso che su direttiva del Ministro, i Prefetti delle città (anche non grandissime) non solo abbiano introdotto la misura, ma l'abbiano prorogata alla scadenza della precedente ordinanza istitutiva per più volte⁶.

L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, Milano, 1988; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004; E. C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2020; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. Razzano, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; G. De Minico, *Costituzione emergenza terrorismo*, Napoli, 2016; P. Piciacchia, *Lo stato di emergenza e il tortuoso cammino del controllo parlamentare*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 773; M.C. Girardi, *Costituzione e stato di emergenza. Rilievi a margine della vicenda pandemica*, in *Federalismi.it*, 12, 2023; G. Razzano, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 1935 ss.; F. Zammartino (a cura di), *Stati di crisi e sistema delle fonti del diritto. Atti del convegno del 29 novembre 2022, Palazzo Du Mensil, Università di Napoli L'Orientale*, Napoli, 2023; A. Police, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento dalla funzione pubblica*, in L. Giani, M. D'Orologna, A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 87 ss.

⁴ Prot. N.0105092.

⁵ Emblematico il caso di Firenze in cui, nel 2019, il Prefetto istituì zone rosse urbane poi annullate dal Tar Toscana con sentenza n. 823/2019. L'azione del Prefetto nasceva, anche in questo caso, da una precedente direttiva ministeriale, la n. 11001/118/7, adottata il 17 aprile 2019, dal Ministro dell'Interno Matteo Salvini, avente ad oggetto «Ordinanze e provvedimenti antidegrado e contro le illegalità. Indirizzi operativi». A sua volta successiva, *mutatis mutandis*, alla Direttiva c.d. Maroni del 26 gennaio 2009, avente oggetto le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili, ed attraverso cui si chiedeva ai Prefetti di individuare aree in cui non consentire lo svolgimento di manifestazioni.

⁶ Zone rosse dopo la direttiva del Ministero dell'Interno sono state istituite, tra le altre città a Milano, Bologna, Firenze, Roma, Napoli, Padova. Per il Ministro Piantedosi «C'è più legalità. La zona rossa funziona bene [...] è proprio con l'istituzione di una zona rossa che si attiva un controllo più capillare del territorio, con identificazioni e allontanamenti dei soggetti a rischio. Il controllo capillare tanto auspicato viene finalizzato e reso più incisivo. In questo senso, abbiamo riscontrato un diffuso e trasversale apprezzamento da parte dei cittadini» cfr. <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/interventi-e-interviste/piantedosi-piu-legalita-zona-rossa-funziona-bene>. A giudizio di chi scrive, tali dichiarazioni, lasciano il dubbio che si voglia attivare un potere emergenziale, senza alcuna emergenza, solo per avere un controllo più duttile, facile e

Il fondamento giuridico di tali misure si rinviene, in particolare, nell'art. 2, *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, (R.D. 1931/773, d'ora in avanti per abbreviazione T.U.L.P.S.), che attribuisce ai Prefetti il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per ragioni di sicurezza pubblica, e in modo sistemico e normativamente adattato, negli artt. 9 e 10, d.l. n. 14/2017, che prevedono ordini di allontanamento e divieti di accesso in determinate aree.

L'uso combinato di questi strumenti, unitamente ad altri poteri sindacali, ex art. 50, d.lgs. n. 267/2000, consente di modellare interventi «mirati e flessibili», ma anche potenzialmente invasivi rispetto alle garanzie individuali e collettive, sia delle formazioni sociali che delle singole individualità e delle realtà associative.

Con riguardo all'art. 2 T.U.L.P.S., quale base giuridica principale delle misure restrittive oggetto di esame, occorre evidenziare come la matrice originaria di tali strumenti limitativi delle libertà fondamentali, esercitati attraverso provvedimenti amministrativi di portata generale, rinvenga le proprie radici in un modello normativo espressione di una forma di stato autoritaria, diversa da quella vigente. Si trattava, infatti, di un assetto fondato su un rapporto tra Autorità e Libertà privo di garanzie costituzionali e di diffuse limitazioni al potere⁷, con conseguente incidenza diretta sul sistema delle fonti, tale da rendere fragile tanto il principio di legalità quanto, proporzionalmente friabile, la riserva di legge.

Negli ultimi anni, come si diceva, la disciplina delle zone rosse ha conosciuto una sistematizzazione politico-amministrativa di livello nazionale.

L'indirizzo politico del Ministro dell'Interno, tracciato attraverso l'emanazione della direttiva di cui sopra, ha sistematizzato una strategia organica di prevenzione e sicurezza urbana, orientata a garantire la «piena fruibilità degli spazi pubblici» e a contrastare fenomeni di criminalità diffusa, anche laddove non sempre penalmente rilevanti.

Tale indirizzo, rivolto soprattutto alle città metropolitane, individua come contesti prioritari le infrastrutture del trasporto pubblico e le loro pertinenze (stazioni di bus o ferroviarie), le aree urbane degradate o ad alta incidenza criminale (*in primis* le c.d. piazze dello spaccio), le zone della movida e i siti turistici di maggiore affluenza.

La direttiva, oltre a valorizzare interventi strutturali di riqualificazione urbana e presidio del territorio, richiama l'attenzione sulle potenzialità degli strumenti amministrativi a disposizione delle autorità di pubblica sicurezza e degli enti locali, sollecitando un uso coordinato di misure interdittive e di prevenzione, anche a carattere personale. Evidentemente, attraverso il ricorso congiunto al daspo e agli strumenti di prevenzione personale basati sulla pericolosità sociale. Tutto ciò esprime il sintomo chiaro di una gestione ordinaria dell'ordine pubblico fuori dai limiti previsti dalla legalità costituzionale⁸.

«capillare» sul territorio. E, Infatti, il Prefetto di Napoli più volte ha affermato come il turismo vada «protetto» e che si vuole affrontare «questa emergenza determinata dal turismo e dal sovraffollamento con questo strumento duttile» cfr. <https://www.napolitoday.it/cronaca/nuove-zone-rosse-dopo-tar.html>; al contempo però affermando, rispetto a casi sporadici ma mediatici di criminalità, che si tratta di episodi «isolati», rafforzando la contraddittorietà della istituzione delle zone rosse; adducendo che la sicurezza in città è confermata dal fatto che nonostante ci siano episodi mediatici «anche i dati più aggiornati sugli indici di delittuosità [dicono che questi fatti] a Napoli sono in diminuzione» cfr. intervista al Mattino del 13 agosto 2025.

⁷ D. Nocilla, *Quale costituzionalismo durante il fascismo?*, in *Rivista AIC*, 2, 2018; Aa.Vv., *La costruzione della legalità fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, *passim*.

⁸ A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2015; per un approfondimento L. Longhi, *Il concetto giuridico di ordine pubblico tra diritto alla sicurezza e sicurezza del diritto. Brevi riflessioni a margine dei due scritti di Alessandro Pace sull'argomento*, in *Giur. Cost.*, 6, 2019, 3461-3468; rilevante a questi fini è il concetto invece di «ordine pubblico costituzionale», paradigma controverso coniato da Crisafulli e poi adottato, per lungo tempo, dalla Corte costituzionale. Tuttavia, tale formulazione, seppur problematica, diede la stura per avviare dibattiti dottrinali di cesura con il precedente modello securitario, ammettendo che esistessero diritti non limitabili attraverso tale formulazione perché altamente garantite dalla Carta fondamentale. Cfr., V.

In questo quadro, il Prefetto è investito di un ruolo centrale, quale Autorità rappresentante del Governo sul territorio e massimo vertice della sicurezza provinciale⁹. Dunque, promotore di decisioni apparentemente condivise in sede di Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, con il coinvolgimento delle Amministrazioni locali e delle forze dell'ordine.

È in questa cornice nazionale che si colloca l'esperienza della Città di Napoli, ove, a partire dal dicembre del 2024, le indicazioni ministeriali hanno trovato applicazione in una serie di ordinanze prefettizie, istitutive di zone rosse.

Tali provvedimenti hanno riguardato aree caratterizzate, secondo l'ordinanza, da persistenti fenomeni di degrado sociale e criminalità diffusa, introducendo divieti temporanei di stazionamento rivolti a soggetti segnalati per determinate tipologie di reati. Nel tempo, le misure sono state più volte prorogate, trasformando un intervento concepito come eccezionale in un presidio sostanzialmente stabile di porzioni significative dello spazio urbano, determinando, alla fine, una pronuncia caducatoria del TAR Campania, adito sul ricorso di alcune associazioni attraverso un processo di liberazione dal basso. Un processo, questo, di indubbia produzione giuridica indiretta, attraverso strutture associative anche informali e di aggregazione sociale che hanno sfruttato l'intermediazione del giudice per ristabilire la legalità costituzionale.

L'«ipersecurizzazione» delle comunità, laddove produce un aumento della sola percezione soggettiva di sicurezza, non corroborata da dati reali né da esigenze oggettive¹⁰, si traduce in misure che incidono prevalentemente su categorie sociali vulnerabili (senz'altro, migranti¹¹, soggetti a basso reddito). Ciò determina un uso selettivo e discriminatorio del potere amministrativo, in contrasto con i principi di uguaglianza sostanziale e di ragionevolezza sanciti dall'art. 3 Cost., oltre che con la garanzia di proporzionalità che deve connotare ogni restrizione delle libertà fondamentali.¹²

Attraverso tali strumenti emergenziali, non solo si compromette il tessuto sociale di vivibilità, poiché si determina una sostanziale lotta che va al di là della classe di appartenenza dei soggetti destinatari degli allontanamenti, ma che in realtà guarda al solo dato della potenziale

Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in Aa. Vv., *Studi in onore di G.M. De Francesco*, II, Milano, 277; nonché S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 51 ss.

⁹ Già storicamente, la legge 2248/1875 all'art. 7 indicava che il Prefetto dovesse «provvedere nei casi d'urgenza»; nonché la legge n. 2359/1865, che radicava il potere di ordinanza dei Prefetti in materia di espropriazioni; per una panoramica sul ruolo del Prefetto, C. Mosca, *Il prefetto: rappresentante dello Stato al servizio dei cittadini*, Soveria Mannelli, 2010; G. Caia, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 281 ss.

¹⁰ Così afferma la Camera penale di Milano citando fonti della Prefettura proprio per contraddire il provvedimento istitutivo delle zone rosse che tale dato testualmente citava: «si è registrato un decremento del numero totale dei delitti commessi, sia nell'area metropolitana che nel capoluogo Milano, passando dai 144.864 illeciti dell'anno scorso ai 134.178 accertati nell'anno corrente. I reati di strada, le rapine in pubblica via e i furti hanno registrato una diminuzione del 10%, e i furti in abitazione e con destrezza, hanno subito rispettivamente un decremento pari al 19,57% e al 17,48%. Anche i cosiddetti delitti informatici, truffe e frodi, si riducono, passando, nella città di Milano, dai 1.581 del 2023 ai 1.176 del 2024». Il comunicato è disponibile al link: <https://camerapenalemilano.it/wp-content/uploads/2025/01/DOC-CD-30.12.2024-ZONE-ROSSE.pdf>.

¹¹ Infatti, tra le associazioni ricorrenti nel processo amministrativo napoletano era presente ASGI – Associazione studi giuridici sull'immigrazione. Rispetto al fenomeno migratorio, invero, la tematica emergenziale come tentativo di restrizione delle libertà è sempre viva. Sul punto, M. Tuozzo, *I percorsi migratori e la pandemia. Come cambiano le emergenze*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020.

¹² È lo stesso Viminale ad affermare che «Dall'istituzione di queste aree a vigilanza rafforzata, nelle tre città metropolitane sono state controllate complessivamente oltre 500mila persone, con l'adozione di 3.500 provvedimenti di allontanamento a carico di soggetti pericolosi con precedenti penali, di cui il 75% stranieri». cfr. <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/comunicati-stampa/piantedosi-ha-incontrato-viminale-i-sindaci-e-i-prefetti-roma-milano-e-napoli>.

produttività soggettiva. Se si è soggetto comodo alla produzione, potenzialmente idoneo a generare reddito, oppure direttamente connesso alla sua generazione (classe sociale), allora si soddisfano i requisiti per poter stanziare all'interno dei quartieri cittadini. Viceversa, se si è un senza classe per definizione (migranti in condizioni di non inclusione, senza fissa dimora, o classe bassa senza reddito fisso, naturalmente più incline alla delinquenza di sussistenza), allora non si soddisfano i requisiti per vivere la città e la socialità.

Questi nuovi strumenti di governo dell'ordine pubblico mirano, nella sostanza, a rendere tendenzialmente permanenti misure eccezionali, che troverebbero la loro giustificazione d'essere, invece, proprio nella temporaneità, nell'emergenza e, dunque, nella transitorietà del loro vigore.

Lungi dal rappresentare reali strumenti d'intervento efficaci sulla devianza e sulle esigenze di prevenzione generale e speciale (per utilizzare termini penalistici), tali provvedimenti si atteggiavano più come interventi a favore di «città bomboniere», chiuse e non aperte, ove il fine non è più quello manifesto di assicurare la vivibilità e la convivenza, ma quello di garantire l'estrattivismo economico urbano. Città da esposizione, in cui al massimo vige un forte senso del decoro, ma che poco hanno che vedere con la sicurezza, sia reale che percepita.

Mi riferisco, allora, alla garanzia dei flussi turistici e alla necessità che il turista, nel vivere la città, non solo si senta al sicuro, ma venga costantemente protetto in modo formale, al di là dell'effettività della sicurezza.

Il punto è offrire ora non città sicure, ma città apparentemente immacolate in cui assicurare esperienze *social safe* ai turisti che le visitano, privando i centri della loro reale socialità.

È la modificazione genetica delle strutture sociali urbane¹³.

Questo, almeno, in linea generale. Non è un caso, a giudizio di chi scrive, che tali strumenti siano sollecitati ed adottati soprattutto nei grandi centri urbani e turistici, e, anzi, argomentati giuridicamente proprio attraverso la garanzia di assicurare la sicurezza del turismo, specie nelle festività o nei momenti di maggiore afflusso. Pur essendo, invece, il turismo, un evento non eccezionale, prevedibile e da affrontare attraverso una programmazione ordinaria di sicurezza.

2. Il sistema securitario e il brodo primordiale della sua proliferazione. In via preliminare ad ogni considerazione di merito, occorre porsi una domanda sistemica e metagiuridica nella sua radicazione ultima: perché (o, meglio, per quale motivo) nasce lo Stato? da quale esigenza?

Ebbene, la fondazione del potere sovrano, originariamente inteso in termini assoluti, ha trovato una sua legittimazione teorica nelle teorie contrattualistiche che nei secoli si sono succedute. Tra tutte, la teoria *Hobbessiana* dello Stato leviatano è ciò che più legittima un senso del potere inteso in chiave «gigantiforme» che si adatta, per eccellenza, ad un modello fortemente securitario.

Scriveva Hobbes, «io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a quest'assemblea di uomini a condizione che tu gli ceda il tuo diritto e ne autorizzi tutte le sue azioni»¹⁴.

La sicurezza dei singoli, dunque, diventa il fondamento della nascita della sovranità, poi trasposta ai giorni nostri in una logica di *law and order*.

In questo modello statutale non vi è spazio per produzioni giuridiche che non siano quelle

¹³ Parla di espulsione sociale A. Algotino, *Decoro della smart city e poteri del Prefetto. Note intorno alla "direttiva Salvini sulle zone rosse" (n. 11001/118/7 del 17 aprile 2019) ed alcune recenti ordinanze dei prefetti di Bologna, Firenze e Siracusa*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2019, 107.

¹⁴ T. Hobbes, *Il Leviatano*, trad. it. a cura di A. Pacchi, Roma – Bari, 1996, 143.

normative formali (intendendo, in questi termini, l'emanazione della norma da parte del solo Sovrano – Legislatore). La produzione giuridica è una produzione monopolista e monocratica, accentrata, nonché priva di ogni possibile sfumatura soggettiva, se non «*sub delega regis*».

Pertanto, se Stato e Diritto coincidono, non può esistere un diritto ingiusto così come non può esistere uno Stato ingiusto: esistono, appunto, lo Stato e il Diritto, uniti, nella loro oggettività, cogenza, crudeltà e forza. Il criterio di legittimazione sulla produzione (l'autorità riconosciuta alla sovranità legislativa) diventa anche necessario e sufficiente ad atteggiarsi quale criterio di legittimità della produzione, oltre che di legittimazione della fonte normativa. Il diritto in questo contesto è lo strumento di affermazione della forza dello Stato e non un suo limite¹⁵; una sua estensione diretta, il suo vero *braccio armato*.

Ridotto ai minimi termini, non potendo qui svolgere un'analisi approfondita che altrimenti ci potrebbe lontano, il modello *Hobbesiano* rappresenta una concezione dedita alla sola obbedienza, in cui non vi è spazio per conflitti sociali e produzione giuridica esterna a quella dell'Autorità. In breve: *autoritas non veritas facit legem*.

Un brocardo efficace che richiama il primato del potere politico costituito sulla volontà dei governati. In sintesi, «l'inglese Thomas Hobbes, per la sua costruzione dello Stato prende le mosse proprio da questa generale debolezza di ogni individuo umano. Egli procede così: dalla debolezza nasce il pericolo, dal pericolo la paura, dalla paura il bisogno di sicurezza, e da quest'ultimo, appunto, la necessità di un apparato protettivo [...] in ciò gli uomini sono veramente tutti uguali, giacché sono tutti minacciati e tutti in pericolo».¹⁶

Ma, prima ancora, della sicurezza e della giustezza del diritto, ben rappresenta la vicenda del diritto ingiusto il noto mito di Antigone e Creonte, per cui Antigone decide di sfidare le direttive del sovrano e dare una degna sepoltura al fratello Polinice. La vicenda è nota: alla domanda del sovrano che le chiedeva come avesse potuto osare violare le legge, Antigone risponde «non pensavo che i tuoi decreti avessero tanto potere da consentire ad un mortale di calpestare le leggi non scritte degli Dei, che sono inviolabili»¹⁷.

La separazione tra *lex* e *ius*, tra diritto inteso nella sua generalità e completezza e legge intesa quale precetto chirurgicamente estratto dalla totalità del diritto, era un tema caro anche al mondo romano, e in particolare a Cicerone¹⁸.

Ed è in questo attrito che vive il modello securitario nello Stato autoritario, perlomeno fino alle Costituzioni di fine Settecento¹⁹.

¹⁵ F. Lanchester, (voce) *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XLIII, 796-816; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Milano, 2018, *passim*.

¹⁶ C. Schmitt, *Dialogo sul potere*, trad. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, 2022, 21.

¹⁷ Tanto che G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma Bari, 2010, 283 ss., in tempi relativamente recenti, rifacendosi alla tragedia, si è chiesto come «Antigone pensava che fosse inaccettabile trasgredire la legge di natura, noi possiamo interrogarci se sia oggi possibile che l'arroganza del potere possa giungere a violare la Costituzione».

¹⁸ A. Padovani, *Ius e lex da Cicerone a san Tommaso d'Aquino e oltre*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 29, 2018, 189-262.

¹⁹ A questo proposito, la Costituzione giacobina del 1793, anche detta Costituzione montagnarda, rappresenta, pur nella sua mancata applicazione, il primo esempio storico di Costituzione a vocazione tendenzialmente democratica. Essa, nel suo spirito profondamente rivoluzionario, non entrò mai in vigore, a causa della situazione di guerra civile che fece dichiarare il «Governo rivoluzionario fino alla pace» (cfr. per un approfondimento storico A. Soboul, *La rivoluzione francese*, trad. it., Milano, 2024). Nel testo, per la prima volta, la sovranità nazionale è sostituita dalla sovranità popolare; trovano spazio i diritti sociali di massa e si riconosce al popolo non solo il diritto di resistenza all'oppressione, già affermato nel 1789, ma anche il diritto all'insurrezione come diritto politico collettivo e costituente (Art. 35); la sua forza simbolica risiede soprattutto nel tranciare con la cultura del costituzionalismo liberale, attraverso, come si è detto, il riconoscimento dei diritti sociali di fianco alle libertà fondamentali, (come poi teorizzato diffusamente da H. Heller, *Dottrina dello stato*, trad. it., a cura di U. Pomarici, Napoli, 2024).

La supremazia dell'Autorità sui diritti inviolabili dell'uomo; la tirannia di un diritto contro la sicurezza della garanzia dei diritti.

Nel corso del tempo, con l'avvento delle Carte costituzionali, il potere politico ha trovato un limite nel rispetto dei diritti e nella divisione dei poteri tra gli organi dello Stato, per scongiurare il rischio di concentrazione.

La svolta che diede il via al nuovo modello costituzionale che impattò anche su un modo diverso di intendere, in termini attuali, il modello securitario, si ebbe dopo la Prima guerra mondiale, quando si diffondono in alcuni Stati europei nuove spinte riformatrici del sistema repressivo.

I mutamenti socioeconomici che il periodo bellico ha determinato spostano, in quegli anni, il dibattito verso nuove frontiere, utili al rinnovamento dell'idea di Stato che da molti è considerata vetusta. Il clima sociale non è dei migliori, iniziano infatti a vacillare i principi della tradizione dello stato liberale (su tutti, legalità e divisione dei poteri) e il parlamentarismo entra in profondissima crisi²⁰.

In Germania, molti giuristi credono che la finalità ultima dei modelli repressivi debba essere individuata, primariamente, in una forte esigenza di difesa sociale: per questi, il sistema deve essere pronto a reagire non solo in relazione alla commissione di fatti illeciti, ma anche ogni volta che un individuo sia considerato come socialmente pericoloso.

Si attua così un forte interventismo securitario, che si traduce in misure non soltanto penali, ma anche amministrative e politiche, capaci di incidere trasversalmente sul rapporto tra autorità e libertà.

È tuttavia nel contesto tedesco che la parabola storica appare particolarmente eloquente.

Solo dopo la crisi della Repubblica di Weimar²¹ si giunge, con l'avvento del nazionalsocialismo, al definitivo abbandono del modello di Stato liberale, mentre la dottrina penalistica tedesca²² elabora la nota categoria del *Tätertyp*, improntata a un diritto penale d'autore, segnando il superamento del principio di legalità in senso garantista.

In realtà, già prima di tale cesura, in Germania vigeva un modello prussiano di «liberalismo autoritario»²³, ossimoro che descrive un ordinamento in cui le libertà venivano riconosciute ma costantemente sottoposte al controllo stringente dell'Autorità²⁴. Si tratta di un paradigma che, sebbene radicato in un contesto diverso, non appare del tutto distante dalle esperienze italiane di fine Ottocento e inizio Novecento: basti pensare alle politiche di Crispi e Giolitti,

²⁰ C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, trad. it. a cura di G. Stella, Torino, 2001; contra H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, trad. it. a cura di A. Carrino, Torino, 2004; Ancora, sul tema in generale, C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, 1-25.

²¹ G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, trad. it. a cura di F. Lanchester, Milano, 1996.

²² «Ernst Beling, non esitò a porsi fin dal primo momento al servizio del regime nazionalsocialista, del quale divenne il penalista più di spicco e uno di quelli che più si impegnarono a conferirgli legittimazione giuridica, creando categorie come la colpa per la condotta di vita e la cecità o ostilità verso il diritto per giustificare l'applicazione della pena del delitto doloso, che poteva essere quella di morte, a crimina odiosa come l'oltraggio alla razza, l'aborto o il compimento di atti omosessuali, o la pena di morte a minori dei 18 anni che avessero commesso crimini di guerra o redigendo nel 1943/1944, insieme con il suo collega di Monaco Franz Exner, un Progetto per il trattamento degli estranei alla comunità, che prevedeva l'internamento nei Campi di concentramento di asociali, omosessuali etc...» Così F.M. Conde, *Alcune osservazioni su Filippo Grispi e il diritto penale fascista*, in *Archivio penale*, 3, 2019, 3.

²³ O. Malatesta, *Liberalismo autoritario contro pluralismo sociale. Alcune note su Heller, Schmitt e gli ordoliberali nel contesto europeo*, in *Pólemos* II, 1, 2021, 69-88.

²⁴ Il tema è quello degli ordinamenti autoritari a tendenza totalitaria, cfr. F. Lanchester, *L'Italia, la Germania e l'incubo di Weimar*, in *Revista de Historia Constitucional*, 2019.

sostenute e giustificate da giuristi come Vittorio Emanuele Orlando²⁵. In tali modelli, il

²⁵ Basti pensare alle c.d. leggi Crispi anti anarchici del 1894, le quali prevedevano, in qualità di norme eccezionali: lo scioglimento di associazioni politiche; espulsioni e misure di polizia senza processo; uso massivo della forza pubblica e militare per reprimere proteste: «Il 1° luglio 1894, il giorno stesso dell'attentato al Bandi, Francesco Crispi presentava alla Camera tre progetti di legge intesi al mantenimento dell'ordine pubblico ma in sostanza rivolti a perseguire penalmente gli anarchici (e non solo loro). La prima legge (la n.314) riguardava i reati commessi con materie esplodenti. Si inasprivano le pene per tali reati ma soprattutto si tendeva a colpire l'incitamento e l'apologia. La seconda legge [n.315] puniva i reati commessi a mezzo della stampa, segnatamente la istigazione dei militari a disobbedire alle leggi e la propaganda antimilitarista. La terza legge [n.316] che si intitolava appunto «provvedimenti eccezionali di pubblica sicurezza» era la più grave perché, oltre ad estendere i casi per l'assegnazione al domicilio coatto e a dare una nuova disciplina a questa misura repressiva amministrativa, conteneva tre articoli che di fatto limitavano le libertà di espressione e di associazione: gli artt. 3 e 4, per l'arresto preventivo e l'assegnazione al coatto di «coloro che abbiano manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali», l'art. 5 per divieto delle «associazioni e riunioni che abbiano per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali». Queste leggi eccezionali sollevarono un vivace dibattito alla Camera dal 1° al 19 luglio. Il governo assicurò che le leggi erano dirette solo contro gli anarchici, ma le opposizioni di sinistra denunciarono il proposito di estenderle anche a socialisti e repubblicani (ciò che di fatto pochi mesi dopo avvenne, con lo scioglimento decretato il 22 ottobre di tutte le organizzazioni socialiste). I socialisti, per bocca di Enrico Ferri, cercarono di stornare la minaccia dal loro partito esponendo le differenze ideologiche e storiche fra anarchismo e socialismo. Fu invece Giovanni Bovio, il filosofo e politico meridionale che da tempo in scritti e discorsi si era fatto patrocinatore degli anarchici e profeta di un suo anarchismo finalistico, a parlare a nome di un assente: Ho sentito dire che tutta questa discussione si muove contro l'anarchismo [...] Ma ave voi mai definito l'anarchismo? È o non è un'utopia? Se l'anarchismo è un'utopia, resta nell'ordine generale di tutte le utopie; e sin che è nel campo del pensiero è inattaccabile. Potete soltanto perseguitarlo quando si fa armato [...] Si ha un bel dire: esso è un reato! La storia, la parola, le tradizioni sono contro questa vostra affermazione [...] La parola anarchia è già una parola politica [...] Il socialismo è redenzione del quarto stato; l'anarchismo è il primo ruggito del quinto stato, invisibile, imponderabile. Malgrado gli argomenti dell'opposizione, le leggi eccezionali [il 19 luglio 1894] vennero approvate ed entrarono immediatamente in vigore». Così P.C. Masini, *Storia degli anarchici italiani nell'epoca degli attentati*, Milano, 1981, 55-56; inoltre, si veda sul punto P. Lucchetti, *Prefetti e amministrazione dell'Interno sotto Francesco Crispi*, In *Instrumenta*, 6, 1998; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana. 1861-1993*, Bologna, 1996, 129 ss. Non è un caso, inoltre, che giuristi di estrazione orlandiana come Ranelletti, affermassero come «non si può parlare di un diritto alla libertà dell'individuo di fronte allo Stato come preesistente allo Stato stesso». O. Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in Aa.Vv., *Primo tratta completo di diritto amministrativo italiano*, IV. 1, a cura di V. Orlando, Milano, 1904, 242.

Inoltre, nel caso di Giolitti, esso «non riuscì pienamente nel suo intento di cambiare gli atteggiamenti e i metodi delle forze dell'ordine. Egli tentò di modificare la tradizionale mentalità repressiva del poliziotto senza tuttavia creare le condizioni necessarie per ottenere lo scopo. Le sue direttive semmai finirono per disorientare i responsabili periferici delle forze dell'ordine, con conseguenze spesso drammatiche. Dopo tredici anni di potere giolittiano il sistema dell'ordine pubblico non era meno in crisi di quanto lo fosse nel 1901, visto che continuava a denunciare gli stessi difetti di carenza di personale, dualismo e rivalità tra i corpi, scarsa efficienza operativa, ecc. La politica giolittiana dell'ordine pubblico era altresì viziata in parte dal fatto che il suo appoggio alle rivendicazioni dei lavoratori era piuttosto tiepido e spesso del tutto incompatibile con i suoi interessi elettorali, motivo che spiega il ruolo alquanto ambiguo del prefetto a livello provinciale. Egli mirava a tenere in scacco il movimento socialista: la sua politica sociale era intesa a smorzare il potere d'attrazione delle forze rivoluzionarie, ma quando le cose si mettevano male era inevitabile che si tornasse ai tradizionali sistemi di repressione o poco meno». Così J. Dunnage, *Istituzioni e ordine pubblico nell'Italia giolittiana. Le forze di polizia in provincia di Bologna*, in *Italia contemporanea*, 12, 1989, 25 – 24. Occorre ricordare, come i tradizionali sistemi di repressione a quel tempo, prevedevano l'arresto anche per mero vilipendio alla legge, di coloro i quali non condividevano indirizzi politici statali e venivano considerati sediziosi. Invece, Sulla figura di V.E. Orlando v. M. Fioravanti, *Vittorio Emanuele Orlando: il giurista*, in Aa. Vv., *Vittorio Emanuele Orlando: Lo scienziato, il politico, lo statista, Senato della Repubblica, Convegni della Sala Zuccari*, Soveria Mannelli, 2003; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000; A. Lucarelli, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstaat e forma di governo parlamentare*, in *Diritto e cultura*, 1997; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986.

riconoscimento formale dei diritti conviveva con un ampio margine di discrezionalità in capo al potere esecutivo, soprattutto in materia di ordine pubblico e sicurezza, anticipando, in parte, la torsione securitaria che avrebbe caratterizzato le successive esperienze autoritarie europee.

La tecnica si affina, però, come detto, nella Germania nazionalsocialista.

La *Täterschuld* (colpa d'autore) diviene il perno di numerose fattispecie repressive e il principio di legalità e le garanzie sostanziali si trovano appiattite su un formalismo che accompagna l'ermeneutica dei diritti. Si avanza così, a passi lenti ma inesorabili, verso la silenziosa modifica dei principi e delle fonti del diritto tedesco²⁶.

Nel 1935 si arriva all'emanazione della legge di modifica del codice penale tedesco, rendendo ora possibile al giudice la repressione di ogni atto contrario al *gesundes Volksempfinden* (il sano sentimento popolare), anche se il fatto non rientra tra quelli previsti espressamente dalla legge come reato²⁷, aggirando, in questo modo, il principio di legalità²⁸.

La deriva giuridica in cui la Germania si avvia, e che trova il suo baricentro nel positivismo deviato, porterà più tardi Gustav Radbruch a parlare di «ingiustizia legale», cioè di vere e proprie «leggi ingiuste»²⁹ e a coniare la famosa formula per resistere al diritto tiranno, in assenza di sistemi di legittimità costituzionale e, dunque, di costituzioni rigide.

La dottrina a favore di uno stato totale, non si limitava a strutturare lo stato autoritario, ma si volgeva alla fondazione di un vero e proprio stato etico, in cui gli individui devianti dovessero essere riallineati ai parametri sociali politicamente preferiti, secondo le esigenze contingenti del momento³⁰.

È per questi motivi che a rilevare in termini sanzionatori, nel sistema nazista, non è soltanto il mero fatto compiuto dal soggetto, ma anche l'identità personale dell'autore del fatto stesso. Il *Täterprinzip* pretende che vengano in rilievo i caratteri personali dell'individuo, in modo da far diventare di forte interesse sanzionatorio anche la morale del delinquente; il *Täter-Prinzip* «serve per riconoscere e capire l'autore, la sua personalità, la sua funzione nella vita sociale. E così, attraverso l'eradicazione degli elementi inadatti, migliorare la sua personalità e la vita sociale collettiva, perché l'individuo è utile solo se si adatta al potere politico ed è idoneo a produrre ricchezza».³¹

Oggi, mutata, questa distorsione giuridica, essa è presente ancora nei nostri ordinamenti e catalogata come colpa d'autore da dottrina e giurisprudenza, tanto che più volte la Corte costituzionale è intervenuta richiamando il legislatore sull'inaammissibilità di profili d'autore predeterminati, comminando l'illegittimità costituzionale a norme che tali elementi riprendevano³².

²⁶ A. De Marsico, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 16-21.

²⁷ G. Dahm, F. Schaffstein, *Liberale oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, 50 ss.

²⁸ Da notare che il principio di legalità, in riferimento alla limitazione delle libertà, nasce inizialmente come rinvio alla legge di quei comportamenti rilevanti per l'ordine e la sicurezza pubblica da dover reprimere, così da «sottrarre alla corona il pieno potere» attraverso il controllo dell'Assemblea elettiva ed evitare degenerazioni poliziesche. In questi termini, A. Ciervo, *Le metamorfosi dell'ordine pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2023, 50.

²⁹ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, 1946, in A.G. Conte (A cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 15 ss.

³⁰ G. Radbruch, *Il pensiero educativo nell'esecuzione penale in Germania: ieri e oggi*, in *Rivista di diritto penitenziario*, VI, 1935, 373-379.

³¹ E. Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, Stuttgart, 1934, 201.

³² Ad esempio, la Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2010 ha dichiarato illegittima l'aggravante della clandestinità, affermando proprio che «La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore».

Lo Stato, nella concezione istituzionale nazionalsocialista, è costituito da quell'apparato che esiste solo perché esiste il *Volk*, il popolo: l'ordine giuridico non è un semplice ordine normativo, ma incarna il volere del popolo stesso e la sua omogenea composizione morale e genetica. L'individuo ribelle, in questo sistema, non è soltanto un soggetto che infrange un comando normativo, ma è un vero e proprio traditore, un aguzzino della comunità che viola l'appartenenza sociale stessa: il patto genetico-sociale tra singolo e collettività³³, viola il *nomos* tra terra e comunità. È l'appartenenza ancestrale, genetica, da difendere con il sangue perché fonda la comunità ed è il vero elemento costitutivo dello Stato.³⁴

La dottrina tedesca del periodo nazionalsocialista elaborò categorie che segnarono una frattura radicale con il principio di legalità e con il modello garantista dello Stato di diritto, ma che, in forme mutate, riaffiorano talvolta ancora oggi, all'interno di misure di dubbia compatibilità costituzionale, anche di natura amministrativa. Basti ricordare la «colpa per la condotta di vita».

Nello stesso contesto, tra il 1943 e il 1944, fu persino predisposto un progetto normativo per il trattamento degli «estranei alla comunità», che prevedeva l'internamento nei campi di concentramento di soggetti definiti asociali, omosessuali e marginalizzati, a conferma di una concezione del diritto inteso non come limite al potere, bensì come veicolo di omologazione e di esclusione.

Il *Tätertyp* non svolgeva soltanto la funzione di garantire l'omogeneità sociale, ma rappresentava anche lo strumento attraverso cui si affermava l'istanza autoritaria dello Stato totale, in cui l'ordine pubblico era elevato a bene giuridico autonomo, insuscettibile di bilanciamento con i diritti individuali. In tal modo, i diritti venivano degradati a meri interessi legittimi, destinati a soccombere di fronte alla sicurezza dello Stato³⁵.

È in questa tensione che si coglie la connessione più profonda tra la sovranità³⁶ e il diritto come strumento di repressione e non di limite. L'ordine pubblico, la sicurezza, la necessità di controllo sociale, divengono il veicolo attraverso cui, nelle forme di stato a tendenza autoritaria viene affermata la supremazia della forza coattiva, del monopolio della forza statale, sul corpo sociale. L'imposizione coattiva, slegata dal limite delle libertà inviolabili, criterio di validità della sovranità stessa, fonte immediata di legittimità dello Stato. In altri termini, non è più il diritto costituzionale a limitare la sovranità, ma è la sovranità stessa a definire termini e contenuto di diritti (sempre che di diritti ancora si possa parlare).

In questi modelli il rapporto tra Autorità e Libertà viene rovesciato: la libertà non è una condizione che legittima l'esercizio della sovranità, ma sua concessione variabile. Non a caso il potere sovrano, in questi contesti, presenta una fisiologica tendenza espansiva, in grado di inglobare ogni spazio sociale, perché non delimitato da contrappesi effettivi. Ed è proprio questo l'esito che il *Tätertyp* manifesta in chiave giuridico – istituzionale. Si inverte l'assorbimento della persona nel disegno collettivo dello Stato, secondo una logica in cui il

³³ K. Klee, *Il nuovo codice penale svizzero e il diritto penale del Terzo Reich*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 10, 1939, 922-953.

³⁴ C. Schmitt, *Il nomos della terra*, trad. it. a cura di F. Volpi, Milano, 1991, *passim*.

³⁵ era questa la tesi sposata dalla Suprema Corte di cassazione, prima che la Corte costituzionale provasse a riportare sotto il dettato costituzionale l'art. 2 T.U.L.P.S. Nello specifico, si fa riferimento a Corte di cassazione, ss.uu. civ., sent. n. 2068/1958.

³⁶ Per meglio comprendere il legame tra sovranità e comando politico nell'evoluzione delle forme di stato cfr. B. De Jouvenel, *Del potere. Storia naturale della sua crescita*, trad. it. S. De La Pierre, Milano, 1991; . D. Grimm, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari, 2023; M. Galizia, *La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951; G. Berti., *Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, 1, Milano, 2007; T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996; da una prospettiva storico-giuridica, accuratamente Aa.Vv., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002.

comando politico diventa l'unico metro di legittimità dell'azione pubblica.

È qui che si rinviene la continuità tra le esperienze totalitarie del passato e le derive securitarie del presente.

La trasformazione dell'ordine pubblico in categoria indipendente³⁷, sottratta a una visione sistemica e funzionale a esigenze mutevoli della *potestas*, ridotta a indirizzo politico capace di piegare l'intero ordinamento giuridico. Per comprendere la portata di questa evoluzione, è necessario collocarla, quindi brevemente, entro lo schema delle forme di Stato³⁸.

Nel modello liberale ottocentesco, le libertà erano proclamate (riconosciute in leggi ordinarie o in Costituzioni flessibili) ma restavano prive di garanzie effettive, dunque esposte alla discrezionalità del potere.

Nel modello autoritario-liberale, come quello austro-prussiano e, con peculiarità proprie, quello italiano di fine Ottocento e inizio Novecento, l'ordine pubblico assumeva carattere sistematicamente prevalente, legittimando restrizioni amministrative di massa.

Con il passaggio allo Stato totalitario, tanto in Germania dopo Weimar quanto in Italia con il fascismo, l'ordine pubblico, come visto, cessò persino di essere categoria giuridica e divenne l'espressione politica assoluta della comunità, misura di ogni libertà, giustificazione di ogni soppressione.

Appunto, è solo con lo Stato costituzionale di diritto che si è realizzata una rottura autentica. L'ordine pubblico non è più bene assoluto, ma valore da comporre in un processo di bilanciamento con i diritti fondamentali che segnano i limiti invalicabili che impediscono alla sicurezza di divenire un diritto presupposto degli altri diritti.

Da ciò discende un ammonimento.

Ogni volta che, anche oggi, si riafferma una concezione dell'ordine pubblico come categoria autonoma e intangibile, sottratta al bilanciamento costituzionale, riaffiora il rischio di regressione istituzionale. È il segnale che logiche di autoritarismo liberale o di Stato etico possono insinuarsi nello Stato costituzionale, svuotandone la sostanza. Un passaggio, dunque, appare chiaro, dall'origine delle comunità politiche all'avvento dei regimi costituzionali più strutturati: «il diritto è politica. Nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica. Altra cosa è l'uso politico del diritto»³⁹, specie nel campo della sicurezza.

L'esperienza concreta dimostra, infatti, come la normazione repressiva sia stata piegata a esigenze di consenso immediato e a spinte populistiche, generando un diritto simbolico, spesso in tensione con i valori costituzionali⁴⁰, «non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e garanzie ma ad essa sovraordinato»⁴¹.

In questo processo si è prodotta una vera e propria cronicizzazione dell'emergenza: strumenti

³⁷ Per una tematizzazione più generale dell'ordine pubblico, anche con riguardo ad antecedenti storici e materie contigue, cfr. A. Jr Golia, *Conflitto collettivo e corti nell'evoluzione dell'ordinamento italiano. La giustizia costituzionale dello sciopero*, Torino, 2025; G. Filippetta, *La Repubblica senza Stato. L'esilio della Costituzione e le origini della strategia della tensione*, Milano, 2024.

³⁸ M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2022; B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Antologia degli scritti politici*, Bologna, 1962; L. Elia, *Animazione, istituti e forme dello stato democratico*, in *Vita e pensiero*, 1975; Id., *Legittimazione e potere*, in *Holding*, 1982, 9 ss.

³⁹ Così S. Moccia, *Qualche riflessione sui rapporti tra sistema penale e democrazia*, in *Rivista Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2024, disponibile al link: <https://www.penaledp.it/qualche-riflessione-sui-rapporti-tra-sistema-penale-e-democrazia/>.

⁴⁰ S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti all'espansione del diritto penale* in *Diritto e Storia, Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 11, 2013; P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Napoli, 2001.

⁴¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma- Bari, 1989, 845.

concepiti per contesti eccezionali, e giustificati da esigenze straordinarie e temporanee, vengono riproposti con disinvoltura, anche al di fuori di reali situazioni emergenziali. Generando profonde rotture della Costituzione⁴².

L'ordine pubblico, anziché rimanere categoria da bilanciare, è trattato come valore autonomo e autosufficiente, assimilato a *ordre dans la rue*⁴³, obiettivo politico e simbolico che tende a prevalere sistematicamente sulle libertà costituzionali⁴⁴.

Le zone rosse, frutto del potere d'ordinanza di necessità, sono l'emblema di questa deriva moderna. Presentate come misure eccezionali e circoscritte, esse vengono reiterate e prorogate, trasformandosi in strumenti ordinari di governo del territorio.

Le ordinanze che le istituiscono si fondano su parametri indeterminati («percezione di insicurezza», «atteggiamenti molesti», «concreto pericolo per la sicurezza pubblica») e finiscono per comprimere la libertà personale e di circolazione⁴⁵ in assenza di tipizzazione normativa, e senza adeguati limiti sostanziali.

Non a caso, la giurisprudenza amministrativa (TAR Toscana, 2019; TAR Campania, 2025 come meglio *infra*) ne ha sottolineato l'incompatibilità con i principi dello Stato costituzionale, evidenziando come esse costituiscano una elusione disinvoltata della riserva di legge e del principio di legalità.

In questo modo, per restringere le libertà individuali e collettive, viene aggirato il procedimento legislativo e la stessa riserva di legge che, ex art. 16 Cost.⁴⁶, per funzionare appieno, avrebbe bisogno di una legge attributiva del potere di ordinanza che fissi i limiti di tale intervento, mentre l'art. 2 T.U.L.P.S., voluto dal regime fascista per consentire il controllo sociale del territorio, e nella sua formulazione letterale invariata, rimane un foglio bianco in cui è tendenzialmente possibile scrivere di tutto sino a che (e se) non arrivi un controllo giurisdizionale pieno ed efficace.

L'ormai preoccupante e diffuso fenomeno della istituzione di zone rosse urbane, a macchia di leopardo, sul territorio nazionale, come strumento da approntare pur senza evidente emergenza solo perché più duttile, rappresenta l'ultimo approdo del modello securitario in violazione dei principi costituzionali, almeno a giudizio di chi scrive, e di quanto affermato dal TAR Campania. Nelle varie ordinanze prefettizie di adozione delle misure si legge come sia necessario tutelare finanche la percezione della sicurezza, minacciata dalla «presenza di soggetti molesti e aggressivi, dediti alla mera commissione di reati e /o non in regola con la normativa in materia di immigrazione, tale da incidere negativamente sulla percezione di sicurezza dei cittadini e dei turisti che fruiranno di quelle aree»⁴⁷.

Colpisce, in proposito, che l'adozione di tali provvedimenti avvenga pur a fronte del calo dei

⁴² F. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, 39-51.

⁴³ Così G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, 271.

⁴⁴ C. Fiore, *Ordine pubblico (diritto penale)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1102.

⁴⁵ Peraltro, queste due libertà non erano distinguibili giuridicamente nello Statuto albertino, essendo quella di circolazione un'evoluzione di quella personale che ne costituiva il presupposto; M. Galizia, *La libertà di circolazione e soggiorno dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in P. Barile (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Milano, 1967, 486.

⁴⁶ Non unanime in dottrina la sua natura di relativa o assoluta, ma, dopo la pandemia da Covid 19 e gli effetti sul sistema delle fonti, a giudizio di chi scrive, da intendersi relativa. Tuttavia, è assoluta, tra gli altri, per M. Ruotolo, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. Cocco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012; G. Demuro, *Art. 16*, in A. Celotto, M. Olivetti, R. Bifulco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 377; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 325, la intende come relativa. Di tale orientamento anche la giurisprudenza costituzionale, sent. 68 del 1964, e quella ordinaria, Cass. Civ., sent. n. 9738/2000.

⁴⁷ In questo senso è stata sollecitata, nel corso di una riunione del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica di Milano nella seduta del 27 dicembre 2024, l'adozione di ordinanza ex art. 2 T.U.L.P.S. che ha poi recepito l'indicazione con tale formulazione.

reati rispetto all'anno precedente, come sottolinea la Prefettura di Milano nel comunicato che accompagna l'emanazione della misura⁴⁸. Anche Napoli, nell'ordinanza di proroga delle zone rosse di luglio, poi annullata dal TAR Campania, compiva un generico riferimento alla percezione della sicurezza e all'avvento dei flussi turistici.

Il tratto più preoccupante è, come detto, è proprio la loro ripetizione disinibita.

Ciò che dovrebbe restare provvisorio diventa permanente, ciò che dovrebbe essere eccezione diventa regola. In tal modo, si produce uno scivolamento dell'ordinamento costituzionale verso la percezione d'insicurezza popolare, in cui i diritti non tengono più alla prova dell'emergenza e viene alterato il riparto di poteri.

Le varie norme sulle ordinanze di necessità riconosciute a Prefetti e Sindaci, e disseminate nel nostro ordinamento, rappresentano, nella sostanza, il parallelo dell'art. 77 Cost. su base amministrativa orizzontale⁴⁹, propugnando l'elusione dei controlli; torsione monocratica e duttilità nell'applicazione della misura, anche nel suo iter approvativo.

Ed è proprio in questa prospettiva dell'emergenza, quale fonte del diritto⁵⁰, che si colloca il più generale problema, a monte, delle ordinanze contingibili e urgenti. Strumenti che, pur previsti dall'ordinamento come eccezionali e residuali, sono stati nel tempo trasformati in veicoli ordinari di amministrazione dell'ordine pubblico, con effetti distorsivi sulla forma di governo e, come si è detto, sulla stessa forma di stato.

3. Le ordinanze contingibili e urgenti tra storia, poteri e legittimità. Prima di entrare nel vivo del commento della interessante vicenda napoletana che è sfociata nella declaratoria

⁴⁸ I «dati della delittuosità da gennaio 2024 al 20 dicembre scorso che, pur non essendo ancora consolidati, perché suscettibili di possibili variazioni, forniscono un'indicazione dell'andamento del fenomeno. È stato altresì effettuato un consuntivo dell'attività svolta dall'inizio dell'anno dalle Forze di Polizia (Questura, Carabinieri e Guardia di Finanza). A seguito dell'aumento dei servizi ordinari di controllo e delle operazioni di Alto Impatto, si è registrato un decremento del numero totale dei delitti commessi, sia nell'area metropolitana che nel capoluogo milanese, rispetto allo scorso anno. Nella città di Milano, in particolare, il totale dei delitti registra una riduzione, passando dai 144.864 illeciti dell'anno scorso ai 134.178 accertati nell'anno corrente. I reati di strada, le rapine in pubblica via e i furti hanno registrato una diminuzione del 10%, e i furti in abitazione e con destrezza, hanno subito rispettivamente un decremento pari al 19,57% e al 17,48%. Anche i cosiddetti delitti informatici, truffe e frodi, si riducono, passando, nella città di Milano, dai 1.581 del 2023 ai 1.176 del 2024. Più in generale, sul piano delle attività di contrasto alla delittuosità, sono stati registrati, nell'ultimo anno, significativi risultati, che hanno consentito di incrementare il numero delle persone identificate quali autori di reato, con conseguente deferimento degli stessi alle competenti Autorità Giudiziarie. Il dato statistico evidenzia, pertanto, un incremento delle risposte operative, sul piano della repressione della delittuosità da parte delle Forze di polizia. L'incremento delle attività di controllo nel 2024, effettuate sino al 20 dicembre scorso, con quasi 90.000 servizi di ordine pubblico svolti da Polizia di Stato, Carabinieri e Guardia di Finanza, ha portato anche a considerevoli risultati in termini di arresti e fermi sia in città che in tutta l'area metropolitana. Sono state controllate oltre un milione e mezzo di persone, 7.604 quelle arrestate (nel 2023 sono state 6.472) e 29.422 quelle denunciate (dati congiunti Questura e Carabinieri). Sono stati oltre 2.500 i provvedimenti di espulsione di cittadini stranieri e 520 i rimpatri, superiori di quasi 160 rispetto all'anno precedente». Il comunicato integrale della Prefettura è disponibile al link: <https://prefettura.interno.gov.it/it/prefetture/milano/comunicazioni/misure-capodanno-istituzione-zone-rosse-e-bilancio-attivita-2024>.

⁴⁹ Anche se, sempre in riferimento alla problematica della forza di legge, tra i molti critici in dottrina rispetto al parallelismo decreto-legge/ordinanza di necessità, su tutti, G.F. Ciaurro, *Decreto legge*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, 6, secondo cui non «possano in alcun modo equipararsi ai decreti legge – né per la natura, né per il regime, né per l'efficacia – le “ordinanze di necessità” e altri provvedimenti “contingibili ed urgenti” che siano adottati da autorità diverse dal governo sulla base di poteri loro conferiti dalla legislazione ordinaria».

⁵⁰ Sulla necessità quale fonte del diritto S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950; Id., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993, 104; G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 429.

di annullamento dell'ordinanza prefettizia di proroga delle zone rosse, occorre svolgere una panoramica generale sul potere di ordinanza contingibile ed urgente.

Le ordinanze contingibili ed urgenti, seppur non annoverate tra le fonti del diritto poiché non idonee ad innovare l'ordinamento in modo stabile ed oggettivo, possono essere catalogate quali strumenti *extra ordinem*, ma che dovrebbero essere sempre orientate *secundum legem* (o, meglio, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento). Vedremo, in seguito, quanto e in che misura il *secundum legem* debba rispettare il principio di legalità in senso sostanziale e quanto e se debba farlo solo in senso meramente formale.

Esse trovano la loro origine nella necessità che l'Amministrazione possa e debba fronteggiare situazioni eccezionali, imprevedute ed imprevedibili, attraverso dispositivi che fondano la loro origine nella necessità, nell'urgenza come fonte (in parte) autonoma del diritto.

Da questo punto di vista, occorre rimarcare la differenza tra atti necessitati e ordinanze contingibili⁵¹: i primi ritrovano una cornice normativa generale, senza libertà di fine, attraverso la tipizzazione dei poteri; le seconde difettano di tipizzazione e si riconoscono solo in una norma attributiva del potere, ma non viene individuato *ex lege* il loro contenuto, in riferimento all'esercizio in concreto del potere che si esercita⁵².

È chiaro come entrambe le categorie, ma soprattutto le ordinanze *extra ordinem*, se non sollevavano dubbi di legittimità durante i tempi di esistenza dello stato liberale tradizionale e, dunque, sotto l'efficacia delle costituzioni flessibili, oggi invece, non pochi dubbi di compatibilità sollevano in riferimento alla tenuta e alla coerenza del sistema normativo e della gerarchia delle fonti.

Esse, sono in grado di introdurre discipline derogatorie della normativa in vigore, pur non essendo atti normativi. Tale deroga viene giustificata dal carattere della contingibilità e dell'urgenza e, dunque, all'elemento strettamente collegato alla temporaneità della misura adottata.

Tuttavia, proprio in virtù di tale aporia in termini di incidenza sul sistema costituzionale moderno delle fonti, non è mancato chi, in dottrina, abbia propugnato una limitazione di tale categoria (per non dire un suo superamento) a favore di ordinanze, invece, non *extra* ma *secundum ordinem*⁵³.

E infatti, a regole inviate, l'unico limite sostanziale che il potere di ordinanza incontra è il rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁵⁴. Da questo punto di vista, non vi è chi non veda come possano a fatica essere individuati tali principi generali, e come sia rischioso farvi ricorso senza preventiva tipizzazione specifica legislativa, rischiando di generare un *cherry picking* dei principi e, dunque, di poter correre il rischio di giustificare qualunque misura, attraverso interpretazioni soggettive e personali. La partita si gioca, allora, tra il rispetto del principio di legalità inteso in senso sostanziale o solo formale, stante che fatti e necessità non possono essere fonti autonome e indipendenti del diritto (se non nei limiti indicati dal legislatore stesso e attraverso strumenti ordinamentali previsti a monte – come le ordinanze di necessità, appunto).

⁵¹ M.S. Giannini, *Atti necessitati e ordinanze di necessità in materia sanitaria*, ora in Aa. Vv., *Scritti*, vol. IV, Milano, 2004, 915 ss; M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in Aa. Vv. *Scritti*, cit., 945 ss.

⁵² Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 198/2021 con commento di A. Lucarelli, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. Cost.*, 2021, 2068 ss.

⁵³ Così A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 558-583.

⁵⁴ La Corte costituzionale ha più volte indicato alcuni limiti all'atto amministrativo emergenziale, il cui rispetto vale la legittimità dell'atto stesso. Nello specifico, tali atti risultano legittimi quando il legislatore nel preveda che l'Amministrazione rispetti i requisiti dell': «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico». *Ex multis*, Corte cost. sentt. n. 26/1961; n. 8/1956; n. 4/ 1977 n. 4 e n. 115/2011.

Un esempio di cronicizzazione di strumenti straordinari, in tal senso, è proprio costituito dall'uso abnorme di tale strumento per fronteggiare situazioni che tutto appaiono tranne che urgenti e imprevedibili, giustificando il ricorso al potere di necessità sotto il manto della emergenza soggettiva avvertita dal gruppo sociale o dai vertici politici.

Numerosi sono gli esempi: ordinanze contingibili ed urgenti sono state utilizzate per interdire l'attività di lavavetri per strada⁵⁵; per inibire l'utilizzo del *burqua*⁵⁶; per vietare rapporti sessuali con prostitute⁵⁷, ma anche per interdire la possibilità di fumare nei centri cittadini⁵⁸. Tutti casi in cui mancava l'eccezionalità e, dunque, il presupposto per l'attivazione del potere di ordinanza di cui sopra.

A questo proposito, giova ricordare lessicalmente come il carattere della contingibilità dovrebbe significare il caso fortuito, l'avvenimento imprevedibile; mentre l'urgenza la situazione che pretende interventi non differibili, per far fronte al caso imprevedibile di cui sopra.

Ed è appunto proprio nell'emergenza che l'affiorare di uno «spazio giuridico vuoto» renderebbe possibile la deroga alla disciplina in vigore, ammettendo la vigenza dei soli principi generali dell'ordinamento che rimarrebbero indenni al fenomeno emergenziale⁵⁹.

Peraltro, la contingibilità e l'urgenza dell'atto porta con sé anche un ulteriore problema di effettività o, meglio di orientamento dei consociati, quello della conoscenza della

⁵⁵ Il riferimento è alle ordinanze adottate nel 2007 a Firenze, con cui, attraverso una prima ordinanza, risalente al 25 agosto 2007, veniva vietato «l'esercizio del mestiere girovago di lavavetri». Tale provvedimento ha suscitato una dura reazione della Procura competente sul territorio che ha indicato come non sussistessero i presupposti per l'applicazione, nei confronti di chi contravveniva al divieto, dell'art. 650 cod. pen. Per la Procura tale condotta poteva esclusivamente integrare un illecito di tipo amministrativo. Per l'effetto, il Sindaco revocò l'ordinanza.

⁵⁶ Si tratta dell'ordinanza del 27 luglio 2004 n. 24, con cui il sindaco del Comune di Azzano Decimo, aveva disposto per la cittadinanza l'obbligo di adeguarsi alle norme stabilite dall'art. 85 del T.U.L.P.S., richiamando il divieto in esso contenuto di «comparire mascherato in luogo pubblico», oltre che dall'art. 5 della legge n. 152/1975 che vieta l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. Veniva specificato, in particolare, che tra «gli altri mezzi» indicati nell'art. 5 della l. 152/1975 erano da annoverarsi anche «i veli che coprono il volto». L'ordinanza, battezzata anti-*burqua*, subì un annullamento con decreto del Prefetto della Provincia. Annullamento poi confermato sia dal TAR che dal Consiglio di Stato.

⁵⁷ Numerose in questo senso le ordinanze. La Cassazione, attraverso la sent., n. 21432/2006, sez. I civ., ha però ritenuto illegittime le ordinanze di divieto di contrattare prestazioni sessuali a pagamento; ordinanze che, seppur formalmente emanate per assicurare la sicurezza relativamente all'attività di circolazione stradale, determinano un intervento in materia di ordine pubblico.

⁵⁸ Un esempio significativo è rappresentato dal Comune di Olbia, il cui Sindaco, con ordinanza n. 34 del 22 giugno 2023, ha adottato un provvedimento fondato sugli artt. 32 della legge n. 833/1978 (che attribuisce al Sindaco, quale autorità sanitaria locale, poteri in materia di tutela della salute pubblica) e 7-bis e 50 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Occorre evidenziare come, le ordinanze sindacali in materia sanitaria, rientrano, a tutti gli effetti, nella categoria degli atti contingibili e urgenti, concepiti per fronteggiare situazioni di emergenza che minacciano l'incolumità collettiva, e non altrimenti governabili con gli strumenti ordinari dell'Amministrazione. In quanto atti *extra ordinem*, esse devono rispettare i principi generali dell'ordinamento, ed in particolare: il principio di sussidiarietà straordinaria (ossia l'impiego solo quando gli strumenti ordinari risultino inefficaci), il principio di temporaneità, nonché l'esigenza di una motivazione adeguata e di un'istruttoria rafforzata, proprio perché finalizzate a rimuovere un pericolo concreto e immediato, senza assumere carattere sanzionatorio o regolatorio permanente. Nel caso di specie, tuttavia, non si ravvisa quale emergenza sanitaria non fronteggiabile con strumenti ordinari (quali regolamenti comunali) che possa giustificare l'adozione del provvedimento contingibile; l'ordinanza, piuttosto, sembra rivestire una funzione prevalentemente sanzionatoria e regolativa, introducendo misure eccezionali a carattere tendenzialmente permanente. Inoltre, essa non reca alcun termine finale di efficacia e risulta, allo stato, tuttora vigente, in evidente contrasto con il principio di temporaneità che dovrebbe connotare in maniera indefettibile gli atti contingibili e urgenti.

⁵⁹ Parla di *spazio giuridico vuoto* G. Trombetta, *L'ordinanza prefettizia ex art. 2 TULPS. Una lettura "realista" dentro i principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 22, 2021, 81.

disposizione. Le ordinanze di necessità, infatti, quali atti urgenti, vengono ad essere sottoposte al regime della mera pubblicità notizia, la cui violazione potrebbe determinare irregolarità non caducanti o trasfondersi, eventualmente, in vizi integranti categorie più ampie in un giudizio amministrativo generale in sede di contenzioso.

Difatti, ex art. 21-*bis*, l. 241/1990 «i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci». Essi vengono sottratti, allora, all'obbligo di tempestiva notificazione o pubblicazione per la loro efficacia.

Rimane in ogni caso un dato incontrovertibile, un'aporia del sistema: le ordinanze contingibili ed urgenti, pur non essendo annoverabili tra le fonti del diritto (poiché, appunto, provvedimenti *extra ordinem* – fuori dall'ordinamento tradizionale), riescono ad incidere sulla operatività di una norma di rango primario. Un provvedimento amministrativo, in questo modo, è idoneo ad intaccare l'efficacia di una legge, gerarchicamente superiore.

Siamo ben oltre i problemi relativi ai regolamenti di delegificazione su cui la dottrina si è a lungo interrogata⁶⁰.

In questi casi, addirittura, la deroga alla legge può provenire non solo da un organo non elettivo (si pensi al Prefetto, appunto), ma addirittura da un organo periferico e non centrale, privo di poteri normativi in senso stretto (si pensi ai Sindaci).

Ebbene, riconoscere alle ordinanze contingibili la possibilità di derogare alla legge, senza una previa normativa che ne delimiti puntualmente il contenuto in termini di esercizio del potere (come nel caso dell'art. 2 T.U.L.P.S.), non solo, a giudizio di chi scrive, mette in crisi ed elude il principio di legalità in senso sostanziale e la riserva di legge nelle materie costituzionalmente garantite, ma determina il riconoscimento, nei fatti, della forza di legge all'atto amministrativo⁶¹, al netto dell'impossibilità di riconoscergli, invece, il valore di legge⁶².

Del resto, della necessità della precisa delimitazione dei contenuti, si era pure occupato il Giudice delle Leggi, il quale aveva stabilito come qualsivoglia provvedimento contingibile debba essere delimitato dalla legge quanto ai presupposti e ai profili contenutistici. Di contro, si appaleserebbe una violazione degli artt. 23 e 97, c. 2 Cost.⁶³.

Rimane allora giuridicamente problematico, alla luce di tale considerazione, l'assetto testuale dell'art. 2 T.U.L.P.S., stante la mancanza, come già evidenziato, di perimetrazione dei poteri d'intervento e di specifiche declinazioni fattuali rispetto alla possibilità di ricorrere al potere d'ordinanza, se non attraverso il ricorso a clausole di stile come «urgenza e grave necessità pubblica» che giustificano la possibilità «adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

Il costituzionalista allora, quale studioso della «tecnica della libertà»⁶⁴, non può non

⁶⁰ Per tutti, con relativa bibliografia ivi citata, V. Cocozza, *La delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2025.

⁶¹ Anche se la Corte costituzionale lo ha escluso. Cfr. Corte cost., sent. n. 4/1977 così come, teoricamente, lo ha fatto parte della dottrina per salvarne la legittimità costituzionale, L. Paladin, *art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma, 1977, 69-70; G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., 94. Mentre, a mio giudizio, più condivisibile poiché sostanzialista sul piano degli effetti, F. Modugno, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2008, 82 ss. : «ammettere la legittimità di tali ordinanze, sia pure nella considerazione restrittiva che si tratti di semplici provvedimenti amministrativi, equivale ad ammetterne tutta la loro potenzialità paralegislative [...] andrebbe posto il problema della sindacabilità delle ordinanze da parte della Corte costituzionale, sempre che non si voglia ritenere questo un caso tipico di scissione tra forza e valore di legge, dal momento che esse hanno senz'altro forza di legge, come capacità di incidenza a livello legislativo».

⁶² Sulla differenza tra forza e valore A. M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1957, 269 -276.

⁶³ Corte cost., sent. n. 115/2011.

⁶⁴ N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, 201-202; più in generale, A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide*

interessarsi a questi temi e proporre, nel caso, anche soluzioni decise.

La partita, allora, è tutta giocata sul piano dell'effettività, della mortificazione del principio di preferenza per la legge e del collasso del sistema delle fonti sulla produzione; le quali non solo vengono aggirate, ma molto spesso non riescono a delimitare, neppure a monte, l'esercizio di poteri derogatori, attraverso previsioni puntali e tecnicamente efficienti.

4. Nello specifico, le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. Le ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S. rappresentano l'esercizio del potere storicamente riconosciuto ai Prefetti della Repubblica: il vertice provinciale della sicurezza pubblica e del relativo ordine. Il Prefetto, infatti, quale autorità provinciale di sicurezza e rappresentante del Governo nella provincia è incardinato nella struttura del Ministero degli Interni e soggiace alle direttive del relativo Ministro, agendo come organo d'amministrazione statale a livello locale. Tra le sue funzioni non c'è solo la gestione della sicurezza sul territorio della Provincia (e, infatti, presiede il Comitato per l'Ordine e la Sicurezza), ma anche la funzione di cinghia e coordinamento tra le varie amministrazioni dello Stato, nonché, soprattutto, di gestione delle emergenze e dei soccorsi in caso di pericolo.

L'art. 2 T.U.L.P.S. si innesta, dunque, nell'ampio novero dei poteri riconosciuti al Prefetto al fine di fronteggiare situazioni d'emergenza, che richiederebbero interventi immediati sul territorio di competenza.

Per dare un esempio della vastità dei poteri riconducibili all'istituto prefettizio (mai formalmente abrogati) contenuti nel T.U.L.P.S., paradigmatico è lo stato di pericolo di cui agli artt. 214 e ss. del testo unico citato.

In particolare, l'art. 214 cit., prevede che «Nel caso di pericolo di disordini il Ministro dell'interno con l'assenso del capo del governo, o i prefetti, per delegazione, possono dichiarare, con decreto, lo stato di pericolo pubblico». Come sia possibile il vigore di una tale disposizione⁶⁵ sotto l'efficacia dell'art. 78 Cost. (unica disciplina d'eccezione⁶⁶ per le libertà fondamentali prevista dall'ordinamento costituzionale) è un interrogativo che dovrebbe fare riflettere.

La successiva disposizione, per l'effetto, apre ad uno scenario ancora più inquietante e contrario ad ogni principio giuridico repubblicano.

Recita infatti l'art. 215 T.U.L.P.S. che «Durante lo stato di pericolo pubblico il prefetto può ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona, qualora ciò ritenga necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico».

Si precisa, ancora una volta, volendo evidenziare tale elemento con vigore, che tali

della maggioranza, in G.M. Bravo (a cura di) *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento (Atti della X Giornata Luigi Firpo, Torino, 29-30 maggio 2003)*, Firenze, 2004.

⁶⁵ In dottrina, infatti, c'è chi ha concluso che la mancata attivazione dei poteri straordinari governativi previsti all'interno del T.U.L.P.S., successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, lasci intendere una loro tacita abrogazione. A parere di chi scrive l'argomento non appare convincente, sicché il nostro ordinamento non conosce l'abrogazione per desuetudine. Anche la strada dell'abrogazione tacita non risulta convincente, se si pensa che altri articoli del T.U.L.P.S., nonostante la loro scarsa compatibilità costituzionale, risultano ancora in vigore ed utilizzati (esempio ne è l'art. 2). A questo proposito, a meno di interventi legislativi di abrogazione espressa, non è escludibile che i poteri di sicurezza possano essere un giorno così riesumati, nel corso di un accadimento particolarmente critico, attraverso un tentativo di orientamento costituzionale. Proprio com'è accaduto all'art. 2 T.U.L.P.S. Tuttavia, propugnano l'abrogazione successiva al vigore della Costituzione, C. Lavagna, *Note sulla abrogazione di bandi militari*, in *Giur. Compl. cass. civ.*, 1949, II, 167; C. Esposito, (voce) *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 886; P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 106; F. Cuocolo, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1961, 158.

⁶⁶ Sullo stato di guerra si veda G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione – Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; S. Labriola, *Difesa nazionale e sicurezza dello stato nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979; G. Ferrari, (voce) *Guerra - Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

disposizioni sono tutt'ora vigenti (almeno formalmente).

Il caso dell'art. 215 T.U.L.P.S. si presenta lapalissiano della logica che intride il testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza e della sua fortissima matrice autoritaria. Tale disposizione, infatti, si presenta in palese contrasto con l'art. 13 della Costituzione, laddove prevede un arresto (sarebbe questo l'unico caso nell'ordinamento) senza convalida da parte del giudice. Nonché in contrasto con l'art. 25 Cost., il principio di legalità, tassatività e determinatezza delle norme incriminatrici. Infatti, l'art. del T.U.L.P.S. citato, non solo attribuisce al Prefetto il potere di arresto senza convalida, ma dà vita ad un istituto oltre la norma penale in bianco, contrariamente ad ogni tassatività, consentendo non soltanto l'arresto arbitrario senza controllo, ma anche l'arresto per qualunque motivo, pure non penalmente rilevante «qualora ciò ritenga necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico».

Ora, è chiaro che tali disposizioni o si intendono tacitamente abrogate con l'avvento della Costituzione repubblicana⁶⁷ o se ne cerca di dare una interpretazione costituzionalmente orientata, ad esempio prevedendo la possibilità di arresto, ma solo con successiva convalida, nei termini di rito e solo per fatti di reato per cui l'arresto è previsto.

Può apparire questa una digressione eccessivamente fuoricampo, mentre invece, a mio avviso, mette in luce le contraddizioni e la vetustà delle norme contenute all'interno del testo unico di sicurezza pubblica. Invitandoci così a ragionare sulla sua *ratio*, sulla sua attualità e su una sua necessità di riforma organica⁶⁸.

Del resto, il problema è il medesimo con le ordinanze ex art. 2 T.U.L.P.S., anche se non di eguale percezione.

Basti analizzare la formula testuale della norma, che, come si vedrà meglio *infra*, ha necessitato di interventi della Corte costituzionale⁶⁹ prima di essere riportata nell'alveo della vaga tollerabilità costituzionale⁷⁰.

Recita infatti l'art. 2 come «Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

L'indeterminatezza della disposizione emerge con particolare evidenza. La mancata delimitazione concettuale e il conseguente vuoto definitorio di clausole generali come «urgenza» o «grave necessità pubblica» aprono la strada a gravi difficoltà interpretative, traducendosi in margini di discrezionalità difficilmente compatibili con il principio di legalità sostanziale, sancito dagli artt. 25 e 98 Cost.

A ciò si aggiunga che tale potere viene attribuito a un organo monocratico non elettivo, il Prefetto, la cui posizione istituzionale risulta peculiare: pur avendo superato una selezione concorsuale ad inizio carriera, per la massima carica egli è nominato dal Consiglio dei ministri ed è funzionalmente incardinato nell'Amministrazione dell'Interno, soggetto dunque alle

⁶⁷ E, invero, finalità del T.U.L.P.S., nella forma di Stato liberale, era proprio quella di limitare le libertà costituzionali, in apparente conformità al principio di legalità, ponendo limiti materiali all'esercizio di un diritto riconosciuto astrattamente dalla Carta costituzionale, come quello di riunione. Così A. Pace, *La libertà di riunione*, cit., 250 ss.

⁶⁸ S. Foix, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; ma sul tema del rispetto del principio di legalità inteso in via sostanziale nella nostra forma di stato L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.* vol. XVIII, Roma, 1990.

⁶⁹ Corte costituzionale sent. n. 8/1956, e n. 26/1961; M. Losana, *Il sistema delle fonti tra logiche emergenziali, "amministrativizzazione" del sistema e tentazioni monocratiche*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2019; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.; A. Bellavista, *Ordinanze prefettizie, libertà di riunione e diritto al conflitto*, in *Questione Giustizia*, 27 settembre 2019.

⁷⁰ Difatti, continuano a nutrirsi dubbi di compatibilità a Costituzione, cfr. D. Baudin, E. Falletti, *Brevi riflessioni sul rapporto tra diritti fondamentali e ordinanze prefettizie di necessità ed urgenza*, in R. Falletti, V. Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, 207 ss.

direttive del Ministro. In tale quadro, l'affidamento a una figura amministrativa di derivazione indirettamente politica del potere di adottare «provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica» rischia di compromettere l'equilibrio tra legalità e discrezionalità, ponendo in tensione l'esigenza di effettività dell'azione amministrativa con le garanzie di prevedibilità e di controllo democratico che la Costituzione impone.

Il pericolo, dunque, non è astratto.

Esso attiene al cuore stesso della compatibilità di tali prerogative con il principio di separazione dei poteri e con la garanzia dei diritti fondamentali nella forma di stato democratica, agendo anche sui meccanismi di Governo.

Ben potrebbe profilarsi il rischio che i Prefetti vengano utilizzati come tramite privilegiato dell'Amministrazione centrale per imporre, attraverso atti amministrativi locali, significative limitazioni ai diritti fondamentali, eludendo in tal modo la via maestra della legge formale e il correlato controllo parlamentare e di garanzia costituzionale.

Si tratterebbe, in sostanza, di un'attuazione indiretta di un indirizzo politico di parte, centralizzato, in materia di sicurezza, mediante l'attivazione dei gangli del sistema securitario delineato dall'art. 2 T.U.L.P.S., con l'effetto di aggirare i controlli propri degli organi di garanzia centrale (dalla Corte costituzionale al Presidente della Repubblica, al controllo parlamentare e pubblico del dibattito in assemblea) e di spostare l'operatività della disciplina da un piano primario, sottoposto a rigorose garanzie di legalità e democraticità, a un piano *extra ordinem*, caratterizzato da maggiore fluidità e da minori strumenti di verifica.

Una simile torsione ordinamentale presenta profili critici non solo sul piano teorico, ma anche su quello pratico, poiché il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi incontra barriere di non poco momento: dai termini ristretti di oppugnabilità, al costo del contenzioso, fino alla particolare disciplina della legittimazione ad agire, che non consente di far valere un interesse generale, ma impone la dimostrazione di uno specifico e diretto pregiudizio della parte. Ne deriverebbe, pertanto, un circuito decisionale sottratto al pieno controllo democratico e difficilmente sindacabile, che rischia di determinare una compressione sostanziale dei diritti fondamentali al di fuori delle garanzie costituzionali previste per i limiti alla libertà e alla sicurezza.

Difatti, il Prefetto potrà fare ricorso all'ordinanza contingibile ogniqualvolta ritenga sussistente l'emergenza: un potere di «autoattivazione», proprio degli istituti emergenziali (come il decreto legge a livello nazionale) sullo stato d'eccezione⁷¹.

Tuttavia, le uniche emergenze che giustificerebbero tale potere, nel quadro costituzionale, sarebbero reali e imponenti pericoli, non prevedibili, per l'ordine pubblico: rivolte, catastrofi, disastri ambientali o umani, e così via. Non di certo, situazioni patologiche di devianza o criminalità o, peggio, ancora, ordinarie situazioni di gestione del vivere cittadino (turismo, spaccio, accattonaggio).

A questo proposito, essendo il Prefetto l'Autorità di pubblica sicurezza, non solo dovrebbe dimostrare come ogni strumento alternativo a quello adottato sia davvero inefficace per intervenire sulla situazione di pericolo, ma anche che l'imprevedibilità della situazione non ha dato modo, per tempo, di poter fronteggiare l'urgenza attraverso presidi ordinari e strumenti di controllo normale e programmabili.

L'Autorità, insomma, mai potrebbe giustificare con la propria inerzia precedente l'attivazione dei poteri emergenziali; così come mai potrebbe giustificare l'attivazione dei medesimi poteri nonostante un buon controllo dell'ordine pubblico sul territorio e la mancanza di criminalità diffusa ed elevata.

⁷¹ G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit., 10.

Nella sostanza, un qualche episodio di cronaca nera, per quanto efferato, certo non potrebbe giustificare la sussistenza di poteri emergenziali il cui esercizio dovrebbe fondarsi su criticità diffuse, anche soggettivamente, della situazione di pericolo.

5. Le zone rosse napoletane. La vicenda delle cosiddette «zone rosse» istituite a Napoli dal Prefetto della Provincia, ex art. 2 T.U.L.P.S., si colloca in una sequenza di provvedimenti che, per la loro natura reiterata e per le motivazioni addotte, hanno sollevato un dibattito giuridico di particolare rilevanza tra la popolazione, le associazioni e i privati cittadini, nonché nell'ambiente mediatico e accademico⁷². Dibattito conclusosi poi con la determinazione, da parte di alcune associazioni operanti sul territorio partenopeo e consiglieri municipali, nonché di un privato cittadino, d'impugnare le proroghe della prima ordinanza istitutiva delle zone rosse.

La prima ordinanza, su impulso della direttiva ministeriale, risale al 31 dicembre 2024, con la quale il Prefetto della Provincia di Napoli delimitava alcune aree urbane centrali vietandone lo stazionamento a soggetti che avessero assunto condotte «aggressive, minacciose o insistentemente moleste» e che risultassero deferiti per specifici reati, in particolare contro la persona (lesioni, rissa), il patrimonio (furto, rapina) e in materia di stupefacenti. Reati, si dice da subito, particolarmente bagatellari o di delinquenza comune. Venivano inspiegabilmente esclusi dal novero delle segnalazioni di polizia, ad esempio, i reati di estorsione, associazione a delinquere anche di stampo mafioso o, ad esempio, di violenza sessuale. Pure invece contemplabili visto il fine dichiarato della misura.

La *ratio* manifesta del provvedimento risiedeva nel voler fronteggiare «emergenze di ordine e sicurezza pubblica» legate a grandi afflussi di persone, come quelli connessi al Capodanno e ad eventi cittadini, richiamando anche l'esito di operazioni straordinarie di controllo del territorio.

Le operazioni c.d. «ad alto impatto» erano ritenute efficaci anche in termini di controllo sul territorio. Nonostante l'illogicità di affermare il pieno e corretto governo della sicurezza attraverso le operazioni di polizia, il provvedimento indicava di voler procedere ad una sua ulteriore stabilizzazione attraverso strumenti straordinari (*sic*).

L'ordinanza, a carattere contingibile e urgente, era limitata temporalmente a tre mesi, fino al 31 marzo 2025.

In prossimità della scadenza, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del 25 marzo 2025 sollecitava poi la prosecuzione della misura, ritenendo che le esigenze di sicurezza non fossero venute meno. Seguiva, così, la prima proroga del 27 marzo 2025, che confermava integralmente la disciplina originaria fino al 30 giugno 2025, con motivazioni sostanzialmente sovrapponibili alle precedenti.

Nel frattempo, veniva adito il TAR Campania, che con ordinanza cautelare n. 1320/2025 del 17 giugno 2025 rigettava la sospensiva per difetto del *periculum*, stante l'imminente scadenza del provvedimento, ma non mancava di rilevare «profili di possibile fondatezza», specie in ordine alla violazione del principio di temporaneità degli atti *extra ordinem*. Tale passaggio, di natura incidentale, assume rilievo perché anticipava la critica poi sviluppata nella fase di merito dal giudice amministrativo, adito nuovamente con motivi aggiunti nell'impugnativa della terza ordinanza.

E, difatti, il 30 giugno 2025 il Prefetto adottava una seconda proroga, estendendo gli effetti dell'ordinanza fino al 30 settembre 2025.

Le motivazioni, ancora una volta, evocavano generici profili di ordine pubblico e, come elemento aggiuntivo, il «grande afflusso turistico» atteso nei mesi estivi, fenomeno che però,

⁷² A. Lucarelli, *Le zone rosse sono il frutto di una svolta autoritaria*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 16 aprile 2025.

in un contesto come Napoli, non poteva considerarsi né eccezionale né imprevedibile e, anzi, in estate forse meno incidente degli altri mesi rispetto al centro cittadino in cui venivano istituiti i divieti di stazionamento.

La questione giungeva, quindi, nuovamente innanzi alla cognizione dei giudici amministrativi, attraverso, come si è detto, motivi aggiunti al ricorso originario.

Così, attraverso la sentenza n. 5699 del 28.07.2025, il TAR Campania-Napoli, Sez. V, accoglieva le censure, annullando la proroga del 30 giugno e dichiarando pure illegittimo il primo atto di proroga successivo alla scadenza dell'ordinanza di dicembre.

Il Collegio ravvisava un difetto dei presupposti di contingibilità, rilevando come i provvedimenti non facessero emergere situazioni gravi, imprevedute e imprevedibili, in ogni caso non fronteggiabili con strumenti ordinari, ma, piuttosto, problematiche ordinarie e stratificate tipiche di una grande città.

Inoltre, pur volendo ammettere l'esistenza di un'emergenza, la reiterazione delle proroghe aveva trasformato la misura da temporanea a tendenzialmente permanente⁷³, violando il requisito della temporaneità che connota ogni atto contingibile e urgente.

Ulteriori profili di illegittimità venivano ravvisati nell'indeterminatezza delle condotte vietate e nella pericolosa estensione della discrezionalità applicativa degli organi di polizia, in combinazione con la possibilità di applicare il disposto dell'art. 650 c.p., in caso di violazione dell'ordine di allontanamento, con conseguente lesione dei principi di tipicità e determinatezza della fattispecie penale.

5.1. I profili d'illegittimità dell'operato amministrativo in una panoramica generale.

Prima di passare ad un'analisi puntuale della sentenza resa dal TAR Campania, è interessante rilevare, a giudizio di chi scrive, i possibili elementi specifici di illegittimità dell'attività provvedimentale, anche in chiave sistemica.

Difatti, la sentenza resa dal TAR in forma semplificata, ex art. 60 cod. proc. amm., per ragioni di rito e opportunità del provvedimento giudiziale non poteva indagare nello specifico ogni profilo di doglianza eccepito, ma correttamente è intervenuta sui macro profili assorbenti che ne giustificavano la caducazione immediata per manifesta fondatezza delle doglianze di parte ricorrente.

Ebbene, per lo scrivente, i ricorrenti hanno correttamente eccepito, nei motivi aggiunti, come il provvedimento prefettizio ex art. 2 T.U.L.P.S. del 30.06.2025, con cui il Prefetto della Provincia di Napoli aveva ulteriormente prorogato l'efficacia della propria precedente ordinanza del 27 marzo 2025, a sua volta di proroga della prima del 31 dicembre 2024, fossero per più profili da caducare.

Tale nuovo intervento, infatti, estendeva indebitamente nel tempo l'applicazione di una misura straordinaria, senza limiti predeterminati, superando ogni ragionevole soglia di temporaneità⁷⁴ dell'esercizio del potere eccezionale prefettizio.

La reiterazione della misura, lungi dall'essere preceduta da un indispensabile aggiornamento istruttorio, fondato su fatti sopravvenuti, si traduceva in una sostanziale stabilizzazione di un regime eccezionale⁷⁵, introducendo in via emergenziale misure straordinarie in modo tendenzialmente permanente; con ciò tradendo la *ratio* stessa dell'art. 2 T.U.L.P.S., concepito,

⁷³ Realizzando, nella sostanza, un vero e proprio stato d'eccezione territorialmente circoscritto. Per un approfondimento della categoria, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

⁷⁴ Le ordinanze di necessità, secondo granitico insegnamento costituzionale sull'esercizio del potere *extra ordinem*, affinché siano legittime devono necessariamente essere temporanee. Così, più volte, Corte costituzionale, sentenze n. 127 /1995; n. 418/1992; n. 32/1991; n. 617 /1987; n. 8/1956; n. 4 /1977.

⁷⁵ Comportando una normalizzazione costituzionale dell'eccezione. Sul tema, A. Cardone, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

come indicato *supra*, quale strumento a carattere puntuale e temporaneo, ovvero sia contingibile e, pertanto, applicabile solo in contesti di emergenza reale, previa istruttoria rigorosa e motivazione rafforzata.

A riprova di ciò, il Tribunale amministrativo, con la prima ordinanza cautelare resa avverso l'impugnativa della prima proroga prefettizia (ordinanza TAR Campania – Napoli n. 1320/2025), aveva già rilevato, *incidenter tantum*, la possibile fondatezza del ricorso originario, richiamando testualmente il vizio di legittimità derivante dal difetto del presupposto di temporaneità dell'ordinanza impugnata. Infatti, l'istanza cautelare avanzata dai ricorrenti nell'atto d'impugnazione principale veniva in quella sede rigettata unicamente per carenza di danno attuale e irreparabile, tenuto conto della prossimità della scadenza naturale dell'atto (il 30.06.2025). La successiva proroga prefettizia, adottata proprio alla data di cessazione dell'efficacia dell'atto precedente, invece, smentiva (a giudizio di chi scrive, ma sul punto condiviso dai giudici napoletani) tale valutazione, e riattiva in pieno il pregiudizio.

Tale dato, lungi dall'essere un mero comportamento amministrativo irrilevante in sede di giudizio, assumeva invece rilievo anche in relazione al carattere meramente apparente dell'istruttoria e della motivazione, contenute nell'atto del 30 giugno 2025, le quali si erano limitate, ancora una volta, a richiamare gli stessi presupposti enunciati già con la prima ordinanza istitutiva del 31.12.2024.

I presupposti di attivazione del potere venivano riprodotti per sostanziale *relationem* senza una reale rivalutazione aggiornata e, dunque, concreta e attuale. Unico riferimento nuovo, degno di nota, presente nell'ordinanza di proroga ultima, era qualche indicazione all'estate che incombeva e ai flussi turistici ad essa legati. Situazione, quella dedotta, sicuramente non eccezionale, anzi prevedibile e prevenibile, e da affrontare con poteri ordinari e sicuramente non straordinari.

Il provvedimento, così strutturato, eludeva i vincoli motivazionali imposti dall'art. 3, l. 241/1990 e produceva una forma surrettizia di consolidamento amministrativo della misura emergenziale, violando i principi di legalità, ragionevolezza e proporzionalità. A cui le ordinanze contingibili, nella limitazione dei diritti e delle libertà, devono pur sempre conformarsi⁷⁶, essendo la proporzionalità un principio generale e cardine dell'ordinamento⁷⁷. L'ordinanza originaria del Prefetto, adottata in data 31.12.2024, disponeva, fuori dai parametri di legalità, un divieto generalizzato di stazionamento rivolto a soggetti che «assumano atteggiamenti aggressivi, minacciosi o insistentemente molesti» in vaste aree del centro cittadino, sulla base di meri precedenti penali o segnalazioni di polizia.

Tale misura, della durata iniziale di tre mesi, è stata prorogata, come indicato, due volte, con aggravamento costante del *deficit* motivazionale e della compressione di libertà fondamentali. Ogni ordinanza è stata adottata a seguito di nuove sedute del Comitato per l'Ordine e la Sicurezza Pubblica, formalmente intese a rinnovare l'istruttoria, ma che nei fatti si sono limitate a ribadire pedissequamente le stesse valutazioni, in assenza di elementi sopravvenuti idonei a giustificare la reiterazione. Così come è evincibile dalle parti narrative dei provvedimenti e argomentando in maniera contraddittoria, come si dirà meglio *infra*.

Tra ricorrenti, persone fisiche e giuridiche, si annoveravano associazioni di rilievo nazionale come *A Buon Diritto* e *ASGI* (associazione studi giuridici sull'immigrazione).

La reiterazione della misura incideva infatti gravemente: sull'esercizio delle libertà costituzionali, tutelate delle associazioni ricorrenti; sull'attività economica e di relazione dei soggetti coinvolti e sul loro godimento dei diritti; sulla possibilità di agire giudizialmente con utilità, considerato l'effetto paralizzante e reiterato del potere prefettizio che si svolgeva in

⁷⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3726/2008.

⁷⁷ G. Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, 2014, 602 ss.

maniera frammentata, con proroghe di tre mesi a tre mesi, non consentendo una tutela piena ed effettiva e creando un modo per rispettare formalmente la temporaneità ma eluderla nella sostanza.

Si determinava pertanto, un danno attuale, concreto e non meramente ipotetico, dovuto alla indeterminatezza della durata della misura e alla perdita di certezza giuridica, nonché all'effetto dissuasivo sulle iniziative sociali e associative dei ricorrenti.

Il nuovo provvedimento, ultimo, poi annullato, e pubblicato il 1 luglio 2025, riapriva e prolunga la misura senza alcun limite certo di durata (se non quello di ulteriori tre mesi), determinando un danno sicuramente attuale, in quanto immediatamente lesivo della sfera giuridica dei ricorrenti; grave, perché incideva su diritti fondamentali quali la libertà di iniziativa associativa, la libertà di circolazione⁷⁸, la libertà personale e la partecipazione alla vita pubblica; irreparabile, poiché ogni ulteriore ritardo nella sospensione della misura avrebbe reso vana l'eventuale decisione di merito, consolidando irreversibilmente un assetto *contra legem* e non essendo il danno suscettibile di essere ristorato neppure per equivalente.

In particolare, inoltre, la reiterazione del provvedimento presentava possibili profili di svuotamento del giudicato cautelare implicito dell'ordinanza già resa dal TAR (n. 1320/2025), che aveva riconosciuto l'esistenza di dubbi sulla legittimità della misura prefettizia, rinviando la valutazione al merito solo per assenza di *periculum* a breve termine; ledeva l'affidamento legittimo dei ricorrenti nella cessazione della misura alla scadenza naturale del 30 giugno 2025, con effetto dissuasivo in termini di impugnazione e decisione del giudice; generava una situazione di incertezza normativa e di pressione amministrativa permanente, idonea a compromettere l'esercizio di diritti costituzionali tutelati⁷⁹ (artt. 2, 16, 18, 21 e 24 Cost.); svuotava il principio di temporaneità degli atti contingibili.

Si configurava, pertanto, un quadro di pregiudizio strutturale e sistemico, pur non indicato nel giudice in sentenza, aggravato dalla reiterazione prefettizia e dal meccanismo circolare con cui veniva mantenuto *sine die* un regime di emergenza, senza effettiva emergenza. È proprio questa permanenza forzata dello stato eccezionale a costituire, nel momento dei motivi aggiunti, a giudizio dello scrivente, il *periculum in mora*, secondo una nozione sostanziale e costituzionalmente orientata che il TAR avrebbe potuto accogliere in fase cautelare ma che ha preferito superare attraverso una sentenza resa in forma semplificata, che affrontasse subito il merito.

In questo modo, l'ordinanza prefettizia limitava o condizionava gravemente l'agibilità delle finalità statutarie delle associazioni ricorrenti nei territori interessati, interferendo con l'esercizio di diritti costituzionali garantiti dagli articoli 2, 16, 18 e 21 Cost., nonché dall'art. 11 CEDU.

L'amministrazione, reiterando il medesimo provvedimento sostanziale in forma apparentemente nuova, ma invariata nella sostanza e nei presupposti, imprigionava i ricorrenti in un circolo vizioso procedurale che li obbligava a riattivare indefinitamente la tutela giurisdizionale, sostenendo oneri economici, organizzativi e psicologici incompatibili con una difesa effettiva.

Tale prassi, già oggetto di censura da parte della giurisprudenza amministrativa in quanto suscettibile di configurare una condotta elusiva del sindacato giurisdizionale, determina la cristallizzazione di un danno sistemico. Ciò in quanto il limite intrinseco al riesercizio del

⁷⁸ Peraltro, il richiamo alle ragioni di sicurezza per le limitazioni di cui all'art. 16 Cost. è da molti interpretato come mera incolumità fisica degli individui, non già come ordine pubblico. In questo senso, G. Filippetta, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 391.

⁷⁹ Più in generale sull'atrito costituzionale dell'art. 2 T.U.L.P.S., in senso fisiologico, V. Crisafulli, *Il ritorno dell'art. 2 dell'articolo 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 892.

potere amministrativo risiede nella necessaria salvaguardia del rapporto fiduciario che deve intercorrere tra pubblica amministrazione e cittadini. Ne discende che l'Amministrazione non può reiterare, in sede di nuovo esercizio del potere, le stesse motivazioni già poste a fondamento dei provvedimenti precedentemente annullati o comunque contestati, poiché una simile condotta darebbe origine ad un contenzioso indefinito, caratterizzato da una pericolosa frammentazione processuale, lesiva tanto della effettiva tutela dei diritti soggettivi quanto della pienezza della tutela giurisdizionale⁸⁰. Si tratta, in ultima analisi, dell'effetto patologico di un agire amministrativo che tradisce la sua funzione costituzionale, incrinando l'equilibrio tra comunità e rappresentanza e producendo una frattura nel circuito fiduciario che ne costituisce il presupposto essenziale. D'altronde, è lo stesso Consiglio di Stato, massimo consesso della giustizia amministrativa, ad asseverare come «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»⁸¹.

L'indeterminatezza del potere straordinario, come affermato, esercitato al di fuori di un orizzonte emergenziale concreto, determinava in questo modo un effetto di svuotamento del principio di legalità sostanziale, garantito dagli artt. 1, 97 e 113 Cost.⁸²

La reiterazione ingiustificata del provvedimento potrebbe in questi casi equivalere, in sostanza, a un'esautorazione del ruolo del giudice amministrativo, e a un pericolo sistemico per l'equilibrio tra poteri dello Stato, il che integra una forma di danno grave ed immediato, tale da poter giustificare la sospensione dell'atto in sede cautelare.

Alla luce di quanto sopra, attività amministrative così incisive sulle libertà fondamentali, potrebbero essere tendenzialmente incidenti sulla stessa forma di stato democratico sociale. Ciò poiché i provvedimenti e l'attività alla base, così come esercitati, colpiscono diritti fondamentali e *status* reputazionali essenziali, non da ultimo l'adempimento delle finalità statutarie delle associazioni che operano nel territorio, compromettendo il ruolo del giudice, la garanzia del processo e la regola della legalità.

5.2. La mancanza dei presupposti di contingibilità ed urgenza per l'attivazione dei poteri di ordinanza. I provvedimenti oggetto di giudizio amministrativo non offrivano alcuna motivazione in ordine alla necessità di reiterare la misura, se non attraverso clausole di stile e una motivazione apodittica.

Tale mancanza assoluta di istruttoria e di motivazione concreta, integrava un uso abnorme e arbitrario del potere amministrativo, in radicale violazione dei principi di legalità, proporzionalità e temporaneità, sanciti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa. L'assenza di un termine finale certo, che pareva essere sempre prossimo ma che veniva, invece, puntualmente smentito e la reiterazione del provvedimento, trasformavano un'eccezione in regola, contravvenendo ai vincoli che regolano l'esercizio del potere straordinario prefettizio.

⁸⁰ T.A.R. Napoli, sent. n. 1176/2024; Cons. Stato, sent. n. 3480/2022; T.A.R. Lazio sent. n. 12397/2021; T.A.R. Toscana, sent. n. 917/2021; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sent. n. n. 373/2021.

⁸¹ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1321/2019.

⁸² Avvertiva attenta dottrina come rispetto allo Statuto Albertino e alla Costituzione repubblicana, «nella prassi statutaria la disposizione legislativa legittimante poteva limitarsi al mero conferimento di un potere [rispettando il principio di legalità in senso formale, mentre, dopo la vigenza della Costituzione] la legalità viene ad assumere un valore sostanziale [...] lo stesso potere regolamentare deve trovarsi condizionato almeno dalle indicazioni di fondo e muoversi, appunto, in conformità della legge i cui principi deve rispettare e alle cui opzioni deve attenersi». L. Carlassare, (voce) *Regolamento (dir. cost.)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 622.

Il potere straordinario esercitato dal Prefetto, ai sensi dell'art. 2, r.d. n. 773/1931, può essere azionato solo in presenza di situazioni eccezionali, transitorie e determinate nel tempo. Tale potere, in quanto deroga all'ordinario funzionamento dei poteri pubblici e alla distribuzione delle competenze⁸³, deve essere sorretto da un'istruttoria rigorosa e da una motivazione puntuale e contestualizzata, specie nei casi di reiterazione o proroga⁸⁴.

Nel caso di specie, l'ordinanza prefettizia del 30 giugno 2025 si limitava a rinnovare per la terza volta un assetto eccezionale, già prorogato senza soluzione di continuità, senza fornire alcun elemento sopravvenuto, né un aggiornamento concreto del quadro fattuale che giustificasse la prosecuzione della misura.

In particolare, nell'ordinanza del 30.06.2025 si riscontrava un richiamo meramente formale, ripetitivo e stereotipato a presunte «criticità territoriali» e «necessità di garantire la sicurezza urbana in concomitanza con l'intensificazione dei flussi turistici estivi». Tali argomentazioni, tuttavia, non integravano i presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'attivazione del potere straordinario, ex art. 2 T.U.L.P.S., che può essere esercitato esclusivamente in presenza di situazioni imprevedibili, eccezionali e di urgenza, facendo emergere i sintomi del vizio di eccesso di potere.

Al contrario, l'afflusso turistico (da decenni strutturale nella città partenopea, ampiamente prevedibile e programmabile, peraltro molto più presente in parti dell'anno diverse da quella estiva) non può certo essere qualificato come fattore eccezionale, né come emergenza sopravvenuta. Trattasi, semmai, di una condizione ciclica e fisiologica del contesto urbano napoletano, che esigerebbe pianificazione ordinaria, misure strutturali di gestione del territorio, rafforzamento dei presidi di prossimità, potenziamento del *welfare* urbano e dell'intermediazione sociale⁸⁵.

L'utilizzo dello strumento prefettizio straordinario per governare simili dinamiche finisce, invece, per snaturare l'architettura costituzionale dei poteri amministrativi, trasformando un rimedio eccezionale in uno strumento di supplenza generalizzata delle politiche locali. Tale esito è doppiamente illegittimo.

Da un lato, perché manca qualsiasi sopravvenienza fattuale significativa rispetto al quadro già valutato con il provvedimento originario; dall'altro perché il *novum* è individuabile in relazione ai flussi turistici, non ricoprendo gli stessi né il carattere dell'urgenza, né quello dell'eccezionalità.

Inoltre, l'atto impugnato non offriva alcuna evidenza istruttoria concreta, né dati oggettivi, né episodi specifici o situazioni puntuali riferibili a singole aree della città che possano supportare l'applicazione uniforme della misura, su gran parte del territorio urbano. L'ordinanza si limitava a riportare formule generiche e clausole di stile, sovrapponibili a quelle dei provvedimenti precedenti, confermando la totale assenza di una rivalutazione effettiva del contesto. Nei fatti, ci si riportava sostanzialmente e *per relationem* ai motivi di cui alla prima ordinanza del 31.12.2024.

A ciò si aggiunga che, come emerge dalla lettura comparata del resoconto dei verbali del

⁸³ Sempre in riferimento ai poteri prefettizi F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3609 e ss.

⁸⁴ Peraltro, ogni provvedimento di necessità dovrebbe indicare specificatamente le norme derogate, secondo una parte di giurisprudenza, a pena di vizio del provvedimento. In questo senso, T.A.R. Campania, sent. n. 8255/2006.

⁸⁵ In senso contrario, occorre registrare come nel corso degli anni si sia estesa la potestà *extra ordinem*, consentendo alle amministrazioni locali poteri più ampi, con qualche dubbio di compatibilità rispetto alla tenuta del sistema delle fonti. A questo proposito, cfr. M. Manetti, R. Borrello, *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, *Atti del Convegno*, Santarcangelo di Romagna, 2011; A. Galdi, F. Pizzetti, *I sindaci e la sicurezza urbana. Le ordinanze sindacali e i loro effetti*, Roma, 2012; A. Lorenzetti, S. Rossi, *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009.

Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica, indicato in parte narrativa dei provvedimenti, anche le sedute istruttorie che hanno preceduto l'adozione della nuova ordinanza si sono limitate a recepire informazioni già note, senza apportare alcun elemento nuovo di rilievo che potesse giustificare l'adozione di un nuovo provvedimento di urgenza.

Tale istruttoria meramente formale, documentale e priva di approfondimenti aggiornati, integra sicuramente una violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, e del generale obbligo all'amministrazione di un onere motivazionale rafforzato in tutti i casi in cui si incida su diritti fondamentali e si esercitino poteri *extra ordinem*.

La reiterazione di provvedimenti simili, fondati su presupposti invariati, senza un'istruttoria autonoma e senza che sia dato conto delle ragioni per cui non sia sufficiente l'ordinaria attività delle Forze di Polizia o degli enti locali, configurava, infine, un uso strumentale e surrettizio del potere di proroga, volto a supplire, in forma indiretta e degenerata, all'assenza di politiche pubbliche nel contesto cittadino.⁸⁶

Il difetto assoluto di istruttoria e la genericità motivazionale del provvedimento impugnato connotavano l'atto di manifesta arbitrarietà, in contrasto frontale con l'art. 97 Cost. e con i principi di imparzialità e buon andamento, oltre che con gli artt. 3 e 21-*octies*, l. n. 241/1990. Sempre in riferimento all'ordinanza del 30.06.2025, in relazione alla carenza assoluta di istruttoria e motivazione apparente, si deve sottolineare che, oltre a motivare la nuova proroga, con l'incremento dei flussi turistici estivi, l'Amministrazione faceva riferimento alla presenza di generiche «situazioni di insicurezza» e «comportamenti molesti», connessi a non meglio precisati episodi di criminalità o percezioni sociali.

Tali argomentazioni, come già indicato, non solo non integrano i presupposti di eccezionalità, urgenza e imprevedibilità richiesti per l'esercizio del potere di cui all'art. 2 T.U.L.P.S., ma configurano, come evidenziato, un utilizzo distorto e surrettizio di uno strumento emergenziale a fini ordinari di gestione urbana e di ordine pubblico.

Infatti, l'aumento dei flussi turistici durante il periodo estivo è un fenomeno strutturale e ciclico, pienamente prevedibile, che andrebbe affrontato con misure programmate, ordinarie e permanenti (presidi di polizia, regolazione del commercio, supporto ai servizi sociali), e non con strumenti derogatori dell'ordinamento generale⁸⁷.

La «percezione di insicurezza» non può e non deve mai sostituire la rilevazione oggettiva di fatti penalmente rilevanti o situazioni emergenziali concrete. Trattasi, semmai, di un elemento soggettivo che, se isolatamente invocato, conduce a gravi rischi di discrezionalità arbitraria e pregiudizio, specie nei confronti delle fasce sociali marginalizzate. Inoltre, la mancanza di qualsiasi riferimento a eventi critici generalizzati, diffusi, specifici, episodi di violenza, tensioni sociali acute o dati obiettivi aggiornati, che possano rendere ragione di una proroga di poteri eccezionali, risultava evidente.

Inoltre, la stessa tempistica di adozione del provvedimento smentiva la sussistenza di urgenza.

L'ordinanza veniva adottata esattamente al termine della scadenza della misura precedente,

⁸⁶ Un tentativo di utilizzazione normativa, che si basa sull'*humus* culturale dello strumento giuridico come tecnica di disciplinamento delle masse, attraverso la categoria della sicurezza. Sul punto, M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, trad. it., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al collège de France (1977-1978)*, Milano, 2017, *passim*.

⁸⁷ È interessante notare come, secondo parte della dottrina, non si possa derogare, invece, al diritto euro-unitario: R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 63. Sulla possibilità di derogare alle norme primarie, invece, L. Carlassare, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15*, in *Giur. Cost.*, 1982, 98 e ss; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, 108 e ss; S. Bartole, *La primarietà di valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, in *Le Regioni*, 1986, 1283 e ss.; P. Pinna, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1983, 592 e ss.

senza alcun evento sopravvenuto e senza attivare tempestivamente una nuova istruttoria. Ciò evidenziava che non si era in presenza di una necessità improvvisa, ma di un intento continuativo, volto a cristallizzare uno stato d'eccezione come prassi di governo locale dell'ordine pubblico.

Si configurava, pertanto, un possibile sviamento di potere, in quanto il Prefetto aveva utilizzato il potere *extra ordinem*, previsto dall'art. 2 T.U.L.P.S., non per fronteggiare situazioni straordinarie, ma per supplire a carenze strutturali dell'amministrazione ordinaria e per governare, con logiche securitarie, fenomeni sociali complessi e fisiologici (quali il turismo urbano, la presenza di marginalità o la pressione demografica nei quartieri centrali).

Tale modalità operativa è in radicale contrasto con il principio di legalità sostanziale, con il principio di buon andamento e con i vincoli motivazionali rafforzati richiesti in caso di compressione di diritti fondamentali, sanciti dagli artt. 3, 97 e 113 Cost., dall'art. 3, l. 241/1990, come ricordato anche appena sopra.

5.3. L'elusione del merito amministrativo. Il provvedimento di nuova proroga, come già anticipato, interveniva esattamente all'indomani della scadenza del precedente provvedimento (30 giugno 2025) e, per l'effetto, vanificava la tutela giurisdizionale già sollecitata, comportando, di fatto, una elusione surrettizia del vaglio del giudice amministrativo sul merito del ricorso originario.

Tale tempistica, può lasciar vivo il dubbio su un uso strumentale del potere di proroga, finalizzato a conservare *sine die* gli effetti sostanziali del provvedimento impugnato, con evidente compressione del diritto di difesa e della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale (come sancito dall'art. 24 Cost. e dagli artt. 1 e 2 el cod. proc. amm.)

Tale condotta dell'Amministrazione sarebbe potuta essere sintomatica di una strategia dilatoria e resistente, mirata a neutralizzare gli effetti della decisione giurisdizionale cautelare; protrarre *sine die* l'efficacia di un potere straordinario non sottoposto al vaglio del merito; indebolire la posizione dei ricorrenti, impedendogli di giovare di una pronuncia definitiva, entro un contesto fattuale tempestivo e sostanzialmente adeguato.

La giurisprudenza ha più volte censurato simili condotte come elusive del giudicato cautelare e della funzione del processo amministrativo, poiché si risolvono in una alterazione del bilanciamento tra potere pubblico e tutela del cittadino, come già ricordato *supra*⁸⁸.

In questo modo, il processo veniva sostanzialmente disinnescato, non sul piano legale, ma temporale, tramite un uso strumentale della scansione dei provvedimenti, i quali venivano tutti riadottati allo scadere del precedente. Per tale via, l'Amministrazione poteva tendere ad aggirare il giudice, non opponendosi frontalmente, ma sottraendosi al giudizio di merito, impedendo che esso avesse effetti concreti su una situazione ormai superata solo formalmente, ma che si rinnova identica nella sostanza, con un mutamento meramente cartolare dell'atto impugnato. Ne derivava una potenziale violazione diretta dell'art. 24 Cost., che non garantisce solo l'accesso formale alla giustizia, ma l'effettività della tutela giurisdizionale, secondo quanto ribadito anche dalla Corte EDU in tema di ricorsi efficaci ed effettivi sul piano nazionale⁸⁹.

5.4. La violazione dei principi generali dell'ordinamento e la contraddittorietà. In relazione al potere d'ordinanza, come già ricordato, la legge si limita ad attribuire tale competenza a taluni organi al fine di perseguire uno specifico obiettivo.

Epperò, l'ordinanza prefettizia, per quanto dotata di una particolare efficacia attiva e una

⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 1321/2019.

⁸⁹ *ex multis*, CEDU, sent. M.S.S. c. Belgio e Grecia, 2011.

possibile (a talune circostanze) forza derogatoria, non può essere libera nei fini rispetto al perimetro tracciato dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, i quali si pongono come confine del potere *extra ordinem*.

E, difatti, in tema di ordinanze prefettizie, la Corte costituzionale⁹⁰ ha chiarito come «L'art. 2 [T.U.L.P.S.] conferisce al Prefetto poteri che non possono in nessun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contenuto, i relativi provvedimenti, finché si mantengano nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono mai essere tali da invadere il campo riservato alla attività degli organi legislativi, né a quella di altri organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli artt. 70, 76 e 77 e dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione». E ancora, «ovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria. È, infatti, ovvio che l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza non potrebbe disporre che, in un campo in cui il precetto costituzionale è inderogabile anche di fronte al legislatore ordinario, intervengano provvedimenti amministrativi in senso difforme»⁹¹.

Allo stesso modo, sempre la Corte costituzionale⁹² è intervenuta sulla possibilità che la Pubblica Amministrazione non può adottare provvedimenti talmente tanto discrezionali da incidere sulle libertà costituzionali dei singoli amministrati.

Nello specifico, in riferimento ai poteri *extra ordinem* esercitati dal Sindaco (per cui anche quelli del Prefetto devono essere sottoposti alla medesima disciplina), la Corte ha precisato come questi possano essere attivati solo all'emergere di situazioni tali da giustificare un potere provvedimentale contingibile ed urgente.

E, in effetti, i poteri contingibili ed urgenti non hanno riguardo a situazioni di carattere generale.

La giurisprudenza amministrativa riconduce la contingibilità e l'urgenza a situazioni impreviste e imprevedibili, nonché a questioni non adeguatamente affrontabili attraverso l'utilizzo dell'azione amministrativa ordinaria. Dunque, la potestà *extra ordinem* ricorre solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e imprevisto, frutto di possibili e, soprattutto, concrete ed attuali minacce per l'ordine pubblico o per la sicurezza. E, comunque, sempre limitate nel tempo, con un parametro di riferimento legislativo che sia sempre in grado di valutarne l'uso discrezionale. Per l'esercizio dei poteri *extra ordinem*, allora, si rende necessario che non risulti possibile, in alcun modo, utilizzare i normali strumenti messi a disposizione dall'ordinamento agli organi competenti⁹³.

La necessità che sussista un pericolo concreto per la Sicurezza Pubblica, grave e non altrimenti fronteggiabile è presupposto indefettibile, dunque, per l'esercizio del potere in tale materia⁹⁴.

In ogni caso, le ordinanze in commento devono sempre rispondere positivamente ai test di

⁹⁰ Per la verità, interventi diffusi della Corte costituzionale si sono avuti per tutto il T.U.L.P.S., che ha più volte cercato interpretazioni conformi, dichiarando illegittime le norme solo quando fosse impossibile sottoporle al dettato costituzionale. Sul punto, A Ciervo, op. cit., 19 ss.

⁹¹ Corte cost., sent. n. 26/1961.

⁹² Corte cost. sent. n. 115/2011.

⁹³ Sulla questione prefettizia, cfr. TAR Toscana, sent. n. 823/2019; *ex multis*, in maniera granitica, C.d.S., sent. n. 774/2017.

⁹⁴ Necessità condivisa anche dal massimo consesso della giurisprudenza amministrativa. Cfr., Consiglio di Stato, sent. n. 3580/2019, per cui è illegittimo adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti. La legittimità di tali atti è connaturale all'assoluta necessità di porre in essere, appunto, un intervento non rinviabile.

ragionevolezza e proporzione. Ciò poiché, l'Autorità pubblica, nell'esercizio del potere provvedimentale, e nel bilanciamento degli interessi (costituzionali) in gioco, deve sempre adottare misure gradate e non inutilmente compressive dei diritti, davvero necessarie al raggiungimento dello scopo. Altrimenti, questo metterebbe in crisi la stessa forma di Stato democratica, ex art. 139 Cost.

A tal fine, la parte narrativa dell'ordinanza prefettizia risultava, invece, in evidente e palmare contrasto con la parte dispositiva.

Difatti, l'ordinanza del 31.12.2024 (prorogata poi fino a potenziali mesi 9, in barba alla temporaneità del provvedimento - presupposto e limite dell'esercizio del potere -) assumeva in narrativa come «nel territorio urbano della città di Napoli sono in atto sinergiche strategie di intervento per la prevenzione e il contrasto della criminalità diffusa e di condotte illecite, mediante gli ordinari e articolati dispositivi di controllo del territorio [...] tali problematiche hanno formato oggetto di numerose riunioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, nel corso delle quali sono state pianificate numerose operazioni interforze c.d. ad Alto Impatto, [...] volte ad incrementare i servizi di controllo del territorio con particolare riferimento a persone, esercizi pubblici e veicoli».

Da tali premesse narrative, che parevano garantire come le operazioni di controllo del territorio si stessero svolgendo secondo efficaci mezzi ordinari, l'Autorità prefettizia ha invece tratto una conclusione opposta, tale per cui occorresse mettere «stabilmente in sicurezza i perimetri urbani più problematici», prevedendo il divieto di stazionamento per i soggetti che in dette aree «assumano atteggiamenti aggressivi, minacciosi o insistentemente molesti».

Ragioni queste poi, integralmente, reiterate e richiamate nelle ordinanze di proroga. Sicché, nella parte motiva delle stesse si leggeva, pur con diversa declinazione linguistica, che «continuano a persistere le esigenze di implementazione della sicurezza della cittadinanza in determinate aree del territorio comunale che hanno dato luogo all'adozione del citato provvedimento».

Già tale classificazione, ai fini dell'adozione dei provvedimenti di allontanamento, peccando d'indeterminatezza, in violazione diretta degli artt. 13 e 16 Cost.⁹⁵, non consentiva un margine operativo specifico alle forze dell'ordine, lasciando alla libera interpretazione dell'operatore di polizia la possibilità di applicare la sanzione ivi prevista, con estrema e pericolosa discrezionalità.

Ma ancora, per far scattare la sanzione prefettizia, a tale atteggiamento ostile, secondo l'Autorità di Pubblica sicurezza, era necessaria e sufficiente la sola e mera segnalazione all'Autorità giudiziaria, rispetto alla persona coinvolta, per uno dei seguenti reati: artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/90; artt. 581, 582, 588, 590, 624, 628, 635, 633, 697, 699 c.p., nonché porto o detenzione di armi o oggetti atti ad offendere.

A ben vedere, dunque, anche una denuncia (o segnalazione) per i suddetti illeciti penali avrebbe dovuto ritenersi sufficiente a fondare l'operatività della sanzione, creando una presunzione di pericolosità non accettabile e costituzionalmente illegittima.

Difatti, per la presunzione di pericolosità non si richiedeva neppure l'operatività di una sentenza di condanna in primo grado o di patteggiamento (per non dire passata in giudicato).

Si riteneva sufficiente, appunto, essere gravati da una mera «segnalazione» all'A.G.

A questo proposito, non può non premere di evidenziarsi come per conforme giurisprudenza

⁹⁵ Che, in ogni caso, quandanche sottoposto a riserva relativa, è comunque rinforzata. Cfr. P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, 324, tale da esigere puntali ragioni (da interpretare in senso restrittivo) per la limitazione della libertà. Sul punto, M. Mazziotti, (voce) *Circolazione e soggiorno (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 20-21.

costituzionale, «nel nostro ordinamento la denuncia, comunque formulata e ancorché contenga l'espresso riferimento a una o a più fattispecie criminose, è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce. Essa obbliga soltanto gli organi competenti a verificare se e quali dei fatti esposti in denuncia corrispondano alla realtà e se essi rientrano in ipotesi penalmente sanzionate, ossia ad accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale»⁹⁶.

I provvedimenti ordinavano, dunque, «l'allontanamento dei trasgressori dalle aree sopraindicate», avvertendo «che le eventuali violazioni della presente ordinanza saranno valutate anche sotto il profilo della configurazione di illeciti di natura penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza di cui al r.d. 18 giugno 1931 e/o dell'art. 650 del Codice Penale».

Il difetto d'istruttoria appariva palese e configurato anche nella omessa indicazione di possibili richiami statistici sulla sicurezza pubblica, i quali avrebbero potuto sostenere come necessaria l'adozione di tale provvedimento.

Inoltre, l'ordinanza, condannata all'irragionevolezza e contraddittorietà, riportava nella parte motiva il controllo pieno sul territorio, anche attraverso le operazioni *ad Alto Impatto*, per poi richiamare, come essenziale, l'utilizzo di poteri eccezionali al fine di assicurare maggiore sicurezza pubblica.

Risultavano così violati i principi generali dell'ordinamento giuridico di cui sopra.

L'aver collegato la situazione di pericolo potenziale ad una mera segnalazione all'A.G. si presupponeva in contrasto diretto con ogni principio di civiltà giuridica, costruendo una presunzione di pericolosità violativa dell'art. 27 Cost., e gravemente compressiva della libertà personale e di circolazione.

Si rivelò, a questo fine, gravemente illogico l'operato dell'Autorità, poiché il provvedimento potrebbe aver avuto come effetto, quello di spostare la supposta condizione di illegalità verso altre aree del territorio comunale, non assoggettate ad analoghi divieti di stazionamento, con il conseguente rischio che l'ordinanza venisse reiterata ed addirittura ampliata ad ulteriori zone della Provincia e della Città. A meno che non si volessero creare veri e propri confini interni cittadini e zone di ghettizzazione. Tale evenienza, peraltro, si ebbe a verificarsi concretamente attraverso un successivo provvedimento prefettizio, che estese la prima ordinanza di «zona rossa» anche ai Comuni di Castellammare di Stabia, Pompei, Pozzuoli e San Giorgio a Cremano.

Un simile *modus procedendi* non può non apparire lesivo dell'art. 3, co. 2, Cost., in quanto in evidente frizione con il principio di ragionevolezza (sia in senso estrinseco che intrinseco) e che avrebbe dovuto invece orientare l'azione amministrativa. Il provvedimento adottato avrebbe potuto produrre esattamente gli esiti che l'Amministrazione dichiarava di voler scongiurare, ovvero sia la formazione di aree marginali, l'incremento delle condotte criminose, nonché un ulteriore processo, appunto, di ghettizzazione sociale.

5.5. La violazione specifica della ragionevolezza: trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente. L'intrinseca irragionevolezza⁹⁷ dei provvedimenti risultava essere assistita non soltanto dall'aver posto sullo stesso piano condotte penalmente eterogenee al fine di far scattare una presunzione di pericolosità, ma, soprattutto, dall'aver attribuito alle semplici segnalazioni all'Autorità Giudiziaria un valore

⁹⁶ Corte Cost., sent. n. 78/2005.

⁹⁷ Per il limite della ragionevolezza in relazione alle ordinanze contingibili F. Satta, (voce) *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990.

equiparabile a quello dei provvedimenti formali di rinvio a giudizio o, addirittura, di condanna sottoposti al potere del Giudice.

In realtà, possono nutrirsi dubbi sul fatto che fosse la sola sicurezza pubblica ideale il reale obiettivo perseguito dagli atti prefettizi, se si considera che furono escluse dall'elenco dei reati, idonei a fondare la presunzione di pericolosità, proprio fattispecie di estrema gravità per l'ordine e l'incolumità collettiva, e spesso collegati a fenomeni di rilevante criminalità per il territorio napoletano, oltre che riconducibili alla c.d. *malamovida*. Venivano così esclusi dal catalogo dei reati presupposto: l'estorsione, l'usura, l'omicidio volontario, il sequestro di persona, la resistenza a pubblico ufficiale, la violenza sessuale, l'associazione per delinquere, e molte altre ancora.

Sotto tale profilo, l'elenco dei delitti contro la persona e contro il patrimonio omessi dai provvedimenti, avrebbero e sarebbero dovuti essere ulteriormente estesi, se si voleva rispettare coerenza e *ratio* dichiarata del provvedimento.

Venivano anche escluse condotte rilevanti per la normale convivenza civile, come le molestie o il disturbo alle persone; l'ubriachezza e gli atti contrari alla pubblica decenza.

Rimane ancora oggi da comprendere quale fosse stato il criterio giuridico di ponderazione utilizzato dall'Ufficio territoriale del Governo per bilanciare gli interessi in gioco.

L'aver subordinato l'operatività del divieto di stazionamento alla semplice segnalazione all'Autorità giudiziaria poneva problemi di non poco momento, pure in relazione alla compatibilità con l'art. 329 cod. proc. pen., il quale prevede la sottoposizione al segreto istruttorio degli atti di indagine. Inoltre, nel caso di una segnalazione con possibile cestinazione o archiviazione da parte della Procura, cosa sarebbe stato del divieto elevato al soggetto?

Non va trascurato, peraltro, che si sarebbe potuto giungere a situazioni ancora più aberranti giuridicamente: si pensi al caso di soggetto inizialmente denunciato e successivamente assolto in sede penale, nel merito, ma che nel frattempo fosse stato destinatario di un allontanamento da una cosiddetta «zona rossa» e, in astratto, con la possibilità, laddove non avesse ottemperato al divieto, di essere persino perseguito per inosservanza del provvedimento prefettizio ex art. 650 c.p.

Una incongruenza logica, formale e giuridica che svuota il principio di legalità⁹⁸.

I provvedimenti, limitando rilevanti libertà di singoli ed associazioni, soprattutto, la libertà di movimento e di circolazione, senza che ricorressero ragioni di urgenza o di sicurezza concrete e attuali, ha consentito l'applicazione misure illegittime, sulla base di presunzioni e percezioni soggettive. Oltre ad essersi posto in frontale conflitto, con il principio di riserva di legge assoluta di cui all'art. 25 Cost. (nonché, direttamente, di quella relativa prevista dall'art. 23 Cost.), in quanto, ha finito per tipizzare una condotta penalmente sanzionabile ex art. 650 cod. pen. (l'inosservanza al divieto di stazionamento), nonostante fosse posto, tale divieto, al di fuori dai casi consentiti dalla legge, poiché in assenza dei requisiti di specificità e determinatezza che dovrebbero accompagnare il provvedimento amministrativo, allorché vada ad integrare una norma penale in bianco⁹⁹, come, appunto, l'art. 650 c.p.

In particolare, le ordinanze facevano largo uso di condotte fumose, catalogate con termini imprevedibili come «minaccioso» o «insistentemente molesto», rimettendo tale valutazione al totale libero apprezzamento dell'operatore di polizia intervenuto, il quale sarebbe diventato

⁹⁸ Sull'argomento rispetto all'emergenza, V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2007; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, relazione al convegno *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Università Roma Tre, 6 e 7 ottobre 2005 in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005*, Milano, 2005, 5 ss.

⁹⁹ Sulla questione delle norme penali in bianco, per tutti. G. Fiandaca, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 88 ss. e, sulle tecniche redazionali di rimando, 94 ss.

il vero giudice della condotta. Anche il divieto di stazionare non veniva nel dettaglio esplicitato, senza chiarire, dunque, che cosa con ciò si dovesse intendere.

Anche dal lato sanzionatorio alcune perplessità: chi sarebbero i trasgressori non ottemperanti all'ordinanza per cui scatterebbe la disposizione incriminatrice di cui all'art. 650 cod. pen.? Sarebbero coloro che hanno «stazionato» già in un primo momento e sono stati raggiunti per la prima volta dall'interdizione, oppure coloro che, pur essendo stati invitati ad allontanarsi dalle Forze dell'ordine, si siano indebitamente trattenuti nella zona loro interdetta, pure dopo il formale provvedimento? Forse la seconda ipotesi, o forse anche qui, una eccessiva indeterminatezza, avrebbe potuto legittimamente far sostenere entrambe le ipotesi, con violazione diretta del principio di offensività¹⁰⁰.

6. La sentenza del Tar Campania - Napoli, n. 5699/2025 e l'annullamento dell'ordinanza prefettizia. I profili di illegittimità sopra evidenziati paiono essere stati accolti e condivisi (almeno parzialmente), anche dal giudice amministrativo napoletano.

Infatti, attraverso la sentenza n. 5699 del 28.07.2025, il TAR Campania-Napoli ha in definitiva accolto «il ricorso e i motivi aggiunti, assorbite le ulteriori censure proposte, [...] con conseguente declaratoria di illegittimità dell'ordinanza del 27 marzo 2025 e annullamento di quella del 30 giugno 2025».

In prima battuta, sul piano processuale, in termini di posizione soggettiva, il Tribunale ha riconosciuto la legittimazione attiva ad impugnare non solo alle due maggiori associazioni ricorrenti («ASGI» e «A Buon diritto»), in quanto l'ordinanza avrebbe finito per incidere sulle finalità statutarie proprie delle realtà associative; ma ha anche riconosciuto legittimazione al ricorrente gravato da una sentenza di patteggiamento per il reato previsto e punito dall'art. 73, d.P.R. n. 309/90, benché il soggetto non fosse stato formalmente raggiunto da alcun divieto di stazionamento o deferito all'A.G. per il suo mancato rispetto, in violazione dell'art. 650 c.p.

Il Tribunale ha invece escluso la legittimazione dei due consiglieri di municipalità ricorrenti, i quali eccepivano, in violazione del principio di leale collaborazione, la lesione del loro *munus*, in quanto gli Organi della II municipalità di Napoli (area in cui l'ordinanza aveva avuto un maggiore impatto) non erano stati preventivamente coinvolti o informati, così da poter incidere, attraverso l'esercizio delle loro prerogative pubbliche, sull'attività provvedimentale. Il Tribunale, sul punto, ha ritenuto che «il mancato coinvolgimento del comune di Napoli o di organi comunali nell'istruttoria che ha preceduto l'emanazione degli atti impugnati implica al massimo una lesione dell'interesse del comune e non di prerogative degli appartenenti a organi dell'ente che, quindi, non sono legittimati ad agire a tutela di quell'interesse in sostituzione dell'ente, cui esso è in via diretta imputabile; sotto diverso profilo, i due consiglieri non sono destinatari degli effetti del provvedimento dato che nemmeno affermano di avere a proprio carico deferimenti per uno dei reati indicati dal provvedimento per cui non si comprende in che modo essi vedrebbero limitata la possibilità di svolgere il proprio mandato in una o più delle aree considerate».

Compiendo un piccolo passo indietro, invece, in termini di legittimazione attiva riconosciuta, condivisibile e pregevole appare la tesi sposata dai giudici partenopei in riferimento al soggetto solo gravato da sentenza di patteggiamento per uno dei reati presupposto di cui all'ordinanza, pur essendo privo del requisito della sottoposizione ad un divieto di

¹⁰⁰ Come segnalato da parte della dottrina, derogare a principi basilari così importanti comporta il rischio che si «affievoliscano gli argini teorici espunti nel tempo dal diritto positivo sino al punto in cui perciò si perde ogni rapporto con l'ordinamento vigente dei tempi normali, ricostruendo così un potere di ordinanza che non riesce più ad essere un'eccezione compatibile con un dato ordinamento, ma altro con esso inconciliabile». In questi termini, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza*, cit., p. 2.

allontanamento ritualmente elevato nei suoi riguardi.

L'interesse specifico, non meramente oggettivo, sicché la giurisdizione amministrativa, rimane una giurisdizione di tipo soggettivo, legata alla tutela di interessi puntali¹⁰¹, è stato riconosciuto in pieno.

In tale contesto, la mera sottoposizione ad una sentenza di patteggiamento (che, pure, secondo parte della dottrina non equivarrebbe ad una sentenza di condanna¹⁰² in senso stretto nell'ordinamento penale, poiché, ad esempio, non appare neppure sufficiente a poter legittimare sanzioni disciplinari¹⁰³) è stata ritenuta elemento sufficiente a fondare la legittimazione. Secondo il TAR «è chiaro che, se a rendere possibile l'applicazione dell'ordinanza impugnata è sufficiente un «deferimento» per quel reato, a maggior ragione ciò vale per una condanna per lo stesso reato che il deferimento presuppone». Dunque, all'arretramento delle garanzie rispetto alla presunzione di innocenza contenute all'interno del provvedimento amministrativo gravato, i giudici hanno fatto seguire un obiettivo e condivisibile 'arretramento' dei presupposti oggettivi e soggettivi sulla legittimazione, a garanzia dei valori costituzionali, della legalità amministrativa e del principio di effettività della tutela giurisdizionale e della giustiziabilità degli atti amministrativi, ex art. 113 Cost. Non ritenendo necessario che fosse legittimato ad agire solo chi fosse stato raggiunto da un divieto di stazionamento.

Ancora, in termini di pienezza della tutela giurisdizionale il TAR, nonostante la scadenza della prima ordinanza di proroga al momento della decisione di merito sui motivi aggiunti proposti avverso la seconda ordinanza di proroga, ne ha dichiarato egualmente l'illegittimità, oltre a sanzionare con l'annullamento l'ultima ordinanza gravata. Ciò poiché, scrivono i giudici «il ricorso principale resta procedibile nonostante gli effetti dell'atto impugnato siano ormai cessati a causa del decorso del termine di efficacia (prima proroga) dell'ordinanza del 31 dicembre 2024; costituisce infatti giurisprudenza consolidata che la declaratoria di sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso può essere pronunciata nei soli casi in cui, per effetto di una modifica della situazione di fatto o giuridica esistente al tempo della proposizione del ricorso, risulti con certezza che un eventuale accoglimento del ricorso sia privo di qualsiasi utilità, anche solo di carattere strumentale o morale, per il ricorrente¹⁰⁴; nella fattispecie, anche in ragione della sopravvenuta proroga, non può ritenersi che una simile situazione si sia verificata per le due associazioni ricorrenti, che mantengono un interesse quantomeno morale a una pronuncia di merito».

Passando dal rito al merito, il Tribunale napoletano condivide in via principale l'assunto del difetto del presupposto della temporaneità dei provvedimenti gravati, denegando la tesi avanza dalla difesa erariale per cui, non avendo i ricorrenti impugnato la prima ordinanza

¹⁰¹ *Ex multis*, Consiglio di Stato, sent. n. 530/2022.

¹⁰² In realtà, la disputa ha diviso la dottrina; si veda in un senso V. Facchiotti, *Il nuovo patteggiamento alla ricerca di un'identità*, in *Cass. Pen.*, 1991, II, 34; L.M. Marini, *La natura della sentenza di patteggiamento*, in *Giur.it.*, 1998, 547; S. Marotta, *La sentenza penale*, Torino, 1997, 45; T. Trevison Lupacchini, *Natura ed effetti della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1108. In senso opposto, G. Cekanese, *Natura giuridica ed effetti della sentenza di «spatteggiamento»*, in *Giust. pen.*, 1998, III, 558; R. Peroni Ranchet, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Ind. pen.*, 1994, 134 487; M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, 6. In ogni caso, in senso contrario alla possibilità che sia una sentenza di condanna, pregevole la tesi di P. Ferrua, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 401.

¹⁰³ Il d.lgs. n. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) è intervenuto a modificare il comma 1-bis dell'art. 445 c.p.p., disponendo che: «La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. [...]».

¹⁰⁴ cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 1336/2025.

istitutiva delle zone rosse, questi non avrebbero potuto sindacare i presupposti originari, la bontà delle motivazioni ivi contenute, nonché la sussistenza dei poteri straordinari. Scrivono invece correttamente i giudici «i motivi aggiunti costituiscono ulteriore e nuovo esercizio del potere previsto dall'articolo 2 del R.D. n. 773 e, quindi, ben possono i ricorrenti contestare la sussistenza dei presupposti del potere, cioè l'esistenza di una situazione di grave emergenza per la sicurezza pubblica non prevista né prevedibile e non fronteggiabile con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento (cd. contingibilità). La circostanza che essi non abbiano impugnato l'ordinanza del 31 dicembre 2024 non implica, quindi, che essi abbiano per così dire perso la possibilità di contestare, in sede di impugnazione delle proroghe, la sussistenza di quello che è il principale presupposto delle ordinanze contingibili e urgenti, dato che gli atti impugnati, benché costituiscano formalmente proroghe di una precedente ordinanza, comunque presuppongono non solo la permanenza ma anche l'esistenza di una situazione di emergenza per la sicurezza pubblica. In definitiva ai ricorrenti è consentito sia contestare il primo presupposto delle ordinanze ex articolo 2 (cioè la contingibilità), che il secondo (cioè la temporaneità degli effetti, nel senso che questi effetti si possono produrre per un periodo di tempo limitato e strettamente correlato alla durata della situazione di emergenza)».

La tesi è anche qui del tutto condivisibile.

Non solo, come indicato dal Tribunale, l'emanazione di un'ordinanza di proroga costituisce in questi casi nuovo esercizio del potere e, come tale, sempre pienamente giustiziabile. Ma, inoltre, la giustiziabilità degli atti di proroga successivi di un primo esercizio di un potere straordinario, deve essere sempre garantita¹⁰⁵ anche in virtù del principio della temporaneità della misura. E, infatti, nonostante l'Amministrazione nelle successive proroghe avesse proceduto a rinnovare formalmente l'istruttoria attraverso nuove riunioni del Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica, che ha condiviso la necessità di procedere ad estensioni temporali della prima misura, le motivazioni adottate rimanevano nella sostanza invariate. Certo, in casi siffatti, l'espedito amministrativo di riconoscere all'interno del provvedimento il perdurare delle esigenze di cui alla prima ordinanza, motivando così per *relationem* le ragioni e i presupposti di potere straordinario che dovrebbero legittimare gli atti successivi, non può costituire circostanza elusiva del controllo giurisdizionale. Anzi, con ancora più ragione, legare gli atti attraverso un iter logico – amministrativo così consequenziale e concatenato, rende possibile il sindacato del potere e i suoi presupposti nel suo complesso, sin all'origine dell'emanazione del provvedimento. Il provvedimento originario, infatti, costituisce la fonte di una cascata impetuosa di esercizio del potere amministrativo dilatato, sia nei presupposti che cronologicamente. Denegare la possibilità di eccepire il controllo indiretto sull'atto originario (richiamato nei successivi provvedimenti che, infatti, si atteggiavano a proroghe dello stesso) avrebbe semplicemente significato denegare giustizia effettiva, eludendo il principio di legalità dell'attività amministrativa e dei suoi poteri¹⁰⁶.

Tanto è vero che il Collegio ha ritenuto difettasse sia il carattere della sussistenza (*ab origine*) che della permanenza di una situazione emergenziale; oltre che del presupposto della contingibilità e del carattere della temporaneità.

¹⁰⁵ Anche perché «La qualificazione in termini amministrativi delle ordinanze in argomento ha consentito di portare l'attenzione del sindacato del giudice amministrativo, non solo sugli elementi di fatto [...] su cui si fonda il potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione» motivazione che deve essere sempre astrattamente controllata. Così si esprimeva nel virgolettato F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2004, 242.

¹⁰⁶ Aumentando ciò che è stato definito come stress delle fonti da M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020.

E, infatti, indicano i giudici, «anche a voler ritenere sussistente il primo, è abbastanza chiaro che la duplice proroga del divieto di stazionamento – in quanto implicante la sua applicazione senza soluzione di continuità per almeno 9 mesi e in quanto basata su argomentazioni suscettibili di essere utilizzate anche per ulteriori proroghe – implica la violazione del principio della temporaneità degli effetti dei provvedimenti contingibili e urgenti. Per quanto riguarda il primo profilo – e anche tenuto conto che l'amministrazione non ha depositato i verbali delle riunioni del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica nell'ambito delle quali è stato convenuto di introdurre e mantenere la misura di intervento in contestazione invocando la norma dell'articolo 3, co. 1, lett. a), d.m. 16 marzo 2022 che sottrae ad accesso tutti i documenti inerenti l'attività amministrativa a tutela della sicurezza pubblica – può rilevarsi che dagli enunciati del provvedimento non si desume affatto l'esistenza di una situazione di grave, imprevista e imprevedibile emergenza per la sicurezza pubblica non fronteggiabile con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento; questi enunciati, infatti, fanno piuttosto riferimento agli ordinari problemi di gestione dell'ordine pubblico che sono tipici di una grande città caratterizzata da problemi e tensioni sociali e da grandi e crescenti flussi turistici che si concentrano in alcune aree cittadine; si tratta, quindi, di situazioni che devono essere affrontate e risolte utilizzando i normali strumenti previsti dall'ordinamento, mentre nella fattispecie essi sono affrontati attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo che reca sostanzialmente una normativa generale e astratta che introduce una misura limitativa della libertà di circolazione applicabile a un numero indeterminato di soggetti e a vaste aree della città».

Il Tribunale, in maniera lapidaria, ha così ricordato come attraverso le ordinanze di necessità non possano essere introdotte misure surrettizie di governo del territorio, eluendo i compiti pubblici affidati agli enti di prossimità e da eseguirsi attraverso un'attività ordinaria di governo politico delle comunità¹⁰⁷.

L'uso dei poteri di ordinanza contingibile deve e può essere giustificato solo come *extrema ratio*, laddove ogni ulteriore mezzo ordinario, attraverso una politica programmata risulterebbe vano. Non è un discorso di efficacia o efficienza della misura, ma di impossibilità di derogare, attraverso l'attività amministrativa ordinaria, alla normale divisione dei poteri tra organi e, dunque, dell'impossibilità di introdurre modificazioni genetiche dell'assetto dei poteri e della forma di stato attraverso misure eccezionali¹⁰⁸.

Vi è, poi, un ulteriore piano: quello della impossibilità di rendere cedevoli i precetti costituzionali innanzi ad un'attività provvedimentale contingibile.

L'uso frazionato del potere amministrativo di ordinanza, solo per rendere formalmente conforme l'attività dell'Amministrazione al principio di temporaneità, evitando violazioni dirette attraverso la fissazione di un termine iniziale di vigenza del provvedimento eccessivamente lungo, è parimenti illegittimo perché l'attività amministrativa deve essere valutata nel suo complesso, per il tramite della concatenazione degli atti posti in essere.

Ebbene, scrivono i giudici a questo riguardo che, anche laddove si volesse condividere «l'assunto dell'esistenza di una situazione di emergenza da affrontare con misure straordinarie, sta di fatto che queste misure – tenuto conto della loro ampiezza e incidenza sulle libertà costituzionali (oltretutto di soggetti che, in quanto deferiti ma non condannati per i reati indicati, sono da considerarsi innocenti in base alla presunzione costituzionale di non colpevolezza) – violano il principio della temporaneità degli effetti delle ordinanze

¹⁰⁷ Non da ultimo proprio per l'enorme frizione delle ordinanze di necessità con il principio di legalità che «ne revoca in dubbio il carattere di principio fondamentale». Così M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 735 ss.

¹⁰⁸ M. Losana, *Il sistema delle fonti tra logiche emergenziali, "amministrativizzazione" del sistema e tentazioni monocratiche*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2019.

contingibili e urgenti; esse infatti sono state originariamente introdotte per un periodo di tre mesi ma, per effetto delle due proroghe oggetto di impugnazione, il periodo di efficacia è diventato di ben 9 mesi (e, come già si è rilevato, nulla esclude ulteriori proroghe); se si considera che il divieto di stazionamento limita una libertà, quella di circolazione, che è garantita dalla Costituzione (e che sarebbe suscettibile di limitazioni «in via generale»¹⁰⁹ per motivi di sanità e sicurezza solo a mezzo di legge ordinaria; cfr. articolo 16), e se si considera che le due proroghe sono basate su enunciati generali e generici suscettibili di essere posti a base di ulteriori proroghe, risulta, da un lato, confermata la violazione del presupposto della temporaneità degli effetti e, dall'altro, plausibile il sospetto avanzato dai ricorrenti secondo cui gli atti impugnati stravolgerebbero lo schema dell'articolo 2, nel senso che, anziché adottare provvedimenti temporanei per far fronte a una imprevista e imprevedibile situazione eccezionale di pericolo per la sicurezza pubblica, il Prefetto ha introdotto misure straordinarie a carattere tendenzialmente permanente per far fronte a ordinari e stratificati nel tempo problemi di ordine pubblico».

Attraverso l'enunciato finale da ultimo citato: «il Prefetto ha introdotto misure straordinarie a carattere tendenzialmente permanente per far fronte a ordinari e stratificati nel tempo problemi di ordine pubblico», il TAR pone un limite considerevole in favore del principio di legalità sostanziale dei poteri amministrativi.

La riserva di legge e il principio di temporaneità delle ordinanze contingibili e urgenti non rappresentano meri vincoli formali, ma si configurano quali garanzie sostanziali a presidio della legalità costituzionale.

La reiterazione di misure eccezionali, giustificate in astratto da esigenze di ordine pubblico, ma concretamente stabilizzate nel tempo, produrrebbe, altrimenti, una torsione costituzionale, in cui lo strumento straordinario si tramuta in regola e l'intervento legislativo, quale unica sede legittima per comprimere le libertà fondamentali, verrebbe eluso.

A questo proposto, il richiamo diretto all'art. 16 Cost. appare centrale.

La libertà di circolazione può essere limitata, come ricorda il TAR, soltanto «in via generale»¹¹⁰, e attraverso atti aventi forza e valore di legge. Né, a giudizio di chi scrive, potrebbe poi sottovalutarsi la connessione della misura con le garanzie di cui all'art. 13 Cost. La libertà personale, infatti, esprime l'esigenza più generale della riserva assoluta di legge e di giurisdizione per ogni restrizione incisiva dei diritti fondamentali della persona, che incidono sulla libertà dell'*habeas corpus*.

E, allora, non sarebbe forse stata lesa la libertà personale se dal divieto di stazionamento fosse stato raggiunto un soggetto con residenza all'interno della zona rossa da cui sarebbe stato, di fatto, allontanato? Non sarebbe stata questa misura sostanzialmente costitutiva di un regime (neppure troppo attenuato) di detenzione domiciliare, disposto però dall'Autorità amministrativa? Difatti, se il soggetto non avesse più potuto frequentare i luoghi della sua residenza e, dunque, in cui vive, l'alternativa verosimile sarebbe stata quella di dover rimanere chiuso in casa.

¹⁰⁹ Mortati in Costituente intendeva la formulazione «in via generale» come l'insieme dei «limiti imposti con carattere generale della legge», escludendo così limitazioni *ad hoc* con atti non legislativi della libertà di circolazione. L'intervento in Costituente è reperibile al link: www.nascitacostituzione.it.

¹¹⁰ Peraltro, «in via generale», secondo parte della dottrina vorrebbe significare la sola possibilità di ammettere provvedimenti impeditivi della circolazione in specifiche aree del territorio e non invece a limitare, nello specifico, la libertà di circolazione di singoli individui. Così si esprimevano, U. De Siervo, *Soggiorno, Circolazione, Emigrazione (libertà di)*, in Noviss. Dig., XVII, Torino, 1970, 818 ss. e P.F. Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 200 ss. e sulla impossibilità di impedire la circolazione per le qualità morali, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., p. 1054; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 174.

La decisione del giudice amministrativo napoletano deve essere letta, per questi motivi, come una fortissima riaffermazione del principio di legalità sostanziale e costituzionale. L'Amministrazione non può divenire legislatore *de facto*, pena la creazione di un diritto amministrativo eccezionale, dell'emergenza perenne, destinato a consolidarsi in via ordinaria, in aperto contrasto con la logica dei principi costituzionali moderni.

7. Un breve bilancio. La vicenda oggetto di esame conferma, ancora una volta, come l'istituto delle ordinanze contingibili e urgenti si collochi in una posizione di confine tra la fisiologia e l'eccezione del sistema costituzionale¹¹¹.

Strumento nato tempo addietro per fronteggiare emergenze imprevedibili e straordinarie, esso si è progressivamente prestato ad essere utilizzato quale mezzo di governo di problematiche ordinarie, con una conseguente torsione del principio di legalità e problemi di compatibilità con la forma di stato.

In questa prospettiva, la decisione del TAR assume rilievo paradigmatico, fissando confini alla discrezionalità amministrativa nella materia.

Il principio di temporaneità delle ordinanze non è, infatti, una clausola accessoria, bensì una garanzia sostanziale, posta al fine d'impedire che l'Amministrazione si sostituisca surrettiziamente al legislatore.

Da ciò discende l'urgenza di un ripensamento legislativo dell'art. 2 T.U.L.P.S., di epoca profondamente fascista (e voluto dallo stesso Mussolini¹¹²), la cui formulazione generica e datata si presta a derive applicative difficilmente conciliabili con la legalità dei nostri giorni.

Occorrerebbe, in particolare, che il legislatore procedesse ad una tipizzazione delle circostanze eccezionali, in maniera chiara e puntuale, riconducendo il potere a sistema, indicando espressamente i casi in cui il Prefetto può esercitare il potere (disastri ambientali, calamità, disastri innominati e nominati, rivolta pubblica, gravi ed eccezionali disordini, motivi sanitari, ecc.), abbandonando definizioni vuote e clausole di stile, nonché fissandone confini oggettivi e temporali invalicabili, così da neutralizzare in radice il rischio di reiterazioni indefinite, oltre che di esercizio di poteri illegittimi.

Non meno importante, di conseguenza, sarebbe l'introduzione di un meccanismo di controllo successivo all'attività provvedimentale ma, in ogni caso obbligatorio, che, senza pregiudicare l'immediatezza dell'intervento di necessità, imponga la sottoposizione delle ordinanze ad un vaglio giurisdizionale terzo ed imparziale, anche consultivo, entro un termine breve, quale ulteriore garanzia contro la degenerazione di misure straordinarie in prassi ordinarie.

Si renderebbe poi necessario prevedere che, quando il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica è chiamato a discutere misure potenzialmente limitative delle libertà fondamentali, sia assicurata la partecipazione delle realtà associative operanti sul territorio, oltre che delle eventuali municipalità coinvolte, magari assicurando la presenza dei capogruppi di maggioranza e opposizione, ovvero dei soli Presidenti. Un simile ampliamento consentirebbe di arricchire l'istruttoria con contributi esterni qualificati, diretti e di promuovere, già in fase prodromica all'adozione del provvedimento, una forma di incidenza e condivisione capace di rafforzare la legittimazione sostanziale delle scelte amministrative, oltre che, magari, ad evitare il contenzioso.

¹¹¹ Sulle frizioni di tali provvedimenti con la Carta fondamentale, attraverso una profonda disamina, si rimanda a R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 79; inoltre, aveva espresso dirette perplessità rispetto alla compatibilità con la Carta costituzionale V. Crisafulli, *Ordinanza di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giurisprudenza italiana*, 1956, 863 ss.

¹¹² In quegli anni ministro *ad interim* dell'Interno, come ricordato da A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 558.

La prospettiva costituzionale che ne emerge è chiara.

È necessario ricondurre l'Amministrazione entro i confini della legalità sostanziale¹¹³, annullando la possibilità che possa generarsi una «legalità d'eccezione»¹¹⁴, rafforzando i contrappesi giurisdizionali e normativi, affinché l'eccezione resti tale e la tutela dei diritti fondamentali continui a rappresentare il cardine dello Stato costituzionale.

In questa prospettiva, il problema non riguarda unicamente la fisiologia o la patologia delle ordinanze contingibili e urgenti, e l'uso del potere amministrativo per limitare libertà costituzionalmente garantite in genere, ma tocca il cuore stesso della compatibilità tra potere amministrativo e forma di Stato.

Come la dottrina ha mostrato in riferimento al potere regolamentare, non è sufficiente richiamare una generica attribuzione normativa. Occorre sempre un fondamento strutturale e specifico nella legge, altrimenti l'atto amministrativo rischia di collocarsi in uno spazio di legalità apparente, sottratto al circuito democratico¹¹⁵. Laddove invece, come nel caso delle ordinanze prefettizie ex art. 2 T.U.L.P.S., la legge di copertura si riduce a una clausola in bianco, priva di delimitazioni sostanziali e temporali, il potere amministrativo finisce per assumere una forza di legge di fatto, scardinando la riserva di legge e il sistema delle fonti¹¹⁶. L'ambiguità che connota l'esercizio di tale potestà amministrativa s'incardina, a ben vedere, nella più generale questione del fondamento del potere amministrativo a carattere indipendente da una base legislativa a monte.

La dottrina, sin dagli inizi, ha contrapposto due impostazioni fondamentali: da un lato, quella che riconduce il potere regolamentare dell'Esecutivo ad un fondamento legislativo una volta per tutte, radicato direttamente nella Costituzione o nella legge generale, in ragione del ruolo politico e organizzativo del Governo; dall'altro, quella che insiste sulla necessità di un fondamento caso per caso, cioè di una puntuale attribuzione legislativa che, di volta in volta,

¹¹³ Poiché, anche a voler ritenere possibile le che ordinanze possano intervenire in materia coperta da riserva di legge, c'è bisogno in ogni caso di una norma attributiva del potere sufficientemente limitativa e determinata. Caratteristiche che l'art. 2 T.U.L.P.S. nella sua attuale formulazione non soddisfa. Proprio come indicato, in riferimento alla stessa norma, anche da G. U. Rescigno, *op. cit.*, p. 98, per cui «deve dirsi che le ordinanze *contra legem* in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale, giacché questo, come minimo, esige l'istituto della riserva relativa di legge. In concreto deve dirsi invece che molte delle norme attributive di poteri di ordinanza oggi vigenti non contengono l'indicazione dei criteri direttivi e quindi non legittimano la pubblica Amministrazione (o pretendono incostituzionalmente di legittimare la pubblica Amministrazione) ad adottare provvedimenti in materia coperta da riserva relativa di legge».

¹¹⁴ Di cui parla, in riferimento alla terza repubblica francese A. Ciammariconi, *Le ordinanze emergenziali delle autorità locali: riflessioni a margine delle esperienze di Italia e Francia*, in *DPCE on-line*, 2, 2020, 2422; sulla tensione delle fonti nel modello costituzionale A. Cardone, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, in Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" – Firenze, 17-18 giugno 2022, disponibile al link: https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Andrea_Cardone_-_Modello_costituzionale_e_trasformazione_del_sistema_delle_fonti.pdf; sui limiti e sospensione dei diritti fondamentali «nell'esperienza globale» cfr. E. Castorina, *Questioni di diritto costituzionale nell'epidemia globale*, Torino, 2023, 1 ss.

¹¹⁵ A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nella dottrina pubblicistica*, Padova, 1995, *passim*.

¹¹⁶ V. Miceli, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1931, 108 ss., in riferimento alla diversificazione delle funzioni dell'Amministrazione come argine all'Amministrazione stessa ed attuazione del principio della separazione dei poteri. E, di fatto, tale separazione, rendeva possibile per M.S., Giannini, *Profili Storici della Scienza del Diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 2, 190-191. significava altresì: «l'introduzione del principio di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa: secondo tale principio l'azione amministrativa può estrinsecarsi solo con quei poteri esplicitamente, attribuiti dalla legge oppure compresi implicitamente in una sfera di autonomia riconosciuta dalla legge».

legittimi l'esercizio della potestà regolamentare in una determinata materia: legalità sostanziale vs. legalità formale.

Secondo la prima prospettiva, il regolamento (indipendente, ma a questo punto, ogni genere di esercizio amministrativo autonomo) troverebbe la propria legittimazione in una previsione generale e permanente, idonea a conferire all'esecutivo una potestà normativa autonoma, sia pure secondaria. Tale concezione affonda le radici nel pensiero di Jellinek¹¹⁷ per il quale l'Amministrazione non può essere privata di una funzione normativa propria. Questa linea è stata recepita anche dalla scienza pubblicistica italiana di inizio Novecento, con Orlando¹¹⁸ che configurava il regolamento come fonte permanente di produzione giuridica, funzionale a tradurre l'indirizzo politico in norme generali e astratte. Anche Zanobini pur con maggiore cautela, riconosceva al regolamento una fisiologia autonoma, necessaria al funzionamento dell'amministrazione come potere distinto, non interamente dipendente dal legislatore¹¹⁹. Tale ricostruzione ha avuto il pregio di garantire certezza e stabilità, ma ha comportato e comporterebbe, ad oggi, un'erosione della riserva di legge e un rafforzamento dell'indirizzo politico governativo, traducendo il principio di legalità in mera 'copertura' formale dell'attività amministrativa.

La seconda prospettiva, invece, più coerente con lo Stato costituzionale di diritto, nega all'Amministrazione un potere normativo autonomo, e insiste sulla necessità che ogni regolamento sia ancorato ad una previsione legislativa specifica. In questa visione, il regolamento non si emancipa mai dalla legge, ma vi resta costantemente subordinato, come strumento servente ed esecutivo.

La prassi ha mostrato come l'oscillazione tra le due impostazioni non sia mai stata del tutto superata. Su questo punto, l'alternativa non è meramente tecnica.

Accogliere la tesi del fondamento «una volta per tutte» significa ammettere uno spazio di normazione autonoma dell'esecutivo, con uno slittamento verso una forma di Stato a prevalenza governativa, in cui la separazione dei poteri risulta compromessa. Viceversa, la prospettiva del «caso per caso» consente di preservare la legalità sostanziale, riaffermando il Parlamento quale sede esclusiva di tipizzazione e bilanciamento dei diritti.

Il punto è decisivo. Senza un ancoraggio legislativo puntuale, il potere regolamentare rischia di trasformarsi in una fonte di legalità apparente, collocata in una terra di nessuno tra amministrazione e legislazione.

Non è un caso che la giurisprudenza costituzionale, pur non escludendo del tutto il ricorso a forme di potestà amministrativa generale, anche derogatoria, ne abbia sempre richiesto la collocazione entro settori predeterminati e con limiti rigorosi, proprio per scongiurare derive tali da alterare la separazione dei poteri e da svuotare la riserva di legge. Rendendo di fatto imprescindibile che in ogni conferimento di poteri all'Amministrazione venga rispettato il principio di legalità sostanziale, quale fondamento dello Stato di diritto. Tale principio non consente che la legge attribuisca all'autorità amministrativa un potere connotato da assoluta indeterminatezza, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere, in pratica, una «totale libertà» all'organo investito della funzione¹²⁰.

Un ulteriore profilo di riflessione, legato a quanto appena affermato, riguarda il riflesso che le due concezioni del potere regolamentare (*reictus* esecutivo) producono sul piano della forma di governo.

Se si accoglie la tesi del fondamento «una volta per tutte», attribuendo all'esecutivo una

¹¹⁷ J. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1887, 123 ss.

¹¹⁸ A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 135.

¹¹⁹ G. Zanobini, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, vol. LXXXVII, ora in Id., *Scritti Vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, *passim*.

¹²⁰ Corte cost., sentt. nn. 307/2003 e 115/2011.

potestà normativa autonoma e permanente, si finisce inevitabilmente per accentuare i tratti monisti della forma di governo, nella quale il Governo si pone come centro di produzione normativa e il Parlamento si riduce a organo di indirizzo politico generale.

Viceversa, la teoria del fondamento caso per caso appare più coerente con un assetto dualista, in cui Governo e Parlamento si distinguono nettamente nelle rispettive funzioni: al primo spetta l'attuazione, al secondo la decisione politica e normativa di principio. In tale prospettiva, il regolamento non si emancipa mai dalla legge, ma resta vincolato a una base legislativa specifica e puntuale, riaffermando la centralità del Parlamento quale luogo in cui avviene la tipizzazione dei diritti e il bilanciamento degli interessi.

Ciò dimostra come anche l'esercizio della funzione amministrativa possa incidere in maniera netta sulla forma di governo; la prima ricostruzione rischia di scivolare verso una forma di governo a prevalenza governativa, mentre la seconda preserva l'equilibrio proprio del parlamentarismo.

Il tema delle separazioni delle funzioni tra potere legislativo e amministrativo, inoltre, in riferimento alla riserva di alcune materie, fa emergere il principio della separazione dei poteri dello Stato (e dunque, diremmo oggi, dell'assetto della forma di stato stessa) come separazione dei campi di attribuzione di competenze e d'intervento su materie come la libertà e la proprietà¹²¹.

Non è un caso che già nell'Inghilterra dell'*Habeas Corpus* del 1769, vi era una distinzione di competenze e ambiti materiali d'intervento sottratti al potere amministrativo, quando questi avessero a che fare con le libertà fondamentali del suddito. Era per queste ragioni già previsto il divieto «di sospendere, abrogare, e dispensare dalle leggi con ordinanze regie»¹²². Il tema si salda, così, con la più ampia riflessione sulla separazione dei poteri. L'ordinanza *extra ordinem* non è un semplice strumento amministrativo, ma una modalità surrettizia con il potere amministrativo (o addirittura suoi organi periferici) assume funzioni proprie del legislatore.

Le ordinanze *extra ordinem* operano come un vero e proprio regolamento amministrativo d'emergenza, svincolato da tipizzazione legislativa e destinato a incidere direttamente su diritti e libertà fondamentali.

È qui che si colloca la frattura con la separazione dei poteri. L'amministrazione assume una veste normativa impropria, sottraendo al Parlamento, organo rappresentativo della sovranità popolare, la competenza esclusiva a limitare i diritti.

La compatibilità delle ordinanze con lo Stato costituzionale non può, dunque, essere valutata soltanto in termini di legalità formale (presenza di una legge di copertura), ma deve essere scrutinata nella prospettiva della legalità sostanziale.

Se il potere regolamentare, quando si emancipa dalla legge, genera già in sé un problema di deviazione dalla Costituzione a maggior ragione le ordinanze contingibili e urgenti diventano ancora più incidenti, quali atti amministrativi generali che comprimono libertà. È un tema, questo, come si è visto, in parte parallelo alle problematiche relative alla legittimità dei regolamenti indipendenti dell'Esecutivo.

E, infatti, il fondamento del potere regolamentare indipendente si è sempre collocato su un crinale ambiguo, come mostra la teoria *supra* analizzata del fondamento permanente. Una

¹²¹ In questo senso la teoretica di G. Arcoleo, *Trattato di Diritto Costituzionale*, 1890, in G. Paolucci, C. Barone, A. Cascelli (a cura di), *Le opere di G. Arcoleo*, Milano, 1985, 114 ss.; G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1907, spec. 162 e 538 ss.

¹²² F. Cammeo, *Manifestazione della volontà dello Stato*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, 1907, 117; Conformemente osservava F.P. Contuzzi, *Atti del Governo*, in *D. I*, vol. IV. pt. II, Torino, 1893-1899, 178, anche l'*Act indemnity* disponeva che il Sovrano non potesse prevedere obblighi per i sudditi che non fossero normativamente contenuti in una legge.

base giuridica oscillante tra una concezione «funzionale»¹²³, che lo riconduce all'indirizzo politico del governo, e una concezione «strutturale»¹²⁴, che lo ancora invece a una previa copertura legislativa. Proprio tale oscillazione segnala la difficoltà di ammettere che un potere normativo, privo di fondamento legislativo puntuale, circoscritto, delimitato, possa essere compatibile con la forma di stato costituzionale moderna, la quale viene a reggersi del Parlamento e si rispecchia, nel sistema delle fonti, nel principio di preferenza per la legge, oltre che sulla centralità della legge stessa come sede di bilanciamento ed eventuale compressione dei diritti fondamentali.

L'esercizio di potestà amministrative a contenuto (di fatto) normativo¹²⁵ (come le ordinanze contingibili), sottratte a tipizzazione legislativa e fondate su clausole che rendono possibile l'attivazione del potere, plasmano lo slittamento dal principio di legalità strutturale al principio di legalità funzionale, nel quale il fondamento del potere non è più la regola giuridica sovraordinata, ma l'obiettivo politico contingente perseguito dall'autorità amministrativa (*rectius* esecutiva).

Il regolamento (e, parimenti, l'ordinanza libera nei fini) diventa lo strumento attraverso il quale si realizza, di fatto, una supremazia dell'Esecutivo sul Legislativo, con un effetto deformante rispetto alla forma di governo parlamentare¹²⁶.

Le zone rosse, intese come provvedimenti amministrativi a carattere normativo (poiché derogatorie di norme anche costituzionali, con effetti vevoli indistintamente in via generale), assumono la medesima natura critica di cui sopra. Esse non solo restringono diritti fondamentali, al di fuori della riserva di legge e della legalità sostanziale, ma lo fanno attraverso una mera legalità apparente, che non rinviene più il proprio fondamento nella Costituzione¹²⁷, bensì nell'opzione politica contingente.

Il nodo, dunque, non è soltanto di legittimità delle singole misure, ma la sostenibilità del sistema delle fonti, laddove l'eccezione si cristallizza e la discrezionalità amministrativa erode il principio di legalità sostanziale che rappresenta il cuore stesso della democrazia costituzionale.

Dal rapporto tra Amministrazione e rispetto del principio di legalità si desume anche lo stato di salute del sistema delle fonti e, dunque, la relazione (anche gerarchica, di osservanza, oltre che di cogenza, che intercorre tra legge e discrezionalità amministrativa)¹²⁸.

Infatti, anche se si discorre di discrezionalità, «è chiaro che, in uno Stato di diritto, quale sicuramente il nostro, non possono essere ammesse potestà di pubblici poteri, il cui esercizio sia sottratto all'osservanza del principio di legalità, se non in quanto la loro ammissione risulti immediatamente legittimata da norme costituzionali»¹²⁹.

La prospettiva costituzionale che ne emerge è chiara: il potere amministrativo, non può essere concepito come spazio normativo alternativo o sostitutivo della legge. Ogni attribuzione di competenze che consenta all'amministrazione di produrre effetti paralegislativi deve

¹²³ G. Arcoleo, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, Napoli, 1881, 124 ss.

¹²⁴ A. Codacci-Pisanelli, *Legge e Regolamento*, Napoli, 1888, *passim*.

¹²⁵ A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 137.

¹²⁶ L. Carlassare, *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 422-423.

¹²⁷ Non è un caso che l'ordine pubblico esordisce testualmente in Costituzione solo a seguito della riforma del Titolo V che, intervenendo sull'art. 117 Cost., elenca nelle materie di esclusiva statale, alla lettera h) «ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale».

¹²⁸ Sul tema della discrezionalità in relazione all'assetto dello Stato G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

¹²⁹ Così, A.M. Sandulli, *Governo e Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 744; *Contra*, A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in Aa.Vv., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1993, 184, sostenendo la teoria del principio di legalità in senso formale; *contra*, a sua volta, S. Fois, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1973, 695-696.

rimanere delimitata, tipizzata e temporalmente circoscritta, pena la compromissione dei principi cardine della forma di Stato democratica.

L'esperienza delle ordinanze ex art. 2 T.U.L.P.S. mostra invece come il confine tra normazione amministrativa e normazione legislativa sia divenuto labile, generando una ibridazione che mina la separazione dei poteri.

Come è stato visto, però, attraverso azioni giuridiche promosse dal basso, i principi costituzionali non restino formule astratte, ma trovano continua e nuova vitalità nel tessuto giuridico e sociale, rinnovandosi nell'incontro con i fatti che emergono dai territori. I principi costituzionali riaffermano così la loro duplice funzione di fondamento positivo dell'azione dei pubblici poteri e, al contempo, di limite invalicabile contro ogni forma di arbitrio pubblico. In questo processo di produzione giuridica indiretta e sociale, i cittadini assumono un ruolo decisivo, contribuendo a mantener viva la legalità sostanziale. Il popolo, attraverso tali azioni, partecipa attivamente alla perpetua rigenerazione della Costituzione nella società, ponendosi come garante della sua effettività.

Si tratta, in ultima analisi, di una vittoria contro l'illegalità e l'arbitrio dell'autorità, una riaffermazione della forza dello Stato di diritto, che dimostra di non temere la contrapposizione al potere dei diritti individuali, traducendosi in ricorso agli strumenti di giustizia previsti dall'ordinamento. È il successo di una cittadinanza vigile e consapevole, capace di trasformare la difesa delle libertà in un atto di rinnovamento della forma di stato, dove fonti, diritti fondamentali e principio di legalità sostanziale tornano ad intrecciarsi, quali assi portanti della forma di stato democratica.

Abstract. Le ordinanze prefettizie sulle cd. zone rosse, adottate in varie città italiane, sollevano un problema di compatibilità con la forma di Stato democratica. Strumenti eccezionali, ex art. 2 T.U.L.P.S., concepiti per interventi contingibili, sono divenuti meccanismi ordinari di governo urbano, producendo una surrettizia stabilizzazione dello stato di eccezione, in contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e temporaneità. Il «caso napoletano» (TAR Campania, sent. n. 5699/2025) ne rappresenta la sintesi, evidenziando il rischio di come una emergenza permanente possa erodere i diritti fondamentali e il sistema delle fonti.

Abstract. Prefectoral ordinances establishing the so-called red zones, adopted in several Italian cities, raise a serious issue of compatibility with the democratic form of the State. Exceptional measures under art. 2 T.U.L.P.S., conceived for contingent interventions, have become ordinary tools of urban governance, producing a surreptitious stabilization of the state of exception, in contrast with the principles of proportionality, reasonableness, and temporariness. The «Naples case» (TAR Campania, judgment no. 5699/2025) epitomizes this drift, highlighting the risk that a permanent emergency may erode fundamental rights and the system of legal sources.

Parole chiave. Zone rosse - Emergenza - Sicurezza - Diritti fondamentali - Extra ordinem.

Key words. Red zones - Emergency - Security - Fundamental rights - Extra ordinem.

MUTAMENTI DELLA FORMA DI GOVERNO E CRISI DELLA «COERENZA». LE «APORIE» DELL'ELEZIONE DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO*

di Daniele Vitale**

315

Sommario. 1. Le fascinazioni della «ingegneria costituzionale». – 2. La coerenza come «parametro logico-valutativo». – 3. La «formula premierale» tra storia e teoria del parlamentarismo. – 4. La «tipizzazione costituzionale» della forma di governo repubblicana. – 5. Le «aporie» nel procedimento di legittimazione del Governo. – 6. Le «cesure del premierato».

1. Le fascinazioni della «ingegneria costituzionale». La lettura del dato quantitativo sulla frequenza nell'uso della funzione di revisione fotografa l'esistenza di una «costante» sottesa ai processi istituzionali che hanno condotto nella storia della Repubblica alla modificazione degli enunciati costituzionali, rendendo evidente la «teleologia» delle varie riforme portate ad attuazione come i loro contenuti siano stati contraddistinti dalla percezione identificante una presunta «differenziabilità qualitativa» tra le disposizioni del Testo fondamentale¹.

* *Sottoposto a referendum.*

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

¹ Al momento attuale si contano cinquanta leggi costituzionali palesando le nomenclature normative adoperate dal legislatore, come osservato da T. Groppi, *Art. 138 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 2735 ss., il mancato rispetto della disposizione in esame in cui è formulata la distinzione tra la fattispecie delle «leggi di revisione» e le «altre leggi costituzionali», differenza questa che, come condivisibilmente suggerito da autorevole dottrina – *ex multis*, L. Paladini, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1993, 167-168 – non sarebbe solo di carattere testuale, bensì implicita nella stessa nozione di rigidità. In particolare, la legge di revisione sarebbe da identificarsi nella manifestazione della funzione (costituita) che consente di apportare modifiche espresse al Testo fondamentale, la legge costituzionale sarebbe, invece, quel particolare atto che il Parlamento può adottare con il procedimento *ex art. 138 Cost.* o per integrare le ipotesi normative che la Costituzione impone come necessitanti di regolazione imposta con tal tipo legislativo – come nel caso delle leggi di modifica degli Statuti regionali speciali – o deliberati discrezionalmente per rafforzare la regolazione di talune materie. In ogni caso può rilevarsi che dalla summenzionata cifra è possibile enucleare circa venti modifiche testuali espresse riguardanti o «disposizioni organizzative dei pubblici poteri» (regime dei reati ministeriali, numero dei parlamentari, concessione di amnistia o indulto *ex art. 79 Cost.* e, pure nelle sue peculiarità, la riforma del Titolo V) o enunciati di «principi in materia di attività» di organi (introduzione dei principi del «giusto processo», «pareggio di bilancio» e di «insularità») o «profili organizzativi di posizioni soggettive» (istituzione della circoscrizione elettorale per i residenti all'estero, estensione dell'elettorato attivo per il Senato, riconoscimento della «parità di accesso tra uomini e donne alle cariche pubbliche») ovvero la «specificazione delle forme di tutela» dei diritti costituzionali (generalizzazione del divieto di pena di morte e, in assenza di riscrittura dell'art. 10 Cost., inapplicabilità a delitti di genocidio del divieto di estradizione per reati politici). Fattispecie aliene a tale «regolarità» sono date dalle leggi cost. nn. 1/2022 e 1/2023, quest'ultima avente, come si dirà, una limitata *vis* innovativa, a differenza della prima avente a contenuto l'aggiunta di un comma all'art. 9 Cost., disposizione riconosciuta, consideratane la posizione, come «principio fondamentale». Oggetto di notazioni dottrinali discordanti, avendo derogato a un tradizionale limite alla revisione, a parere di chi scrive,

Segnatamente, quei precipitati logico-giuridici discendenti dalla necessità di «discriminare tra parte e parti del Testo costituzionale per accertare quale possa esser sottoposta per la sua modificazione al procedimento speciale»² appaiono dispiegati secondo la palese direzione politico-operativa sottendente la postulata contrapposizione tra la «costituzione dei diritti», soggetta a riforme – in apparenza – superficiali, e la «costituzione dei poteri», quest'ultima, invece, oggetto di proteiformi attivazioni, concluse o tentate, del «potere di revisione»³.

Le cause di questa praticata distinzione paiono molteplici e tra loro intrecciate, essendo esse ricollegabili alla tradizionale esegesi storico-politica del «Patto costituzionale»⁴, alle letture evolutive del divieto alla «revisione della forma repubblicana»⁵ nonché alla costruzione dei «limiti al processo integrativo europeo»⁶, fattori assunti nelle esigue e «criptiche» pronunce della Corte costituzionale sul perimetro dei limiti al potere di revisione nelle quali ha trovato seguito l'assioma dell'immutabilità di un «nucleo costituzionale»⁷, aprendo tacitamente alla

tale operazione non si è tradotta in una reale rottura costituzionale, rappresentando essa un'anomala revisione-bilancio della stratificata normazione in materia di tutela ambientale che pur al netto delle importanti innovazioni testuali non ha – né avrebbe potuto – mutare lo *status* dei «principi supremi». Sul tema, *amplius*, G. Marchetti, *Il "principio fondamentale ambientalista" nella prospettiva multilivello*, Torino, 2024, 89 ss.

² C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998 (1940), 5. A fronte delle prefate cifre numeriche che appaiono alquanto limitate, deve registrarsi come molteplici incisioni *lato sensu* della «organizzazione» dell'Ordinamento repubblicano siano discese, in via principale, dallo svolgimento della legislazione elettorale. L'introduzione a più riprese di sistemi maggioritari nell'ultimo trentennio, difatti, a fronte della permanenza testuale delle disposizioni, ha condotto ai mutamenti nel «funzionamento» della forma di governo, palesandosi in questo fenomeno – al netto di possibili profili di rottura dell'ordine, anzitutto, assiologico della Carta – quel nesso imprescindibile tra dato normativo e sistema politico che, come meglio si porrà in rilievo, la dottrina, sulla scorta della nota e tradizionale opinione di L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 631 ss., afferma rappresentare elemento «condizionante» se non già «costitutivo» dell'assetto costituzionale.

³ Sugli effetti di ordine interpretativo-attuativo di questa suddivisione che corrisponde parzialmente alla stessa ri-partizione costituzionale, *amplius*, R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, 1985, 121-123.

⁴ In particolare, secondo la ricostruzione prevalente ripresa, *ex plurimis*, da G. Amato, *Il PSI e la riforma delle Istituzioni*, in G. Acquaviva, L. Covatta (a cura di), *La "grande riforma" di Craxi*, Venezia, 2010, 39 ss., nella formulazione delle disposizioni sui diritti è rinvenibile la «convergenza ideologica» delle forze operanti dentro la Costituente, tendenzialmente definitiva e volta a dare una forma stabile al nuovo ordinamento. Al contrario, gli enunciati organizzativi sarebbero informati dal timore di queste forze per il riavvento dell'autoritarismo, risultando «compromesso iper-garantista», riscrivibile al venir meno delle condizioni di pericolo democratico.

⁵ Segnatamente, se come ben compendiato da M. Luciani, *La revisione costituzionale in Italia*, in *La révision de la Constitution*, Paris, 1993, 132-133, originariamente l'art. 139 esplicitava soltanto il divieto di ripristinare il regime monarchico, come prefigurato dalla discussione in Assemblea del 3 dicembre 1947, la seguente e ancora attuale ermeneusi della dottrina ha allargato le maglie della «intangibilità del principio repubblicano», superandone la natura di limite negativo e identificando in esso la «parte costitutiva della forma di Stato [...] che imprime una particolare fisionomia del voluto Stato con ricadute sulla struttura delle forze politiche» come affermato da C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 50-51. Questa interpretazione sulla convergenza della forma democratica con la forma repubblicana ha condotto alla «lettura per principi» degli asseriti limiti alla funzione di revisione costituzionale, estendendone l'area di attivazione a molteplici materie ed enunciati del Testo fondamentale di guisa che il primigenio divieto di cui all'art. 139 Cost., come posto in rilievo da P. Barile, U. De Siervo, *Revisione della Costituzione*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1968, 19-20, potrebbe ben spiegarsi «non come la difesa dell'istituto repubblicano in sé», ma come «l'espressione del principio istituzionale più omogeneo al principio democratico che informa la Carta».

⁶ Si pensi al riguardo alle molteplici conseguenze normative e politiche della accettazione della primazia del diritto euro-unitario, anche sulle norme costituzionali, da parte del Giudice delle leggi, come statuito *ex multis* in Corte cost., sent. 183/1973 secondo cui gli organi europei «non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale potendo emanare nell'ambito del proprio ordinamento disposizioni di differente contenuto le quali, però, debbono rispettare i principi fondamentali del sistema costituzionale nonché i diritti inalienabili della persona». Sugli ultronei effetti di questa irruzione del «formante europeo» nel contesto interno, *amplius*, I. Ruggiu, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 331 ss.

⁷ Secondo quella suggestiva e, oramai, ampiamente diffusa immagine proposta da A. Pizzorusso, *Commento dell'art. 139 Cost.*, in A. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 743 ss.

reformabilità di tutte le altre disposizioni fondamentali, *sub condizione* dell'iter aggravato. La stessa paradigmatica sentenza n. 1146/1988 in cui l'esistenza – in assenza di più puntuali riferimenti sul numero e sulla materialità – dei «principi supremi» è stata riconosciuta come limite alla revisione⁸, esemplifica plasticamente questa tendenza a recepire e affermare con significati eterogenei la nozione di «superiorità della Costituzione»⁹, atto che ben potrebbe, adoperando una utile categoria ermeneutica, alternativamente definirsi essere «supremo» o soltanto «rigido»¹⁰. Non è questa la sede per una disamina della tesi sulla «frazionabilità» della *vis* assiologica e giuridica della Costituzione, apparendo ed essendo primariamente, a parere di chi scrive, tale concettualizzazione una «coordinata ermeneutica» solo dell'azione politica visibile nelle summenzionate cifre quantitative della revisione nonché il precipitato ormai acquisito nella cultura partitica che non si rapporta al Testo fondamentale come alla «norma suprema» del sistema, ma a un «atto-funzione» nella sua legittima «disponibilità»¹¹. L'appreso acquisto delle forze politiche al proprio patrimonio disponibile delle disposizioni

⁸ Come noto, nel nucleo della storica pronuncia il Giudice delle leggi ha statuito che «La Costituzione contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure dalle leggi di revisione o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la Costituzione medesima esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, come la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione, appartengono all'essenza dei «valori supremi sui quali si fonda la Costituzione» [...] questa Corte è competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione anche nei confronti dei «principi supremi» dell'ordinamento. Se così non fosse si porrebbe l'assurdo di considerare come difettoso o non effettivo il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione in relazione alle sue norme di più elevato valore». Come rimarcato da G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 906, la sentenza si innesta in un più articolato filone giurisprudenziale avente l'obiettivo di regolare l'integrazione da parte dei fatti (or) esterni alla Repubblica, non tanto per quanto concerne l'assetto delle sue fonti normative o l'ampiezza del sindacato di costituzionalità, quanto «in relazione all'essenza stessa dell'ordinamento interno».

⁹ Sulle eterogenee concettualizzazioni della locuzione *de qua* e sulle «funzioni essenziali» di una costituzione, a titolo rappresentativo, C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1977, 216 ss.

¹⁰ La distinzione in parola è ripresa da L. Prieto Sanchis, *Supremacía, rigidez y garantía de la constitución*, in Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2008, Madrid, *passim*, il quale evidenzia una differenza concettuale tra la «supremazia» come capacità di una costituzione di imporsi sulle funzioni che essa disciplina e la «rigidità» come caratteristica indicante che una costituzione può modificarsi con procedimento aggravato. La scissione di questi caratteri di guisa che la rigidità non sia considerabile la «causa prima» della supremazia palesa convergenze con la teoria di A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 9 ss., potendosi sul punto rilevare, a partire dalla lettura dei menzionati dati, per la «costituzione dei diritti» un tendenziale mantenimento del carattere di supremazia, figurato nell'assenza di reali revisioni, prevalendo, di converso, per le norme della «costituzione dei poteri» la percezione della loro (mera) rigidità.

¹¹ A proposito di una recente tendenza delle forze politiche a intendere come disponibile anche la Parte I della Carta si tenga presente l'aggiunta di un nuovo comma all'art. 33 Cost. in cui è riconosciuto il «valore sociale educativo e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva» con la menzionata l. cost. n. 1/2023. A parere di chi scrive, l'uso del potere di revisione nel caso *de quo* per dare riconoscimento testuale a un bene di cui non è mai stata posta in dubbio l'esistenza, l'utilità o la protezione – invero, già oggetto di un'articolata normazione di rango primario – esplicita una tendenza alla perdita di grado nella loro «supremazia» anche per le disposizioni non organizzative, reputate aperte alla modifica – quasi fossero un catechismo civile – a patto che la loro riscrittura si ancori valori reputati positivi, anche in assenza di una reale novazione contenutistica. Valutata nei suoi profili materiali, la legge cost. n. 1/2023 pare così, solo in parte, sussumibile all'interno della categoria, terminologicamente coniata da G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1189, di «revisione-bilancio» con cui si indica quel tipo di modifiche del Testo fondamentale approvate «in assenza di progettualità e con la materiale funzione di ratifica e accettazione di un fatto compiuto [...] per dare una veste e una sanzione formale ad una trasformazione del tessuto costituzionale determinata da fonti normative sub-costituzionali o da fatti consuetudinari sostanzialmente derogatori». Difatti, stante l'esistenza di un valore già riconosciuto nel proprio ampio spiegarsi nel sistema giuridico e in pieno accordo con la Costituzione, nel caso della menzionata revisione a mancare è, giustappunto, l'evento della «deroga permanente *ab externo*», rendendo tale acclamata riforma un pericoloso precedente e monumento alla disponibilità, oggi quasi integrale, del Testo fondamentale.

fondamentali non appartenenti al (ristretto) nucleo essenziale è descritto nei propri estremi e logici effetti nel fenomeno delle «riforme organiche», i.e. da quelle periodiche attivazioni della funzione di revisione *ex art.* 138 che propongono di operare non la «manutenzione del Testo»¹², ma di variarne il suo contenuto in senso «qualitativo-dimensionale»¹³. In disparte la pur importante questione sulla (in)ammissibilità di tale *genus* di revisioni con riferimento ai «limiti modali» del referendum costituzionale¹⁴, già una sommaria lettura del contesto da cui hanno origine i diversi progetti di riforma presentanti questo carattere di «organicità»¹⁵ rivela, di fianco e in conseguenza dell'accettazione trasversale nelle registrate forme di quel fenomeno della «banalizzazione costituzionale»¹⁶, l'ampio diffondersi di un atteggiamento di critica e rifiuto da parte delle forze politiche della forma di governo «parlamentare»¹⁷. La «guerra trentennale»¹⁸ degli attori partitici contro la formula costituzionale-parlamentare

¹² L'attenta definizione di F. Palermo, *La manutenzione costituzionale: alla ricerca di una funzione*, in Id., *La "manutenzione" costituzionale*, Padova, 2007, 8, sulla manutenzione come risposta alla «esigenza di adeguare una costituzione che inizia a funzionare come documento che supera lo spazio di una generazione» registra in senso fedele quale sia stata l'intenzione originaria del Costituente circa la direzione funzionale del «costituito potere di revisione». Invero, deve tenersi sul punto in debita considerazione come l'Assemblea avesse discusso e rigettato la previsione, come suggerito da Mortati, di disciplinare un ulteriore e più rigido procedimento per operare «le riforme di importanza fondamentale [distinguendole] da quelle secondarie», corroborando questa scelta e l'uso stesso della locuzione «revisione» la circoscrizione di tal potere come attività di puntualizzazione e aggiornamento costituzionale, purché attinenti a una «specifica istituzione» come magistralmente sostenuto, da G. Ferrara, *Revisione e Costituzione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1448 ss.

¹³ Il riferimento terminologico è ripreso da V. Marcenò, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?*, in *Alla prova della revisione*, Napoli, 2019, 301-302, la quale rileva come il limite dimensionale non sia ricavabile solo dal «dato quantitativo, ma anche dal dato qualitativo potendo porsi a oggetto della revisione anche una sola disposizione o sola parola, e comunque superarsi il limite dimensionale così come involgere una pluralità di disposizioni, e non superarsi il limite». Come ivi puntualmente riferito sulla scorta di più antica dottrina, la presenza di tale tono di «organicità» – da intendersi come la locuzione sinonimica di «superamento» della Costituzione – può individuarsi nelle revisioni che propongono di valicare quella «unità politica sulla concezione di Costituzione che prescinda dalle maggioranze parlamentari, cioè di quel principio antimaggioritario di cui essa è intrisa».

¹⁴ A titolo esemplificativo, riprendendo le statuizioni della Consulta sul referendum *ex art.* 75 Cost., G. Ferrara, *Revisione*, cit., 1455, individua motivo di inammissibilità di una riforma organica nella presentazione al corpo elettorale di un quesito fisiologicamente «disarticolato» tangente plurimi luoghi testuali. *Contra*, F. Modugno, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, 2005, 620-621, che suggerisce l'incoerenza di fondo della tesi in esame sulla scorta che tale «riserva» sarebbe comunque superabile con l'approvazione nel secondo ciclo di deliberazioni con la maggioranza qualificata.

¹⁵ In particolare, paiono riconoscibili sei principali ed eterogenei tentativi di revisione organica tra cui ha avuto esito positivo soltanto la riforma Titolo V della Parte II, ispirata e operata con le leggi cost. nn. 1/1999 e 3/2001 secondo la logica tipicamente maggioritaria. I casi delle leggi cost. nn. 1/1993 e 1/1997 si caratterizzano non tanto per un contenuto direttamente organico, quanto per la reale volontà di stabilire le «precondizioni di una riforma ultra-dimensionale» delle disposizioni fondamentali, derogando *una tantum* all'articolo 138 Cost. con l'istituzione delle «Commissioni bicamerali» e rimettendo al corpo elettorale la decisione finale sull'eventuale riforma. Proprio la contrarietà popolare espressa nei referendum del 2006 e del 2016 è causa della mancata entrata in vigore dei testi di legge costituzionale recanti modifiche organiche alla Parte II, entrambi approvati nella sede parlamentare da maggioranze di diverso colore politico e pubblicati, rispettivamente, sulla G.U. n. 269 del 18 novembre 2005 e n. 88 del 15 aprile 2016. A questa elencazione deve aggiungersi, infine, la recente ultima attivazione del procedimento di revisione incardinata con il d.d.l. AS. n. 935 del 2023, progetto il quale, approvato in prima deliberazione al Senato e rilevata l'ampia consistenza numerica dell'attuale maggioranza parlamentare, virtualmente, potrebbe essere agevolmente approvato anche nel secondo ciclo di deliberazioni, sebbene, salvo mutamenti politici, non a maggioranza qualificata escludente *in nuce* richieste referendarie.

¹⁶ L'efficace riferimento è di M. Volpi, *La banalizzazione della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2005.

¹⁷ Ricostruisce da e in una prospettiva critica le matrici e sviluppi della tesi «anti-parlamentarista», *ex multis*, A. Lucarelli, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 297 ss.

¹⁸ La suggestiva espressione è di G. Ferrara, *Oltre il Parlamentarismo?*, in *Osservatorio AIC*, 2013, 2. Come ivi condivisibilmente rimarcato, la coordinata del paradigma partitico decostruttivo del concetto operativo di

spiega nelle sofisticate architetture dei progetti di riforma organica le cause e gli effetti della variazione «culturale» all'interno del «formante soggettivo» della forma di governo di cui, sulla scorta proprio degli apporti obiettivi che in concreto il sistema politico può indurre, è riconosciuto un elevato grado «elasticità» e di adattamento alle contingenze fattuali¹⁹. Nella saldatura ideologica tra il trasversale consenso, palesato obiettivamente in operate o tentate riforme, sulla disponibilità della costituzione dei poteri in quanto struttura assiologicamente neutrale – e perciò, discrezionalmente rimodellabile, fatti salvi i principi fondamentali²⁰ – con la derivata (auto)indotta percezione sull'incapacità della Costituzione di realizzare una organizzazione istituzionale realmente efficace²¹, può rinvenirsi, dunque, il sostrato politico della «ingegneria costituzionale»²² e del fascino ambiguo che questo strumento esercita²³. A partire dalla ipotesi che il dinamismo della «de-qualificazione della Costituzione»²⁴ figuri *ex se* il titolo normativo validante la presunta necessità di una rimodulazione ingegneristica della forma organizzativa della Repubblica – tesi non sostenuta da chi scrive – il presente

rigidità costituzionale è da identificarsi nella genesi di quei disegni politici la cui reale intenzione di fondo era la riforma dell'assetto di governo in una direzione presidenzialista, contrassegnante la prefata legge cost. n. 1/1999 che riscriveva la «forma di governo» del soggetto regionale, anticipata dalla l. n. 81/1993 con cui era modificata, radicalmente la conformazione del soggetto pubblico comunale. Pur senza tradursi in una effettiva attivazione dell'*iter* stabilito dall'art. 138 Cost., questa ispirazione «presidenzialista incrinò, e gravemente, la forza del consenso unanime intorno alla forma di Stato e di governo del cosiddetto “arco costituzionale” del sistema politico italiano, conseguendo da ciò la violazione del principio fondante della Repubblica, la sua base pattizia, quello dell'intangibilità della Costituzione. Fu inalberata, allora, la bandiera della governabilità come esigenza istituzionale inderogabile a cui ricondurre le istituzioni, i partiti, prassi politica e ideologia dominante perché servente la classe dominante». Sugli effetti politici dell'ingresso della nozione di governabilità e sulle criticità che esso ha posto in quanto rappresentante elemento estraneo, ma non indifferente per una analisi dei fenomeni costituzionali, *amplius*, P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1984.

¹⁹ I richiamati utili riferimenti terminologici sono mutuati da S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti*, in Id., G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di Governo*, Napoli, 2019, 14, il quale individua, invece, come formanti «oggettivi della forma di governo, gli atti e i fatti fonte, la legge elettorale nonché le convenzioni costituzionali» ai quali deve aggiungersi, a partire dagli storici arresti del Giudice delle leggi rappresentati dalle note sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, il «formante giurisprudenziale il quale irrompe e si affianca ai formanti tradizionali nella struttura della forma di governo». Al netto dell'accettazione di tale ricostruzione, come ivi rimarcato, a partire dalla *lectio* di Elia sul problema del metodo giuridico in relazione alla tematica delle forme di governo, l'integrazione ad opera dei partiti come «attori dominanti» restituisce il «carattere originario dell'assetto costituzionale italiano: nella fase costituente, i partiti, mentre definivano le norme sulla forma di governo, modellandole sulla propria struttura organizzativa (allora sostanzialmente omogenea) e sulle proprie relazioni in atto, imprimevano a quelle norme una elasticità tanto elevata da consentire che il mutamento futuro in tale struttura e relazioni potesse poi sempre determinare le dinamiche della forma di governo, con l'invalidabile vincolo a conservare la sua “natura” parlamentare».

²⁰ Come riferito da A. Allegretti, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. Ripepe, R. Romboli (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, 25, «Non v'è un unico metodo che si sviluppi in termini puramente testuali per dar l'inventario dei possibili limiti alla revisione [...] Ad esempio, l'enunciazione di talune norme sotto la intitolazione di “principi fondamentali” (artt. 1-12) fornisce, come suggerito da una ampia dottrina, un buon indizio, ma esso non è né definitivo né esauriente».

²¹ In senso critico, L. Elia, *Un ruolo storico per la sinistra democristiana*, in *Dossier autonomie*, 11/1987, 14.

²² Sull'uso e diffusione del termine, *ex multis*, G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 1995.

²³ In questa direzione di significato, l'ingegneria costituzionale appare l'espressione principale di un più ampio fenomeno ed «orientamento culturale» del «revisionismo costituzionale» che, come attentamente posto in luce da S. Staiano, *Splendori ideologici e miserie pratiche del revisionismo costituzionale*, in *Lettere AIC 2021-2024*, Napoli, 2024, 131-132, «disattende il “*pactum de modo*” stipulato tra i partiti in Assemblea Costituente per guidare la messa in opera della forma di governo. I partiti, incapaci di definire efficacemente il “formante legge elettorale” e di regolare “convenzionalmente e in modo stabile” i loro rapporti, si dispongono, piuttosto, a rimodellare direttamente la disciplina costituzionale [...] aggravando quelle stesse irrazionalità del sistema le quali avrebbe avuto il dovere di rimuovere attraverso l'esercizio della funzione di legislatore ordinario».

²⁴ L'efficace riferimento descrittivo delle fonti ed effetti della asserzione percettiva della appartenenza della Costituzione è ripresa da G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 144.

contributo si pone l'obiettivo di determinare se non sia in contraddizione con l'architettura razionale e col mantenimento dell'attuale disciplina costituzionale dell'assetto parlamentare l'eventuale inserimento di una tra le più diffuse «strutture tipologiche di razionalizzazione» del modello in parola, ovverossia la «elezione popolare» del Presidente del Consiglio.

Detto in più chiari termini, postulando la validità della tesi sulla tendenziale disponibilità al «politico» nell'esercizio – ampiamente discrezionale – della funzione di riforma dell'assetto organizzativo-costituzionale, si valuterà se il mutamento attraverso l'addizione della prefata variabile all'interno dell'attuale «regime parlamentare» nei propri elementi essenziali – per come disciplinati dal reticolo di «norme a fattispecie aperta»²⁵ (sup)posto dal Costituente – si figuri come operazione valida o se, invece, essa possa essere causa di «aporie funzionali» rischiando di incidere sulla «coerenza» dell'ordine costituzionale come «sistema»²⁶.

La riflessione spiegata nelle pagine seguenti esula, pertanto, dall'esame diretto di potenziali profili di conflittualità – sia della formula astratta che di uno specifico assetto organizzativo prevedente l'elezione – rispetto ad un dato «principio supremo»²⁷, risultando, altresì, aliena benché connessa la tematica sull'ammissibilità teorica di un «idealtipo parlamentare» in cui sia disciplinata dal «*ius positum* costituzionale» siffatta peculiare tipologia di legittimazione del vertice dell'Esecutivo secondo lo schema, ambigualmente ri-denominato «premierale»²⁸.

Individuato, dunque, il tema di fondo della presente riflessione – che, sul piano speculativo, afferisce al «modo in cui le varie “funzioni” dello Stato sono distribuite fra i diversi organi costituzionali»²⁹ – e tenuto nel debito conto la complessità della richiamata in causa nozione

²⁵ Riprendendo la nota, ma non pienamente assumibile definizione di L. Elia, *Governo*, cit., 634, secondo cui «le regole specialmente della forma parlamentare, sono suscettibili di esser qualificate dal sistema dei partiti».

²⁶ Come messo in luce da G. Pino, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1, 1998, 95-96, a partire dalle considerazioni di N. Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, 145 ss., nella concettualizzazione di coerenza sarebbe da individuarsi «non tanto una realtà *ipso facto* operante in un ordinamento giuridico, ma un “valore” da perseguire in quanto prescritto dall'ordinamento stesso, non un dato *de jure condito* ma prescrizione *de jure condendo*». Questo valore, come meglio si osserverà, può assumere, ad avviso di chi scrive, una sua autonomia di parametro costituzionale di validità che richiede e impone non solo che le proposizioni normative non siano tra loro in contraddizione – divieto di antinomie – ma che tutte le norme prodotte nell'esercizio della funzione legislativa (e anche di revisione) «si integrino in maniera armonica, acquistando nel complesso un particolare contenuto di significato in base al riferimento ad un principio o a un insieme di principi, che possa intendersi come comune fondamento per le norme». In senso affine sul significato del concetto, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 47, che evidenzia come tale «compito unificatore» spetti, primariamente, alla Costituzione.

²⁷ In particolare, risulta estraneo all'oggetto di analisi del presente contributo, benché intimamente ri-connesso agli argomenti qui trattati, l'esame della conformità dei disegni di revisione che dispongano o hanno introdotto l'elezione diretta – sovente accompagnata da ulteriori strumenti di riforma come l'introduzione della sfiducia costruttiva ovvero l'irrigidimento della «contemporaneità» in carica del Parlamento e del Governo secondo il principio dell'«*aut simul stabunt, aut simul cadent*» – rispetto a quei principi regolativi della materia, in senso pacifico riconosciuti come appartenenti al novero di quei limiti immutabili alla funzione di revisione, come il principio democratico o il principio del pluralismo. Una siffatta analisi ermeneutica è compiuta di recente, *ex plurimis*, in D. Vitale, *Il «premierato elettivo» nel prisma personalista*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2024, 47 ss.

²⁸ A titolo esemplificativo, direziona la propria riflessione sulla correlazione epistemica tra la diretta elezione del Primo Ministro e la sussunzione in un assetto di governo appartenente al modello parlamentare, ponendola altresì in serio dubbio, L. Primicerio, *La forma di governo semiparlamentare*, Torino, 2007, *passim*. In senso affine circa l'incompatibilità teorica tra l'assetto premierale e il sistema parlamentare, M. Volpi, *Premierato: una comparazione problematica*, in *DPCE*, 3, 2024, 754, secondo cui la legittimazione popolare del capo del Governo – a prescindere dalla fenomenologia che ad essa può accompagnarsi e dalle declinazioni funzionali che essa assume – mette «in discussione i presupposti fondamentali della forma di governo parlamentare».

²⁹ Secondo la tradizionale definizione di C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 3, precisando che di tale oggetto tipico della riflessione costituzionalistica si assumerà il primo «criterio di discriminazione delle forme» indicato da uno dei suoi Maestri, *i.e.* «il modo di scelta di colui cui è affidato il potere supremo, riguardante sia il titolo di investitura che il procedimento attraverso cui questa viene ad essere effettuata».

di «coerenza», ad avviso di chi scrive, per cogliere in pieno l'architettura argomentativa che verrà spiegata in questa ricerca nella propria «economia», risulta necessaria una prodromica puntualizzazione di ordine metodologico sulla tipologia d'esame che vi sarà svolto³⁰.

Si ritiene essenziale chiarire, innanzitutto, quale sia l'assetto dei rapporti tra una indagine descrittiva sul «sostrato storico-costituzionale» da cui trae origine l'attuale questione con la più circoscritta ed ineludibile «analisi» del dato normativo positivo. Più specificamente, la prima supporta e fornisce le principali categorie interpretative nelle «linee di senso» entro i quali situare i vari aspetti problematici che emergono dall'eventuale adozione della formula del «premierato», la seconda offre all'interprete quei «parametri di validità» con gli attrezzi ricostruttivi atti a misurare «razionalmente» la distribuzione delle competenze e le tecniche di allocazione funzionale che il Testo fondamentale ri-conosce e impone ai suoi attori.

In tale prospettiva, sul piano della «prescrizione della normatività»³¹, la correlazione tra la forma di governo e il contesto storico in cui la prima viene, in concreto, a funzionare impone di tener «sempre» in considerazione i profili «non-giuridici» della circolarità senza, tuttavia, ciò significare che tutte le «variabili esterne» al diritto possano diventare in virtù di un uso «a-critico del principio di effettività [...] elementi di uno studio costituzionalistico che si riduca a constatare le situazioni in atto, senza neppur tentarvi un giudizio deontologico»³².

Muovendo dalla condivisione di questa indicazione di metodo e avvalendosi, sul punto, di una suggestiva analogia concettuale, si indica che l'oggetto precipuo dell'analisi in ordine alla coerenza della figura dell'elezione del Presidente del Consiglio, si rinviene nella «forma *formans*» e non già nella «forma formata» del vigente assetto parlamentare-costituzionale³³. In tale direzione, risultano estranee all'esame *de quo* – sebbene, si ribadisce, rappresentanti esse elementi fondamentali per la comprensione sul funzionamento della forma di governo,

³⁰ Più in particolare,, il lavoro si sviluppa lungo due direttrici analitiche tra loro inscindibilmente connesse, la cui reciproca interazione consente di delineare un percorso di indagine progressivo, ma, al contempo, unitario sotto il piano finalistico. In apertura, l'attenzione si concentrerà sulla preliminare opera di concettualizzazione della categoria della «coerenza», condotta alla luce del dato costituzionale, onde precisarne la sua reale portata normativa e la valenza effettiva di principio, con specifico riguardo alla sua «funzione euristica» quale criterio idoneo a orientare l'interpretazione del sistema delle fonti. Su questa costruzione teorica si innesterà, in primo luogo, la ricostruzione storico-costituzionale del parlamentarismo, esaminato nelle sue molteplici e stratificate manifestazioni, entro cui può rinvenirsi la «genesì ingegneristica della formula premierale». Successivamente, l'analisi si estenderà agli sviluppi assunti dall'assetto parlamentare italiano, dalle «origini statutarie» fino alla possibile identificazione dell'attuale configurazione «dinamica» della forma di governo, così come emergente dal più recente evolversi delle prassi – *rectius*, dei «fatti normativi» – e degli equilibri istituzionali all'interno del circuito costruito dalle disposizioni fondamentali. Muovendo dal dato descrittivo così acquisito, l'indagine si concentrerà, in ultimo, sull'individuazione delle aporie sistemiche suscettibili di derivare dall'adozione della elezione del Presidente del Consiglio, esulandovi la valutazione di ulteriori fattori come la scelta d'un sistema elettorale. In tale prospettiva, si procederà alla verifica della sua compatibilità con l'architettura costituzionale vigente, offrendo l'impianto teorico della coerenza il parametro di misurazione critica, atto ad accompagnare integralmente l'intero itinerario argomentativo, assicurandone l'unità concettuale e la «razionalità».

³¹ M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *DPCE*, 1, 2015, 140.

³² In questi autorevoli termini, a difesa del rigore del «metodo giuridico» in ambiti contraddistinti dai «concorsi e gli intrecci tra fonti del diritto e i fatti non normativi che si pongono in una tipica zona di confine tra il diritto costituzionale, politologia e sociologia», L. Paladin, *Governo Italiano*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 678. In una affine direzione interpretativa, A. D'Andrea, *Relazione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 4, 2023, 238, secondo cui «Occorre ribadire con forza: discutere e analizzare la forma di governo – anche e soprattutto nel suo concreto svolgersi – significa abbracciare in pieno l'idea che esistano “regole”, da rispettare e da difendere; che possano esistere anche “sanzioni” quando le prime sono violate. Lo studio costituzionalistico sulla forma di governo è un insieme di interrogativi che si appuntano sulla legittimità di questa o quella scelta, senza negare che esistano margini di discrezionalità degli organi, ma senza dimenticare che esistono anche e “soprattutto” confini».

³³ L'immagine è di M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2009, 567, che evidenzia i rischi «dell'errore olistico di pretendere di esaurire il processo conoscitivo nell'accertamento solo e soltanto della struttura o del funzionamento della forma di governo, pur dovendosi evitare indebiti sincretismi tra essi».

considerata la capacità, come fattualmente definito e a determinate condizioni, di costituirne «fonte» normativa³⁴ – quelle condizioni e variabili fenomeniche, *sub specie* di convenzioni o prassi, che il sistema politico può determinare, con la produzione di mediate conseguenze sull'attività degli organi in senso, però, solo «condizionante» e non anche «costitutivo»³⁵.

2. La coerenza come «parametro logico-valutativo». Una più approfondita specificazione sulla natura, sul significato e sul contenuto della summenzionata «categoria costituzionale» della coerenza qual «riconoscibile proprietà dell'ordine costituito», consente, a parere di chi scrive, di facilitare una operazione di differenziazione tra le rinnovazioni «sistemicamente compatibili» che possono esser prodotte alla luce della postulata amplissima discrezionalità del revisore, rispetto ai «mutamenti disarmonici» i quali, pur se effetto di un'operazione *ex art.* 138 Cost. legittima sul piano procedimentale in quanto non attuata in aperta violazione dei limiti offerti dai predetti principi supremi – come ben potrebbe essere l'inserimento della elezione popolare del Presidente del Consiglio dei ministri – risultano, comunque, capaci di condurre a eventuali rotture della «unità razionalizzante» del sistema ordinamentale³⁶.

³⁴ Si veda, a proposito, la condivisibile e più recente presa di posizione di M. Luciani, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, 1, 2024, 16-18, secondo il quale, in critica dell'orientamento diffuso in dottrina sulla «immissione dei partiti nel dominio definitorio della forma di governo», una ricostruzione di quest'ultima deve sempre essere e rimanere ancorata al piano normativo. In particolare, secondo tale opinione critica verso un approccio «politologico-descrittivo», l'assunto implicito dal quale muove la posizione aperta della dottrina, ossia che le «convenzioni costituzionali generino regole vincolanti», deriverebbe da un duplice ordine di insostenibilità materiale. In primo luogo, concepire la vincolatività delle convenzioni, giustappunto qualificate per l'efficacia «*rebus sic stantibus*», dissolverebbe la distinzione tra l'effettività e la vigenza, stante l'inesistenza di situazioni soggettive azionabili da quei soggetti – gli stessi partiti politici – che le generano e promuovono, non integrando perciò «norme giuridiche», non consentendo neppure la lettura «kelseniana» la possibilità di ammettere regole prive di un proprio centro di imputazione. In secondo luogo, in assenza delle necessitate norme di qualificazione, le convenzioni non possono fungere da criteri di validità né, *a fortiori*, da regole dell'assetto di governo vigente, rischiando il predetto appello alla categoria dei «formanti» di fornire motivo di reintroduzione surrettizia alla dottrina tra le fonti, conseguendone, come meglio si osserverà, che le prassi e le convenzioni partitiche rilevano come utili «regolarità descrittive *praeter Constitutionem*, inidonee, però, a fondare obblighi cogenti o modificare, sul piano della validità, l'equilibrio strutturale dell'assetto».

³⁵ Si rimarca che, con tale presa di posizione non vuole di certo sostenersi la necessità di rinunciare con effetti pregiudizievoli al supporto essenziale che le «riflessioni aliene» recano alla scienza del diritto costituzionale, ma si vuol affermare con accezione di significato più preciso come siano da assumersi in prima considerazione per la enucleazione e la risoluzione delle «questioni *disputande*» solo quelle coordinate normative che possono variamente identificarsi nel diritto positivo che costruiscono la particolare «struttura della forma di governo». Invero, sulla scorta anzitutto degli apporti dati dalla scienza politica e dalla storia delle istituzioni politiche il costituzionalista, interprete del fenomeno giuridico, conosce e si serve di numerose e diffuse categorie le quali gli permettono una miglior «definibilità» descrittiva, ad esempio, di sistemi di governo che appaiono in termini normativi affini, ma nella realtà fattuale divergenti nel loro funzionamento. A titolo rappresentativo di questa osmosi, si pensi nella dottrina costituzionalistica alla riflessione tradizionale di P. Ridola, *La classificazione dei regimi parlamentari*, Roma, 1988, spiegata secondo la traccia della distinzione perimetrata da A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 1988 (1977), 27 ss., tra «democrazie maggioritarie» e «democrazie consensuali» ovvero ancora alla influenza di quella tradizionale classificazione suggerita da M. Duverger, *La Repubblica tradita*, Milano, 1960 (1958), 61-79, tra democrazia «mediata» e «immediata» che trova riscontro, ancora attuale, nelle sofisticate ricostruzioni di quella parte della dottrina, *ex plurimis*, T.E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, Torino, 2006, *passim*, che postula la validità e la positività proprio di una operazione di ingegneria costituzionale con cui introdurre la diretta elezione del Primo Ministro. Sull'ultroneo ruolo della comparazione giuridica come metodologia d'indagine, utile per il presente lavoro, si tenga in conto, come ben rimarcato G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, 171, che «le figure delle forme di governo, costruite dalla comparazione non trovino, praticamente, mai un totale e perfetto riscontro nelle singole fattispecie storiche di ordinamento che nell'insieme alle varie figure sono rapportabili».

³⁶ Appare non del tutto condivisibile, a parere di chi scrive, il noto assunto di M. Duverger, *I partiti politici*, Milano, 1975 (1951), 43, secondo cui «Chi conosce il diritto costituzionale e ignora la funzione dei partiti, ha

In particolare, come riferito suggestivamente dalla Corte costituzionale, la coerenza è da collocarsi nell'alveo dei «valori essenziali che reggono l'ordinamento di uno Stato civile»³⁷ benché essa non corrisponda, prontamente, ad un dato «bene» materialmente riconosciuto e protetto dalla Carta fondamentale. Invero, sotto l'astratto profilo assiologico, la peculiarità del valore in parola risiede nella stessa esistenza di un «circuito organico» di norme e nella «attinenza immanente» ad esso della necessità logica della sua unificabilità³⁸, discendendo, altrimenti detto, il carattere di «essenzialità» dall'assunto logico primissimo secondo cui un dato «sistema può tenersi, solo laddove, le sue parti siano effettivamente coese, trovando in questa esigenza e nella corrispondenza alle necessità storiche di una particolare collettività umana la garanzia essenziale del proprio mantenimento in vita nel corso del tempo»³⁹. Riconoscere alla coerenza la qualifica e qualità di «principio costituzionale»⁴⁰ impone, sul piano contenutistico, in relazione e inerenza alla ragionevolezza come «criterio di controllo garantistico delle attività del soggetto pubblico nell'esercizio delle proprie funzioni»⁴¹, la

un'idea sbagliata dei regimi politici contemporanei mentre chi conosce la funzione dei partiti e ignora il diritto costituzionale ha un'idea incompleta ma esatta dei regimi contemporanei». Difatti, pur se certamente vero che l'attività politica, il sistema delle relazioni tra i partiti, il loro numero e struttura contribuiscano a definire ed indirizzare quella «costituzione materiale» che, in concreto, integra l'orientamento e il funzionamento delle istituzioni, parimenti reale è la circostanza che, in riferimento al caso dell'Ordinamento italiano, sotto il profilo normativo, il «sistema partitico» è sì in grado di incidere legittimamente, ma solo se – e nella misura in cui – è lo stesso sistema normativo, in senso espresso o nei limiti impliciti da esso tracciabili, a consentire la propria (auto)integrazione da parte delle consuetudini e, aderendo all'opinione di Elia, alle convenzioni generate dagli attori politici. L'acquisizione del presupposto «metodo-logico» per cui l'incidenza normativa delle fonti non scritte – prodotte dalla prassi politica – può costituire fatto giuridicamente rilevante soltanto laddove ciò sia ammesso dall'ordinamento, consente che un'analisi di questioni *de jure condendo* come l'eventuale variazione della forma di governo, non si traduca in giudizi sul funzionamento politico o in rilievi puramente ideologici.

³⁷ La nota citazione è ripresa da Corte cost., sent. 204/1982 nella quale il Giudice delle leggi specificava come le «norme adottate in dispregio del valore della coerenza, facenti parte dell'ordinamento giuridico di un Paese civile, degradano al livello di “gregge privo di pastore” [...] il canone di coerenza, nel campo della disciplina delle norme, è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra posizioni sancito dall'articolo».

³⁸ In tal senso, a titolo rappresentativo, R. Manfellotti, *Diritto pubblico*, Torino, 2024, 9, secondo cui il diritto «è, prima di tutto, un sistema che trascende le singole norme e, perciò, richiede che queste siano connesse le une alle altre da una logica unitaria, tal che ciascuna di esse debba sempre “sopportare” un giudizio di coerenza razionale». In senso aderente, G. Carcaterra, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 3 ss.

³⁹ Il riferimento è mutuato da M. Luciani, *Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in Id., M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 18-19. Invero, deve rilevarsi sul punto che, a differenza di altri principi fondamentali variamente riconosciuti dalle giurisprudenze e già in precedenza richiamati – ad esempio, i principi di democrazia, di eguaglianza, pluralista e personalista – che rinvergono il loro nucleo essenziale già dentro gli enunciati costituzionali da cui essi traggono la propria e diretta forza normativa, il principio di coerenza ritrova una sua materialità, giuridicamente rilevabile, nella esistenza e nella conseguente necessità *ad intra* che tale patrimonio pluralistico di beni e principi appartenenti ad una specifica comunità «costituzionalmente» organizzata sia armonicamente strutturato dentro e mediante un'architettura istituzionale, idonea a ri-assorbire ed evitare i fisiologici urti tra altri beni e valori confliggenti.

⁴⁰ Come magistralmente rimarcato da F. Modugno, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019, 64, «Una volta che i valori si sostanziano (e si traducono) in principi, l'inclusione in un principio giuridico comporta che si istituisca un preciso universo assiologico che potrebbe, anche denominarsi, “ambito” assiologico; una volta “giuridicizzati” i valori, la loro ponderazione e il bilanciamento possono essere indirizzati e guidati fino al punto di far assorgere uno dei due (o anche più) valori a valore preminente, senza che il valore ovvero valori recessivi possano essere radicalmente sacrificati».

⁴¹ Segnatamente, come affermato da L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 6, in un sistema pluralistico che accoglie in sé molteplici valori – potenzialmente idonei, secondo una celebre annotazione di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008 (1960), 61, «ad ergersi a tiranni esclusivi di tutto l'*ethos* umano a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti» – può nel bene della coerenza individuarsi il principio volto ad ordinare la «ricca tavola di opzioni assiologiche che sono l'anima e la forza ispiratrice dell'attività politica e sociale entro cui è chiamata a esplicarsi la “discrezionalità” della

sussistenza d'un (ulteriore) immanente «vincolo» alla discrezionalità del legislatore e degli altri organi costituiti sulla cui scorta gli atti giuridici, da essi prodotti, non soltanto devono soggiacere e corrispondere al parametro normativo – e quindi, non porsi in contrasto con il quadro dei limiti materiali espressi dalla loro fonte superiore⁴² – ma essi devono mantenere, altresì salda e salva l'integrità «funzionale» dell'ordinamento nella sua complessiva unità⁴³.

Sul piano funzionale deve constatarsi il ricorso prudente e circoscritto a questo «parametro» da parte della Corte costituzionale nell'esercizio complessivo del sindacato di legittimità⁴⁴, potendosi, altresì, evidenziare un completo silenzio in ordine alla possibilità che il «valore» della coerenza possa operare nella qualità di criterio di valutazione nei confronti delle leggi di revisione. L'assenza di precedenti nella giurisprudenza sull'attributo del principio *de quo* a fungere da limite alla funzione *ex art. 138 Cost.* non vale, tuttavia, ad avviso di chi scrive, a sconfessarne la qualifica e la necessità, spiegandosi ciò, da un lato, come riferito, in una ritrosia della Corte a scrutinare le leggi costituzionali e, dall'altro, nella «atipica estensione relazionale» del principio-valore della coerenza che, rispetto alla possibilità del mutamento

politica» in una direzione teleologicamente unitaria, potendosi così «commisurare tutti gli atti giuridici-normativi del potere politico ad una realtà sì esterna, ma assunta nel “cuore” stesso del Testo fondamentale».

⁴² Afferma la possibilità che lo scrutinio di «in-coerenza» rappresenti attività rappresentabile secondo schemi logici e rigorosi, coincidenti per lo più con il «principio di non-contraddizione» ricavabile dalla lettera dell'art. 3 della Carta, C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 1956 ss. In direzione contraria, a partire dall'analisi empirica del formante giurisprudenziale e – in senso non condiviso da chi scrive – dall'assunto che la materializzazione logica della coerenza imporrebbe un limite eccessivamente oneroso nell'esercizio della funzione legislativa, G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 218-220, il quale identifica nella coerenza un mero «argomento retorico» e «direttiva interpretativa» che precede lo scrutinio della «congruenza» e il cui controllo «considerato nel più ristretto significato logico, non è configurabile a rigore come giudizio di costituzionalità; quando invece, è intesa come “incompatibilità teleologica” tra norme, allora le argomentazioni relative sono intessute di giudizi di valore ma comunque esse seguono percorsi non determinabili su un criterio preventivo».

⁴³ Rileva la portata di tale duplice scrutinio G. Pino, *Coerenza e verità*, cit., 106-107, evidenziando al riguardo che «la coerenza è valutabile in base all'accordo e all'assenza di contrasti con principi superiori; questi possono prendersi in considerazione a diversi livelli di generalità; nella giurisprudenza costituzionale la coerenza della norma è, talora, valutata prendendo come punto di riferimento quei principi del settore specifico cui la norma appartiene, talora facendo ricorso a principi più generali o ai principi fondamentali dell'ordinamento notandosi che anche questi ultimi vanno interpretati nel loro complesso come esprimenti un insieme soddisfacentemente omogeneo, significando che l'esigenza di coerenza opera non soltanto nel rapporto fra le regole, ma anche al livello della “convivenza” dei principi generali. La “normative coherence” può, così, riferirsi sia alla coerenza di norme rispetto a specifici principi e/o valori, sia alla coerenza di norme rispetto a sistemi di norme, principi e valori [...] Il valore della coerenza richiede, dunque, all'interprete di non limitarsi alla ricognizione dei soli profili formali dei materiali normativi con cui egli ha a che fare – come, ad esempio, controllare che una norma di legge sia stata emanata in maniera formalmente corretta e che non sia poi stata abrogata – e cioè potremmo dire alla ricognizione della sua *consistency*, ma piuttosto richiede che l'interprete ingerisca “valutativamente” nel contenuto di quei materiali normativi, si sforzi, cioè, di renderlo “coerente” con i principi e i valori di riferimento». In una direzione contraria rispetto a questa ricostruzione, A. Baldassarre, *Intervento introduttivo*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 123, che ritiene «postulato indimostrato» l'idea per cui «l'ordinamento costituisca “sistema” nel senso proprio della parola, dotato cioè di una razionalità sua propria tanto forte e manifesta che può essere fatta valere anche contro singoli atti del suo stesso fattore [...] una presa di posizione arbitraria e anche curiosamente illogica in quanto suppone un oggetto fondamentalmente razionale a dispetto dell'irrazionalità del suo stesso autore».

⁴⁴ Come evidenziato da G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 197, che qualifica la «rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico» come vizio di «irrazionalità intrinseca», l'impiego limitato del principio si spiega sulla scorta di mere ragioni culturali correlate al positivismo nella propria versione «più angusta che porta a ritenere cruciale la ricerca d'una base testuale per tutti i principi [...] come talora si esprime la Corte, la irrazionalità “intrinseca” come un vizio legislativo non origina da una lesione di specifiche norme costituzionali, ma dal “bisogno” di concepire in un certo modo il diritto. Il principio di razionalità è qualcosa di diverso dalla mera eguaglianza descritta dalla lettera dell'articolo 3 Cost. poiché essa presuppone ma, anzi, esplicitamente ammette differenziazioni legislative, implicando in questo senso l'abbandono della generalità».

nella più elevata sfera dell'Ordinamento repubblicano, impone, anzitutto, una «ragionevole co-esistenza dei supremi principi-limiti»⁴⁵, postulandone la loro «non-contraddizione»⁴⁶.

Nondimeno, la coerenza ben potrebbe, e può, legittimamente assurgere a criterio autonomo (unico) di verifica dell'incostituzionalità in relazione a quelle leggi di revisione che – seppur prive in modo diretto di effetti lesivi rispetto ai principi fondamentali, *uti singuli* presi, in quanto adottate, a fronte dell'amplessissima discrezionalità politica del revisore, all'interno di un contesto costituzionalmente neutrale – risultino esser in contrasto con «l'unità della *mens* complessiva» dell'ordine normativo⁴⁷, dovendosi, in ogni caso, rilevare in riferimento a tale descritto profilo come, alla luce del carattere rigido della Costituzione, l'eventuale controllo di coerenza per questa tipologia di atti normativi possa svolgersi, esclusivamente, dentro il perimetro circoscritto dal sistema degli enunciati formali del Testo fondamentale nel quale la singola disposizione revisionale è destinata ad inserirsi, da ciò discendendo, detto in altri

⁴⁵ Può, in aggiunta ai detti motivi, rilevarsi l'ulteriore circostanza che tra i canoni del sindacato costituzionale la ragionevolezza e la coerenza delineano, come pure evidenziato, piani distinti, ma strettamente comunicanti, se non proprio integralmente assorbenti. In particolare, come rilevato a titolo meramente rappresentativo da G. Scaccia, *Gli "strumenti"*, cit., 220 ss., la ragionevolezza, ben lungi dal ridursi a una mera articolazione dell'eguaglianza formale, opera, anche in rapporto ai principi fondamentali, qual criterio generale di controllo, esigendo che la scelta pubblica sia «giustificata, non arbitraria e proporzionata» rispetto al «nucleo razionale che è espresso dalla Costituzione». La coerenza, diversamente, non definisce valutativamente in sé «l'*an* o il *quomodo*» della decisione al pari dello scrutinio di ragionevolezza, ma inerisce al «come una data decisione normativa sia "situata" nell'ordinamento e in rapporto ad esso», rappresentando un principio relazionale posto a tutela dell'unità costituzionale. Ne discende, dunque, che un atto irragionevole è sempre incoerente – poiché l'incapacità intrinseca di essere posto ragionevolmente inficia *a priori* il suo posizionamento nell'ordinamento in quanto l'atto presenta un vizio intrinseco – ma un atto ragionevole nel proprio «se decisionale» può essere anche solo incoerente rispetto all'architettura complessiva dell'ordine. Invero, se sul piano della operatività, la ragionevolezza orienta controlli segnanti la possibilità di correzioni interpretative o di caducazioni parziali, la coerenza presenta una diversa «natura sogliare», imponendo cioè una prova di resistenza, atta a ricostruire – come meglio si osserverà – la non-contraddittoria coesistenza dei prodotti della funzione legislativa con le altre norme di pari rango, integrandosi in un crinale unico, ma logicamente subordinato, con la ragionevolezza.

⁴⁶ Afferma questa dimensione, non precludendo alla eventualità «più accademica che reale» che l'incoerenza afferisca con significato autonomo alle leggi *ex art.* 138 Cost., R. Manfellotti, *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, 141, osservando che «La disciplina di una legge costituzionale deva soggiacere all'esigenza di razionalità con l'ordinamento complessivamente considerato, tradizionalmente ricondotta, sul piano normativo, all'articolo 3 oltreché alla complessiva coerenza con l'intero sistema assiologico tipizzato agli artt. 1-12 Cost». In tale configurazione relazionale, considerata la potenziale tendenza espansiva – latamente tirannica secondo la prefata citazione schmittiana – dei valori fondamentali e relativi principi, lo scrutinio relativo alla coerenza ordinamentale viene ad essere fisiologicamente assorbito nell'ambito della valutazione sulla violazione in-diretta d'un determinato principio costituzionale ad opera di una legge di revisione che amplifichi unilateralmente la portata assiologica di altro valore. Così, a mero titolo rappresentativo, una legge costituzionale che esplicitamente sancisse e imponesse una gerarchia assiologica privilegiando, in forma onnicomprensiva, la tutela ambientale rispetto alle altre attività pubblica o privata – e, così, in ciò risultando formalmente congruente con il novato paradigma ambientale recepito nell'articolo 9 – contestualmente determinerebbe una violazione diretta e singolare degli altri principi costituzionali di eguale rango, quale, ad esempio, quello lavorista, comportando ciò, inevitabilmente, un'alterazione irrazionale della coerenza sistemica dell'ordinamento costituzionale il quale non può ammettere né contemplare al suo interno, valori dispotici o egemonici, idonei a subordinare o, addirittura, ad obliterare assiologicamente tutti gli altri.

⁴⁷ F. Modugno, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1032, che qualifica la circostanza della rottura della coerenza come «eccesso di potere legislativo» ovvero di un vizio intrinseco che afferisce «non all'atto, bensì al suo contenuto rispetto al fine perseguito dall'atto in concreto come tutto dotato di significato». In termini più puntuali, può intendersi per «razionalità del sistema» quella «qualità immanente» dell'ordine costituzionale di presentarsi come un insieme orientato all'interno del quale le varie norme, i principi e istituti non sono assunti come se fossero «somme meccanicamente definite» ma compongono e relazionano secondo una «teleologia» riconoscibile che assicura continuità, prevedibilità e funzionalità in ciascuna propria parte e, dunque, anche rispetto all'assetto dei poteri. In questa accezione di senso, la razionalità-coerenza del sistema assicura la piena sussistenza dell'ulteriore benché strettamente interrelato valore della «certezza del diritto».

termini, che la «irrazionalità intrinseca dell'atto» può esser valutata secondo una prospettiva eminentemente «sistemico-costituzionale» e non anche «astrattamente generale»⁴⁸. Invero, laddove il sindacato di coerenza relativo ad atti legislativi ordinari può ed è condotto in un quadro pluri-livello e, più specificamente, mediante il raffronto coi parametri desunti dalla Costituzione nell'indiretta interposizione o dell'intero sistema o anche solo di un suo «settore» costruito dal *corpus* delle fonti primarie⁴⁹ – ammessa sempre l'eventualità che un intervento legislativo in apparenza irrazionale dia, in realtà, legittimamente luogo al rinnovo materiale dell'ordinamento, determinando *ex sese* l'abrogazione di quelle norme preesistenti incompatibili ovvero logicamente incongruenti⁵⁰ – un giudizio sulla potenziale incoerenza delle modifiche costituzionali deve necessariamente tener conto di una duplice caratteristica degli enunciati normativi di più alto grado nel regime delle fonti del diritto nella Repubblica. Più specificamente, riconoscere la rigidità come il carattere primigenio della Costituzione repubblicana impone, per un versante, che tutte le sue modificazioni debbano essere operate unicamente e in senso espresso nella tipica forma procedimentale – di guisa da determinare l'esclusione dell'operatività di profili alternativi di abrogazione⁵¹ – per altro correlato verso, stante l'equiparazione tendenziale, sotto il profilo formale, della forza normativa di tutti gli enunciati del Testo⁵², questa «rigidità solennizzante» assume un suo contenuto «assoluto» esclusivamente in relazione ai principi supremi i quali, consideratosi il «linguaggio a maglie larghe», potrebbero eventualmente fungere da fattori limitanti la legislazione costituzionale

⁴⁸ Riprendendo alcune affermazioni di A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2006, 1, «questa interpretazione presuppone un metodo gius-positivista “temperato”».

⁴⁹ A titolo esemplificativo circa la *vis* assiologica della coerenza nello scrutinio di legittimità costituzionale si pensi all'ammissibilità, sancita (a partire) dalla storica Corte cost. sent. n. 184/1983, del controllo sulle «norme penali di favore» potendo – seppur a determinate condizioni – in un settore normativo caratterizzato dalla più ampia discrezionalità del legislatore la salvaguardia dell'Ordinamento contro le incoerenze nel trattamento – solo a favore di talune categorie – sanzionatorio finanche produrre effetti *in malam partem*. In argomento, M. Branca, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 920 ss.

⁵⁰ Come noto, ai sensi dell'articolo 15 delle «disposizioni preliminari al codice civile», pure in assenza di una assenza di una dichiarazione esplicita di revoca della vigenza da parte del legislatore, l'entrata in vigore d'una nuova disposizione può condurre all'abrogazione delle precedenti norme che si trovino in un rapporto di non-compatibilità logica con essa. In particolare, questo effetto può riscontrarsi o qualora la più recente disciplina escluda sul piano concettuale la co-esistenza delle norme anteriori – fatta salva la disposizione precedente sul piano formale – o quando il legislatore abbia regolato in maniera innovativa una specifica materia. Tale forma di figura abrogativa può considerarsi come la manifestazione dinamica del bilanciamento tra la discrezionalità legislativa e il vincolo assiologico della coerenza in un assetto giuridico a fonti gerarchicamente organizzate, dipendendo essa dalla volontà del legislatore – da riscontrarsi in sede interpretativa – che ammette l'effetto abrogativo nell'ipotesi in cui emerga l'incompatibilità logica razionalmente, apprezzabile a partire dalla *ratio* della nuova disposizione, dovendosi, invece, nei casi in cui ciò non sia verificabile, riscontrare o la convivenza normativa o la rottura del vincolo della coerenza con la conseguente possibile dichiarazione della illegittimità della nuova disposizione. Sul punto, E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1971, 247 ss.

⁵¹ A supporto di questa tesi, *ex plurimis*, F. Modugno, *Revisione costituzionale*, in S. Cassese (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5185 ss., che riprende la precedente teorizzazione di C. Mortati, *Concetto, limiti*, cit., 42 ss., sui rischi del fenomeno della «de-costituzionalizzazione» cui s'è fatto in premessa accenno. Non sfugge a chi scrive l'esistenza di un ampio dibattito in dottrina sull'ammissibilità delle «modifiche tacite» alla Costituzione, *i.e.* di quei mutamenti prodotti attraverso atti e fatti normativi al di fuori di quanto previsto dalla lettera dell'articolo 138, come suggerito da F. Pierandrei, *La Corte costituzionale e le “modifiche tacite” della Costituzione*, in *Scritti in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 354 ss., sulla scorta della esperienza statutaria. Assumere la validità di questa visione, pur se autorevolmente sostenuta, si tradurrebbe, tuttavia, in una forma di legittimazione – come, nella realtà politico-fattuale, già avvenuto – dell'appropriazione del Testo fondamentale da parte delle forze egemoni in un dato contesto storico, comportando ciò un depotenziamento della funzione della Costituzione come garanzia primaria dei consociati contro l'arbitrio delle maggioranze.

⁵² In questi già abbozzati termini, G. Tarelli, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 332-334.

soltanto in residuali ipotesi contraddistinte da una palese «illegittimità macroscopica»⁵³. Le peculiarità del reticolato normativo configurato dalle relazioni logiche tra le disposizioni appartenenti alla più alta sfera del diritto positivo circostanziano, dunque, la possibilità che il presunto «vizio di incoerenza» di una singola norma revisionale rispetto al complessivo ordine del Testo fondamentale possa manifestarsi, in significato esclusivo, come squilibrio «orizzontale infra-sistemico» piuttosto che nella forma di immediata contraddizione logica rispetto alla «sistematica costituzionale»⁵⁴, dovendosi, difatti, considerare come la funzione di cui all'art. 138 Cost. rinvenga la sua giustificazione e legittimazione «eziologica» proprio in quella imprescindibile necessità di procedere – qualora ne emerga impellente esigenza – all'adattamento «evolutivo» dell'assetto ordinamentale mediante un'opera di manutenzione. Sulla scorta di queste precisazioni può, dunque, osservarsi come l'anomala circostanza della rottura della coerenza⁵⁵, in assenza di violazioni esplicite dei prefati limiti alla revisione, si configurerebbe unicamente in residuali ipotesi nelle quali l'esercizio del potere *de quo* vada a determinare l'introduzione d'una nuova disposizione che, mancando un'espressa clausola abrogativa degli enunciati concretamente contrastanti con essa, non esplica la propria forza nell'ordinaria prospettiva di orientare i «processi ermeneutici costituzionali»⁵⁶, ma dà luogo

⁵³ A. Ruggeri, *I principi fondamentali dell'ordinamento tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine*, 2, 2022, 585, il quale pone in evidenza come «questa natura tempera e relativizza, in una non secondaria misura, la *summa divisio* tra la flessibilità e la rigidità costituzionale».

⁵⁴ Rispetto a questo assunto si tenga conto, come bene evidenziato da F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 210, richiamando le osservazioni di F. Rimoli, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011, 14-15, che «Nella redazione delle disposizioni costituzionali è adoperato un linguaggio consono all'obiettivo della propria "persistenza" nel tempo: enunciati di particolare "ampiezza" (vaghezza o ambiguità) e porosità, sinteticità o ellitticità. I compiti assegnati al testo costituzionale causano l'impossibilità per la gran parte delle sue disposizioni di essere dettagliate, la loro peculiare trama aperta, suscettibile, per un verso, all'evoluzione in relazione al corso del tempo con una certa "flessibilità" e, da altro lato, di aprirsi alla integrazione da parte della attuazione legislativo-applicativa e delle prassi». Il risultato di questa struttura degli enunciati costituzionali esprimenti principi è una «teleologia progressivamente debole» della Costituzione che identifica un macro-fine e limite fondamentale che è lo sviluppo della persona umana – rilevando in tale spazio i diritti inviolabili e i principi fondamentali come argini assoluti al mutamento costituzionale – e, al contempo, come suggestivamente rilevato da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 8, identifica i «materiali» sui quali andrà costruito, in concreto, l'assetto della Repubblica nelle contingenze storiche. Al legislatore, anche in funzione di revisore, spetta così la prima conduzione, tendenzialmente discrezionale, di «processi» aperti e dinamici di sintesi di questi materiali, ricomponendo in punti di equilibrio sempre variabili che, simmetricamente, devono sfuggire tanto alla frammentazione normativa che *in re ipsa* contraddice l'esistenza del diritto come fattore di unificazione sociale, quanto alla costruzione di ordini assiologici pietrificati, come puntualmente affermato in Corte cost., sent. 85/2013, aventi «alla sommità valori che conducono all'integrale sacrificio di altri».

⁵⁵ Questo dinamismo della funzione di revisione è ben rilevata da C. Mortati, *Concetto, limiti*, cit., 17, secondo cui «l'organo costituente, cessando di esistere al momento in cui si compie la propria opera, deve affidare ad altri la sua custodia e la prosecuzione della volontà espressa. I mutamenti contribuiscono a conservare il nucleo fondamentale dei principi caratterizzanti la Costituzione con l'adattamento alle circostanze sopravvenienti».

⁵⁶ La previsione della funzione di revisione nell'esperienza repubblicana dovrebbe, difatti, accompagnare quel naturale fluire del tempo, ponderando l'aspirazione alla «eternità della Carta» con la necessità di adattamento e governo di sconosciute circostanze storico-fattuali, fornendo l'articolo 138 l'esclusiva forma tipizzata che, mutuando la stimolanti affermazioni di A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, 417-418, consente la «ricezione di quei nuovi interessi che possono assurgere anche a valori costituzionali nonché la sospensione di quelle originarie istanze costituzionali che possono giuridicamente affievolire». Se, come osservato da M.P. Iadicicco, *Modifiche tacite della Costituzione e rigidità costituzionale*, Napoli, 2023, 132, la revisione rappresenta e ripresenta il mezzo con il quale «una Costituzione vocata all'eternità [...] assicura il "moto nell'ordinamento" costituzionale che, a condizioni di non disattendere i principi supremi, consente l'inveramento continuo e mutevole nel tempo, in quanto aperto a plurime soluzioni attuative», l'irrazionalità intrinseca di una legge revisionale può determinare uno stato di fatto in cui la novità del mutamento – astrattamente legittimo se valutato in rapporto ai limiti della funzione –

all'operatività contestuale di prescrizioni dotate del medesimo rango costituzionale, tra loro «funzionalmente inconciliabili». Come registrato, una tal condizione patologica potrebbe e dovrebbe risolversi, laddove neppure l'interpretazione sistemica giunga a fornire schemi di «coerente coesistenza» tra le norme in questione⁵⁷, in una dichiarazione di incostituzionalità della (seconda) disposizione *ipso facto* contraddittoria e produttiva di squilibri normativi. Segnatamente, l'eventuale scrutinio di legittimità avente ad oggetto un'incoerente revisione rispetto al Testo costituzionale – o, altrimenti riqualificato, della irrazionalità intrinseca alla luce scorta del generale parametro della ragionevolezza sistemica – dovrebbe articolarsi, al fine di evitare ingerenze «nel merito» di una legge costituzionale, in una attività prettamente interpretativa sistematico-teleologica, ovvero diretta a valutare la «ratio» della disposizione da ultimo entrata in vigore e di quelle preesistenti – non formalmente abrogate e, dunque, valide – nella loro «globalità»⁵⁸, potendo il Giudice delle leggi dichiarare l'eventuale rottura dell'unità con il conseguente annullamento solo in presenza di reali «aporie funzionali»⁵⁹.

è nella realtà (giuridica) ostacolata dal mantenimento in vigore del precedente ordine assiologico, generando l'*impasse* della contestuale applicabilità di norme esprimenti, in concreto, bilanciamenti diversi.

⁵⁷ Come osservato, sebbene nella prospettiva propria del giudizio di costituzionalità su leggi ordinarie, da G. Scaccia, *Gli "strumenti"*, cit., 197, tale forma di incoerenza sistemica «mette capo ad "antinomie improprie" [...] che si danno, ad esempio, quando due norme riconducono ad una medesima fattispecie effetti diversi», ponendo così luogo ad un «conflitto non logico, ma "assiologico" e "teleologico" che non può risolversi con un'interpretazione correttiva soprattutto laddove siano già presenti "stratificazioni normative" non coordinate. In talune ipotesi, tali squilibri potrebbero addirittura essere aggravati da eventuali interventi di accoglimento del Giudice delle leggi che devono, difatti, seguire le rigide regole del processo costituzionale e del *petitum*, richiedendo perciò, indifferibilmente, l'intervento razionalizzante del legislatore». Tale ricostruzione, a parere di chi scrive, non sembra pienamente condivisibile se applicata all'ipotesi (in verità) non richiamata in cui la contrapposizione normativa abbia ad oggetto gli enunciati costituzionali e, in un più puntuale senso, il sistema oggettivamente vigente e una disposizione atta alla modifica del suo ordine. Ricondurre il conflitto al profilo solo assiologico significa richiamare in causa l'esistenza dei principi del sistema costituzionale, comportando la traslazione del confronto dal piano normativo a quello dei valori che la Costituzione esprime di fronte – e contro – quelli proposti dalla legge costituzionale, come posto in luce da F. Modugno, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in Id., A.S. Agrò, A. Cerri (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2002, 297 ss. Sebbene questa operazione ermeneutica sia idonea a fungere da consolidamento della funzione di garanzia dei limiti alla revisione in ipotesi di violazioni che coinvolgano i valori supremi – ad esempio, la creazione di una Camera di esclusiva nomina presidenziale – essa, necessitando in ogni caso della previa identificazione di un dato principio, risulta condizionata dall'elasticità del parametro comportando l'estensione dell'eventuale scrutinio – con il rischio di attribuire comunque alla Corte poteri di controllo sul merito politico della scelta del revisore – ma anche aprendo la strada all'insufficienza valutativa nelle fattispecie di micro-violazioni che, o per indifferenza o, richiamando la felice terminologia di R. Manfellotti, *La problematica dell'atto*, cit., 175, in ragione della «polivalenza» degli atti legislativi, non chiamino in causa valori o fini obiettivamente eversivi.

⁵⁸ In particolare, come puntualmente rilevato da F. Modugno, *Interpretazione costituzionale*, cit., 70, se tutte le disposizioni legislative «devono essere interpretate, nel proprio complesso, e mai isolatamente, nella loro portata testuale e letterale [...] tra i significati possibili, l'interprete deve preferire quello che meglio si concili con il sistema, con il contesto normativo nel quale si inserisce al fine di rendere "concreto" l'ordinamento [...] l'interpretazione in senso conforme a Costituzione (specie ove quest'ultima abbia i caratteri della rigidità) ha l'obiettivo di assicurare la coerenza dell'ordinamento che deve essere ormai cercata sul piano costituzionale». In direzione analoga, Q. Camerlengo, *La causa della legge*, in *Giur. cost.*, 2014, 606, il quale rileva il nesso tra la coerenza e «ratio legis» come elemento logico-politico intendersi, secondo la concettualizzazione di G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 72, come «scopo in vista di cui ciò che è disposto viene disposto, scopo che giustifica la disposizione di diritto», rilevando che l'intenzione del legislatore deve riferirsi «non alla volontà dei soggetti che hanno partecipato alla formazione, bensì alla disposizione immessa nel dato sistema [...] attraverso un meccanismo di astrazione generalizzante è possibile risalire alla razionalità complessiva che lega le varie componenti il sistema normativo, potendo, dunque, parlarsi di *ratio legis*».

⁵⁹ Può rimarcarsi, in sintesi, che il controllo di coerenza non deve né può misurare la «bontà politico-valoriale di una scelta» operata dal revisore, ma la sua idoneità ad inserirsi nel «tessuto costituzionale» senza che vi si producano fratture dell'unità razionalizzante. L'oggetto proprio di un eventuale sindacato di coerenza, invero,

3. La «formula premierale» tra storia e teoria del parlamentarismo. La legittimazione da parte del corpo elettorale del vertice dell'Esecutivo – a fini semplificatori, ri-denominabile «*premier*»⁶⁰ – costituisce, per un versante, una realtà *de facto* già «coerentemente presente» seppur in forme diverse, in molte tra le esperienze ordinamentali il cui assetto organizzativo è pacificamente sussunto nella categoria descrittiva della forma di governo parlamentare⁶¹, offrendosi, per altro verso, l'elezione come la postulata causa d'un mutamento *in melius* del sistema parlamentare se e laddove tale modulo divenga oggetto di una positiva regolazione del diritto costituzionale, mantenendone comunque in vigore la propria tipica struttura⁶².

è la «compatibilità giuridico-operativa della disposizione revisionale» con le preesistenti norme di pari rango, nella prospettiva della loro applicazione congiunta e, giammai, una loro lettura isolata. In questa «ermeneutica della coerenza», per aporia funzionale rispetto alla disciplina della forma di governo non deve intendersi una mera antinomia – determinante o l'abrogazione della prima norma o la dichiarazione di incostituzionalità, in presenza di vizi, della disposizione abrogante – né un dissenso di politica costituzionale, ma quella situazione patologica in cui la «effettività simultanea» costringerebbe gli operatori-organismi a scelte strutturalmente non componibili, generando circoli viziosi decisionali, svuotamenti reciproci di funzione nonché duplicazioni di centri d'imputazione e responsabilità, tali da impedire – operando la norma sul piano della «forma *formans*» – il funzionamento del sistema di governo e la stabilizzazione di prassi compatibili con la pari dignità e la pari forza degli enunciati costituzionali. Il parametro non opera come criterio libero o extra-testuale, richiedendo, per sua natura, un onere motivazionale rafforzato che dia conto, in primo luogo, della esaustività della prova di resistenza ermeneutica, *i.e.* del tentativo – condotto secondo canoni sistemico-teleologici – di ricostruire la *ratio* della novella e quella delle disposizioni pregresse nella loro globalità, esplorando vie di «compossibilità» applicativa e identificare clausole, espresse o implicite, di raccordo capaci di preservare la coesistenza. Solo quando tale prova risulti manifestamente infruttuosa, ovvero quando l'integrazione interpretativa si traduca in sacrificio surrettizio di una delle norme o nell'introduzione di gerarchie interne non consentite dalla rigidità, la coerenza assurge a criterio autonomo di invalidazione. La soglia di intervento è, dunque, elevata e selettiva, occorrendo che la simultanea vigenza delle disposizioni produca un *deficit* strutturale di governabilità delle relazioni tra fonti, organi e funzioni o, detto in altri termini, che la disposizione sopravvenuta, priva di clausole abrogative o coordinative, non sia in grado di «abitare l'architettura costituzionale» senza indurre *ipso iure* la neutralizzazione operativa di norme preesistenti. L'esito rimediabile non è la «rigrarchizzazione interpretativa» del testo, ma la rimozione della disposizione incompatibile quale *extrema ratio* in sé necessaria per il ripristino della continuità funzionale del sistema, ciò non già in ragione di un valore esterno al sistema, bensì in nome della sua logica interna che esige che ogni innovazione si collochi come «manutenzione ordinata» dell'insieme e non come fattore di disarticolazione. In questo senso la coerenza opera quale parametro di chiusura, residuale ma imprescindibile, non arrestando il mutamento, ma scandendone la misura, ancorandolo alla compossibilità effettiva delle regole e preservazione del circuito di garanzia che dà «riconoscibilità» all'ordine costituito.

⁶⁰ Pur presentando una evidente radice francofona, come attestato da E. Broglio, *Forme parlamentari*, Roma, 1994 (1865), 316, il lemma in parola, già a partire dall'inizio del Secolo decimonono, è stato adoperato al fine di indicare «il primo Ministro inglese – *the Premier* – che suol essere di nome se non di fatto, il Ministro delle finanze». Deve registrarsi al riguardo che, come nella presente riflessione, una derivazione del termine *de quo* è sovente utilizzata nel lessico politico-costituzionalistico per indicare le peculiarità funzionali e strutturali del sistema parlamentare per come sviluppate nell'esperienza inglese, giustappunto anche definito «premierato».

⁶¹ In questo senso J.O. Frosini, *Il sistema "primo-ministeriale"*, in *Quad. cost.*, 2, 2010, 304, che osserva come si abbia una legittimazione «diretta o quasi-diretta» del Governo in sistemi di cui è riconosciuta l'appartenenza all'idealtipo parlamentare, come la «nomina del *premier* nel Regno Unito o del *Bundeskanzler* in Germania». In direzione analoga, L. Elia, *Primo ministro (diritto comparato)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 860 ss. *Contra*, invece, G. Sartori, *Premierato forte e premierato elettivo*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 2, 2003, 285-286.

⁶² L'asserita volontà di (r)innovare senza superare il modello parlamentare mediante l'aggiunta di un istituto estraneo – la legittimazione diretta da parte del corpo elettorale del vertice dell'Esecutivo che, deve precisarsi, a differenza del regime presidenziale, nelle forme parlamentari è sempre figura distinta dal «Capo di Stato» – appare fissata nella coniazione, non certamente casuale, della locuzione «neoparlamentare». È d'uopo sul punto precisare fin da subito che i termini «neoparlamentare» e «premierale» posso adoperarsi in senso sinonimico se e nella misura in cui si tiene in considerazione che – come a breve si osserverà – sotto un profilo ricostruttivo la formula neoparlamentare riviene la sua origine contenutistica e teleologica come tentativo di «ri-presentare» mediante riforme ingegneristiche puntuali e sovente asseritamente minimali, negli assetti parlamentari alieni alla

Per comprendere appieno il senso di quest'ultima diffusa accezione deve, anzitutto, rilevarsi come la «dialettica» tra la conservazione e la trasformazione costituisca il privilegiato punto di osservazione delle policrome declinazioni del più «antico»⁶³ e del più «flessibile»⁶⁴ tra i vari sistemi di governo che afferiscono alle «forme di Stato democratico»⁶⁵ rispetto al quale, prescindendo dalla circostanza ch'esso possa afferire tanto ad un regime monarchico che ad uno repubblicano e malgrado le proteiformi articolazioni nel suo reale funzionamento, sono rinvenibili due «elementi strutturali» i quali nella loro relazione concorrono a descrivere in termini statici e costanti la supponibile «unità minima funzionale» del sistema parlamentare. Anzitutto, come noto, il primo e principale elemento qualificativo del «tipo parlamentare»⁶⁶ può identificarsi nella presenza del «rapporto di fiducia» tra Parlamento e Governo o, detto altrimenti, allorché «la titolarità del potere esecutivo sia concepita come “emanazione permanente” del o dei collegi titolari del potere legislativo»⁶⁷. Da questa oramai ricondivisa e pacifica «affermazione descrittiva»⁶⁸ discendono alcune importanti conseguenze di ordine teorico sia sull'essenza in astratto che sul reale funzionamento del sistema in esame.

Sul piano «ontologico», se, come osservato, un assetto parlamentare può *de facto* sussistere laddove la separazione dei poteri si appalesi come principio «pensabile e praticabile»⁶⁹ in ragione dello stesso «pluralismo istituzionale»⁷⁰ che deve sorreggere il regime democratico, il rapporto di fiducia può dirsi *de jure* esistente unicamente quando le figure del «fiduciario» e del «fiduciante» costituiscano centri di potere diversi e «soggettivamente indipendenti»⁷¹.

«famiglia giuridica del *Common law*», lo stesso grado di «stabilità» che inerisce al modello parlamentare britannico e del discendente «*Westminster system*» nel quale la (presuntiva) elezione diretta del *premier*, pur non essendo oggetto di una disciplina positivizzata, garantirebbe quell'auspicata «governabilità» istituzionale di cui deficherebbero le esperienze continentali. Sulle pluriformi caratterizzazioni del premierato britannico, *ex multis*, G. Caravale, *Il governo del premier nella esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, 1997.

⁶³ In questi termini, a titolo esemplificativo, G. Pasquino, *Nuovo corso di scienza politica*, Bologna, 2023, 116 ss., che, seguendo le coordinate della tradizione politico-storiografica, individua al 1782 la nascita del modello parlamentare e, più precisamente, con l'atto di dimissioni di Lord North in seguito alla guerra d'indipendenza americana il quale, rimesso il proprio mandato al Re, ammise di non avere la fiducia della *House of Commons*.

⁶⁴ In questo senso, *ex plurimis*, C. Mortati, *Ispirazione democratica della Costituzione*, in Id., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 306. In analoga direzione di significato, sulla scorta del dato storico repubblicano, P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Bologna, 1995, 81 ss.

⁶⁵ In argomento, *amplius*, M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2018, 12 ss., secondo cui, premessa la necessità di operare una distinzione concettuale tra il «piano della forma di Stato e quello, più ristretto, della forma di governo», quest'ultimo da intendersi come il mezzo per conseguire le finalità generali e i valori propri dell'ordinamento statale, è possibile registrare una vera pluralità di forme di governo esclusivamente per lo Stato liberale e per quello democratico-pluralistico.

⁶⁶ L'efficace terminologia *de qua* è ripresa da P. Ridola, *Democrazia rappresentativa*, cit., 115.

⁶⁷ Secondo la paradigmatica e diffusa definizione postulata da L. Elia, *Governo*, cit., 642.

⁶⁸ Nel richiamato significato, a titolo esemplificativo, M. Galizia, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1985, 386; P. Lauvaux, A., Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, 2015, 101; C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., 144. In senso affine, R. Redslob, *Le régime parlementaire*, Paris, 1924.

⁶⁹ In termini, a proposito del legame tra democrazia e parlamentarismo, M. Volpi, *Libertà e autorità*, cit., 15.

⁷⁰ Sulla relazioni tra pluralismo costituzionale e forma parlamentare, *amplius*, P. Biscaretti di Ruffia, *Governo*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1957, 1169 ss. Deve rimarcarsi sul punto come l'Ordinamento repubblicano abbia accolto in funzione garantista una versione rafforzata del principio in esame, associando ai tradizionali organi (Parlamento, Governo, Capo di Stato) ulteriori soggettività interne ed esterne che possono interagire coi primi nello svolgimento dell'indirizzo politico, potendo identificare tra esse, anzitutto, il corpo elettorale che, come rilevato da M. Luciani, *Governo*, cit., 568, rientra nel novero degli elementi costitutivi della forma di governo.

⁷¹ Si tenga in conto che i prefati principi operativi hanno radici storico-teoriche diverse. In particolare, come rilevato da G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 672, la postulata superiorità del Legislatore rispetto all'Esecutivo discenderebbe dall'accettazione della supremazia della legge come espressione della volontà generale, l'autonomia operativa, invece, sarebbe ascrivibile alla conservazione dell'equilibrio nella separazione tra la legittimazione democratica coi poteri di governo del monarca secondo il modello dei «*checks and balances*» ripreso, attualmente, con significato diverso nei sistemi presidenziali.

Difatti, pur vero che, sul piano prescrittivo, l'istituto della fiducia impone che l'Assemblea legislativa – *rectius*, la maggioranza parlamentare – possa ritirarsi dal rapporto fiduciario in ogni tempo così costringendo un governo alle dimissioni, proprio l'essenza di tale elemento pone divieto alla integrale sostituzione del Parlamento al «potere esecutivo», residuando al primo il potere di provocare la formazione di un nuovo «ri(s)fiduciabile» governo⁷².

Sul piano empirico, questa «diarchia istituzionale» ha assunto forme e contenuti eterogenei registrandosi, in talune ipotesi, l'irrigidimento del principio della supremazia parlamentare, assistendosi in altre, invece, alla emancipazione del fiduciario dal controllo del fiduciante⁷³.

In particolare, come già rilevato, variabili *lato sensu* costituzionali quali il sistema partitico, la tipologia di sistema elettorale e, non certo da ultimo, l'ampiezza dei poteri del capo dello Stato s'impongono come fattori capaci di determinare il concreto atteggiarsi del riparto delle attività di indirizzo politico nel rapporto di fiducia spiegato in «strutture a chiasmo»⁷⁴ al cui interno Parlamento e Governo possono assumere la condizione sia di organi funzionalmente separati che di «soggettività complessa», funzionalmente unitaria e a conduzione mutevole.

È proprio in riferimento alla «figura funzionale» del vertice dello Stato che può individuarsi il secondo elemento tipico di un sistema parlamentare. Più specificamente, sia per i regimi repubblicani che per quelli monarchici adottanti la regola operativa del rapporto fiduciario a prescindere dalle conformazioni storico-contingenti si registra la presenza di una «comune costante» espressa dalla circostanza per cui, in tale assetto, la «titolarità formale» del potere di nominare i membri dell'Esecutivo – o, quantomeno, del suo «primo» ministro – è sempre attribuita non al Parlamento in qualità di soggetto fiduciante, ma al «capo di Stato»⁷⁵.

Al netto di considerazioni analitiche di senso contrario⁷⁶, l'attribuzione al capo dello Stato di tale «funzione di legittimazione nominale» del Governo – ovverosia del potere di sancire la propria «esistenza» sul piano giuridico – si rappresenta, invero, come un fattore «logico-immanente del sistema parlamentare»⁷⁷, dipendendone da esso l'effettivo funzionamento. In

⁷² In questi termini, F. Sorrentino, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 688. Analogamente, L. Elia, *Governo*, cit., 643, secondo cui deve escludersi che «la titolarità del potere esecutivo possa risolversi in un dato subalterno e, cioè, nella “*reductio ad agente di esecuzione*” di chi vi è preposto, ricadendosi altrimenti nella “concentrazione dei poteri” che resta fuori dallo schema parlamentare».

⁷³ Su queste manifestazioni e delle relative classificazioni, *ex plurimis*, E. Tosi, *Regime parlamentare e regime assembleare*, in *Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea Costituente*, IV, Firenze, 1969, 599 ss.

⁷⁴ La perspicace immagine è di O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, Napoli, 2010, 83.

⁷⁵ In questi termini, a titolo rappresentativo, G. De Vergottini, *Diritto pubblico comparato*, Padova, 2022, 550. In direzione analoga, G. Sartori, *Ingegneria costituzionale*, cit., 64, rimarcando che «I governi sono sempre prerogativa presidenziale: è il presidente che nomina a sua “discrezione” i membri dell'esecutivo. Certamente, un presidente può [considerato il rapporto di fiducia] scegliere i ministri in un modo gradito al parlamento; il che non toglie, tuttavia, che i membri del gabinetto siano e rimangano sempre di nomina presidenziale».

⁷⁶ In tal senso, *ex plurimis*, L. Elia, *Governo*, cit., 644, che ricalifica il potere formale di nomina presidenziale come un «elemento “naturale” (e non essenziale) che si accompagna storicamente allo schema di relazione inter-organica (situazione minimale) insieme ad altri istituti come, soprattutto, lo scioglimento anticipato».

⁷⁷ Come accennato da G.U. Rescigno, *Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 4, 2010, 706, è nel funzionamento stesso della relazione fiduciaria che deve ricercarsi la *ratio* dell'esistenza necessaria di un soggetto estraneo ai «termini» di detto rapporto quale titolare del potere (almeno formale) di nomina del Governo. Invero, solo l'attribuzione di questa facoltà a un «potere soggettivo esterno alla relazione fiduciaria» consente, sia nei casi pacifici di cambi di governo nelle ipotesi elettive che nell'eventualità di crisi di governo, di ricomporre in una unità assiologicamente razionale l'esclusione dell'unificazione soggettiva tra Legislatore ed Esecutivo con la permanenza del potere discrezionale di revoca della fiducia. In particolare, l'imputazione a soggetto alieno dell'atto determinante l'esistenza giuridico-soggettiva del Governo – dalla quale discende la coerente denominazione del primo come Capo di Stato – consente di preservare il nucleo minimo del principio di separazione dei poteri *sub specie* di divieto di emanazioni soggettive del Parlamento, mantenendo in vigore il principio della supremazia del Legislatore poiché il governo «nominato» può svolgere legittimamente le proprie funzioni «oggettive» fino a quando il primo non sancisca la rottura del necessario rapporto di fiducia.

particolare, nella misura in cui a questa funzione si accompagnano sovente ulteriori sue prerogative, la figurazione del capo dello Stato rappresenta, a giusto titolo, la reale matrice operativa dello schema della «collaborazione nella separazione dei poteri»⁷⁸, derivando dal novero, dall'ampiezza normativa e dal «dinamismo politico» di dette facoltà addizionali al nucleo minimo le fondamentali evoluzioni fenomeniche del modello parlamentare.

È nel crinale della flessibile rappresentazione della massima carica dello Stato come «potere neutrale» o «centro d'autorità attivo» che ha difatti origine la principale categoria descrittiva delle germinazioni dei sistemi parlamentari. Segnatamente, nel «regime dualista» il capo di Stato, parimenti al Parlamento, si configura come un «potere politico» capace di indirizzare direttamente o indirettamente l'attività materiale del Governo – senza divenir, però, termine *ad quem* del rapporto fiduciario – contrariamente, nel «modello monista» il capo dello Stato – non attributario di «funzioni attive di governo»⁷⁹ che possono esercitarsi unicamente nella «congiuntura soggettiva dei poli» della relazione di fiducia – mantiene un diverso, benché fondamentale ruolo di «supremo moderatore del contrasto dialettico tra le forze politiche»⁸⁰ secondo quel modello prefigurato dal costituzionalismo liberale del «*pouvoir neutre*»⁸¹.

Le menzionate definizioni descrivono profili statici d'una realtà istituzionale – come riferito in precedenza – in sé mutevole che costituisce oggetto di livelli d'approssimazione secondo «punti d'orientamento diversi»⁸², dovendosi tenere a mente che in nessuna esperienza si è giunti alla manifestazione «pura» degli schemi duale e monista oppure alla configurazione di un capo di Stato come «potere assolutamente neutrale»⁸³. Le categorie *de quibus*, tuttavia, non per questo perdono di utilità pratica, fungendo esse da coordinate interpretative del dato storico e della variabilità del sistema parlamentare nonché soprattutto dei tentativi normativi di dare una forma positiva a punti di equilibrio tra i prefati principi del «parlamentarismo»⁸⁴ in qualità di modelli di adattamento al radicamento di nuovi valori e variate esigenze.

In particolare, l'assetto dualista configura lo schema primigenio della forma parlamentare⁸⁵, originato al fine di traporre, in termini positivi, la coabitazione delle istituzioni tipicamente

⁷⁸ Secondo la suggestiva raffigurazione di R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, Paris, 1934, 10-11.

⁷⁹ Sul punto, M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 52 ss.

⁸⁰ C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., 149, che riprende la più diffusa terminologia comparativista.

⁸¹ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, 39.

⁸² In questi termini, O. Chessa, *Il Presidente*, cit., 45, il quale puntualizza sul punto che «Il grado di dispersione del potere pubblico può variare, fino a coincidere nel proprio massimo grado con l'assenza di un ordinamento unitario e, nel suo grado minimo, con la unitarietà del potere, cioè con il monismo sostanziale. “Monismo” e “dualismo” appaiono, pertanto, due estremi di un medesimo segmento, lungo cui possono collocarsi le diverse esperienze conosciute per valutare “in modo comparativo” il grado di accentramento e di dispersione di quel potere che incentivano e che effettivamente realizzano. Non avrebbe senso quindi asserire che una esperienza sia in senso assoluto monista o sia dualista, perché ciò dipende sempre dal raffronto con altre esperienze».

⁸³ È utile segnalare fin da subito in argomento come, a prescindere dalle tipicità di uno specifico ordinamento e dalle teorizzate conformazioni sulla nozione di «*pouvoir neutre*» secondo l'originaria immagine di Benjamin Constant – da intendersi, ad esempio, come potere costantemente condizionato dalle sollecitazioni dei soggetti attributari di funzioni politiche in senso stretto o come potere di regolazione e intermediario – la realizzazione della integrale «a-politicità» della massima carica di Stato risulta un ideale giuridico irraggiungibile e dannoso, come dimostrato dalla storia delle istituzioni, condividendosi sul punto l'affermazione critica di C. Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 237, secondo cui «nel regime parlamentare il Capo di Stato non differisce dalle altre istituzioni per la qualità del potere esercitato, ma è istituzione politica come le altre».

⁸⁴ Sulle origini storiche e sull'essenza del parlamentarismo, nelle sue proteiformi evoluzioni, si rimanda alle suggestive pagine introduttive di G. Guarino, *Lo scioglimento delle assemblee legislative*, Napoli, 1948, 1-27.

⁸⁵ In particolare, come segnalato da G. De Vergottini, *Diritto pubblico comparato*, cit., 551, tale regime origina per «via consuetudinaria dalla monarchia costituzionale» a partire dall'esperienza inglese di fine Settecento, trovando operatività negli ordinamenti continentali, anzitutto in Francia, con la Costituzione del 1830, per poi da qui diffondersi nell'esperienza statutaria italiana, grazie soprattutto, come si riferirà, all'attività politica di Cavour. Sul punto, *amplius*, C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari-Roma, 2002, 67 ss.

monarchiche con quelle «democratico-liberali»⁸⁶, mantenendo in essere le antiche funzioni di governo del re quali lo scioglimento della camera elettiva nonché la nomina e, soprattutto, la revoca dei ministri⁸⁷. Innestandosi nelle tensioni istituzionali dovute a questa convivenza, l'assetto monista segna, in primo luogo, la piena evoluzione del principio democratico con l'estraneazione dal circuito dell'indirizzo politico del monarca le cui prerogative si riducono agli «atti formali» secondo l'assioma ambiguo del «*The King reigns, but does not rule*», in secondo luogo, identificando nella «camera bassa» il centro propulsivo del governo inteso come «funzione necessariamente unitaria», apre alla figurazione dei partiti che animavano le aule parlamentari come i nuovi «soggetti e forze egemoni della costituzione materiale»⁸⁸. Difatti, non prive di endemiche «pulsioni riformiste o anche di nostalgiche resistenze»⁸⁹, le «torsioni» del monismo parlamentare si accompagnano alle esperienze democratiche della modernità in senso proporzionale e progressivo alla irruzione e sviluppo locali dei sistemi partitici⁹⁰, fenomeni che possono spiegarsi come la naturale conseguenza dell'allargamento della base politica con la trasversale estensione del suffragio elettorale⁹¹. Come noto, questa dilatazione dell'elettorato attivo – necessitata dal mutamento delle condizioni sociali, ma al contempo non seguita da una reale riforma del sistema istituzionale⁹² – ha segnato l'avvio di un'irreversibile crisi della «forma di Stato liberale» al venir meno del suo perno fondante,

⁸⁶ Su questa fondamentale correlazione, *amplius*, N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2011, 45 ss.

⁸⁷ Secondo lo schema di «separazione *souple*» dei poteri descritto da R. Redslob, *Le régime*, cit., 9 ss., ripreso da G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, 1950 (1932), 7 ss.

⁸⁸ Illustra la radicalità di questo dualismo, G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in Id., P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 65, rilevando che «il partito monarchico» interpretava le norme organizzativo-costituzionali come concessioni revocabili dal re nella qualità di «unico rappresentante sovrano», invece, il «partito parlamentare» individuava nella camera rappresentativa il reale potere sovrano. Sul piano dottrinale pone in evidenza le fallacie del dualismo sovrano che non poteva che tradursi in un assetto transitorio, C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, 55 ss.

⁸⁹ Paradigmatiche di queste opposte tendenze sono, rispettivamente, i percorsi del «*parlementarisme absolu*» nella Terza Repubblica Francese e l'appello al «ritorno allo Statuto» evocato dal liberale Sidney Sonnino. Nel primo caso si assiste, come posto in rilievo critico da R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Revue du Droit Public*, 1931, 227 ss., alla rigidità di un modello iper-monista in cui la camera elettiva si rappresenta come esclusivo centro d'autorità politica – a scapito dello stesso principio democratico – non residuando alcun legittimo potere di scioglimento in capo ad ultronei organi, ripresentando ciò, come evidenziato da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 557-558, la deriva assembleare secondo quel modello istituzionale descritto dalla Costituzione francese del 1793. Nella seconda ipotesi, invece, si assiste ad un tentativo, non riuscito, di restaurare in capo al Monarca le antiche funzioni di governo, sebbene queste latenti tendenze, come osservato da G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009, 84 ss., periodicamente riemergessero nella realtà istituzionale come nel caso della entrata in guerra del Regno d'Italia nel 1915 e la nomina del governo Badoglio nel 1943.

⁹⁰ Non a caso, come ben messo in luce da A. Barbera, *Fra governo parlamentare e governo assembleare dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quad. cost.*, 1, 2011, 16, l'assenza di un radicato sistema partitico determinò il ritardato sviluppo delle istituzioni parlamentari nel Regno d'Italia nonché il riconnesso fenomeno degenerativo del trasformismo, divenendo ciò causa sia delle plurime fasi di «supplenza regia» sia della visione critica, figurata nel menzionato appello di Sonnino, del parlamentarismo, donde la dicitura per tale assetto di G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1967, 42 di «regime pseudo-parlamentare».

⁹¹ Si tenga conto che il processo di allargamento dell'elettorato ha avuto avvio in Inghilterra con la riforma del 1831 e da qui rapidamente estesi negli ordinamenti continentali in forme e modi diversi, giungendo agli inizi del Secolo ventesimo alla strutturazione, quasi totale, del suffragio universale (almeno maschile). Come rimarcato, *ex multis*, da P. Pombeni, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea*, Bologna, 1994, 126, ciò ha indotto una radicale trasmutazione degli originari partiti politici da meri comitati elettorali in strutture di organizzazione permanente aventi come proprio fine la rappresentazione della volontà delle «masse» e che si rappresentano come soggetti che esercitano le proprie funzioni politiche anche al di fuori del Parlamento.

⁹² In questi termini, criticamente sulle disfunzionalità del sistema, M. Volpi, *Libertà e autorità*, cit., 18 ss.

rappresentato dalla condizione della «omogeneità della classe politico-economica»⁹³. Segnatamente, la dissociazione tra la composizione materialmente plurale della società con le istituzioni liberali riflette i propri effetti nell'inveramento di una permanente e trasversale condizione dell'instabilità all'interno dell'organo rappresentativo e sovrano, non più capace di trovare un punto di equilibrio tra le istanze di cui erano portatori i nuovi partiti di massa, determinando ciò il problema della «instabilità dei governi»⁹⁴. In risposta a questo «stato di crisi» a partire dal primo dopoguerra ha così trovato genesi pratica la tesi sulla necessità di «razionalizzare il parlamentarismo» al fine di «di ottenere con forme giuridiche un qualcosa che in altri modelli si può ottenere mediante il libero fluire delle forme politiche, attraverso quel gioco dei pesi e contrappesi secondo un operare della tradizione e dell'innovazione»⁹⁵. Offrire una concettualizzazione della nozione di «razionalizzazione» appare operazione sul piano teorico quantomeno complessa stante la «varietà fenomenica» del parlamentarismo⁹⁶, potendosi riportare l'attuale e più diffusa accezione di significato collegata alla «dottrina *de qua*». Invero, come in parte già abbozzato, con la locuzione in parola si individuerrebbe e si descriverebbe un eterogeneo sistema di riforme del modello parlamentare avente il precipuo fine di assicurare la «stabilizzazione»⁹⁷ della azione di governo – nella duplice figurazione di «soggetto fiduciario» del Legislatore e di «funzione oggettiva»⁹⁸ – conseguibile mediante l'utilizzo di tecniche normative, incidenti sulle relazioni tra gli organi costituzionali. L'analisi comparata consegna all'interprete la stratificata produzione di eclettiche direttive di ri-forma, potendo in termini più puntuali distinguersi due archetipi che, sia nel primo sia, soprattutto, nel secondo dopoguerra, hanno indirizzato i processi costituenti degli Stati⁹⁹, segnando la trasversale introduzione di meccanismi normativi rivolti a contenere la naturale – ma ineliminabile – instabilità conseguente alla «attuazione del parlamentarismo»¹⁰⁰. Segnatamente, il primo di essi è rappresentato dalla ripresa dell'originario schema dualista, contrapponendo al Parlamento l'azione di un rinnovato organo che, trovando legittimazione direttamente dal corpo elettorale, accentri in sé poteri capaci di bilanciare il controllo della Assemblea rappresentativa sull'Esecutivo, soprattutto mediante l'esercizio tendenzialmente discrezionale dello scioglimento della prima¹⁰¹. Il secondo modello di razionalizzazione ha,

⁹³ Il tramonto di questa unità, come suggestivamente affermato da M.S. Giannini, *Prefazione* a G. Burdeau, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, 1950, XVII, conduce ad un assetto «pluriclasse» in cui le istanze sociali dal basso si impongono sulla tradizionale separazione tra Stato e società.

⁹⁴ Per una disamina storico-giuridica di questa fase, a partire dalla prototipica esperienza tedesca, *amplius*, F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, 1985.

⁹⁵ In tal senso, *ex multis*, G. Lombardi, *Modelli di governo parlamentare razionalizzati*, in S. Gambino (a cura di), *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, 1997, 329.

⁹⁶ Per una disamina sui «malintesi» della razionalizzazione, *amplius*, M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomos*, 3, 2016, 10, che riprende le riflessioni del precursore della tesi in esame, B. Mirkine-Guetzévitch, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Paris, 1937.

⁹⁷ In questa direzione di senso, a titolo rappresentativo, P. Lauvaux, *Parlementarisme rationalisé et stabilité de l'exécutif*, Bruxelles, 1988, 7, che riprende le precedenti affermazioni di R. Capitant, *La réforme*, cit., 9 ss. In senso affine, ad esempio, L. Elia, *La forma di governo dell'Italia odierna*, in *Quad. cost.*, 1, 1991, 28 ss.

⁹⁸ Si tenga presente al riguardo, come rilevato da G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., 681, che con la crisi del parlamentarismo di matrice rivoluzionaria francese ha avuto genesi teorica l'eterogenea tendenza dottrinarica a guardare al governo come un'autonoma attività, non inquadrabile in nessuna delle funzioni tradizionalmente intese, essendo, al contrario, quest'ultima «destinata a coordinare tutte le singole attività verso fini comuni».

⁹⁹ Sul punto, *amplius*, S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, 1997, 251.

¹⁰⁰ In questo senso, condivisibilmente, G. Azzariti, *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1, 1998, 83, che ribadisce l'inerenza del parlamentarismo alla forma democratica.

¹⁰¹ Figura a prototipo di questo modello l'organizzazione della Repubblica di Weimar secondo la Costituzione del 1919 nel quale coabitavano elementi specifici del sistema presidenziale tra cui, principalmente, l'elezione diretta del *Reichspräsident* – in surroga rispetto all'antico titolo di legittimazione ereditario presente nei regimi monarchici e operata con un sistema elettorale maggioritario – e la previsione di poteri (anche eccezionali) di

invece, il proprio orizzonte materiale nel monismo parlamentare, ponderando l'onnipotenza legislativa con mezzi volti a rafforzare l'autonomia dell'attività del Governo, stabilizzando la sua posizione rispetto ai cambi di maggioranza che possono verificarsi in Parlamento¹⁰².

Ponendosi a cavaliere tra queste due prospettive della razionalizzazione e trovando un fertile *humus* teorico nel processo costituente francese alla fine del secondo conflitto mondiale¹⁰³, una terza direzione di riforma del parlamentarismo, come già accennato, ha rinvenuto il suo idealtipo originario nell'ordinamento inglese con il fine di favorire e promuovere in strutture costituzionali aliene a tal esperienza lo stesso grado di stabilità del «*Westminster system*» e, in una più generale accezione di senso, del «modello parlamentare (monista) maggioritario» all'interno del quale il corpo elettorale – come organo costituzionale – assumerebbe un più attivo ruolo di propulsione diretta e «formazione immediata dell'indirizzo politico»¹⁰⁴.

Come acutamente posto in evidenza, la teorizzazione di questo «sistema neoparlamentare» tratteggia «non una trovata di alcuni professori francesi in vena di *political engineering*, ma una tendenza modellistica immanente alla vita costituzionale contemporanea»¹⁰⁵, avendo la

governo attivo tra i quali la nomina esclusiva del *Reichskanzler*, insieme alle componenti tipiche del sistema parlamentare tra cui il potere permanente del *Reichstag* – i cui membri erano eletti con sistema proporzionale – di porre la sfiducia contro il Governo e la necessaria controfirma ministeriale nei confronti di ogni atto del Capo di Stato. In senso critico circa l'effettiva «con-vivibilità» di tali istituti, ripresi con profonde innovazioni nell'esperienza della V Repubblica Francese e con effetti diversi nei modelli c.d. «semipresidenziali», fondati sul presupposto eziologico che nel «regime del terrore», come sostenuto R. Redslob, *Le régime*, cit., 260 ss., si realizzi l'essenza autentica di tale sistema, M. Volpi, *La democrazia autoritaria*, Bologna, 1979, 23 ss.

¹⁰² Come rimarcato da M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo*, cit., 9, in direzione critica verso P. Lauvaux, *Parlementarisme*, cit., 15, sono sussumibili in tale schema le contemporanee esperienze parlamentari italiana e tedesca, potendo esse distinguersi, soltanto, in senso quantitativo e non qualitativo per la tipologia adoperata di strumenti previsti. In particolare, non appare convincente, come si evidenzierà, l'asserzione secondo cui il Costituente italiano abbia dato vita a un sistema parlamentare d'antico retaggio monista e non razionalizzato, non potendosi sovrapporre i profili di un'eventuale scarsa operatività con l'inesistenza dei predetti strumenti.

¹⁰³ La paternità della formula *de qua* è tradizionalmente attribuita al politologo Maurice Duverger all'interno dell'esperienza culturale del «*Club Moulins*» di cui facevano parte intellettuali come Hariou e Vedel con politici come Mitterrand. Segnatamente, riprendendo l'idea esposta anni addietro da Léon Blum di superare le fragilità del parlamentarismo francese, ingenerate soprattutto dalla frammentazione partitica, con un rafforzamento dei poteri del «*premier*», la proposta «neoparlamentare», anticipata da quattro articoli pubblicati nel 1956 su «*Le Monde*» ed esposta in forma sistematica in Club Jean Moulin, *L'Etat et le citoyen*, Paris, 1961, 352 ss., poneva l'obiettivo di «ottenere in Francia, laddove le condizioni politiche di base sono profondamente diverse, quel risultato che gli Inglesi ottengono implicitamente [cioè la stabilità del governo] attraverso l'uso di procedure e mezzi espliciti, formalmente e sostanzialmente diversi da quelli tipici del sistema “premierale” inglese».

¹⁰⁴ Compendia le caratteristiche conformative di tale sotto-sistema, C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 551, secondo il quale «L'organizzazione del corpo elettorale ha, in via generale, l'effetto di spostare verso di esso il centro di gravità del sistema. Si è proposto di designare il regime derivato da questo fenomeno con il nome di “regime maggioritario”, per indicare la posizione di dipendenza nella quale il Parlamento è venuto a trovarsi di fronte agli orientamenti elaborati all'infuori di esso, formando il contenuto della c.d. “piattaforma elettorale” su cui gli elettori esprimono le proprie scelte e che deve, poi, essere svolto da quel partito che, avendo conseguita la maggioranza nelle elezioni, è di diritto investito del potere di esprimere dal suo seno il governo, ponendosi in certo modo garante di fronte agli elettori dell'attuazione del programma che ha ottenuto le adesioni più vaste. Il risultato più saliente di tale trasformazione consiste nella tendenza a realizzare un'unità sempre più intima fra gli organi di direzione politica: il Parlamento scade dalla posizione di organo d'autonoma deliberazione in quella di organo di registrazione di decisioni prese dalle assemblee dei partiti politici che vi sono rappresentati, e che esso si limita a svolgere con l'attività legislativa [...] il gabinetto diviene il centro motore della politica nazionale e ciò si palesa in modo efficace laddove, avendo i partiti un'organizzazione interna gerarchizzata, i posti direttivi di governo sono attribuiti ai leaders del partito di maggioranza. Il gabinetto si trasforma, così, da organo esecutivo del parlamento in un comitato direttivo dell'attività di questo e nel suo seno si accentua, con l'esigenza di un'azione sempre più unitaria, l'influenza del presidente del consiglio sui singoli ministri fino al punto di far designare l'ordinamento che ne risulta ove tale questo modello, “regime a primo ministro”».

¹⁰⁵ L. Elia, *Governo*, cit., 672, che pone in rilievo come questo «modello ispirato alla elezione diretta del capo dell'esecutivo suscita problemi comunque non lievi che è meno facile risolvere fuori dell'ambito statunitense».

«impalcatura del premierato alla francese»¹⁰⁶ – incentrato sul rafforzamento della figura del *premier* eletto in concomitanza al Parlamento¹⁰⁷ – rappresentato sia l'archetipo ideologico-materiale per le ulteriori rivisitazioni riprese nel dibattito costituzionale italiano¹⁰⁸, tradotte nella successione di omogenei disegni di legge di revisione, sia la matrice di quel peculiare «esperimento istituzionale» compiutosi nell'ordinamento israeliano tra il 1992 e il 2001.

Nell'ambito della presente riflessione, l'esperienza (negativa) di Israele appare di notevole interesse in quanto si offre a eloquente segnale delle torsioni indotte dalla introduzione *tout court* della diretta elezione del vertice dell'Esecutivo. Invero, unico caso storico di sistema di governo in cui è stata effettivamente adottata la formula premierale¹⁰⁹, l'assetto israeliano nella breve sperimentazione neoparlamentare è stato contraddistinto per una coniugazione impura dell'originario «archetipo»¹¹⁰, considerando che alla previsione della legittimazione diretta e contestuale del primo ministro e della Knesset non seguiva, altresì, la ripresa degli automatismi riconducibili al principio «*simul stabunt simul cadent*»¹¹¹. In antitesi con i fini dei suoi promotori, l'elezione diretta finiva, dunque, in concreto per alimentare le dinamiche di

¹⁰⁶ La descrizione pura del modello *de quo* è rinvenibile in M. Duverger, *Demain la République*, Paris, 1958.

¹⁰⁷ La legittimazione contestuale, come ben osservato da S. Ceccanti, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quad. cost.*, 1, 2002, 115 ss., sulla scorta delle affermazioni riportato proprio nell'originario rapporto del Club Moulin, darebbe origine a quel peculiare rapporto di reciproca interdipendenza tra Primo ministro e Camera, compendiato nella formula «*aut simul stabunt aut simul cadent*».

¹⁰⁸ Sulle analogie e differenze del primigenio schema di Duverger con la ricostruzione teorica del «Governo di legislatura» esposta, a titolo rappresentativo, in C. Mortati, *La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, 10, 1973, 4 ss., anch'essa prevedente l'elezione del Presidente del Consiglio, *amplius*, D. Vitale, *Il premierato*, cit., 48.

¹⁰⁹ Si precisa sul punto che, ad avviso di chi scrive, l'attuale esperienza istituzionale delle Regioni italiane non può considerarsi autenticamente rappresentativa di un modello attuativo della formula premierale, nonostante l'assetto in parola sia frequentemente ricondotto dentro lo schema neoparlamentare da una parte autorevole della dottrina costituzionalista, come, a titolo rappresentativo, M. Cavino, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2024, 48 ss., che pure dubita sul se «la forma efficacemente sperimentata nel Paese nella organizzazione delle dinamiche di governo locali e regionali possa, altrettanto efficacemente, trasporrsi al livello nazionale». In *primis*, ferma la lettera dell'articolo 123 Cost. che demanda agli statuti regionali la determinazione della «forma di governo», la mancanza di «attributi sovrani» in capo agli organi regionali rende inconfigurabile l'esistenza nelle relazioni tra Consiglio, Presidente e Giunta, di un autentico riparto di quella *suprema potestas* che costituisce il fondamento stesso delle forme di governo. Ancora, risultano assenti nell'architettura delle Regioni i due prefati elementi tipici della forma parlamentare. Anzitutto, la superiorità dello Stato sull'autonomia regionale – ben posta in rilievo da S. Bartholini, *I rapporti tra i supremi organi regionali*, Padova, 1961, 121, secondo cui lo Stato può far «valere il proprio indirizzo per soddisfare l'esigenza di unità d'indirizzo dell'intera organizzazione dell'ordinamento della quale la regione è parte integrante» – rende superflua e, conseguentemente, inesistente la figura di un organo assimilabile al capo di Stato che deve esercitare nella qualità di garante dell'ordinamento costituzionale la potestà di nomina del Governo regionale. In secondo luogo, come già messo in luce da attenta dottrina e ribadito nella recente Corte cost., sent. n. 64/2025, i rapporti tra il Consiglio regionale e l'Esecutivo guidato dal Presidente eletto non sono caratterizzati da «un rapporto fiduciario diretto, ma esso è sostituito da un vincolo di «non-sfiducia»».

¹¹⁰ Come evidenziato da G. Sartori, *Ingegneria costituzionale*, cit., 204, la deviazione dalla formulazione di Duverger è dipesa da una resistenza alla «transizione monocratica» da parte del sistema politico israeliano il quale era caratterizzato per la forte frammentazione nonché per la presenza di un «partito colonizzatore [...] che invade, sconfina e pervade, ben al di là dell'ambito fisiologico della politica, tutte le sfere della società».

¹¹¹ Superando la rigida operatività del principio *de quo* – assunta, invece, nell'esperienza regionale in Italia – l'assetto disponeva deroghe alla contestualità con la previsione di «elezioni speciali» del *premier* per i casi di dimissioni, impedimenti, destituzione, e nell'ipotesi in cui egli non avesse presentato il Gabinetto alla Knesset nei termini *ex lege* previsti. Il mantenimento dell'istituto della fiducia iniziale come requisito necessario per l'insediamento del Governo, nonostante la elezione del proprio vertice, rendeva palese come il Governo fosse sempre da ritenersi, a fronte del ruolo cerimoniale del Capo di Stato, emanazione permanente del legislatore. Per una disamina della «incompiuta rivoluzione costituzionale», *amplius*, F. Clementi, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quad. cost.*, 3, 2000, 583 ss.

ingovernabilità¹¹², apparendo, secondo una condivisibile opinione critica, le conseguenze sistemico-funzionali prodotte non tanto dal sistema elettorale, ma, più generale, dallo stesso fallace tentativo di ibridare l'impianto parlamentare con forme aliene di legittimazione¹¹³.

4. La «tipizzazione costituzionale» della forma di governo repubblicana. L'esposta analisi del «contesto storico del parlamentarismo»¹¹⁴ ha agevolato l'individuazione dei «formanti culturali» da cui ha tratto origine la «grammatica» della formula premierale all'interno e in relazione al regime parlamentare tradizionalmente inteso, presentandosi in sintesi l'elezione del «capo del Governo» come quel particolare istituto che, asseritamente, dovrebbe favorire la trasformazione in *melius* del sistema *de quo*, mantenendone intatto il «nucleo tipologico», donde la sinonimica definizione «neoparlamentare». In particolare, la legittimazione diretta del *premier* si configurerebbe come il «prototipo di razionalizzazione» del diritto (positivo) costituzionale, mirante ad assumere sul piano normativo le (presunte) condizioni di stabilità governativa sul piano politico, limitando almeno *in nuce* i rischi dell'assemblearismo.

Da una angolazione prettamente logico-prescrittiva, l'*output* dell'adozione della formula in parola si tradurrebbe, dunque, in un'espressa e auspicata variazione del posizionamento del Governo, *rectius*, del proprio vertice non, però, sul piano dell'astratta tipologia del sistema parlamentare, ma su quello propriamente «politico-funzionale» con riguardo ai soggetti e i rapporti afferenti a quella «ideal-tipica triangolazione» del modello parlamentare – ovvero relazione fiduciaria con il legislatore e nomina formale dell'Esecutivo da parte del capo di Stato – che, secondo l'opinione dei sostenitori del «premierato», rimarrebbero immutati di fronte all'irrompere non-mediato del «popolo» a mezzo di ritrovata democraticità¹¹⁵.

Questa natura «costituzionalmente anfibologica» comporta una difficoltà per l'interprete di

¹¹² Per una *summa* delle posizioni sulle asserite cause delle disfunzioni, J.O. Frosini, *Il sistema*, cit., 310 ss.

¹¹³ In questi termini, E. Ottolenghi, *Sopravvivere senza governare: la elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Riv. it. Sc. Pol.*, 2, 2002, 244, secondo cui «il sistema israeliano è sì stato caratterizzato dall'elezione diretta dell'Esecutivo, ma la centralità del parlamento eletto con un proporzionale puro ha reso l'assetto solo formalmente presidenziale. In pratica esso, difatti, è rimasto un regime assembleare dove la rigidità del sistema presidenziale è stata temperata, se non addirittura neutralizzata, dalla mancanza di una separazione rigida dei due poteri, cioè dal permanere delle legame di fiducia e della dipendenza del primo ministro dal parlamento».

¹¹⁴ Sull'utilità e pre-condizioni della identificazione della nozione di «contesto storico», M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 112, secondo cui «Il testo di una norma, prim'ancora di calarsi nel contesto del momento applicativo e nelle relazioni materiali di sistema, è già ospitato dal contesto linguistico-formale e dal complesso del "co-testo" identificato o considerato dal legislatore al momento della produzione. Grazie al "contesto" e "co-testo", operativo sul piano squisitamente linguistico-formale, possono definirsi le prime condizioni della possibilità dell'interpretazione legislativa, dimostrando che la norma non abbisogna del contesto del momento applicativo per essere interpretata e, quando si dice che ad illuminare la norma è solo il caso, si fa una scelta teorica (con gravi conseguenze pratiche) arrischiata, per non dire errata».

¹¹⁵ In questo senso, T.E. Frosini, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, cit., 582, secondo cui «L'obiettivo da raggiungere è quello di assicurare un Governo stabile, efficace, che duri per l'intero corso della legislatura e che risponda del proprio operato presso il corpo elettorale. Infatti, un Governo è stabile non solo in base alla sua durata in carica, ma anche quando la sua durata è periodicamente verificata e confermata da libere elezioni; un Governo è efficace quando le sue decisioni rispondono alle esigenze degli elettori che possono confermare o sostituire quel Governo, creando un regime di "alternanza". I meccanismi elettorali e la natura del sistema partitico, strutturato in senso bipolare, hanno di fatto creato quelle condizioni politiche per consentire agli elettori di comportarsi come se essi potessero davvero eleggere direttamente il governo e il capo del governo, con il risultato di rafforzare il principio di responsabilità da parte di chi governa. Nelle forme di governo a legittimazione diretta, la funzione di legittimazione del Governo spetta direttamente al corpo elettorale, seppur con il concorso dei partiti politici i quali svolgono una funzione di mediazione: il capo del Governo è leader del partito (o della coalizione di partiti) che conquista la maggioranza dei seggi in Parlamento, ristabilendo l'equilibrio fra rappresentanza politica e forma immediata della sovranità; "equilibrio che è la condizione necessaria perché la legittimazione diretta dei governi non acquisti tratti plebiscitari"».

inquadrare l'effettiva portata della formula premierale, soprattutto laddove l'elezione non è accompagnata, come nel rilevato caso israeliano, dalla adozione dei meccanismi connettivi come il «*simul simub*». L'ambiguità tra finalismo politico e portata prescrittiva della misura si traduce, pertanto, nella necessità che una riflessione circa la «coerenza» dell'inserimento dell'elezione del Presidente del Consiglio possa spiegarsi (solo) in concreto ancorché, come in premessa riferito, operando una previa distinzione tra i profili normativi in senso proprio e condizioni politiche di funzionamento del sistema in cui l'esaminata variabile è inserita¹¹⁶.

In relazione a quest'ultimo punto è d'uopo registrare come l'Ordinamento repubblicano sia *ictu oculi* segnato da una palmare «carenza di disciplina costituzionale»¹¹⁷ nella normazione del principale snodo e asse portante della configurazione della forma parlamentare, dato dal «*quomodo*» di legittimazione dell'Esecutivo o, detto in altri termini, del «procedimento di formazione del Governo»¹¹⁸. Come attentamente posto in luce, l'obiettivo «laconicità» nella formulazione degli enunciati del Testo fondamentale su tal essenziale momento può «essere facilmente spezzata riconoscendo che nel diritto scritto consiste la parte minore delle norme concernenti l'Esecutivo, componendosi la parte principale di regole non scritte»¹¹⁹.

Più specificamente, come «istituzionalmente manifesto» e come rimarcato – pur se in forme dissimili – dalla dottrina¹²⁰, la trama decisionale che conduce all'investitura dell'Esecutivo vive e sviluppa l'indissolubile intreccio degli esigui enunciati scritti con «prassi politiche» il cui riconosciuto intervento affianca e guida il «*ius positum*» costituzionale di guisa che, il ruolo delle regole originate dai «fatti normativi» come ben osservato, appare significativo non soltanto per eliminare le eventuali (e sussistenti) lacune – funzione riconnessa anch'essa alle regole scritte – ma altresì per offrire «stabilità ai principi dell'ordinamento»¹²¹.

Se tralasciare l'esistenza di questa dimensione significherebbe, in buona sostanza, accettare l'illusorio dogma della completezza del sistema delle norme scritte sui rapporti tra gli organi costituzionali con la conseguenza di porre in dubbio quell'originaria *intentio* del Costituente di mantenere in capo alle forze politiche la facoltà di agire nel procedimento di formazione

¹¹⁶ In questa direzione di significato, magistralmente, G. Sartori, *Premierato elettivo*, cit., 286, secondo il quale il «costituzionalista “puro” deve lavorare all'interno della costituzione vigente, a differenza del riformatore».

¹¹⁷ In tal senso, *ex multis*, G.U. Rescigno, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, 3 ss.

¹¹⁸ Mutuando la terminologia adottata da C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 805 ss., afferma la natura procedimentale L. Elia, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.*, 1957, 1170 ss., osservando che «può parlarsi di procedimento in quanto si è in presenza di una serie di atti da compiere allo fine di realizzare un fine unitario». L'uso concettuale della locuzione, mutuato dalla scienza amministrativistica, sintetizza la natura concatenata delle fasi, permettendo, altresì, di evidenziare come i variegati atti e fasi costituiscano in sé «bilanciamenti di interessi pubblici» che abbisognano di luoghi tipici per esser, prima individuati e, successivamente, tutelati.

¹¹⁹ L. Paladin, *Governo*, cit., 679, in critica alle obiezioni di quanti «si propongono sul tema una indagine di tipo meramente legalistico, apparendo, perciò ad essi, la carenza di disciplina un ostacolo insormontabile».

¹²⁰ In questa direzione di senso, L. Elia, *Governo*, cit., 634 ss. con la definizione, già richiamata, di «norme a fattispecie aperta». In senso divergente rispetto a tale ricostruzione, M. Luciani, *Governo*, cit., 540 ss.

¹²¹ In questi termini, C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in Id., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992 (1961), 625, secondo cui la funzione integrativa delle lacune si riconetterebbe «al generale significato delle consuetudini come confermate della normatività delle regole di diritto scritto sulla produzione del diritto [...] svelando assai più del diritto scritto il “mistero” della nascita delle disposizioni di diritto obiettivo». Come riscontrato da A. Ruggeri, *Revisione costituzionale e sviluppi della forma di governo*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 159-160, la scrittura costituzionale mantiene una sua «innegabile funzione orientativa e interpretativa dell'indirizzo politico in materia di forma di governo sebbene essa non sia reputabile quale unico fattore realmente capace di determinare la direzione dei mutamenti dell'assetto istituzionale che al contrario, tende al suo interno a rinnovarsi anche profondamente al di là di – e non di rado anche contro – ciò che è stabilito dalle regole, a fare insomma a meno di esse».

del Governo¹²² – circostanza, questa, ben scolpita nell’oggettiva «elasticità contenutistica» degli enunciati di cui agli articoli 92-94¹²³ – di converso, il sovradimensionamento del «*ius non scriptum*» e della sua *vis* normativa si tradurrebbe in un atteggiamento «dequalificante» il Testo fondamentale – al pari dell’esperienza della flessibilità dello Statuto albertino di cui a breve – sulla scorta dell’esistenza di una «costituzione materiale» della quale sarebbero i custodi le forze il cui arbitrio le norme formali vogliono e, necessariamente, devono frenare.

Condividendo la più rigida opinione della dottrina costituzionalistica, deve preliminarmente evidenziarsi che, ad avviso di chi scrive, tra le variegate germinazioni delle «regole fattuali» afferenti alle diverse fasi della legittimazione dell’Esecutivo, risulta essere unica attributaria della qualità di fonte – atta a riempire gli eventuali spazi vuoti degli enunciati fondamentali, orientandone l’ermeneutica e determinando l’estensione della discrezionalità degli organi

¹²² Sulle già accennate ragioni storico-politiche della (quasi) obbligata costruzione normativa flessibile della Sezione I del Titolo III, *amplius*, P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016, 312 ss.

¹²³ In tal senso, su un punto di cui a breve, R. Bin, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 1, 2007, 36-37.

nell'*iter* di formazione del Governo¹²⁴ – la figura della «consuetudine costituzionale»¹²⁵.

Definite in astratto, benché solo sintenticamente, la natura e la forza del «*ius non scriptum*», deve rilevarsi l'essenzialità, ai fini dell'analisi su possibili profili di incoerenza dell'elezione diretta del *premier*, di un esame sulla genesi e gli sviluppi del «parlamentarismo statutario» in quanto «l'esperienza albertina» restituisce la matrice tipica del circuito di legittimazione dell'Esecutivo del sistema costituzionale, avendo avuto origine nella stratificazione storico-istituzionale di alcune prassi marcati la «vita dello Statuto» taluni tra i maggiori istituti che

¹²⁴ Una possibile distinzione tra le diffuse categorie di consuetudine costituzionale, convenzione costituzionale e mera prassi è operabile, riprendendo le risalenti osservazioni di A. Ferraciu, *La consuetudine costituzionale*, I, Torino, 1913, 5 ss., tenendo fermo il criterio della «*opinio iuris*» come il «*discrimen* della giuridicità» per le regole che nascono dai «reciproci rapporti degli organi supremi» e servono a tenere in vita una costituzione scritta, interpretando, sviluppando e integrandone le norme «per modo da metterle in costante armonia con le esigenze della realtà della vita statale». Come attentamente posto in rilievo da L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 399 ss., le consuetudini costituzionali si elevano a regola anche per gli ordinamenti a costituzione rigida in quanto ne integrano i fisiologici vuoti, disponendo di una propria «forza» che non contrasta, ma presuppone e rinsalda il Testo, «stabilizzando» gli assetti a cui l'esperienza istituzionale conferisce continuità. La funzione delle consuetudini, invero, è sempre integrativa e mai sostitutiva della disposizione scritta sicché il perimetro operativo della figura si arresta dinanzi a qualsiasi tensione contro la norma scritta, dovendosi riconoscere, comunque, che nella materia in esame molteplici enunciati hanno tratto la propria genesi dalla sedimentazione di norme non scritte di cui la giurisprudenza costituzionale ha intercettato l'esistenza come nell'emblematico arresto della sentenza n. 7/1996 in cui, sulla questione dell'ammissibilità della «sfiducia individuale», la Corte sanciva, a supporto della legittimità di un istituto non previsto espressamente, l'esistenza di «elementi di cui, quando in armonia col sistema costituzionale [...] non può non essere riconosciuto il grande significato, perché contribuiscono a integrare le norme costituzionali scritte e definire la posizione degli organi, alla stregua di principi e di regole non scritti, manifestati e consolidati nella ripetizione di comportamenti uniformi o retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe, nella forma di vere e proprie "consuetudini" costituzionali». Deve rilevarsi come la «forza normativa» delle consuetudini sia misurabile per livello, seguendo il «gradiente» della fonte ch'esse integrano, assumendo quelle costituzionali un «rango» tale che non risultano derogabili da una fonte ordinaria, essendo un tal genere di consuetudine superabile soltanto dalla revisione dell'enunciato fondamentale che la regola non scritta integra, con l'ovvia precisazione della esclusione di qualsiasi efficacia «*contra constitutionem*» in ragione della rimarcata rigidità della Costituzione. Diversamente, come registrato, ad esempio, da G. Grasso, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista gruppo di Pisa*, 2, 2019, 135-136, condensando l'esistenza dell'ampio dibattito sull'eventualità di «una sovrapposizione tra le categorie di consuetudini e convenzioni costituzionali», queste ultime appaiono, invece, muoversi sul piano eminentemente politico, descrivendo «equilibri di correttezza» tra soggetti che «cooperano e si controllano a vicenda, vivendo la regola finché dura la cornice che le ha generate, quindi non prescrivono ma descrivono», mancandone – in assenza dell'elemento della *opinio juris* – secondo l'opinione più rigida della dottrina «la giustiziabilità» con la conseguenza che attribuire a esse una forza normativa significherebbe, in realtà, non solo alterare la gerarchia delle fonti che la Carta tiene separati, ma anche sclerotizzare il sistema dei rapporti tra sistema partitico e dato giuridico. In ultimo, riprendendo le affermazioni di A. Barbera, *Intorno alla prassi*, in Id., T.F. Giupponi (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 15-16, le regole derivanti dalle prassi politiche si collocano ancor più indietro rispetto alla giuridicità, poiché consistono in sequenze di comportamenti utili a ordinare la «quotidianità istituzionale», potendo esse solo al termine d'un processo di uniformità nel tempo, sempre sorretto dal convincimento della loro doverosità e dei riconoscimenti formali, trasformarsi in consuetudini. In difetto di tale caratteristica, le prassi restano un mero elemento storico utile per interpretare il funzionamento del sistema politico, ma non una regola giuridica applicabile. In ogni caso, deve rilevarsi che parte autorevole della dottrina, come, a titolo rappresentativo, S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, 3, 2012, 4, sostiene l'attribuibilità alle convenzioni di una forza normativa, asserendo che laddove il testo tace il sistema può reggersi su regole condivise che gli attori possono trattare come vincolanti e che sarebbero fonti di diritto in materia di forma di governo, sebbene altra opinione mostri come la vincolatività di esse sia un appannaggio del «politico» che ne assicura l'apparente stabilità, come nel caso della rielegibilità del Capo dello Stato.

¹²⁵ L'assunto qui ripreso è sostenuto, a titolo esemplificativo, da L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 395 ss. In senso adesivo, M. Luciani, *Governo*, cit., 538 e C. Rossano, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1992, 40. Per una «critica all'accreditamento della categoria», R. Bin, *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, 38 ss.

segnano, in funzione integrativa, l'attuale procedimento di formazione del Governo¹²⁶.

In particolare, a proposito dell'indubbia capacità dei fatti normativi che, sovente consolidati in consuetudini – «*praeter*» se non proprio «*contra constitutionem*»¹²⁷ – hanno condizionato la struttura e il funzionamento della forma di governo statutaria, può osservarsi com'essa si presentasse fin dalle origini sulla falsariga di un «instabile compromesso»¹²⁸ tra il principio monarchico con il mandato «popolare» degli organi di indirizzo¹²⁹. Invero, analogamente a coeve esperienze plasmate dall'affermarsi dell'ideologia liberale¹³⁰, la Legge fondamentale riconosceva al Monarca la titolarità dell'organo esecutivo nonché ampi poteri di controllo sulla Camera elettiva e sulla produzione normativa mediante facoltà come lo scioglimento anticipato, la «sanzione regia» e la nomina dei membri del co-legiferante Senato¹³¹.

Una cesura dirompente e mutamento strutturale dell'assetto *de quo*¹³² – resi possibili dalla formulazione minimale delle disposizioni statutarie in materia di Governo¹³³ – si produssero già nei primissimi mesi successivi alla concessione della Carta albertina, allorché la Camera dei deputati, a seguito dell'approvazione di una mozione contraria, condusse alle dimissioni del primo «ministero costituzionale» presieduto da Balbo. In tale occasione, l'Assemblea pretese e, di fatto, ottenne il riconoscimento della responsabilità politica dei Ministri del Re dinanzi alla rappresentanza popolare, dando origine, nel silenzio dello Statuto, a un modello di «monarchia parlamentare dualista», imperniato su un duplice rapporto di fiducia¹³⁴.

Come già evidenziato, questo passaggio riceveva l'immediata resistenza degli ambienti di Corte che, irrigidendosi sulla lettera statutaria, continuarono a concepire il Gabinetto quale «*longa manus*» del Monarca, tuttavia, le successive prassi, specie coi Governi presieduti da Cavour, corroborano la formazione della «regola consuetudinaria della fiducia da parte della Camera»¹³⁵, in parte traslando il baricentro politico nell'asse Governo-Camera, sebbene il Re mantenesse, tra le prefate facoltà di indirizzo, l'attivo e discrezionale potere nella scelta della personalità a cui affidare l'incarico di formare la propria compagine ministeriale¹³⁶.

In secondo luogo, l'esperienza del Governo Balbo ha palesato una ulteriore e «qualificante» manifestazione di quella che è stata efficacemente definita «la scomposizione tra norma e prassi, a partire dal “non-luogo” dello Statuto»¹³⁷, in quanto, in difetto di previsioni testuali, l'azione concorrente dei poteri costituzionali – e, nel caso *de quo*, dell'iniziativa diretta del

¹²⁶ Risulta sul punto illuminante la ricostruzione data nelle pagine iniziali da L. Elia, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., 1172-1173, il quale osserva come le attuali figure dell'incarico e le scansioni dell'investitura siano storicamente maturate come tecniche di stabilizzazione della responsabilità politica del Governo, solo successivamente assorbite in quadri normativi definiti nel nuovo equilibrio tra fonte e prassi nella Repubblica.

¹²⁷ In tal senso, a titolo rappresentativo, C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 19 ss.

¹²⁸ In questi termini, C. Ghisalberti, *Costituzione dello Stato (premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, XI, cit., 162.

¹²⁹ Sul punto, *amplius*, O Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, 1970, 5 ss.

¹³⁰ Per una ricostruzione assiologica, N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2011, 45-47.

¹³¹ Sui poteri del Re, *amplius*, F. Raccioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, I, 1909, 464 ss.

¹³² In relazione a questo assetto, la dottrina, come ad esempio, G. Cassandro, *Monarchia*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 725 ss., adopera l'utile formulazione descrittiva della «monarchia costituzionale».

¹³³ Per una ricostruzione, S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, 2 ss.

¹³⁴ In particolare, come registrato da C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., 32-33, in questa prima fase, comunque transitoria, dell'esperienza monarchica italiana «il Re, investito della titolarità dell'esecutivo partecipava in modo determinante all'attività del potere legislativo e di quello giudiziario, andando con la sua azione ben oltre quei limiti che le erano attribuiti secondo la visione del “*pouvoir neutre*” del Costant».

¹³⁵ La terminologia è ripresa da G. Mosca, *Appunti di diritto costituzionale*, Milano, 1908, 65 ss.

¹³⁶ In tal senso, ad esempio, S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, cit., 18.

¹³⁷ A. Manzella, *Il Presidente del Governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 24, sostenendo che l'emanato decreto di nomina del Governo Balbo rappresentasse «la prima integrazione “costituzionale” dello Statuto, contendo una conferma e una rottura. La conferma era la riunione collegiale dei ministri con il nuovo titolo di “Consiglio dei ministri”. La rottura era la nomina formale – al posto del Re – di un “presidente” di questo Consiglio».

Sovrano – provocava, almeno «*praeter constitutionem*»¹³⁸, il riconoscimento istituzionale delle figure del Consiglio dei ministri e del suo presidente, quali organi dotati di una propria «funzionale autonomia costituzionale» nell'architettura dell'ordinamento statutario¹³⁹.

Anche in tale frangente, strettamente riconnesso sul piano politico-funzionale all'emersione di un nuovo canale democratico di legittimazione dell'Esecutivo¹⁴⁰, la mera «spontaneità» del singolo precedente si rivelava idonea a dar luogo e cristallizzare una consuetudine dotata di forza costituzionale e in ciò integrativa della struttura normativa dell'assetto del governo, innestandosi in una scarna disciplina positiva che era limitata alla mera enunciazione della espressa prerogativa del Sovrano di nominare e anche di revocare i «propri Ministri»¹⁴¹.

Si registrava, così, *ab initio*, una rottura rispetto alla «tradizione istituzionale» sabauda nella misura in cui il nuovo Consiglio dei ministri si avviava ad assumere i tratti propri di centro autonomo di iniziativa politica strutturalmente distinto dalla persona del Monarca – e più in generale dalla Corona – dotato di una fisionomia precipuamente collegiale e di una titolarità funzionale separata, pur restando formalmente subordinato, da un lato, alla prerogativa regia di nomina, e, dall'altro, alla permanenza del rapporto fiduciario con la «Camera bassa»¹⁴².

Il mantenimento delle forti prerogative regie che rinvenivano diretto riconoscimento nel *ius scriptum* determinò, come in precedenza registrato, l'impossibilità di promuovere un assetto parlamentare in senso compiuto, comportando la «evoluzione non lineare delle disposizioni statutarie»¹⁴³, in quanto co-esistenti dentro la disciplina generale della forma di governo sia le prassi tipiche dello schema monista del regime parlamentare, solidificate in consuetudini

¹³⁸ In questa direzione si assesta l'opinione della dottrina costituzionalistica maggioritaria, come ben messo in luce da Y.M. Citino, *Lo Statuto Albertino fra lettera e spirito: i mutamenti costituzionali nell'instaurazione del parlamentarismo statutario*, in *Nomos*, 1, 2020, 5 ss. In tal senso, a titolo esemplificativo, L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, I, Firenze 1883, 51, secondo cui sussistevano, in relazione ai rapporti tra il Parlamento e la Corona nell'Ordinamento, regole che «non sono scritte in nessuna legge italiana; ma che essendo derivate da ciò che si dice spirito del “governo costituzionale”, come sono diventate legge non scritta in Inghilterra, se non lo fossero già diventate del tutto, tendono a diventarlo ancora in Italia». Minoritaria è risultata, invece, la opinione di O. Ranelletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, 1913, 165-166, il quale sosteneva, invece, che la consuetudine non avrebbe dovuto ricevere alcuno spazio nel diritto costituzionale e amministrativo in quanto essa rappresenterebbe una deroga e «una deviazione dai principi fondamentali che nella nostra costituzione regolano la formazione del diritto».

¹³⁹ In questi termini, a titolo esemplificativo, E. Rotelli, *La Presidenza del Consiglio dei ministri: Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano, 1972, 22-23.

¹⁴⁰ In particolare, il modello a cui si guardava e si ispiravano le forze politiche di ispirazione liberale, pur nella unicità del laboratorio istituzionale dello Statuto albertino, era lo schema parlamentare monista inglese, come acutamente segnalato da G. Guarino, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 96, sebbene nei fatti la struttura del modello parlamentare italiano rassomigliasse, *ab initio*, al sistema tipicamente francese.

¹⁴¹ In realtà deve segnalarsi che la genesi del Consiglio dei ministri rinveniva un proprio archetipico in epoca anteriore all'emanazione dello Statuto, rappresentato dal «Consiglio di Conferenza», consesso in cui i Ministri del Re si riunivano «in concerto» col Sovrano e sotto la sua diretta presidenza. Come rimarcato da A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Firenze 1951, 25 ss., tale organo – se organo può definirsi – non possedeva autonomia giuridica o politica, riducendosi a una modalità di interlocuzione fra il Re e i titolari dei dicasteri, funzionale all'esercizio accentrato della funzione esecutiva.

¹⁴² Come sintetizzato da M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 145, «Nel Regno d'Italia prevalse, dunque, un modello di forma di governo parlamentare dualista [...] basato, però, sull'equilibrio instabile tra responsabilità ministeriale e ampi poteri del Sovrano che costituì, differenziandolo dalla esperienza del *Cabinet* britannico, quel tratto caratteristico del costituzionalismo statutario italiano. In direzione affine, U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, 45 ss.

¹⁴³ In questi termini, C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 155, il quale, rimarcando come «fin dalla prima loro attuazione le norme relative ai rapporti fra gli organi costituzionali vennero interpretate nel senso di “conformarle” allo schema parlamentare», attribuiva «alla ristrettezza del suffragio, insufficienze della classe politica e allo stato di arretratezza di ampia parte del paese la causa impeditiva del consolidarsi delle istituzioni democratiche e la determinazione contraria di movimenti volti all'eliminazione dello stesso regime parlamentare».

produttive di regole che neanche il Sovrano poteva disattendere, sia norme che, di converso, sancivano il «non-formale»¹⁴⁴ ruolo del Re come «Capo Supremo dello Stato»¹⁴⁵ il cui peso costituzionale emergeva ciclicamente negli eterogenei momenti di instabilità politica¹⁴⁶.

Le crisi d'inizio Novecento esasperarono quelle persistenti fragilità «strutturali» dell'assetto istituzionale, già acuite dalla genesi di prassi come il ricorso alla decretazione d'urgenza¹⁴⁷, corrodendo le fondamenta del parlamentarismo e della stessa legalità costituzionale, in ciò preparando il terreno alla svolta autoritaria fascista. L'esautorazione democratica, invero, si compiva come l'esito di una parabola in cui la «incoerente logica della doppia investitura», nella costante scollatura tra il precetto e la prassi, favorite dalla sostanziale flessibilità dello Statuto¹⁴⁸, impediva la stabilizzazione di un parlamentarismo razionalizzato, discendendone una struttura di governo e del Governo costantemente esposta ad «aporie sistemiche»¹⁴⁹.

Nei lavori dell'Assemblea la scelta di una forma di governo parlamentare «in senso pieno» prese corpo come il riscontro obbligato – visto l'esito del «referendum istituzionale»¹⁵⁰ – al fallace «equilibrio del dualismo statutario»¹⁵¹ nonché come l'unica possibile mediazione in rapporto alle difficili contingenze storico-politiche¹⁵² venute alla luce in sede di Costituente,

¹⁴⁴ In tale direzione di significato, *ex plurimis*, G. Maranini, *Storia del potere in Italia*, cit., 116.

¹⁴⁵ Come osservato da L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 548, le facoltà di indirizzo inerivano a un «diritto proprio del Monarca» le quali potevano manifestarsi e usarsi «in casi estremi o gravi, specialmente quando un partito al potere spinge l'altro alla ribellione [...] è un prezioso diritto codesto del Re di ridare pace allo Stato, cambiando i ministri, sciogliendo, se occorre le Camere e interrogando la nazione». Questa visione positiva della funzione della Corona ricalcava la più risalente osservazione di P. Peverelli, *Comenti intorno allo Statuto del Regno*, Torino, 1849, 5, secondo cui «Si doveva giungere e determinare una forma di governo che riunisse possibilmente i vantaggi ed evitasse i vizii delle forme estreme. Il problema della forma di governo nello Statuto si risolveva nel combinare una giusta e regolare compartecipazione della nazione alla trattazione dei propri affari colla conservazione del prestigio e dell'autorità inerente alla forma monarchica».

¹⁴⁶ Emblematico in questo senso dell'attivo ruolo di indirizzo del Re fu l'episodio del doppio scioglimento del 1849, preceduto dal celebre proclama di Moncalieri, antecedente che la dottrina liberale, come riportato da F. Ferrari, *Original intent e rigidità dello Statuto albertino*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, 669 ss., stigmatizzava come «violazione dello spirito rappresentativo» in senso contrario alle ricostruzioni più tradizionaliste che, invece, ritenevano il potere di dissoluzione della Camera rappresentativa «indispensabile per contenere la onnipotenza degli eletti». Come condivisibilmente osservato da C. De Fiores, *La genesi dello Statuto Albertino e le sue implicazioni sugli sviluppi della forma di governo*, in *Consulta online*, 2020, 12, l'uso dello scioglimento ha costituito, per tutta la durata del periodo statutario, «arma del vecchio assolutismo regio e mezzo di pressione politica» in unione alla nomina del Senato con cui il Sovrano poteva, finanche, annullare la volontà del popolo.

¹⁴⁷ Sulla genesi di questo potere si rinvia a S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, I, 251 ss. Diversamente, non fu portato a compimento il progetto promosso nella stagione giolittiana per la codificazione esplicita della responsabilità ministeriale esclusivamente verso il Parlamento mediante riforma espressa dello Statuto, fallimento dovuto alla convergente opposizione di Corte e moderati, timorosi che una eclissi monarchica scardinasse l'equilibrio su cui si reggeva l'impalcatura monarchica, come riconobbe la dottrina più progressista. Sul punto, *amplius*, G. Terrano, *Torsioni del parlamentarismo: tra discontinuità e complessità*, in *RDPE online*, 1-2025, 32 ss.

¹⁴⁸ Come condivisibilmente sintetizzato da F. Ferrari, *Studio sulla rigidità costituzionale*, Milano, 2018, 70, lo Statuto non può considerarsi *sic et simpliciter* una carta flessibile, presentando un nucleo immodificabile rappresentato dalla co-esistenza, discrezionalmente variabile nei termini, tra Corona e istituzioni parlamentari.

¹⁴⁹ Criticità che, paradossalmente, come riferito, A. Manzella, *Il Presidente del Governo*, cit., 27, rinvenivano un loro spazio anche durante il regime fascista, aprendo la via alla legittima deposizione del Capo del governo.

¹⁵⁰ In realtà, come condivisibilmente affermato da A. Reposo, *La forma repubblicana secondo l'articolo 139 della Costituzione*, Padova, 1972, 71, secondo la percezione avuta nelle forze politiche, la Monarchia, se anche avesse prevalso al referendum l'opzione per il proprio mantenimento, non sarebbe sopravvissuta nella forma originaria stabilita dallo Statuto, ma sarebbe rientrata in «un nuovissimo tipo di Ordinamento in cui la Corona avrebbe trovato il proprio elemento fondativo non nella persona del Re, ma nella Costituzione stessa».

¹⁵¹ In questi termini, ad esempio, A. Mastropaolo, *L'enigma presidenziale*, Torino, 2017, 22.

¹⁵² Sul punto, *ex plurimis*, P. Scoppola, *Gli anni della Costituente tra politica e storia*, Bologna, 1980, 81, che rileva come il «tessuto sociale» della Repubblica fosse attraversato da fratture di non agevole ricomposizione,

assumendo essa la forma del rifiuto, da parte di ciascuna forza politica, di eventuali sistemi prevedenti investiture dirette dell'organo di vertice dell'Esecutivo. Invero, facendo seguito ad un'ampia discussione in cui le linee di partito convergevano nell'affermare la «inidoneità funzionale» del sistema presidenziale rispetto alle condizioni della Repubblica¹⁵³, opinione ben compendiata nella magistrale relazione di Mortati¹⁵⁴, il noto ordine del giorno di Perassi pronunciava, in senso definitivo, per la Seconda Sottocommissione «l'adozione del sistema parlamentare da disciplinarsi, però con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di Governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo».

A fronte di questo primo e condiviso termine si apriva, contestualmente, la più problematica questione sulle «forme di razionalizzazione» dell'eletto sistema parlamentare rispetto a cui la stratificazione delle proposte formulate in un «cantiere aperto»¹⁵⁵ ha palesato l'esistenza di profonde differenze ideologiche tra le posizioni dei partiti relativamente al concreto modo in cui dovesse, poi, costruirsi l'organizzazione dei poteri e degli organi costituzionali¹⁵⁶.

contrapponendosi, soprattutto, i sostenitori di una rivoluzione di matrice comunista coi settori democratici e conservatori. In tale contesto, salvo il ripudio del fascismo, le condizioni sociali non consentivano l'emersione di una «cultura costituzionale condivisa», capace di fungere da sfondo unitario all'attività dell'Assemblea.

¹⁵³ Appariva isolata all'interno della Seconda Sottocommissione la posizione favorevole all'introduzione del presidenzialismo di Calamandrei che, in un proprio intervento – ripreso da P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, 292 – osservava come «La strutturazione degli organi centrali non si fosse allontanata dagli schemi tradizionali del precedente sistema parlamentare nato cresciuto e invecchiato in altre Costituzioni europee del precedente secolo. Proprio sul punto c'è, poi, da temere che i preparatori della nuova Costituzione abbiano mancato di coraggio, fantasia e di sensibilità storica nella preferenza di modelli costituzionali risalenti a cent'anni fa». Diversamente si poneva, ad esempio, la formulazione di La Rocca che, evidenziando l'unicità delle condizioni istituzionali degli Stati Uniti, ribadiva i rischi del presidenzialismo – invertisi nelle derive autoritarie, dovute al trapianto del sistema in parola, in America Latina, in Francia nel 1848 e, in ultimo, anche nella Repubblica di Weimar – laddove l'assetto fosse adottato «Nelle attuali condizioni e nelle condizioni che eventualmente potranno crearsi in Italia – perché non ci si deve fermare alla considerazione del momento in cui la Costituzione si forma, ma bisogna prevedere gli sviluppi futuri – un Presidente eletto potrebbe ritenersi indipendente pure di fronte al legislativo e quindi come una specie di dittatore, e poiché della dittatura tutti ne hanno abbastanza, a prescindere da altre ragioni, il regime presidenziale non ha possibilità di vita nel Paese».

¹⁵⁴ In particolare, nella seduta del 3 settembre 1946 – il cui testo integrale può essere letto, come altri interventi in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VII, *Resoconto sommario*, 880 ss. – Mortati diede lettura della relazione generale sulla forma di governo, individuando nella scelta dell'assetto di governo il previo dilemma circa il possibile «ruolo costituzionale» del popolo, diviso tra la mera funzione di «preposizione alla carica dei titolari degli organi costituzionali elettivi» o la detenzione di un reale potere di «designazione anche degli indirizzi politici». In particolare, ricostruì la diversità di ipotesi di assetti realizzabili – osservando come «il funzionamento del regime parlamentare inglese si avvicinasse al quello presidenziale perché, in sostanza, l'investitura del potere esecutivo veniva data dal popolo, direttamente negli Stati Uniti, indirettamente nell'ordinamento inglese in quanto il capo del partito, ottenuta la maggioranza, diventa il Premier» – Mortati rilevava l'inadeguatezza per la Repubblica di modelli a legittimazione immediata o assembleare, promuovendo, a titolo personale, una forma di governo parlamentare in cui «Bisogna tener presenti tutti gli elementi che debbono entrare in gioco in questa struttura costituzionale. Fra questi elementi dovrebbe essere anzitutto un Capo dello Stato; poi un Governo; Camere – e si vedrà se dovranno essere una o due – e il popolo. Naturalmente bisogna ricondursi al principio democratico, il quale vuole che il popolo sia la fonte di tutti i poteri, non solo, ma anche il mezzo di «ri-equilibrare» nel caso di dissidio tra tali poteri».

¹⁵⁵ A titolo meramente rappresentativo, Mortati proponeva un modello in cui, dopo la designazione da parte del Capo dello Stato, il Presidente del Consiglio avrebbe ricevuto la propria nomina formale a seguito del voto di fiducia da parte del Parlamento, discendendone sul piano fenomenologico la raccomandazione di dar luogo ad una preminenza del ruolo «Primo ministro» all'interno dell'Esecutivo. In direzione simile, si muoveva lo schema suggerito da Nobile che attribuiva alla «Assemblea nazionale» il potere di designare il Presidente del Consiglio riservandone la nomina postuma al Presidente della Repubblica, sebbene ciò servisse unicamente a rafforzare il ruolo del Parlamento sul piano istituzionale. Per una disamina delle strutture venute a discussione in sede di Costituente, A. Barbera, *Fra governo parlamentare e governo*, in *Quad. cost.*, 1, 2011, 20 ss.

¹⁵⁶ Come in premessa riferito e criticamente evidenziato da G. Bogneri, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, in *Rivista AIC*, Roma, 2003, 32, il generalizzato timore delle forze

In particolare, a fronte della residuale posizione di quanti guardavano all'eventuale ripresa di un assetto «dualista» mediante il deciso rafforzamento dei poteri del Capo di Stato al fine di impedire l'assorbimento del circuito di governo in capo ad una contingente maggioranza parlamentare¹⁵⁷, le posizioni espresse dalle principali forze politiche divergevano in merito, soprattutto, alla collocazione, alla struttura interna e alle funzioni dell'Esecutivo¹⁵⁸.

La convergenza raggiunta in sede di Assemblea, come esplicitato alla lettera degli art. 92 e 94 Cost., si è tradotta in una «forma parlamentare monista» in cui sussiste un unico «circuito di legittimazione del Governo» e del suo indirizzo, responsabile dinnanzi (solo) alle Camere le quali, da subito, devono dichiarare la «consistenza della fiducia»¹⁵⁹, residuando al sistema istituzionale la possibile ulteriore determinazione di strumenti, volti a garantire la «stabilità del rapporto in parola» in una direzione, tuttavia, né «plebiscitaria» né «assembleare»¹⁶⁰.

L'esito di questo «compromesso» in tema di «costituzione dei poteri», a parere di chi scrive, non appare riconducibile all'aspetto di un «parlamentarismo a razionalizzazione debole»¹⁶¹ secondo una critica di frequente riproposta dalla dottrina e dalla narrazione partitica, bensì configura un assetto normativo certamente flessibile che, però, consegna ai suoi interpreti e agli attori istituzionali un ordinamento provvisto di una intrinseca «fisionomia coerente» e in sé conforme con l'immanente finalità «equilibratrice»¹⁶² perseguita dal Costituente.

Invero, la correlazione tra il rigetto della legittimazione del «capo del governo» con la scelta del «monismo fiduciario»¹⁶³, il favore per la «stabilizzazione selettiva» dell'asse Governo-

democratiche e di quelle di sinistra indirizzò i lavori dell'Assemblea verso la condivisa scelta di «rifiutare istituzioni governative “forti” derivanti dall'esperienza più moderna del parlamentarismo in quanto esse avrebbero potuto venir in futuro utilizzate, a fini prevaricatori, dall'avversario vittorioso alle elezioni».

¹⁵⁷ F. Lanchester, *La dottrina giuspubblicistica alla Assemblea costituente*, in *Quad. cost.*, 2, 1998, 189 ss.

¹⁵⁸ Segnatamente, il Partito comunista si faceva sostenitore di una concezione del nuovo ordinamento ispirata a un modello «a tendenza assembleare», nella convinzione che spettasse ai partiti – e, mediante essi, alle masse popolari – assicurare «la maggior stabilità del regime permettendo l'adeguamento della situazione governativa allo sviluppo della situazione politica del Paese», accompagnando a tale impostazione ideologica la contrarietà all'introduzione di meccanismi asseritamente correttivi del «monismo parlamentare» come l'istituzione di una Corte costituzionale, il riconoscimento delle autonomie regionali o, ancora, la configurazione del Presidente del Consiglio come un organo distinto e sovraordinato ai singoli Ministri, figura la eliminazione era sollecitata in sede testuale. Di segno opposto risultavano le posizioni delle forze centriste che, timorose che un'eccessiva frammentazione assembleare potesse tradursi in paralisi decisionale, propendevano per la strutturazione di un modello di «governo di gabinetto» in cui il Presidente del Consiglio disponesse di effettivi poteri di direzione e pieno controllo dell'indirizzo politico, tra cui, principalmente, la facoltà di determinare lo scioglimento delle Camere. Per una disamina, *amplius*, P. Pombeni, *La questione costituzionale*, cit., 89 ss.

¹⁵⁹ In particolare, in seguito agli interventi critici sull'estrinsecazione del rapporto fiduciario, venne modificato il testo nella parte in cui attribuiva alle Camere il potere di concedere la fiducia, stabilendo che la deliberazione *de qua* dovesse essere assunta a maggioranza relativa, respingendo i suggerimenti di inserimento di strumenti di de-razionalizzazione come l'abolizione dell'obbligo di motivazione per l'iniziale mozione di fiducia.

¹⁶⁰ Si consideri necessariamente al riguardo come, a differenza di altre coeve esperienze, il Costituente abbia preferito, per ragioni di ordine politico, non porre una specifica disciplina del regime giuridico-costituzionale dei partiti politici i quali erano – e sono ancora attualmente, nonostante ricostruzioni divergenti – da ritenersi assunti nel sistema istituzionale come mezzo attuativo della rappresentanza, ma non anche come «organi dello Stato» – e, dunque, produttori di consuetudini vincolanti – essendo, secondo l'art. 49 Cost., essi tenuti ad agire solo con il limite del «metodo democratico». Sul punto, S. Bonfiglio, *I partiti e la democrazia*, Bologna, 2013.

¹⁶¹ In questi termini, *ex multis*, G. Amato, F. Bruno, *La forma di governo italiana*, in *Quad. cost.*, 2, 19, 37 ss., in cui si riferisce della distanza tra le intenzioni espresse nell'ordine del giorno Perassi e il testo costituzionale. Diversamente e in senso più condivisibile, S. Bartole, *Governo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, 636 ss.

¹⁶² P. Biscaretti Di Ruffia, *Diritto costituzionale. Lo Stato democratico moderno*, Napoli, 1949, I, 251.

¹⁶³ C. Mortati, *Le forme di governo*, cit., 432 ss., precisando acutamente come la categoria debba, in ogni caso, essere interpretata in considerazione della precisa scelta sulla forma di Stato «democratico-sociale», fatta dal Costituente e dalle previsioni di strumenti di democrazia diretta che limitano la «onnipotenza del Parlamento». Come suggestivamente rimarcato da L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 54, riprendendo le osservazioni di Mortati, «il principio della responsabilità del governo innanzi alle

Parlamento con i dispositivi esplicitati dagli enunciati costituzionali per prevenire possibili deviazioni assembleariste¹⁶⁴, l'apertura – se e nel perimetro normativo del Testo – all'ordine dei rapporti del sistema politico nel funzionamento della forma di governo¹⁶⁵, rappresenta la armonica «unità delle condizioni di compatibilità» tra la rinnovata rappresentanza plurale, il sistema delle responsabilità e il «costituzionale obiettivo della stabilità di governo»¹⁶⁶.

In quest'opera di ingegneria costituzionale che rappresenta il «positivo nucleo assio-logico» della «forma *formans*» dell'assetto parlamentare-repubblicano, si dispongono gli ulteriori e necessari organi costituzionali¹⁶⁷ la cui normazione concorre a delimitare la «tipizzazione» del sistema di governo in quanto incardinati nell'ordine d'un «parlamentarismo a controllata razionalizzazione» per reggere o salvaguardare l'articolazione della «funzione d'indirizzo» all'interno della «continua e reciproca relazione di fiducia, instaurata istituzionalmente tra il Governo e le Camere e riflessa parallelamente sull'azione di ambedue gli organi»¹⁶⁸.

In primo luogo deve rilevarsi come in questa architettura la figurazione del Capo dello Stato non possa che concepirsi come organo di «garanzia», all'uopo dotato di necessari ed elastici poteri – tra i quali la «nomina formale» dell'Esecutivo e lo scioglimento anticipato – che ne descrivono la posizione di soggetto chiamato a «sorvegliare il rispetto delle regole da parte degli altri organi» senza possibilità di attuare indirizzi politici diversi da quello espresso dal baricentro Parlamento-Esecutivo¹⁶⁹. In particolare, la (controversa) caratteristica di «potere neutrale» del Presidente della Repubblica, per come normativamente costruita e affermata negli scenari istituzionali, non presenta, di fronte al «Governo della Repubblica» una figura inerte, ma un organo che – senza infrangere l'unità esterna del circuito fiduciario – deve e

Camere deve essere letta nella prospettiva che il Parlamento esprime la sovranità del popolo che non resta muto tra una elezione e l'altra, ma “continua” ad esercitare la sovranità per incidere sull'indirizzo politico e “controllare” che la maggioranza e il governo ri-specchino in senso costante i suoi stessi orientamenti».

¹⁶⁴ Non appare casuale, come posto in rilievo da M. Frau, *L'attualità del parlamentarismo*, cit., 13 ss., che le forme di razionalizzazioni previste dall'art. 94 Cost. – ovverosia l'accordo o la revoca della fiducia «mediante mozione motivata e votata per appello nominale», l'obbligo di firma da parte di un decimo dei componenti di una Camera per la «messa in discussione della mozione di sfiducia non prima di tre giorni dalla presentazione» e, soprattutto, la circostanza che «Il voto contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa obbligo di dimissioni» – abbiano ricevuto l'apprezzamento di B. Mirkine Guétzevitch, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2, 1950, 631.

¹⁶⁵ In questa direzione di senso, in parte rivedendo l'originalità dei propri assunti, L. Elia, *La forma di governo e il sistema politico Italiano*, in A. Baldassarre e A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1982, 104, specificando che «le caratteristiche del sistema partitico sono indispensabili per la comprensione delle forme di governo considerate “dinamicamente”, cioè quanto al funzionamento. Sarebbe, però, improprio ritenere che ogni variazione nell'ambito del sistema politico comporti un mutamento della forma di governo, seppur assunta nella figura della “Costituzione reale”. Ragionare in un modo così meccanico presuppone un concetto del tutto congiunturale di Costituzione: il “prescrittivo” della forma di governo contribuisce alla vita dell'ordinamento in quanto è capace di comprendere, regolando, le fasi successive del sistema politico».

¹⁶⁶ Con questa diffusa terminologia sulla natura della «stabilità», Corte cost., sent. n. 1/2014.

¹⁶⁷ Si tenga conto, come bene evidenziato da R. Manfellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Napoli, 2019, 14, che gli organi sono, anzitutto, «strutture normative, strumentali agli obiettivi costituzionali».

¹⁶⁸ In questi termini, M. Galizia, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Milano, 1972, 186.

¹⁶⁹ In tal senso, *ex multis*, G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 956, riferendo suggestivamente come il Presidente «dal fondo del palcoscenico passi nel primissimo piano, mentre gli organi costituzionali e il Paese attendono da lui risposta [...] Egli, silenzioso ma mai assente, segue la vita dello Stato nel corso intero del suo svolgimento, presenza vigile e premurosa». In una direzione in parte divergente, O. Chessa, *Il Presidente*, cit., 53, il quale avanza l'idea che il Capo dello Stato non sia un «organo *super partes*», bensì il titolare di una funzione prettamente politica, essendo in una «condizione di non minore legittimazione politico-democratica rispetto ad altri organi come il parlamento [...] derivante da un'investitura elettivo parlamentare ben più forte ed ampia di quella che riceve il Governo tramite il proprio voto di fiducia».

può riequilibrare e raccordare, secondo le circostanze, il funzionamento del sistema¹⁷⁰.

In quest'assetto, la figura costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri si pone al centro dell'unitaria direzione politica di un «potere a complessa strutturazione» organizzato secondo il principio organizzativo della «collegialità»¹⁷¹. La «formulazione elastica» degli artt. 92 e 95, originata dalla mediazione in sede costituente¹⁷², palesa, difatti, l'esistenza di un «punto di equilibrio» tra la configurazione monocratica di un «capo del governo» quale organo monocratico al vertice dell'Esecutivo e il carattere preminente dell'organo collegiale del Governo, realizzando un «modello elastico» in cui al Presidente del Consiglio è rimessa la funzione di «direzione» unificante – diversa da quella d'un mero *primus inter pares* – per garantire coesione all'azione governativa e non la creazione di un indirizzo solitario¹⁷³.

L'armonizzazione di tali fattori – resa difficoltosa dalle potenzialità in sé tiranniche dei fini e dei valori moventi l'organizzazione dei poteri¹⁷⁴ – si lascia scorgere nell'apicale momento e luogo istituzionale della legittimazione del Governo in cui la coerente integrazione tra *ius scriptum* e «fattualità politica» non dà luogo ad una sommatoria di atti eterogenei, ma, di fronte ai «tratti prescrittivi minimi»¹⁷⁵, ricompone un *iter* unitario in cui ogni «sub-fase» è teleologicamente volta a preservare e dare attuazione alla «unità dell'investitura» e la «reale capacità» dell'Esecutivo di condurre, qual fiduciario del Legislatore, l'indirizzo politico¹⁷⁶.

È su questo sfondo che sono da collocarsi quelle variegate figure che, o perché originate dal consolidamento delle prassi in consuetudini costituzionali o perché espressamente previste dalle disposizioni del Testo¹⁷⁷, scandiscono il tempo della genesi di un Governo, declinando sul piano fattuale il paradigma istituzionale che vieta forme di diarchia nella titolarità e nella determinazione dell'indirizzo secondo l'immanente «tendenza equilibratrice» propria della forma di governo repubblicana che preclude anche agli eventuali «monismi assoluti»¹⁷⁸.

L'introduzione del procedimento che avvia dalle dimissioni accettate di un previo Esecutivo avviene, come noto, per iniziativa stessa del Capo dello Stato che, *ex officio* e senza che ciò si concretizzi in atti di tipica e separata rilevanza, avvia le «consultazioni presidenziali». In particolare, declinate in chiave pienamente democratica a partire da un archetipo statutario, le consultazioni risultano qualificabili come regola consuetudinaria in senso proprio¹⁷⁹, che

¹⁷⁰ Non sfugge a chi scrive come il ruolo presidenziale sia variamente mutato assumendo tratti tali da porre in critica e negazione l'asserita neutralità dell'organo *de quo*, soprattutto nell'esercizio delle funzioni ricollegate, in prima battuta, all'*iter* di formazione del Governo – come nell'emblematico e recente *affaire* della mancata nomina di un Ministro – tuttavia, come rimarcato da A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1, 2019, 102, questa attivazione dei poteri presidenziali e la propria configurazione, diffusamente rappresentata dall'immagine della «fisarmonica», rinviene la sua implicita legittimazione nella «laconicità del testo, essendo le funzioni del Capo dello Stato ridotte a fronte di un Governo forte e, diversamente, destinate [in senso obbligato] ad accrescersi di fronte ai governi che dimenticano l'esistenza di vincoli costituzionali da rispettare, potendo in ciò la forma di governo ragionevolmente definirsi a supplenza degli organi di garanzia».

¹⁷¹ G. Ferrara, *Il Governo di coalizione*, Milano, 1973, 37 ss. *Contra*, C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 550 ss.

¹⁷² In tal senso, L. Elia, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, 4, 1951, 59.

¹⁷³ In questi termini, A. Ruggeri, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1982, 53 ss.

¹⁷⁴ Circostanza, come osservato da C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 76, fisiologica.

¹⁷⁵ R. Bin, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, 1, 2013, 7.

¹⁷⁶ In questi termini, *ex plurimis*, L. Elia, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., 1175 ss.

¹⁷⁷ A fronte della diffusa opinione critica, sostiene la positività del voluto mancato irrigidimento del sistema con più incisive forme di razionalizzazione, P. Barile, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964, 56 ss.

¹⁷⁸ In questi termini, *ex multis*, A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., 98.

¹⁷⁹ In tal senso, condivisibilmente, L. Preti, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1951, 156, sebbene la dottrina maggioritaria converga, quantomeno, nella sussunzione delle consultazioni nella diversa categoria delle convenzioni costituzionali (non giustiziabili) ovvero delle mere prassi politiche. In questa direzione, a partire dall'analisi storica di un unico precedente di pretermissione della fase, *ex plurimis*, O. Chessa, *L'incerto monismo. Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, in *Quad. Cost.*, 1, 2019, 37.

rinviene il suo ancoraggio, per un versante, nell'imparzialità del Presidente e per altro verso, nell'obbligo per qualsivoglia Esecutivo di operare previa dichiarazione della fiducia¹⁸⁰. Saldato alla fase ricognitiva come il suo auspicato esito, si staglia l'essenziale momento del «conferimento dell'incarico» alla personalità deputata a comporre l'Esecutivo. Anch'essa figura pretoria elevata a consuetudine costituzionale¹⁸¹, la dazione dell'incarico appare atto necessario di investitura che ricollega il dovere per il Presidente di salvaguardare il circuito fiduciario – senza entrarvi – nominando un Esecutivo che possa, effettivamente, immettersi in tale relazione, con la precostituzione del soggetto – in questa fase non qualificabile come organo costituzionale – che al primo proporrà la «nomina della compagine governativa»¹⁸². La correlazione funzionale, già sussistente fin dalle prime fasi della vita istituzionale¹⁸³, tra il conferimento dell'incarico – qual regola consuetudinaria – e la nomina *ex art.* 92 Cost. – una fattispecie di diritto costituzionale positivo – rende palese la coerente declinazione del ruolo di garanzia del Capo dello Stato il quale procede nella fase della nomina del Governo – nell'immanente propria unitarietà¹⁸⁴ – mediante la composizione consecutiva dei decreti di investitura del Presidente del Consiglio – da questi controfirmato – di accettazione delle

¹⁸⁰ In tal senso, L. Paladin, *Governo*, cit., 680. Circa la propria imprescindibilità che, assumendo come corretta la determinazione della loro natura consuetudinaria, ne determinerebbe la possibilità di ottemperanza per via giudiziale, deve rilevarsi più specificamente come le consultazioni assolvano a tre peculiari compiti sistemici – compatibili con la descritta neutralità della figura – di tipo ricognitivo, prognostico e garantista. Difatti, pur se variata – *rectius*, adeguatasi ai diversi contesti partitici – nel *quomodo*, la fase consultiva sia coi titolari di uffici rilevanti come i Presidenti delle Camere, sia soprattutto coi rappresentanti delle forze politiche, agevola al Capo dello Stato l'acquisizione in sede istituzionale delle posizioni dei gruppi, potendo, così, egli valutare *in nuce* la potenziale tenuta di una maggioranza parlamentare su cui sorreggere il nominando esecutivo e, in tal modo, prevenire tanto il conferimento di incarichi privi dell'effettiva capacità di riuscire nell'intento di dar vita a Governi che possano godere della fiducia – che è l'elemento imprescindibile dell'azione esecutiva per la forma di governo parlamentare monista – quanto la legittimazione di piattaforme o programmi incompatibili con l'ordinamento costituzionale di cui il Presidente – in quanto suo garante – deve sostenere l'esclusione.

¹⁸¹ Si consideri sul punto che in precedenza l'incarico era conferito con decreto presidenziale, sostituito in via di prassi – al fine di superar la questione irrisolta della titolarità del potere di controfirma dell'atto – dall'oralità del conferimento, accompagnata da un apposito comunicato formale della Presidenza della Repubblica il quale ne funge da elemento essenziale di pubblicità. Per un esame sulla natura della figura, *amplius*, G.M. Salerno, *Il conferimento dell'incarico tra regolarità, regole e principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 4, 2018, 24 ss.

¹⁸² In questi termini, L. Elia, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., 1180, il quale pone in luce il «dovere del Presidente, se l'incaricato ha successo nel suo compito – se riesce a presentargli una lista che comprenda tutti o buona parte dei ministri – di procedere alla formazione dei relativi decreti di nomina». In senso opposto, M. Galizia, *Lineamenti generali del rapporto di fiducia*, Milano, 1959, 41 ss., secondo cui il Capo dello Stato mantiene un rilevante potere di intervento sulle scelte operate dall'incaricato al fine di formare la maggioranza ritenuta dall'organo garante dell'unità nazionale più «consona alle esigenze dell'intera comunità statale».

¹⁸³ In questi termini, C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 470, che pone in evidenza la rottura rispetto alla precedente tradizione istituzionale statutaria in cui il Monarca conferiva anche incarichi multipli con la possibilità di dare vita a nomine frammentarie dei membri del governo in quanto i ministri erano, *de jure*, suoi collaboratori.

¹⁸⁴ Non a caso, sulla scorta dell'asserita necessaria presenza e permanenza delle facoltà di garanzia e direzione del Presidente della Repubblica, non ha ritrovato applicazione nella prassi costituzionale il modello tipologico che risalente dottrina – in tale direzione, A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Firenze, 1951, 98 ss. – aveva tracciato in relazione alla formulazione aperta dell'art. 92 Cost., secondo cui il Capo dello Stato, dopo una necessaria fase di consultazioni con le forze politiche, dovrebbe direttamente procedere con la fase di nomina del (solo) Presidente del Consiglio dei ministri il quale, in autonomia rispetto alla figura politica del primo, dovrebbe poi condurre le proprie valutazioni in ordine alla composizione della sua compagine ministeriale, proponendone la nomina al Presidente della Repubblica. Come osservato A. Celotto, *Le regole dell'incarico*, in *federalismi.it*, 4, 2018, 3 ss., tale modello ridurrebbe – al pari dei tentativi introdotti mediante la legislazione ordinaria coi modelli elettorali di tipo maggioritario – la discrezionalità nell'esercizio della funzione di nomina del Presidente della Repubblica la quale non è facoltà politicamente libera, ma, in ragione della stessa neutralità della carica, è atta, in senso esclusivo, ad investire formalmente solo e soltanto un Esecutivo che possa godere, effettivamente, della fiducia del Parlamento.

dimissioni del precedente esecutivo e di nomina dei singoli ministri, questi ultimi emanati previa proposta del nuovo Presidente del Consiglio. Attraverso la fase di incarico, è, difatti, determinato il legame dell'imputazione dell'atto al Capo di Stato e al nuovo Presidente del Consiglio quale soggetto che assicurerà alla funzione di indirizzo un centro di unità.

A questa fase segue, infine, il giuramento come atto di chiusura non meramente cerimoniale in quanto con esso viene segnata formalmente, grazie all'assunzione di piena responsabilità del nuovo Governo nel suo insieme, l'attribuzione di funzioni pubbliche in senso conforme agli obiettivi e ai valori repubblicani. Invero, il giuramento *ex art.* 93 Cost. segna la soglia tra la mera organizzazione interna dell'organo e l'esercizio effettivo delle funzioni ad esso riservate¹⁸⁵, restituendo giuridicamente la capacità di agire al Presidente del Consiglio e ai singoli ministri, sebbene, nella prassi, la tempestività in vista della sollecita presentazione al Parlamento e la valorizzazione della continuità, abbiano comportato la quasi contestualità della emanazione dei summenzionati decreti con il momento solenne del giuramento.

Completa questa sequenza la presentazione del Governo così formato alle Camere le quali, con il voto di fiducia – espresso con mozione motivata, votata con appello uninominale – possono decretare l'effettiva «legittimazione politica» dell'Esecutivo, perfezionando e così chiudendo il circuito della responsabilità. La fisiologia del rapporto fiduciario per come ricostruito nel Testo costituzionale esclude gli automatismi caducatori del Governo al di fuori degli atti espressamente fiduciari, preservando così la razionalità del processo decisionale e impedendo le torsioni plebiscitarie incompatibili con la struttura dell'ordinamento, essendo lo scioglimento un rimedio il cui esercizio, ben lungi dal surrogare la negoziazione politica, ne presuppone la reale serietà ed esaurimento, attestato dal Presidente della Repubblica¹⁸⁶.

5. Le «aporie» nel procedimento di legittimazione del Governo. Se, come sostenuto nella presente riflessione, si assume l'ipotesi della piena operatività del parametro della coerenza a fronte di una presunta «disponibilità al politico» nella riscrittura della forma di governo¹⁸⁷, l'esame sulla compatibilità di una specifica legge di revisione si traduce necessariamente in un accertamento sul «come» i suoi enunciati «situino» nell'ordine razionale per «agire» in una struttura prescrittiva che, nel caso dell'assetto repubblicano, si «compono» sia di norme scritte che regole fattuali, armonizzate in un'architettura a direzione «equilibratrice»¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Evidenza magistralmente la solennità di questa fase, M. Galizia, *Fiducia parlamentare*, cit., 406-407.

¹⁸⁶ Sul punto rimarcando la primazia della fiducia nell'intero *iter*, *amplius*, G. Pitruzzella, *Commento agli artt. 92 e 93 Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1994, 48 ss.

¹⁸⁷ Come riferito, la coerenza si configura come una «proprietà primaria» dell'ordinamento, sostanziata in un suo principio atto a garantire la coesistenza sistemica dell'insieme di rapporti, valori e finalità che, in quanto normativamente riconosciuti, devono poter esplicare la loro efficacia senza che l'attuazione dell'uno determini lo svuotamento degli altri. La frattura di questa condizione costituisce un indice di patologia dell'ordine poiché compromette la sua razionale unità complessiva, ciò verificandosi quando un «procedimento nomogenetico», pur legittimo sotto il profilo della fonte e della direzione materiale, pretenda o presupponga la permanenza in vigore di norme incompatibili con quelle di nuova introduzione da esso prodotte. In una simile evenienza, la disposizione sopravvenuta – seppur espressione di una fonte provvista di forza innovativa – non determinando la estinzione delle norme incompatibili impone all'intero sistema una frantumazione non componibile poiché, da un lato, l'innovazione priva le disposizioni precedenti della possibilità di esplicare i propri effetti in quanto incompatibili con la nuova fisionomia assunta dall'ordinamento per effetto diretto della disposizione novante, ma, per altro versante, quest'ultima, se pretende di mantenere in vigenza le precedenti norme incompatibili, riduce sé stessa ad un simulacro testuale privo di effetti giuridici, incapace pertanto di integrarsi nell'ordine.

¹⁸⁸ Dalla disamina compiuta emerge come concorrano a costruire l'ordine assiologico, posto a basamento della organizzazione dei poteri, sia i principi espressi nella Parte I – come la rappresentanza democratica – che non possono essere oggetto di revisione in senso assoluto, sia quei più specifici principi e disposizioni della Parte II – come il «divieto di dualismi» nella conduzione dell'indirizzo politico – che sono modificabili a patto che il

Segnatamente, la valutazione circa la possibile incoerenza, alla luce delle esposte peculiarità del principio, deve svolgersi nella forma di una «prova di resistenza sistemico-teleologica» attraverso la quale, già ricostruita la funzione degli enunciati vigenti e consuetudini ad essi afferenti, può attestarsi se l'innovazione sia interpretabile in modo da preservare l'unità di senso dell'insieme, *i.e.* senza che alcuno degli elementi strutturanti e strutturali possa esser ridotto a fattispecie (costituzionale) vigente, ma materialmente «disapplicata», potendo tale sintomatica fisionomia, non risolvibile in via interpretativa, definirsi «aporia funzionale»¹⁸⁹.

La cornice delle diverse proposte avanzate nel corso della storia costituzionale per dar luogo a riforme (suppostamente) migliorative del sistema di governo consegna agli interpreti una ricorrente caratterizzazione sulla configurazione concreta dell'enunciato introduttivo della «razionalizzazione premierale»¹⁹⁰ che superfetata nella formula «il Presidente del Consiglio è

risultato di una eventuale revisione non degradi il sistema né a una architettura incoerente né – principio che si ritiene fondamentale – che ne venga modificata la tendenza a vietare la costituzione di centri di potere isolati e monocratici. Compendia magistralmente tale caratteristica, R. Balduzzi, *I caratteri originari della forma di governo e la loro evoluzione*, in *Rivista AIC*, 3, 2024, 152, rimarcando come «Sotto il profilo giuridico possa cogliersi in questo “intrecciarsi” il significato dell'equilibrio costituzionale in tema di forma di governo, per cui gli articoli costituzionali non sono “semplici intestazioni di libri le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite coi materiali che sono forniti dai nostri usi politici” [...] l'equilibrio della Costituzione sta proprio nel tenere bilanciati i poteri, cosicché le connotazioni a cui il loro esercizio dà vita siano da riferirsi alle condizioni politico-istituzionali. Un tale equilibrio non è stasi perché è riempito dalla vita pubblica, costituente non un dato sociologico ma materiale in cui discernere l'occasionale dal sistemico».

¹⁸⁹ Valorizzare la coerenza non significa, certamente, pretendere una cristallizzazione definitiva del sistema di governo, ammettendo in astratto – in quanto valore relazionale – innovazioni anche incisive, a condizione che il nuovo assetto individui suoi punti di equilibrio interno – a esempio, tra stabilità del Governo e valorizzazione del ruolo delle Assemblee – tra disposizioni e istituti di cui il revisore ha deliberato il mantenimento, salvo, in senso, condiviso i principi fondamentali. In presenza di norme che articolano una stessa catena funzionale, la priorità applicativa non è, quindi, *ipso facto* della norma (costituzionale) più recente, dovendo la doverosa sua preferenza arrestarsi solo quanto il mutamento da essa prodotto determini lo svuotamento sostanziale – diverso dalla fisiologica modificazione interpretativa indotta dal cambiamento nel sistema – dell'applicabilità delle disposizioni, andando in tal modo a intaccare il principio – che è da ritenersi inviolabile – della distinzione tra il titolo a governare e i controlli sul suo esercizio e tra l'investitura e la responsabilità, ovverosia dell'esaminata «unità del circuito di legittimazione» al cui interno può essere iscritta la prefata tendenza equilibratrice.

¹⁹⁰ Più specificamente, facendo seguito alle sollecitazioni di una parte della dottrina che guardava agli schemi della democrazia diretta come potenziale strumento correttivo delle disfunzionalità del modello costituzionale della forma parlamentare – in tal direzione, *ex plurimis*, S. Galeotti, *La debolezza del governo nel meccanismo costituzionale. Saggio sulla bassa capacità decisionale del sistema politico italiano*, in Gruppo di Milano, *Verso una nuova Costituzione*, I, Milano, 1983, 360 ss. e, con forme analoghe, ma diverse nel *telos*, C. Mortati, *La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, 10, 1973, 2 ss. – il decisore politico e la narrazione partitica hanno con differenti proposte avanzato l'idea di riscrivere la Parte II con l'introduzione della analizzata «formula neo-parlamentare», apparendo essa più «conservativa» rispetto alle rimodulazioni in direzione «presidenzialista». Già con la Commissione Bozzi e, durante lo svolgimento della XI legislatura, col d.d.l. A.S. n. 135/1992 (De Matteo) era proposta la riscrittura dell'art. 92 Cost. con la previsione dell'elezione popolare del ridenominato «Primo Ministro», dotato del potere di nomina e revoca dei suoi ministri e assoggettabile a rimozione soltanto attraverso lo strumento della «mozione di sfiducia costruttiva». Nella XIV legislatura, in seguito alla revisione del Titolo V con cui era stato predisposto un assetto degli organi regionali fondato su una applicazione (spuria) della formula neoparlamentare, il d.d.l. A.S. n. 1934/2003 (Del Pennino) avanzava un progetto analogo con la previsione vincolante che all'elezione diretta del Primo Ministro seguisse la «prestazione del giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica entro tre giorni, entrando così, immediatamente, nell'esercizio delle sue funzioni». Nell'assunto che il rafforzamento della stabilità governativa dipendesse dalla sua verticalizzazione, anche l'impianto della menzionata legge di revisione costituzionale del 2006 disponeva l'introduzione di una sostanziale elezione del Primo Ministro – ricostruita dal «collegamento della candidatura alla carica alle liste nell'elezione parlamentare» sulla scorta del cui «risultato» il Capo di Stato avrebbe dovuto attribuire la nomina della figura soggettiva – accompagnata dal consolidamento di ulteriori e più incisivi poteri di direzioni, posti in forte critica, *ex multis*, da L. Elia, *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005, 62 ss. Nella corrente XIX legislatura, superato il percorso politico, tracciato negli anni precedenti, di

eletto a suffragio diretto»¹⁹¹ aprirebbe, nel suo apparente minimalismo, a una profonda rifunzionalizzazione nella «catena tipologica» della legittimazione del Governo, incidendone integralmente sul procedimento e, in ragione ciò, verrebbero a riprodursi impatti variegati e significativi, in una direzione ulteriore rispetto alle intenzioni dei suoi sostenitori, non solo sulla «forma *formans* dell'assetto di governo», ma su tutto l'intero circuito costituzionale.

L'innesto della elezione del Presidente del Consiglio produrrebbe, in relazione all'*iter* di formazione del Governo, una dislocazione funzionale anzitutto sulla regola consuetudinaria delle consultazioni presidenziali in quanto, se la personalità chiamata a formare l'Esecutivo risultasse essere titolare di un titolo immediato e personale proveniente dal corpo elettorale, la prassi presidenziale non potrebbe, certamente, non perdere la propria rilevata funzione prognostica e compositiva, degradando, quantomeno, in una doverosa fase di presa d'atto, priva di una reale materialità, di un fatto produttivo di effetti normativi già prestabiliti.

Invero, se si esigesse di conservare per la regola vincolante sulle consultazioni il medesimo attuale contenuto sostanziale, ovvero la possibilità del Presidente della Repubblica di tenere colloqui – discrezionali nel *quomodo*, ma non nell'*an* con le forze politiche – anche al fine di esplorare soluzioni elastiche o sollecitare modifiche, *ex ante*, nella compagine e perimetro politico di una (futura) maggioranza, a tutela dell'equilibrio costituzionale, ciò non potrebbe che entrare in collisione con il finalismo dell'investitura diretta poiché vi sarebbe introdotto, *rectius*, si manterrebbe in vigore, un «contropotere» rispetto ad una scelta legittima che, per sua intrinseca proprietà logica, dovrebbe affermarsi come immediata e non-mediata¹⁹².

L'esito del *test* di coerenza rispetto alle consultazioni conduce a una sorta di «biforcazione

operare indirettamente sull'assetto istituzionale mediante l'utilizzo della legislazione (ordinaria) elettorale – modello perseguito, altresì, nella mancata riforma organica del 2016 non senza dubbi di legittimità come osservato da V. Tondi della Mura, *Sistemi elettorali, contesto storico-politico, compromesso legislativo e coesione sociale*, in *diritti fondamentali*, 1, 2018, 10 – i contestuali disegni di legge cost. A.S. n. 830/2023 (Renzi) e n. 935/2023 (proposta proveniente dall'attuale maggioranza parlamentare e oggetto di approvazione) hanno portato a una nuova «maturità» il perimetro operativo della formula premierale. In particolare, entrambi i progetti mirano al riconoscimento testuale della scelta popolare del Presidente del Consiglio – mantenendovi in vigore il *nomen* – come elemento strutturale dell'assetto organizzativo della Repubblica – imposto, dunque, come obiettivo-vincolo costituzionale sulla legislazione ordinaria – e luogo e momento istituzionale dell'*iter* di formazione del Governo di cui, asseritamente, sarebbe mantenuta la procedimentalizzazione col Presidente della Repubblica che «conferisce l'incarico di formare il Governo al vincitore delle elezioni, nomina il *premier* e, previa sua proposta, i Ministri e nelle cui mani giura l'Esecutivo così formato» e con il Parlamento che non sarebbe (formalmente) spogliato delle facoltà di (non) concedere la fiducia al Governo con mozione o revocare tale rapporto, a fronte, però, dello scioglimento automatico come conseguenza delle crisi parlamentari. Sulle «ibridazioni» atipiche di tale assetto rispetto alla tipizzazione parlamentare, M. Volpi, *Premierato*, cit., 755 ss.

¹⁹¹ Invero, da una analisi diacronica del formante costituito dalle proposte normative emerge un nucleo minimo e costante che è rappresentato dall'assunto che l'elezione popolare del vertice dell'Esecutivo funga da fattore di razionalizzazione in sé del sistema organizzativo della Repubblica, mantenendo apparentemente in vigore o restaurando le originarie funzioni del Parlamento e del Capo dello Stato attraverso la concentrazione della titolarità dell'indirizzo politico e della sua direzione nelle mani di un solo soggetto che unicamente il popolo, quale detentore della sovranità, può scegliere superando la logica deleteria dell'equilibrio costituzionale

¹⁹² Non appare risolutiva sul punto l'eventuale obiezione di carattere funzionale secondo cui le consultazioni potrebbero traslarsi dalla «persona ai programmi» poiché la logica della investitura diretta non può non spostare il baricentro della legittimazione dall'oggetto collegiale dell'indirizzo al soggetto designato. Una discussione programmatica in sede presidenziale, fisiologicamente orientata a verificare coerenza, compatibilità e tenuta del circuito governo-Parlamento, finirebbe o per replicare il confronto elettorale – così trasformando la figura della Presidenza della Repubblica in una semplice sede di conferma del mandato popolare – o per temperarlo, così reintroducendo un vaglio sostanziale *extra*-elettorale sulle scelte del detentore della sovranità. In entrambi i casi si avrebbe, dunque, una incompatibilità tra l'ipotesi di elezione diretta come chiave di volta dell'*iter* con la salvaguardia dell'attuale fisionomia assunta dalle funzioni presidenziali nell'ordinamento repubblicano.

obbligata» in quanto o la regola consuetudinaria è da intendersi e attuarsi, se mantenuta¹⁹³, quale mera prassi di galateo istituzionale, confinata alle comunicazioni del vincitore delle elezioni al Presidente della Repubblica – da assumersi il primo come un privato cittadino – rinunciando, in tal senso, alle funzioni di garanzia sistemica e controllo del Capo dello Stato – che rimane sempre il titolare formale delle nomine – ovvero essa è preservata come luogo di prima istruttoria politico-costituzionale e, in tal caso, però, a essere svuotato di materialità normativa è proprio l'effetto dell'elezione diretta che non andrebbe ad identificare l'avente titolo immediatamente abilitato a guidare l'Esecutivo, ma soltanto un mero «attendente»¹⁹⁴.

L'attuazione della formula premierale ricadrebbe strutturalmente altresì sull'ultronea figura del conferimento dell'incarico che, seppur originata dalla prassi al pari delle consultazioni, innerva in prospettiva nodale il procedimento di legittimazione dell'Esecutivo al punto che, in talune formulazioni delle proposte normative circa l'elezione diretta del *premier*, ne viene proposto il riconoscimento espresso nello *ius scriptum* costituzionale. In ogni caso, il titolo della investitura popolare del soggetto incaricato di costituire il suo Esecutivo introdurrebbe nel circuito di Governo una «variabile» da cui deriverebbero configurazioni che, comunque, implicherebbero *de facto* lo svuotamento – non emendabile per via interpretativa – delle attuali regole e principi che disciplinano gli atti dell'incaricato e del Capo dello Stato.

Difatti, se la fase dell'incarico fosse mantenuta in vigore – o addirittura se ne riconoscesse la natura di vincolo procedimentale – ma il suo conferimento venisse ricostruito come «atto dovuto» nei riguardi del «Presidente del Consiglio eletto», esso degraderebbe *ipso facto* in figura meramente ricognitiva, cessando di essere un «*mandatum in causam*» per la personalità designata unicamente come presumibile, ma non vincolata figura al vertice del Governo¹⁹⁵. Se, diversamente, l'introduzione dell'elezione deliberasse il mantenimento sostanziale delle figure dell'incarico e dell'incaricato, pur in presenza di una investitura popolare, verrebbe attribuito al Presidente della Repubblica un effettivo potere d'istruzione e di rimodulazione sulla compagine e sulle condizioni di governo, venendo ciò a porsi in frizione con le finalità dell'elezione in quanto, sotto il profilo sostanziale, la scelta del corpo elettorale non sarebbe rivolta alla determinazione del Presidente del Consiglio, ma a quella di un mero assegnatario

¹⁹³ La natura di regola prodotta da un fatto normativo determina la circostanza che essa può sì essere *ipso facto* eliminata, ma permanerebbe ugualmente l'aporia rispetto all'enunciato testuale *ex art. 92 Cost.*, a cui inerisce la regola consuetudinaria come vincolo alla discrezionalità, che attribuisce al Capo di Stato non il dovere, ma, in senso neutrale, la materialità delle nomine del Presidente del Consiglio e, previa sua proposta, dei ministri.

¹⁹⁴ Non pare praticabile il percorso interpretativo che manterrebbe alle consultazioni presidenziali il ruolo di «verifica di legalità-congruità» del processo elettivo e delle candidature ministeriali, giacché tale spostamento dalla sfera politica a quella della legittimità non soltanto contraddice la natura propriamente politica – ma non teleologicamente libera – delle consultazioni come mezzo di istruttoria e composizione, diversa dai controlli costituzionali tipici della Corte, ma soprattutto essa andrebbe a relegare le funzioni presidenziali a un riscontro notarile del rispetto di requisiti formali, dissolvendo l'equilibrio dinamico tra diritto e politica che la prassi ha disegnato in senso generale in funzione della stabilità e responsabilità del Governo e non solo nelle ipotesi di crisi del sistema. Ne deriva, dunque, che l'elezione diretta non può mantenere in vita l'attuale primo tratto del procedimento di formazione innestandosi pacificamente in esso, ma ne determina la doverosa rifondazione su premesse incompatibili con la figurazione delle consultazioni, imponendo o lo svuotamento sistemico di tale segmento istruttorio e dell'antecedente fatto normativo o la propria inutilità sostanziale, essendo operazione inattuabile riallineare titolo e procedura, dovendosi – in ciò constando l'incoerenza – mantenere in vigore un enunciato che esprime la funzione di garanzia che (costituzionalmente) la prassi ha affidato al Capo di Stato.

¹⁹⁵ Da ciò discenderebbe, altresì, una fisiologica retrocessione funzionale del Presidente della Repubblica da garante neutrale e, contestualmente, promotore della formazione di un Governo che possa godere della fiducia del Legislatore – e non anche della propria – a mero certificatore di un risultato elettorale, spezzando il nesso tra la verifica *ex ante* della praticabilità fiduciaria e la decisione sulle nomine, che è la ragione stessa per cui l'incarico sussiste nell'attuale esperienza. In tal direzione critica rispetto al mantenimento dell'incarico, B. Pezzini, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2024, 65.

di una funzione, *ipso iure*, volta solo a ricercare e formare una compagine ministeriale che possa concretamente sostenere la sua maggioranza e non anche di indirizzo attivo¹⁹⁶.

In queste ipotesi, la prova di resistenza sistemico-teleologica conduce al medesimo risultato dell'incoerenza di risultato in quanto il conferimento dell'incarico non è interpretabile come una fase a geometria variabile, subordinata all'intensità dell'investitura popolare, poiché la sua *ratio* pratica non è tanto l'investitura del vertice, ma la salvaguardia di un equilibrio tra la scelta del «garante della Costituzione» e la soggettività del nuovo Governo all'interno di una cucitura istituzionale tra indirizzo, compagine e garanzie rispetto alla quale l'incaricato deve muovere le decisioni sulla composizione del proprio Esecutivo sulla base preliminare che i suoi effettivi funzionari svolgeranno i loro ruoli in ossequio ai valori costituzionali¹⁹⁷.

Le predette aporie rinvergono il proprio principale luogo di manifestazione nell'essenziale fase delle nomine da parte del Capo dello Stato del Presidente del Consiglio e dei ministri, in quanto l'elezione diretta del primo si configura come fattispecie normativa che, *ictu oculi*, non può che ri-definire i perimetri, formalmente liberi, ma teleologicamente orientati, delle scelte che il Presidente può determinare in merito alla composizione dell'Esecutivo¹⁹⁸.

Difatti, se l'investitura diretta comporta – e, come detto, ne costituisce proprietà immanente – la materializzazione della «volontà del popolo» quale detentore della sovranità di decidere sulla «soggettività» dell'incaricato alle funzioni del «vertice del Governo», allora la nomina presidenziale non può che essere l'espressione di una attività di certificazione del risultato elettorale, fisiologicamente priva dell'attuale grado di discrezionalità che consente al Capo di Stato anche la proposizione di esiti diversi rispetto ai risultati elettorali del Parlamento¹⁹⁹. Se, viceversa, si pretendesse di conservare un margine di controllo sostanziale alla nomina del Presidente del Consiglio nel circuito della legittimazione, si finirebbe irrimediabilmente per subordinare l'efficacia dell'investitura popolare al vaglio d'un diverso organo – peraltro, non

¹⁹⁶ Quest'ultima ipotesi, come nel predetto caso delle consultazioni, verrebbe a porsi in un marchio stato di contraddizione non tanto col sistema costituito, ma, soprattutto, con quelle finalità di razionalizzazione che una revisione vuol raggiungere con l'introduzione della elezione diretta, come ben messo in luce da D. Mone, *Il d.d.l. costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio e la razionalizzazione del rapporto di fiducia: una riforma incoerente*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2, 2023, VIII ss.

¹⁹⁷ La cesura – astrattamente legittima – con il sostrato assiologico dell'atto di incarico da parte dell'elezione diretta si manifesta con nitidezza nella figura che la prassi ha costruito della «riserva di incarico». Nell'assetto vigente, la riserva consente di affinare, anche in più cicli, il perimetro politico della squadra, in un dialogo con il soggetto incaricante di guisa che l'accettazione dell'incarico è effettivamente atto prodromico alla nomina presidenziale che presuppone una valutazione di conformità e di tenuta sistemica del Governo. L'elezione diretta non può che cristallizzare la discrezionalità dell'incaricato che, in ragione del titolo d'investitura, non può non andare a comporre, in senso di dovere e non di facoltà, un Esecutivo, dando ciò origine ad un'ambigua sclerotizzazione dell'incarico, avulsa dal contesto in cui deve muoversi il procedimento di legittimazione.

¹⁹⁸ Si tenga in conto che mentre l'art. 92 assegna *sic et simpliciter* al Capo dello Stato la nomina del Presidente del Consiglio e, su proposta di quest'ultimo, dei ministri, lo sviluppo e la prassi istituzionali hanno dato vita, a seguito di un processo istituzionale omogeneo, a consuetudini e convenzioni che – potendosi prescindere da una loro più precisa riqualificazione – muovono il funzionamento effettivo della facoltà presidenziale secondo una sequenza in cui l'intera fase e gli atti ad essa relativi non appaiono definibili né totalmente presidenziale, né totalmente governativo, risultando «atti complessi» in cui s'intrecciano, da un lato, la responsabilità politica del designato rispetto alla futura relazione fiduciaria e, dall'altro, una funzione di garanzia presidenziale sulla conformazione dell'Esecutivo e sulla tenuta della compagine. Questa già esaminata funzione, lungi dall'essere riducibile a controllo di legalità in senso stretto, si esprime in prassi consolidate di interlocuzione preventiva, in possibili richieste di aggiustamento della lista dei ministri e, in casi estremi, nella sollecitazione di soluzioni alternative su singoli dicasteri, proprio in quanto l'atto di nomina non è mero recepimento ma provvedimento finale di un procedimento a contenuto istruttorio reale. In questi termini, L. Paladin, *Governo*, cit., 688.

¹⁹⁹ In tale condiviso significato, che non può certamente tradursi né nella libertà politica del Presidente di dare vita a Esecutivi che godano esclusivamente della propria fiducia, né in una funzione di mera registrazione, C. Fusaro, *Il Presidente della Repubblica. Il tutore di cui non riusciamo fare a meno*, Bologna, 2003, 75 ss.

investito dal voto – con ciò negando la finalità stessa della elezione immediata. Questa frizione si manifesta, anche, sul coordinato segmento della proposta di nomina degli altri ministri. Invero, se la proposta è intesa come vincolo proveniente da un soggetto dotato di una investitura più forte rispetto a quella che originerebbe da un legittimato di terzo grado – in linea ermeneutica con le finalità intrinseche dell'elezione popolare – allora la nomina non può che essere atto esecutivo privo di materialità propria, risultando, perciò incoerente con il mantenimento della facoltà in esame al Presidente della Repubblica. Diversamente e in senso parimenti irrazionale, se la proposta fosse definibile come l'atto condizionante solo nella proposizione e non pure nelle conseguenze – e dunque la nomina esprimesse una reale funzione di filtro – allora l'elezione della persona del *premier* non dovrebbe di per sé essere considerata titolo sufficiente a garantirgli e assicurargli la facoltà di comporre un Esecutivo che possa con sé realizzare l'indirizzo politico di cui egli è elettivamente il garante²⁰⁰. In relazione a tali passaggi logici – che si ricorda derivare da una incardinazione minimale della formula premierale – può ulteriormente evidenziarsi l'esistenza di una disfunzione in relazione alla presumibile conservazione del momento del giuramento *ex art.* 93 Cost. qual effettivo dispositivo legittimante il nominato Governo, coincidendo con la conclusione del suo *iter* di formazione in quanto atto di assunzione delle responsabilità alla carica correlate. Invero, se venisse mantenuto il giuramento come il luogo istituzionale in cui ogni membro del nominato Esecutivo deve dichiarare gli obblighi di fedeltà, decretante l'entrata in carica di tutto il Governo, ne deriverebbe, allora, la conseguenza che l'elezione del Presidente del Consiglio, per consolidarne sul piano materiale l'ingresso in carica anche nei rapporti *ad extra*, debba funzionalmente necessitare dell'atto (volontario) di giuramento di soggetti – i ministri da lui proposti – i quali non sono parimenti oggetto di una investitura popolare. Più specificamente, una tale condizione determinerebbe l'evenienza, in astratto, di intervalli istituzionali nei quali il «vertice del Governo» risulta sì essere giuridicamente insediato al momento del suo giuramento, ma l'Esecutivo qual struttura complessiva – sulla scorta della contestuale esistenza di Presidente del Consiglio e ministri – verrebbe all'esistenza effettiva all'unica condizione che la compagine governativa presti insieme il proprio giuramento. Se, in relazione alla prima di queste ipotesi, fosse ritenuta un'azione sufficiente per la definitiva chiusura dell'*iter* di formazione, soltanto l'atto di giuramento del *premier*, allora il Governo sarebbe *de iure* privato della sua natura di «organo complesso». Se, di converso, in rapporto alla seconda delle suddette interpretazioni, si conservasse al giuramento contestuale di tutta la compagine la natura di atto definitivo, si cadrebbe, nuovamente, nella contraddizione di qualificare l'elezione diretta come una forma d'investitura del mero attendente che soggiace a condizioni risolutive per l'assunzione delle sue funzioni – in questa ipotesi, il giuramento dei ministri da lui scelti – comportando ciò uno svuotamento materiale della scelta del corpo elettorale sulla «persona» e, indirettamente, sul programma del Presidente del Consiglio²⁰¹.

²⁰⁰ Si consideri sul punto che il mantenimento di questa attribuzione, in ragione della speciale legittimazione democratica di primo grado del *premier*, potrebbe anche condurre il Capo dello Stato alla scelta, foriera di una forma di responsabilità politica se non propriamente penale, o di nominare un soggetto assolutamente inidoneo alla carica – essendo tale atto ad egli imputabile – ovvero, rifiutandone la nomina, di porsi in contrasto con la volontà espressa degli elettori, incanalata nella persona ovvero, nel caso dei ministri, nella proposta dell'eletto Presidente del Consiglio. Si tenga conto, a proposito dell'esistenza di una disfunzione sistemica, come anche quella parte della dottrina più critica sul ruolo presidenziale – *ex multis*, C. Esposito, *Capo dello Stato*, cit., 224 – che nega ad esso la sussistenza del potere di rifiutare una nomina ministeriale, ha postulato la legittimità del diniego nell'ipotesi di proposta verso un soggetto radicalmente privo dei requisiti per ricoprire l'ufficio.

²⁰¹ La cesura insostenibile tra elezione popolare del Presidente del Consiglio e mantenimento della collegialità del Governo come organo costituzionale a conduzione non-monocratica – che, come osservato, rappresenta il precipitato assiologico della scelta operata in sede di Costituente, ma non in sé stessa un fattore inviolabile – si paleserebbe con maggior evidenza nell'ipotesi in cui all'investitura diretta si accompagnasse la facoltà del *premier*

In ultima battuta, può evidenziarsi come ulteriore aporia emerga, altresì nella qualificazione dell'introduttivo atto fiduciario delle Camere rispetto alla presentazione innanzi ad esse del nominato Governo il cui vertice godrebbe del medesimo grado di investitura diretta degli organi parlamentari²⁰². Invero, nell'ipotesi in cui il Presidente del Consiglio traesse la sua legittimazione da un proprio mandato personale – da intendersi, pacificamente, come il dato fattore che n'impone la fissazione «soggettiva» alle funzioni di Capo di quell'Esecutivo che è presentato alle Camere – allora la successiva mozione di fiducia non potrebbe più svolgere l'ordinaria e discrezionale funzione costitutiva, degradando in presa d'atto conformativa e confermativa dell'investitura plebiscitaria, convertendosi, detto diversamente, in «controllo di mera legalità-politica», esterno al circuito della responsabilità e «privato di causa».

Viceversa, se in relazione alla mozione di fiducia si deliberasse, mantenendosi inalterato il testo dell'enunciato di cui all'art. 94 Cost., la conservazione dell'attuale *status* di strumento di piena esplicazione di potestà dell'Assemblea legislativa, avente a oggetto l'opzione di scegliere di legittimare o meno l'Esecutivo nominato, allora essa entrerebbe in una evidente fisiologica opposizione con la «*vis* istituzionale» del titolo personale – e indirettamente con la sua fonte originaria – giacché un eventuale diniego, sulla scorta del mantenimento della necessitata discrezionalità immanente agli atti di scelta, assumerebbe la fisionomia di atto predominante «contro-maggioritario» della volontà popolare, sanabile soltanto *ad extra*²⁰³.

di chiedere al Presidente della Repubblica, altresì, la revoca della nomina dei ministri. Tale possibilità, esplicitata nel recente testo del d.d.l. A.S. 935/2023 e in alcuni precedenti progetti di riforma, per un verso, specularmente all'ipotesi della nomina, comporterebbe l'aporia della formale titolarità da parte del Capo dello Stato di questo potere, ma il sostanziale svuotamento di finalità garantiste, a meno di non considerare il titolo della legittimazione «più prossima» al popolo del Presidente eletto un fattore in sé ininfluenza, dall'altro essa aprirebbe alla possibilità sistemica che il Governo si identifichi, sul piano materiale, con il solo vertice eletto. Difatti, esclusa pacificamente l'ipotesi della legittimità di un'autonoma revoca da parte del Capo dello Stato – ove si introducesse una disciplina della revoca affine a quella della nomina – alla luce della necessità di una previa proposta e controfirma dell'atto da parte del Presidente del Consiglio – potendo residuare una forma di legittimità unicamente al diniego di procedere con la revoca nell'ipotesi in cui la firma di tale atto possa dar luogo a responsabilità penale del Capo di Stato, avendo altrimenti la proposta di revoca natura vincolante – il Presidente eletto avrebbe nella realtà istituzionale la possibilità di rimuovere discrezionalmente i membri della sua compagine, sulla scorta di un potere che trova derivazione dall'investitura diretta e dal rapporto immediato con il corpo elettorale, a meno, nuovamente, di non considerare tale circostanza una condizione di superiorità sul piano politico, ma non su quello giuridicamente rilevante delle facoltà tipizzate e giustiziabili. L'anomalia di questa facoltà discrezionalmente libere appare così radicale che il Presidente del Consiglio, a meno di forme e condizioni di vincolo nell'esercizio di un potere collegato alla sua investitura, potrebbe ottenere finanche la revoca integrale dell'intera compagine governativa in quanto o egli è realmente, sotto il profilo costituzionale, dotato di facoltà effettive derivanti dall'elezione diretta – ritornandosi, così, al superamento della collegialità che in sé non è fattore fondamentale – oppure il titolo derivante dall'investitura popolare si sostanzierebbe in una preferenza per l'incaricato di Governo, determinando ciò, ancora, l'illogica inutilità del momento elettivo.

²⁰² Come diffusamente rilevato, la legittimazione del Governo – ad opera del Capo di Stato – e la responsabilità politica che il primo assume innanzi al Parlamento in quanto sua emanazione permanente non risultano essere «fattispecie» distinte in quanto nell'avvio del rapporto fiduciario – che nel disegno costituzionale si sostanzia nella figura dell'espressa mozione di cui all'articolo 94 – è identificabile l'esclusivo titolo attraverso il quale l'Esecutivo «ordinariamente» può e deve svolgere le proprie funzioni sotto il controllo «pieno» del fiduciante. L'inscindibilità teleologica, all'interno del conferimento fiduciario, della funzione di legittimazione politica con l'assunzione di responsabilità in capo al Governo – tale che, come evidenziato da M. Galizia, *Studi sui rapporti*, cit., 96 ss., non sono mancate in dottrina interpretazioni individuanti proprio nella mozione di fiducia la fonte-atto realmente costitutiva del Governo – si proietta sulla titolarità delle Assemblee rappresentative di variegate facoltà di direzione e di controllo che ricevono la propria perimetrazione nei propri regolamenti, ma trovano l'origine costituzionale nell'inviolabile principio della rappresentanza democratica secondo cui solo nel pluralismo parlamentare può esprimersi la piena consistenza plurale del popolo come soggetto sovrano.

²⁰³ Non sfugge a chi scrive come questo problema «coordinamento» potrebbe risolversi mediante il ricorso alla legislazione elettorale e, segnatamente, nella scelta di sistemi a matrice maggioritaria che (suppostamente) favoriscono la corrispondenza politica tra il Presidente eletto e la sua maggioranza parlamentare. In realtà, ciò

Si tenga ulteriormente conto, rispetto a quest'ultimo punto critico, che nell'attuale assetto, prevedente un sistema a bicameralismo simmetrico, l'atto di investitura è duplice, essendo, l'oggetto del voto il Governo nella sua «complessità» e non la singolarità delle proprie sue componenti, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 93 e 94 Cost. In questo circuito, l'eventuale introduzione di una «legittimazione monocefala del vertice esecutivo» andrebbe a porsi in una tensione strutturalmente irriducibile poiché essa sovrapporrebbe a un sistema «duale» di fondazione della relazione fiduciaria una variabile unitaria e «esterna» del titolo a governare, con l'effetto di spostare il baricentro dall'organo al capo secondo una logica estranea al principio ordinatore di cui all'art. 57 Cost. per cui alla presenza di Assemblee non deve *ipso iure* accompagnarsi la sussistenza di una stessa maggioranza. Da ciò deriva che, in assenza di una riformulazione delle ulteriori disposizioni, la struttura della formula premierale promuoverebbe in sé il rischio – attualmente, come noto, già ammesso – di non riprodurre in entrambe le Camere la concreta condizione di utilità per il titolo di investitura del *premier*, potendo anche solo un'Assemblea arrestare l'operato dell'Esecutivo²⁰⁴.

Le correzioni prospettabili rivelano la natura irriducibile in via interpretativa dell'aporia in esame. Ridurre il bicameralismo fiduciario alla Camera politica significherebbe riconoscere che l'elezione personale non è compatibile in sé con il doppio titolo parlamentare, ma solo mediante una riforma organica che la fisiologia dei rapporti Parlamento-Governo, in ciò comprovando l'incoerenza della formula nella propria definizione minimale. Diversamente, conservare la duplice fiducia ed introdurre vincoli che obblighino la Camera dissenziente a riallinearsi – attraverso regole di composizione o soglie aggravate del sistema elettorale – tradurrebbe il voto in controllo di conformità all'esito elettorale con il precipitato logico di postulare che la Camera «esprime indirizzo difforme da quello del *premier*» dovrebbe misurare la sua decisione sul mandato personale, comportamento un mutamento semantico

significherebbe – confermando le predette disfunzionalità intrinseche di una revisione minimale *sub specie* di aporie – trasporre all'interno della forma *formans* dell'assetto di governo la fisiologica aleatorietà del sistema politico-partitico come suo fattore necessitato che, pertanto, non appartarrebbe più al novero degli elementi soltanto condizionanti il funzionamento del sistema, ma, in una direzione più precisa e ambigua, qual elemento costitutivo di un equilibrio che la struttura *in nuce* non presenta. Difatti, superare le possibili disfunzioni della deliberata conservazione della titolarità fiduciaria del Parlamento e dell'elezione diretta con l'introduzione di sistemi elettorali obbligatoriamente maggioritari significa trasporre dal fondamentale piano politico a quello prettamente giuridico-costituzionale il corpo elettorale non come un organo rilevante – ipotesi, quest'ultima, sostenuta per motivazioni diverse da M. Luciani, *Governo*, cit., 570 – ma come una forza materiale dalla cui azione necessaria dipende non l'esito della formazione di un Governo e la legittimazione del Parlamento che ne rappresentino, diversamente, l'indirizzo, ma la stessa «organizzazione strutturale» in cui e per mezzo della quale sono posti quei limiti vincolanti, ai sensi dell'art. 1 Cost., alla sovranità del popolo e agli arbitri della maggioranza. In sintesi, può affermarsi pacificamente, a parere di chi scrive, come il deliberato mantenimento di due sedi diverse in rapporto al medesimo oggetto funzionale – l'azione dell'Esecutivo – ed entrambe forti del medesimo grado di legittimazione – l'elezione immediata – non possano attribuire, in ragione della loro naturale concorrenza, lo stesso titolo a governare senza trasformare o l'una o l'altra in monumento all'inutile, essendo l'unica soluzione possibile – sussistendo una radicale incoerenza nella scelta che è l'ipotesi di lavoro di questa riflessione – una dovuta operazione di ingegneria costituzionale, snaturante il rapporto fiduciario.

²⁰⁴ In relazione a ciò può evidenziarsi, altresì, l'attrito nella fase della fiducia con la collegialità del Governo ove tale formula venisse mantenuta. Invero, la mozione conferisce responsabilità a un Governo-collegio, mentre l'elezione diretta, invece, promuove la personalizzazione del rapporto di legittimazione e, di riflesso, tende a personalizzare la responsabilità. Da qui si manifesta una duplice torsione in quanto, da un lato, se fosse preservato il principio della fiducia sull'intero Esecutivo, emergerebbe la riduzione del titolo d'investitura del suo vertice, dall'altro, se si provasse a riallineare l'assetto sostenendo che l'elezione diretta incida solo sull'*an* della legittimazione, lasciando integralmente alle Camere il *quomodo* del rapporto fiduciario, si finirebbe per riconoscere che l'elezione non è auto-applicativa e che, dunque, l'atto parlamentare resterebbe il vero luogo di attribuzione del titolo a governare a meno di ammettere che l'elezione determini anche il *quomodo* della mozione, così svuotando implicitamente il Parlamento della materialità della funzione di controllo e indirizzo.

del voto di fiducia, non più istitutivo dell'indirizzo, ma «oppositivo» dell'atto elettivo²⁰⁵.

6. Le «cesure del premierato». Assunta come sfondo ricostruttivo l'ipotesi dell'equilibrio costituzionale non come generico sinonimo di moderazione istituzionale, ma come il *modus operandi* della forma di governo italiana in cui gli istituti possono coerentemente coesistere, l'esame della traiettoria repubblicana dimostra come un assetto istituzionale possa reggere «l'incidenza del tempo» se e laddove la catena «investitura-responsabilità-controllo» venga edificata su titoli compatibili, sulla temporalità di garanzia e su imputazioni definite²⁰⁶.

A parere di chi scrive, le ricostruzioni storico-istituzionali dimostrano la validità della tesi per cui «ogni diarchia del diritto a governare» contiene in sé il germe della sua dissoluzione, un assunto che, come rilevato, ha fondato la costruzione della Costituzione dei poteri. Nella sovrapposizione tra l'attribuzione al Re delle funzioni di indirizzo e la regola vincolante per ragion di consuetudine della responsabilità governativa verso la Camera, lo schema tipico del «dualismo di investitura» ha condotto a squilibri che l'ordinamento non poteva in sé ricomporre. Non si nega, certamente, che la genesi delle crisi seriali che ne hanno decretato l'estinzione fosse dovuta anche alle contingenze esterne al sistema normativo, ma non può non osservarsi come anche ben più recenti esperienze istituzionali – come quella israeliana e, con dovute differenze, anche l'attuale assetto democratico declinato negli Stati Uniti²⁰⁷ – adottanti la formula della duplicazione dell'attivo titolo giuridico di legittimità a guidare la politica, siano sottoposti all'immanente rischio di rotture del sistema istituzionale.

La scelta repubblicana per un parlamentarismo «non rigidamente razionalizzato» se con tale definizione si designa la tendenza a concentrare e creare centri unitari di potere – il *premier* o il capo di Stato eletto – per stabilizzare l'Esecutivo appare *a posteriori*, rispetto a questo rischio, un atto di coerenza e fondativo di un ordine istituzionale definibile in sé coerente²⁰⁸. Difatti, con il superamento della diarchia e con l'attribuzione al Presidente della Repubblica di funzioni e tempi di garanzia come «cerniera *ex ante*» priva della possibile determinazione di un proprio indirizzo, con la determinazione in capo alle Camere del rapporto di fiducia e con

²⁰⁵ Il dualismo si traduce in una aporia in rapporto alla formazione del consenso parlamentare sulla fiducia. Il bicameralismo, difatti, richiede attualmente due deliberazioni libere e potenzialmente divergenti, mentre la legittimazione personale richiede una conformazione coerente con l'atto elettivo che non può sopportare, in ragione della sua proprietà di immediatezza, un esito frammentario che potrebbe esser risolto mediante mezzi di composizione. Se si accettasse la possibilità della divergenza, l'elezione perderebbe le sue finalità a fronte della scelta di salvaguardare il principio – certamente eliminabile – del bicameralismo, se, invece, si negasse tale circostanza attraverso – o l'uso di revisione o della legislazione ordinaria elettorale – allora il voto di una Camera degraderebbe in una presa d'atto con svuotamento della persistenza della simmetria costituzionale. Neppure il ricorso a strumenti di coordinamento politico sarebbe atta a rimuovere la contraddizione. Invero o tali strumenti restano politici e allora non vincolano il voto fiduciario, non entrando nella struttura prescrittiva della forma di governo, oppure essi diventano normativi, alterando la «simmetria» delle Camere senza, però, disporne la modifica, rendendo le disposizioni sul bicameralismo forme inespressive di vigenza normativa.

²⁰⁶ In termini affini, sulla indubbia capacità di resistenza della forma parlamentare agli eventi storici avversi che, al netto delle obiettive disfunzionalità manifestate, ha mantenuto la costruzione d'un valido assetto sociale e politico, S. Staiano, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2, 2023, 300 ss.

²⁰⁷ Sullo stato di perdurante crisi del sistema istituzionale americano rappresentante l'emblematico paradigma del sistema presidenziale e, in generale, del modello dualistico, a titolo esemplificativo, D.L. Kriner, *Trump, populism and the resilience of the American Constitutional System*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020, 44 ss.

²⁰⁸ Si tenga conto sul punto, come acutamente osservato da P. Ridola, *Democrazia rappresentativa*, cit., 120, che nessuna regola rigida può realizzare questa condizione se non sussistono, previamente, quelle necessarie condizioni politiche, come nell'esperienza britannica. Per questo motivo, le pur diffusamente invocate «*règles constitutionnelles de la procédure parlementaire*» sono destinate a essere inutili o inefficaci: inutili, ove si tratti di un governo già sorretto da una forte maggioranza ovvero inefficaci nel caso in cui, invece, vi sia un governo di coalizione poggiato su una maggioranza instabile, apparendo illusorio costringere entro «norme tassative» un ordine appartenente alla politica che anima sin dalle sue stesse origini la forma di governo parlamentare.

la configurazione collegiale del Governo sotto la direzione unitaria del Presidente del Consiglio affinché l'indirizzo sia sempre una decisione dell'organo e non della persona, è stato costruito un impianto strutturale – la «forma *formans*» dell'assetto di governo – che è posta rispetto alla politica come strumento della sua ordinazione e al contempo – ma senza identificarvisi – sistema che «indissolubilmente» ne postula e ne assorbe la complessità²⁰⁹.

Discende e innerva questa deliberata architettura la «metrica operativa della coerenza» che può interpretarsi mediante le categorie logiche di «causa», di «tempo», di «oggetto» e di «imputazione»²¹⁰, cioè di strumenti concettuali che descrivono, nell'ordinato e inseparabile loro insieme, quella «sequenza funzionale» attraverso cui si «incanala il diritto di governo», orientando i significati che gli atti ad esso correlati possono assumere nel sistema, potendo in ciò individuarsi le eventuali cesure di quest'ultimo generate dalle variabili normative.

Quanto alla causa – che è riflessa anche sulle fasi antecedenti della nomina come essenziale e strumentale momento di formazione – l'atto della «legittimazione al Governo» presenta i caratteri tipizzanti della «unitarietà nella complessità» in quanto la fiducia come momento costitutivo del rapporto tra il (duplice) organo rappresentativo della sovranità – appartenente ad una soggettività, il popolo, in sé medesima irriducibilmente «plurale»²¹¹ – si rivolge nei confronti d'un organo esecutivo che, strutturalmente, vede già riprodotto in sé il pluralismo, rifiutando nella collegialità dell'indirizzo sia il monismo assoluto che il dualismo. Appare palese la circostanza che questa struttura efficiente, che impone la conduzione politica come momento plurale, verrebbe investita, a partire dalle e nelle singole fasi, dall'inserimento di una investitura auto-applicativa e co-costitutiva che, riproducendo lo schema diarchico nella fiducia, svuoterebbe il circuito sistemico della forma di governo del carattere di coerenza in quanto al dinamismo del «plurale monismo parlamentare» si sostituirebbe la tensione tra i centri di potere, dotati del medesimo titolo di legittimazione, ma intrinsecamente opposti.

Quanto al tempo, la pretesa di «immediatezza»²¹² che è costitutiva dell'elezione diretta non può che essere e dirsi incompatibile con l'estrinsecazione temporale dell'indirizzo politico, in quanto attività posta da un complesso inter-organico e frutto di mediazioni, e del sistema di garanzie che l'assetto istituzionale possiede e che la prassi ha positivamente condotto ad una stabilizzazione – come nel caso dell'istruttoria presidenziale nell'*iter* di formazione del Governo – che garantisce ponderazione di scelte per natura complesse. L'investitura di un *premier* – condizione questa immanente alla legittimazione plebiscitaria – impone, difatti, di ridurre e superare la contingenza della complessità con l'istantaneità, proponendosi come mezzo di rottura della prima condizione al costo obbligato dell'equilibrio costituzionale.

Quanto all'oggetto che è la direzione politica che il Governo intende perseguire in rapporto alla fiducia – la quale investe, non a caso, il «programma» presentato dal primo, sottoposto alle Camere e sul quale è espressa la mozione fiduciaria – l'investitura diretta comporta una regressione, *a priori*, della libertà di indirizzo che, nella flessibilità delle relazioni tra organi

²⁰⁹ F. Viola, *Politica e diritto nella Costituzione*, in *Ragion pratica*, 3, 1995, 238. In questa prospettiva deve essere letta la posizione della dottrina – *ex multis*, T. Martines, *Diritto costituzionale*, Torino, 1994, 888 – che nega la modificabilità della forma parlamentare in quanto «connaturata» con la Costituzione». La rigidità della tesi, a prescindere dall'accoglimento, condivisibilmente pone in evidenza il grado di complementarità tra la scelta dei mezzi istituzionali – la forma di governo – e i vincoli politici che sono incorporati nelle disposizioni della Parte I, tale per cui i primi non risultano neutrali, ma una scelta coerente con il modello di Stato prescelto.

²¹⁰ Queste categorie riferiscono, rispettivamente, alla tetramorfa questione della «funzionalizzazione dell'atto verso il fine previsto dalla disposizione», della «temporalità dell'operazione recata dall'atto», del «contenuto effettivo dell'atto» e del «sistema di responsabilità e imputazione dell'atto tra gli organi emananti».

²¹¹ Sul carattere pluralistico del popolo, *amplius*, D. Nocilla, *Popolo*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, cit., 341 ss.

²¹² In senso fortemente critico sulle effettive possibilità d'esistenza di una «immediatezza decisionale» e di un riconoscibile bene ad esso legato dentro il perimetro della complessità dei sistemi costituzionali, M. Luciani, *Art. 75*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 2005, 9 ss.

chiamati a condurre l'azione politica, verrebbe vincolata alla fissità del soggetto immesso a capo del Governo. L'elezione della «personalità» converte e non può non convertire, come rilevato in precedenza, la «motivazione» sulla costituzione del rapporto di fiducia da ragion pubblica sulle coordinate variabili dell'indirizzo a primo «loyalty test» sul soggetto. Questa condizione inesorabile si riporta anche in relazione all'imputazione in quanto una elezione diretta degraderebbe il sistema di responsabilità, in ragione della causa duale degli atti, alla medesima condizione di tensione tra il pluralismo rappresentato dal Parlamento e dal nuovo centro di potere personalizzato nel *premier*, con la doverosa esclusione di ultronei organi.

In questa prospettiva, la formula premierale non aggiunge energia al circuito ma ne modifica la semantica sistemica, ritornando a modelli – non direttamente non-democratici, come pure osservato dalla dottrina – che il Costituente ha inteso superare con uno schema nel quale il titolo personale d'investitura diretta può produrre effetti reali solo se la figura del Presidente della Repubblica retrocede al ruolo di certificatore dei risultati elettorali e con la contestuale riduzione della fiducia da atto-rapporto causale dell'indirizzo politico – a meno di non dare luogo a scontri (presumibili) di investitura con conseguente svuotamento di significato e di portata costituzionale dell'istituto dell'elezione popolare – a controllo di conformità²¹³.

La razionalizzazione imposta nel Testo sovente fraintesa come «debole» poiché non tradotta in automatismi della sopravvivenza dell'Esecutivo è, nella prospettiva della coerenza, tanto necessaria quanto razionale in quanto nella struttura i poteri sono distribuiti *ex ante* in vista dell'unità dell'investitura in vista della quale non si sacrifica, ma si responsabilizza la libertà del controllo parlamentare e per la quale la direzione del Presidente del Consiglio non può risolversi nella decisione collegiale o monocratica, lasciando alla libertà della politica e del sistema da essa creato di riempire di contenuto le disposizioni costituzionali e l'indirizzo.

In questa prospettiva, l'elezione diretta non si rappresenta come una «variabile neutra», ma come il «cambio di causa»²¹⁴ dell'atto fiduciario e degli atti presidenziali a esso causalmente collegati che per dirsi compatibile con il sistema in cui essa è inserita richiede la riscrittura coordinata dell'intero circuito (tempi, oggetto, imputazioni) per raggiungere un (possibile) equilibrio tra i fattori descritti che sono caratterizzanti l'intera Costituzione Repubblicana, a

²¹³ In questa prospettiva vanno lette le considerazioni critiche sui più recenti disegni di riforma costituzionale in senso premierale, *ex multis*, di A. Lucarelli, *La tirannia della maggioranza parlamentare: forma di governo e irrazionalità diffuse nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2, 2023, I ss.; G. Silvestri, *Stretta autoritaria o paralisi: le rosee prospettive del premierato*, in *Democrazia e Diritto*, 2, 2023, 27 ss.; F. Furlan, *Il premierato elettivo è la strada giusta?*, in *Consulta online*, 2, 2023, 1020 ss.; R. Tarchi, *Il «Premierato elettivo»: una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2023, 30 ss.

²¹⁴ In questo senso, la nozione qui adoperata di «cesura» non rappresenta un'immagine retorica, ma il sintomo di un'incompatibilità sistemica che priva gli organi delle funzioni tradizionali, che si pretende di conservare, e li trasforma in qualcosa di diverso da ciò che la Costituzione li ha chiamati ad essere, toccando, detto in altri termini, la causa degli atti costituzionale che il Testo descrive nella costruzione forse «sibillina», ma che non può dar luogo a de-rubricazioni materiali come di recente rimarcato da A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sulla decostituzionalizzazione della Costituzione*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2025, 130. Come messo in luce, il primo terreno di cesura riguarda la Presidenza della Repubblica. Nell'assetto repubblicano, la causa degli atti presidenziali non è meramente ricognitiva né discrezionalmente libera, ma funzionale alla garanzia della «praticabilità fiduciaria» e alla verifica della compatibilità istituzionale della compagine. L'introduzione dell'investitura diretta del Presidente del Consiglio muta tale causa, mantenendo in vigore la rubrica testuale che costruisce la causa degli atti presidenziali nell'*iter* di formazione del Governo. Se l'elezione popolare produce i propri effetti immediati, la nomina e gli altri atti presidenziali perdono la loro funzione di garanzia, assumendo una causa meramente certificatoria e, viceversa, se si tenta di conservare la funzione sostanziale, l'atto presidenziale riacquista una causa discrezionale di selezione incompatibile con l'auto-applicatività della investitura personale. Parimenti, l'atto fiduciario, in tale prospettiva, trasmuta la propria causa di atto politico in atto causalmente o confermativo del risultato elettorale o di atto oppositivo di questo esito, restringendo il grado di discrezionalità che si riconnette direttamente alla sua fisiologica pluralità in vincolo esterno.

meno di non riattivare nella pericolosa forma di una sconosciuta plebiscitarizzazione le patologie della doppia investitura, risultando i tentativi di ridurre il conflitto con le soluzioni elettorali uno sviamento dalla questione che aggrava le possibili irrazionalità del sistema in quanto tangenti non solo l'azione, ma la natura e la consistenza politica del popolo²¹⁵.

Le cesure sugli organi costituzionali, tracciate dalle aporie funzionali rispetto all'adozione dello schema dell'elezione diretta, rappresentano i segni di una trasformazione genetica che non può essere compiuta – per dirsi coerente – se non attraverso una riscrittura coordinata della Costituzione. Senza una reale riscrittura, l'elezione diretta del Presidente del Consiglio non si limita a incidere sul procedimento di formazione del governo per raggiungere il fine politico della stabilità, ma altera la natura degli organi, svuotandoli della funzione che li definisce, dispiegandosi in ciò la riferita forza del principio di coerenza che impone non di conservare lo *status quo*, ma esige che qualsiasi mutamento sia dichiarato e tracciato per situarsi nell'ordine razionale e razionalmente darne una nuova configurazione rispetto.

In questa prospettiva, occorre compiere un atto di verità. Il premierato, per come delineato, non restituisce la variante del parlamentarismo, ma una sua negazione implicita. Non è una razionalizzazione, ma una concentrazione che altera la forma stessa della legittimazione. Se il Parlamento non fonda più il governo ma si limita a ratificarne la conformità all'investitura popolare, se il Presidente della Repubblica non media più ma certifica, se il Governo non decide più collegialmente ma si riduce alla proiezione di una persona, il sistema non può più dirsi parlamentare, se non per un abuso del linguaggio. È questo il punto che la presente riflessione, a partire dalla valorizzazione della coerenza, ha tentato di dimostrare, ovvero che la convivenza tra istituti – sovente ripresa dai sostenitori dell'introduzione dell'elezione diretta – che esprimono finalità divergenti non può non generare un assetto incoerente, privo di una effettiva capacità di spiegare effetti proprio a partire dalla propria forma astratta.

L'alternativa, allora, si presenta in termini secchi e non negoziabili. Da un lato vi è la strada della rifondazione costituzionale esplicita e organica, ridefinendo con trasparenza la natura della nomina e delle fasi che la precedono, il contenuto della proposta, lo statuto della controfirma, la configurazione della fiducia, il ruolo della Presidenza nelle crisi, il perimetro della collegialità e i poteri conformativi del Presidente del Consiglio. In questo scenario, il premierato diventa una scelta dichiarata e regolata, dotata di un proprio punto di equilibrio interno e di garanzie sostitutive per le funzioni sacrificate. Dall'altro lato vi è la strada della conservazione del parlamentarismo razionalizzato già esistente, potendosi rafforzare, senza alterarne la natura, gli strumenti di governo dei tempi parlamentari, consolidare le prassi di garanzia presidenziale, preservare la collegialità come luogo effettivo dell'indirizzo.

Tertium non datur. Ogni ipotesi che pretenda di mantenere intatto il Testo con addizioni di tipo minimale e, in forza di ciò, attribuire una efficacia auto-applicativa a un titolo personale produce solo svuotamenti necessari. L'ibridazione, lungi dal garantire la deliberata stabilità, genera conflitti di legittimazione, amplia le crisi e tensioni insolubili. La storia dello Statuto (fallimentare) e la lunga durata della Repubblica e della sua organizzazione dimostrano che la doppia investitura è incompatibile con l'unità teleologica di un sistema costituzionale²¹⁶.

²¹⁵ Si vedano al riguardo le osservazioni critiche di M. Della Morte, *Il popolo impotente. L'acclamazione e il Capo*, in G. Azzariti, M. Della Morte (a cura di), *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, Napoli, 2023, 229 ss.

²¹⁶ Non appare casuale il fallimento dello Statuto come guida nelle crisi istituzionali in quanto la concorrenza in essa tra fonti – scritta per la legittimazione dinastica e consuetudinaria per quella democratica bilanciata – e finalità – salvaguardia di un rapporto tensionale tra classi economiche – abbia condotto alla neutralizzazione delle garanzie in esse previste – a partire proprio dalla presente garanzia della immodificabilità della Carta – differenza della Costituzione repubblicana che riconosce al sistema politico, inteso come la logica espressione della pluralità, il un titolo di partecipazione normativa che ha agevolato – mutuando la suggestiva espressione di R. Bin, *Il Presidente*, cit., 8 – la «omeomorfia» del sistema, evitando i rischi di rotture del sistema al costo,

Il legislatore costituzionale non può rifugiarsi nella retorica delle riforme incrementali che pretendono di non esprimere vere modifiche, dovendo decidere se rifondare o conservare. Rifondare significa abrogare espressamente ciò che non è più compatibile, sostituire con garanzie equivalenti le funzioni sacrificate, tipizzare in Costituzione il nuovo equilibrio nei limiti dei principi fondamentali. Conservare significa riconoscere che la razionalizzazione equilibratrice inscritta nel 1948 è sufficiente a garantire la governabilità e che le difficoltà del sistema derivano non dalla forma ma dal modo in cui gli attori politici l'hanno utilizzata. Nessuna tecnica ermeneutica, per quanto creativa, può, diversamente, ricomporre le aporie funzionali che nasce dalla convivenza di norme e principi incompatibili.

Abstract. L'articolo esamina la proposta di introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio nel sistema costituzionale italiano, assumendo la «coerenza» quale parametro e criterio strutturale che consente, all'interno di un sistema composto da norme di pari forza, di distinguere i mutamenti legittimi da quelli (illegittimamente) disarmonici. Muovendo da una ricostruzione storica che individua nello Statuto albertino un caso di incoerenza e nella Costituzione repubblicana una matrice di razionalizzazione equilibratrice, la riflessione si propone di mostrare come la diretta investitura popolare produca «aporie funzionali» non emendabili in via interpretativa, ergendosi la coerenza a clausola di continuità istituzionale.

Abstract. The article examines the proposal to introduce the direct election of the Prime Minister within the Italian constitutional system, adopting «coherence» as a structural parameter and criterion that, within a framework composed of norms of equal rank, makes it possible to distinguish legitimate constitutional changes from those (illegitimately) disharmonic. Starting from a historical reconstruction that identifies the Albertine Statute as a paradigmatic case of incoherence and the Republican Constitution as a matrix of equilibrating rationalisation, the analysis seeks to demonstrate how direct popular investiture produces «functional aporias» that cannot be remedied through interpretation, with coherence standing as a clause of institutional continuity.

Parole chiave. Coerenza – revisione costituzionale – forma di governo – elezione diretta – aporia funzionale.

Key words. Coherence – constitutional amendment – form of government – direct election of the Prime Minister – functional aporia.

sostenibile, della potenziale instabilità degli Esecutivi. Riproporre attualmente in un momento di generalizzato indebolimento dei dispositivi di garanzia degli Stati democratici, una legittimazione personale del vertice entro un circuito disegnato per tutelare l'assetto dai monismi rigidi, significa, ad avviso di chi scrive, riaprire e riporre in dubbio un utile equilibrio a favore di un «nuovo equilibrio», ma un equivoco normativo destinato a risolversi in svuotamento o della rinnovata legittimazione carismatica o del necessario pluralismo politico.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PIATTAFORME DIGITALI: OPPORTUNITÀ E RISCHI ALLA LUCE DEL RECENTE QUADRO REGOLATORIO*

di Bianca Nicla Romano**

362

Sommario. 1. Delimitazione del campo di indagine. – 2. Le Piattaforme digitali e il contesto in cui matura la relativa regolamentazione europea. – 3. Il *Digital Services Act* e il *Digital Market Act*. – 4. L'IA e le piattaforme digitali. – 5. Gli atti di *soft law* sull'interazione tra DMA, DSA e GDPR. – 6. Le recenti novità nel panorama nazionale: la legge italiana sull'Intelligenza Artificiale. Cenni. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Delimitazione del campo di indagine. L'attuale realtà economico-sociale è il frutto di importanti e radicali trasformazioni determinate, negli ultimi anni, dal contributo dello sviluppo tecnologico: ci troviamo, infatti, nell'ormai sempre più consolidato contesto di quella che viene definita «transizione digitale», nell'ambito della quale si sono realizzate molteplici innovazioni che, in ragione del loro notevole impatto sulle manifestazioni della vita quotidiana, sono state (e sono tuttora) oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi delle materie giuridiche, dell'economia e dell'amministrazione.

Tale realtà è stata agevolata in particolare dall'emergenza pandemica, durante la quale *Internet* ha svolto un ruolo determinante rispetto alla tutela di diritti fondamentali quali quello alla salute, all'istruzione e al lavoro¹. Ciò ha contribuito a modificare anche la sfera della libertà personale², attraverso spazi di *open networks*³ che, gradualmente, hanno dato vita a una vera e propria coesistenza tra la realtà analogica e quella digitale, perché «l'ambiente in cui l'uomo ormai è immerso è in gran parte di tipo informatico e siamo, dunque, innanzi ad un nuovo umanesimo digitale»⁴.

Nell'ambito di queste innovazioni – tra le quali si annovera, ovviamente, tutto il processo di digitalizzazione dell'attività amministrativa – particolare interesse lo hanno suscitato la

* Sottoposto a referaggio.

** Già Ricercatrice di Diritto amministrativo e pubblico – Università di Napoli Parthenope.

¹ Internet è stato definito «il più grande esperimento di anarchia della storia», cfr. E. Schmidt, J. Cohen, *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, tr. it., Milano, 2013, XI. Si veda anche T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *DIRINF*, 2020, 483; G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013.

² Così M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 68.

³ Cfr. T.E. Frosini, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Consulta* online, 25 maggio 2020, 4 ss.

⁴ M. Tiberii, *La regolamentazione Consob sulla raccolta di fondi online: l'equity e il lending crowdfunding*, in *Amministrativ@mente.it*, 1, 2022, 138-157.

*blockchain*⁵, l'e-commerce, gli *smart contracts*⁶, ma anche i *social media*, le problematiche ad essi connesse in termini di *cybersecurity* e di tutela dei dati e le piattaforme *on line*, queste ultime in considerazione non solo della notevole e predominante loro espansione, ma anche dell'impatto che pure su di esse ha avuto e può avere l'Intelligenza Artificiale (IA) con i suoi sistemi.

Questi ultimi nascono grazie ai dati che la stessa Intelligenza Artificiale riceve sotto forma di *input* i quali, a loro volta, ne generano di ulteriori, in un meccanismo potenzialmente infinito⁷; l'utilizzo dei dati rende possibili, ad esempio, tra le tante opportunità, non solo varie tipologie di transazioni, ma anche l'adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto, in quanto si tratta di attività che possono essere governate da un sistema di IA che, mediante un algoritmo operante con un meccanismo di causa-effetto⁸, garantisce l'esito dell'operazione, scongiurando il contenzioso e generando, così, fiducia tra gli utenti. L'algoritmo consente, dunque, di controllare variabili quali l'avveramento delle condizioni eventualmente inserite nel regolamento contrattuale⁹.

Ma, a fronte dell'innegabile vantaggio che può derivare dalla rapidità e dal presunto alto livello di sicurezza offerto dal sistema, sorgono, cionondimeno, dubbi in merito alla natura contrattuale di accordi conclusi in tal modo (gli *smart contracts*, appunto); questi, infatti, caratterizzandosi per avere una struttura di protocolli informatici che riproducono ed

⁵ La *blockchain*, descritta, in maniera un po' suggestiva, anche come «macchina della verità» o «protocollo di Dio», rappresenta una delle tecnologie più recenti e dibattute in tema di trasformazione digitale, in grado di dar vita ad una rivoluzione paragonabile e forse superiore a quella dell'avvento del *web*, tanto che viene vista come la seconda era di *Internet*, con il potenziale di cambiare radicalmente la moderna economia digitale. Si veda M. J. Casey, P. Vigna, *La macchina della verità. La blockchain è il futuro di ogni cosa*, Milano, 2018 (in cui si sostiene, infatti, che la *blockchain* possa contribuire a modificare il sistema di controllo e gestione dell'informazione divenendo un sistema distribuito nel quale le persone, i componenti essenziali della società globale, possano decidere in che modo debbano essere gestiti i propri dati). Essa può essere definita come una piattaforma virtuale al cui interno i soggetti iscritti condividono pubblicamente dati e informazioni, contribuendo anche alla loro verifica e validazione, e può essere applicata a molteplici ambiti – dal campo finanziario, all'*audit* interno delle imprese, alla certificazione delle identità digitali, agli *smart contracts*, alla prevenzione del rischio corruzione – in quanto consente la creazione e la gestione di un *database* decentralizzato, ovvero una rete *peer-to-peer* che memorizza un registro delle transazioni, condiviso tra tutti i partecipanti (detti «nodi»). In tale registro vengono annotate, in modo ordinato e sequenziale, le operazioni compiute da ciascuno: in pratica, si tratta di una rete decentralizzata in cui i dati vengono raccolti non in un unico posto, ma in singoli «nodi», ognuno dei quali è una copia di un singolo *set* di dati. Raggiunto un certo numero di transazioni approvate viene formato un nuovo «blocco» crittografato che, a sua volta, sarà successivamente concatenato e bloccato insieme ad altri formando, in tal modo, una storia cronologica degli eventi che vive su ogni nodo del sistema. Chiunque può diventare un «nodo» e partecipare alla *blockchain* installandola sul proprio *server*, avendo, in tal modo, libero accesso alla rete e possibilità di verifica esatta di cosa accada. La crittazione del blocco e l'apposizione ad esso di una marca temporale al momento della sua chiusura conferiscono la sicurezza necessaria per il funzionamento del database che si viene a creare. Sul tema, ex multis, N. Attico, *Blockchain, guida all'ecosistema. Tecnologia, business, società*, Milano, 2018; M. Matassa, *Blockchain e pubblica amministrazione: stato dell'arte e prospettive*, in *Ist. Federalismo*, 3, 2021, 803-838; I. Francucci, *Trasparenza, blockchain e gestione dei rifiuti*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2024, 273 ss.

⁶ Sugli *smart contracts*, o *self executing contracts*, *blockchain contracts* o *digital contracts* cfr. D. Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2, 2017, 378 ss.

⁷ Si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare la tecnologia *blockchain* nell'ambito della gestione delle informazioni ambientali in vista di una semplificazione nel trattamento delle stesse, anche al fine di garantire maggiore trasparenza all'accesso per i richiedenti. Si vedano, sul tema, A. Micello, *La tecnologia blockchain al servizio della gestione delle informazioni ambientali: verso un "Blockchain Green Public Procurement"?*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 3, 2018, 83-108; F. Calisai, *Intelligenza artificiale e ambiente*, in *Giustizia Civile*, fasc. 4, 1° aprile 2021, 898.

⁸ Il meccanismo di causa - effetto cui si fa riferimento è quello «*if-then*», per cui, ad esempio, alla ricezione del pagamento consegue la consegna del bene o la concessione di una licenza d'uso. Cfr. S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 10, 2018, 1787 ss.

⁹ Si parla, al riguardo, dell'inserimento di *trigger point*.

eseguono meccanicamente i termini di un accordo, rendono piuttosto difficile riuscire a riconoscere la natura negoziale ad un'operazione in cui manca la componente volontaria. A ciò si aggiunga, inoltre, che è anche possibile che si determinino delle «zone grigie di “irresponsabilità” e vuoti di tutela»¹⁰ in caso di danni subiti dagli utilizzatori, conseguenti, magari, a un malfunzionamento della catena e del *software* in generale e causate proprio dalla eccessiva rigidità delle piattaforme, oltre che dalla impossibilità di modificare le informazioni ivi inserite, sebbene sia proprio la rigidità a garantire un maggior livello di sicurezza.

L'Intelligenza Artificiale, a ben vedere, ha, dunque, assunto una notevole rilevanza che si estende alle strategie commerciali, tanto quanto alla gestione dei rapporti economici e, infine, ai processi decisionali, nonostante, va detto, continuino a persistere notevoli perplessità con riguardo alla chiarezza e alla liceità delle modalità di funzionamento dei sistemi algoritmici che ne sono alla base e che derivano dalla ancora rilevabile difficoltà (se non proprio dalla impossibilità) di intervenire sulla discrezionalità che li connota e che, purtroppo, finisce con il contrapporre una certa opacità alla loro intrinseca versatilità¹¹.

Alla luce del quadro regolatorio che si è venuto a delineare negli ultimi anni e di cui si fornirà, di seguito, una breve analisi, lo scritto intende, dunque, soffermarsi sui vantaggi e le opportunità che può determinare l'Intelligenza Artificiale applicata alle piattaforme digitali, evidenziando, al contempo, i rischi che, tuttavia, ne possono derivare e che assumono un fondamentale rilievo in ragione del fatto che, spesso, sono sottovalutati perché ignorati dagli stessi utenti delle piattaforme.

Tali rischi sono, tra gli altri, connessi alla problematica della gestione dei dati acquisiti dalle piattaforme digitali sotto il profilo della *privacy* e che, pure a fronte della stretta regolamentazione contenuta nel *General Data Protection Regulation* (GDPR¹²), sono, purtroppo, esposti, spesso, a un trattamento non sempre corretto da parte dei titolari, ovvero i gestori delle piattaforme stesse.

I dati, invero, con l'affermarsi dei mercati digitali e dei *Big Data*, dei sistemi di profilazione e dei modelli predittivi utilizzati dai principali attori dell'economia digitale, sono ormai divenuti una risorsa estremamente preziosa, in relazione alla quale l'autorizzazione al trattamento non risulta più orientata alla salvaguardia di un valore intrinseco e non negoziabile, quale la riservatezza dell'informazione personale, ma tende, piuttosto, a divenire funzionale al suo sfruttamento economico. Infatti, la disponibilità e il valore economico di essi non appartengono più al soggetto cui si riferiscono, bensì, in via esclusiva, all'operatore economico che ne ha ottenuto il consenso alla raccolta e al trattamento¹³. E anche se il consenso a tale trattamento viene spontaneamente fornito dal titolare del dato stesso, non si

¹⁰ F. Calisai, *Intelligenza artificiale e ambiente*, ult. cit., 900.

¹¹ M. L. Borgese, *La duplice radice dell'Intelligenza Artificiale: fra le esigenze di innovazione e la tutela dei più fragili*, su <https://www.medialaws.eurivista>, *Rivista di diritto dei media*, 1, 2024.

¹² Regolamento (UE) 2016/679, relativo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di essi, la cui entrata in vigore, com'è noto, ha abrogato la prima normativa in materia di tutela dei dati personali dell'individuo risalente alla Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali che aveva avuto l'intento di ravvicinare le legislazioni nazionali in tema di *data protection*, a seguito dell'aumento dei flussi transfrontalieri di dati personali tra operatori economici pubblici e privati derivante dal funzionamento del Mercato unico. Sia consentito un rinvio a B.N. Romano, *In the Era of AI: Exploring New Frontiers in Cybercrime and Safeguarding Personal and Health data*, su *Corti Supreme e Salute*, 1, 2024, 461 ss.

¹³ Nella precedente disciplina in materia, contenuta dapprima nella L. 675/1996 e poi nel Codice della privacy del 2003, invece, i dati personali erano considerati inalienabili e non negoziabili proprio perché inerenti al diritto fondamentale della persona alla riservatezza, per cui la tutela ad esso predisposta prevedeva non solo un'autorità garante (il Garante per la *privacy*, appunto), ma anche un rigido sistema di autorizzazione al trattamento e un sistema di prescrizioni e sanzioni anche di carattere penale (per il reato di trattamento illecito di dati personali). Si veda C. Contessa, *Il potere pubblico al tempo dei Big Data*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Testo unico dei servizi media Audiovisivi Radiotelevisivi (TUSMAR) commentato articolo per articolo*, Piacenza, 2021.

può non rilevare che una tale evoluzione rappresenti comunque una forma di «arretramento dell'ambito dei diritti inviolabili (anche di matrice sociale) e del sistema di regole posto a loro tutela, a tutto vantaggio dei diritti proprietari di matrice economica»¹⁴.

L'analisi si concentrerà, pertanto, in particolare, sul rapporto tra la regolamentazione europea delle piattaforme digitali – segnatamente, il *Digital Services Act* (DSA) e il *Digital Markets Act* (DMA) – e la disciplina dell'Intelligenza Artificiale contenuta nell'*AI Act*, che introduce un approccio basato sulla valutazione del rischio e sulla classificazione dei sistemi di IA. Tale quadro regolatorio sarà esaminato alla luce non solo del GDPR, ma anche delle recenti Linee guida europee relative sia alle pratiche vietate di Intelligenza Artificiale, sia ai rapporti tra DSA, DMA e GDPR, riservando un cenno pure alla legge italiana che – anch'essa di recente – è stata emanata sull'Intelligenza Artificiale, ovvero la l.n. 132/2025.

Lo scopo è verificare se e in che misura il quadro regolatorio europeo che sta via via sempre più consolidandosi sia in grado di assicurare un equilibrio effettivo tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali, garantendo che l'impiego dell'Intelligenza Artificiale nelle piattaforme digitali avvenga in modo trasparente, responsabile e conforme ai principi dello Stato di diritto. In particolare, l'analisi intende valutare la capacità delle «nuove» normative di offrire strumenti idonei a governare i rischi derivanti dall'uso dell'IA – quali la manipolazione algoritmica, la profilazione e l'opacità decisionale – puntando alla costruzione di un sistema di *governance* digitale europeo unitario e coerente, senza, tuttavia, ostacolare le opportunità di sviluppo e competitività che essa può generare nel mercato digitale europeo.

2. Le Piattaforme digitali e il contesto in cui matura la relativa regolamentazione europea. È necessario, preliminarmente, intendersi su cosa siano le piattaforme digitali (*online*) e precisare che non sempre gli utenti ne conoscono effettivamente la realtà e, di conseguenza, cosa l'IA renda possibile all'interno del loro contesto, in quanto sono prevalentemente attratti dalle opportunità ad esse legati finendo, per tale motivo, con il sottovalutare gli effetti negativi che possono derivarne.

Le suddette piattaforme sono, a ben vedere, ambienti virtuali progettati per facilitare l'interazione, lo scambio di informazioni e le transazioni tra gli utenti; negli ultimi decenni esse sono divenute il fulcro di molte attività sociali, economiche e culturali, tanto da riuscire ad estendere la propria presenza in settori molteplici che vanno dall'*e-commerce*, ai *social media*, ma anche all'informazione e ai servizi finanziari. Tra le più note figurano, ad esempio, i *social network*, i *marketplace*, le piattaforme di *streaming*: tutte hanno in comune il pregio di avere trasformato il modo in cui le persone comunicano, consumano contenuti e prodotti e, persino, lavorano¹⁵.

Riuscire a darne una definizione univoca, in realtà, non è, però, semplice¹⁶, a causa della versatilità che le connota e che ne favorisce un ampio impiego in svariati ambiti settoriali (dai trasporti, alla compravendita di beni, al mercato del lavoro) nei quali è, pertanto, possibile

¹⁴ *Idem*, 7.

¹⁵ In tema di piattaforme digitali e loro regolazione si vedano, *ex multis*, O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016; P. Akman, *Regulating competition in digital platform markets: a critical assessment of the framework and approach of the EU digital markets act*, in *European law review*, 1, 2022; R. Niro, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e corregolazione: note ri-costruttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021; M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Gruppo di Pisa*, 2, 2021; M. Santaniello, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 3, 2021; E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE online*, 2021, spec., 1236 s.

¹⁶ Anche la stessa Commissione Europea ha incontrato difficoltà nel definire il termine piattaforma nella comunicazione sul mercato unico digitale *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final (6.5.2015).

percepire gli effetti del cd. *platformization process*¹⁷. È, tuttavia, chiaro che esse hanno potuto, in breve tempo, trasformare radicalmente non solo i mercati, ma anche le imprese che producono beni e servizi e le relative transazioni, lanciando sfide ai più tradizionali modelli di *business* e agli stessi legislatori e regolatori, grazie al potere via via sempre maggiore che hanno potuto acquisire, con effetti inevitabili sul mercato in genere, oltre che con riguardo alla tutela dei consumatori. Questi ultimi, in qualità di utenti, hanno inevitabilmente fornito ad esse dati propri¹⁸ che, come detto, rappresentano una vera e propria «risorsa economica strategica, al pari del capitale o del lavoro»¹⁹, in quanto consentono di addestrare gli algoritmi e, dunque, di personalizzare le offerte e finanche di anticipare le decisioni di mercato.

Dunque, fungendo da intermediari digitali, le piattaforme hanno dato vita a un nuovo modello di *business*²⁰ in cui sono in grado di collegare domanda e offerta e in cui consumatori e fornitori possono interagire e scambiare valore senza la necessità di intermediari tradizionali, in uno spazio di interazione di due o più gruppi omogenei di utenti che, grazie al carattere della bilateralità (*two-sided*) o della multilateralità (*multi-sided*) delle piattaforme stesse, intessono relazioni di scambio, ma anche di interdipendenza, secondo modalità e procedure di natura contrattuale²¹.

Tale modello, sebbene sia abbastanza recente, ha, ciononostante, comportato la formazione di un vasto potere di mercato che, se, da un lato, costituisce un dato economico considerato ormai per acquisito, ha, dall'altro, dato vita a problematiche di varia natura connesse alla tutela della concorrenza nei mercati digitali e al contrasto alle posizioni di monopolio.

Infatti, la maggior parte delle piattaforme è caratterizzata dall'offerta integrata di una molteplicità di servizi e dalla sua rapida espansione; in esse, oltre all'esistenza di effetti di rete²², sono presenti dei meccanismi che, di fatto, rinforzano la posizione oligopolistica delle grandi imprese del digitale (*Big Tech*) che già operano nel mercato, quali *Amazon*, *Microsoft*, *Google*, *Apple*, *Meta*. Tra questi meccanismi si evidenziano, tanto per citarne alcuni, l'utilizzo strategico dei dati, ma anche gli *switching costs* – che sono i costi che un consumatore deve

¹⁷ G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 1° gennaio 2023, 116.

¹⁸ L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 7, 2019, 2.

¹⁹ M. Rubino de Ritis, *Intelligenza artificiale e mercato: dalla guerra al possibile equilibrio*, in *giustiziaviva.com*, 17.6.2025, che evidenzia che, al contempo, i dati rappresentano anche una «barriera all'ingresso potentissima», perché quanto maggiori sono i volumi che se ne possiedono, tanto più si riesce ad offrire servizi migliori, rapidi e più predittivi.

²⁰ Quello della *platform economy* è un tema che investe diversi settori; essendo la dottrina molto vasta si rinvia, a mero titolo esemplificativo, a: L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, cit.; S. Martinelli, *Platform economy e responsabilità delle piattaforme di intermediazione*, in S. Orlando, G. Capaldo (a cura di), *Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Yearbook 2022 Juridical Observatory on Digital Innovation, Roma, 2022; A. Manganelli, A. Perrucci, *Servizi di pagamento e finanziari. L'impatto delle grandi piattaforme digitali, fra innovazioni tecnologiche ed evoluzione normativa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2025, 243-265; G. Toscano, *La tutela del lavoro nel gioco delle piattaforme digitali: sfide e prospettive*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 1, 2025; L. Parona, *Addressing the interplay between competition law and data protection law in the digital economy through administrative cooperation: The CJEU judgement in the 'Meta Platforms' case*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2024, 239-265.

²¹ Questa è la definizione che è possibile trarre dal *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, del Settembre 2015, documento con il quale è stata aperta la consultazione sul tema delle piattaforme. In esso si è fatto riferimento alla piattaforma come all'impresa che opera su mercati «bilaterali» (*two-sided market*) o «multilaterali» (*multi-sided markets*) in quanto, «grazie alla tecnologia, sono in grado di mettere in contatto un vasto numero di compratori e venditori». Cfr. L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 7, 2019, 3.

²² Sulla configurazione «a rete» del sistema dei poteri pubblici di vigilanza e di controllo nel *Digital Services Act*, cfr. L. Torchia, *Poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 4, 1101 ss.

sostenere quando intende cambiare fornitori di un certo bene o servizio – e i *behavioral biases* – ovvero le possibili distorsioni comportamentali. Essi determinano l'effetto di ostacolare lo spostamento degli utenti medesimi e di creare delle vere e proprie «barriere all'entrata» grazie alle quali le *Big Tech* riescono a non subire la pressione concorrenziale sui singoli servizi offerti²³.

A dire il vero, i suddetti meccanismi non sono stati percepiti come problematiche nell'immediato, con la conseguenza che le piattaforme *online* hanno potuto avvantaggiarsi per lungo tempo di politiche che, solo in seguito, sono state definite «troppo permissive, tanto negli Stati Uniti, quanto in Europa»²⁴. Esse, in altri termini, sono divenute, veri e propri attori sovrastatali che hanno potuto acquisire uno smisurato potere agevolati non solo dalla apparente e pretesa libertà del *cyberspazio*, ma anche dal fatto che, per lungo tempo, i legislatori, nella convinzione di voler promuovere l'innovazione tecnologica, hanno lasciato ampi spazi di autoregolazione e di mercato. Proprio perché detengono risorse di tipo informativo tali da consentire di influenzare scelte individuali e collettive²⁵, essi, dunque, non si sono limitati a fornire servizi, ma hanno assunto il ruolo di vere e proprie «autorità di fatto», imponendo regole privatistiche e di procedure di *enforcement* (esecuzione) al di fuori di un controllo effettivo da parte di organi pubblici.

Pertanto, se, in un primo momento, si è manifestato un certo entusiasmo rispetto alla creazione di nuovi mercati da parte delle piattaforme digitali, anche in ragione del graduale e affascinante imporsi delle applicazioni tecnologiche, lo stesso entusiasmo si è, nel tempo, ridimensionato perché si è compresa la necessità di dover regolamentare tale nuovo mercato, per contrastare questi veri e propri oligopoli, a favore di operatori già affermati che, sfruttando la loro posizione predominante, sono riusciti ad «inglobare» iniziative economiche potenzialmente concorrenti con essi²⁶, grazie anche all'applicazione di prezzi anticoncorrenziali, come è accaduto, ad esempio, per le *transaction platforms* (di cui si è a lungo sottovalutato il rischio²⁷).

Le distorsioni alla concorrenza nei mercati digitali e i plurimi pregiudizi per gli utenti hanno, dunque, rivelato l'insufficienza di un approccio basato esclusivamente su meccanismi di *self-regulation* di origine privata²⁸. Ne è conseguito che la tendenza degli attori protagonisti di questo ecosistema digitale a dotarsi «di un diritto de-territorializzato, sganciato da istituzioni politiche e meccanismi di rappresentanza democratica»²⁹ e reso possibile dal fatto che le istituzioni politiche non sono state in grado di corrispondere i traffici economici globali conseguenti al progresso economico, ha indotto la dottrina giuspubblicistica ad interrogarsi sull'enorme potere da essi acquisito in qualità di soggetti privati che hanno contribuito alla

²³ G. Bruzzone, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2, 2021.

²⁴ G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, ult. cit. 117.

²⁵ M. Santaniello, *La regolazione delle piattaforme e il principio della sovranità digitale*, in *Rivista di Digital Politics*, 3, 2021, 587-588.

²⁶ È il caso dell'acquisizione delle piattaforme *WhatsApp* e *Instagram* da parte di *Facebook*. Attualmente fanno entrambe parte dell'ecosistema più ampio di *Meta Piattaforme*, che ha sostituito *Facebook* e che comprende sia quest'ultima piattaforma che *Instagram*, *Messenger* e la crescente gamma di tecnologie VR e AR.

²⁷ È il caso di *Amazon*, *transaction platform* che, nata come semplice intermediaria, ha finito rapidamente con l'identificarsi con il mercato stesso, gestendo in autonomia domanda e offerta, sia dal lato degli utenti commerciali che da quello dei consumatori finali.

²⁸ Così G. Buttarelli, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, cit., 120.

²⁹ E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, cit. 1236. Si veda, al riguardo, S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali diritti e quali vincoli*, Bari, 2014; Id., *Una Costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337 ss.

nascita di nuovi beni di interesse generale³⁰.

Non potendocisi, però, soffermare sull'ampio dibattito che è maturato sul tema, ci si limita ad evidenziare che la medesima dottrina ha, da tempo, riconosciuto che, per riuscire a combinare la tutela dei diritti fondamentali con la produzione privata del diritto nell'era digitale, è necessaria una *co-regulation*, che rappresenta una forma di regolazione frutto della integrazione delle fonti pubbliche con quelle private dei protagonisti della rete, in cui possano, dunque, trovare composizione strumenti e interessi tanto pubblici quanto privati e che possa dar vita alla cd. *lex informatica*³¹ in maniera più adeguata di quanto sia possibile attraverso non solo la *de-* o *self-regulation* ma anche la regolazione classica (o etero-regolazione)³².

Il risultato di tale integrazione è ravvisabile proprio nelle recenti regolazioni del *Digital Services*

³⁰ Si vedano, *ex multis*, G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005; Id. *Internet e le sue fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 5-6; Id., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016; O. Lobel, *The Law of the Platform*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 101, e spec. par. IV, *From Code as Law to Platform as Regulation*, 142 ss.; T.E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 1, 13 ss.; Id., in *Dir. Inf.*, 2020; A. Simoncini, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017, 19 ss.; E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, in *DPCE online*, 2021, spec., 1236 ss.; M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Gruppo di Pisa*, 2/2021, 168; E. Bruti Liberati, *Poteri privati e nuova regolazione pubblica*, in *Diritto pubblico*, fascicolo 1, gennaio-aprile 2023, 285-301.

³¹ *Lex informatica* (J. R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1997-1998), 7), così come *code of law* (L. Lessig, *Code: And Other Laws Of Cyberspace*, 1999), sono espressioni che risalgono agli anni Novanta attraverso le quali si è inteso fare riferimento, appunto, al codice regolatore del *cyber-spazio*. Si rinvia a L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, cit., 4. T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Dir. Inf.*, 2020, 482, definisce diritto spontaneo la *lex informatica*, nella quale, grazie alla *co-regulation*, vengono ad integrarsi «le poche ed essenziali leggi statali ed europee [...] con una politica di *self-regulation* da parte degli utenti di *internet*». Inoltre ritiene che la *lex informatica*, proprio perché consente una integrazione tra fonti pubbliche e fonti private dei protagonisti della rete, può leggersi ispirata al principio di sussidiarietà, in quanto «la *co-regulation* dello Stato può venire in sussidio alla *self-regulation* degli utenti, quando questi la evocano ovvero quando la necessitano».

³² La *de-* o *self-regulation* comporterebbe, infatti, in prospettiva, una sorta di «indifferenza giuridica» nei confronti dei diritti coinvolti dall'economia digitale, indifferenza non auspicabile per la varietà e il tenore di tali diritti. La regolazione classica (o etero-regolazione), invece, trattandosi di una regolazione esclusivamente pubblicistica, si scontrerebbe inevitabilmente con la ormai riconosciuta «crisi» della legge come esclusivo strumento di normazione che, tra l'altro, in tale contesto, risulta anche difficilmente conciliabile con la dimensione globale, la tecnicità e la velocità del fenomeno digitale. Si veda E. Cremona, *Fonti private e legittimazione democratica nell'età della tecnologia*, cit., 1263 ed anche G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 411-415. G. De Minico, *Internet e le sue fonti*, cit., 9, sostiene che con la *co-regulation* «si ripropone l'antico e mai sopito conflitto tra autorità e libertà, uno scontro in cui si consuma da un lato, il tentativo di un ordinamento di aprirsi ai privati senza rinunciare a ideare il progetto politico-regolatorio, di cui conserva la responsabilità ultima; dall'altro, l'accettazione da parte dei privati di un metodo ispirato al *self-restraint*, il prezzo da pagare per l'imperatività e la generalità delle proprie regole, altrimenti volontarie e relative».

Act (DSA)³³ e del *Digital Markets Act* (DMA)³⁴, contenuti all'interno del *Digital Services Act Package*³⁵, del dicembre del 2020, attraverso il quale la Commissione europea ha fornito la disciplina necessaria a soddisfare alcune importanti esigenze: quella di garantire il buon funzionamento dei mercati, mantenendo un contesto economico aperto e concorrenziale; quella di prevenire lo sfruttamento iniquo del potere conseguito; e quella di regolamentare sia l'impatto potenziale delle condotte delle piattaforme sull'accesso all'informazione e sul condizionamento dei comportamenti individuali, sia il ruolo che le piattaforme possono svolgere ai fini della rimozione dei contenuti illeciti o dannosi sul *web*.

Al DSA e al DMA, aventi lo scopo di fornire – con i dovuti distinguo che verranno evidenziati – una disciplina organica per i servizi digitali e di stabilire le condizioni di competitività tra gli operatori all'interno dei mercati, si aggiungono (ma, in tale sede, non ci si soffermerà) il *Data Governance Act* (DGA)³⁶, che stabilisce le modalità e i termini per un riutilizzo dei dati oggetto di diritti di terzi o detenuti da enti pubblici³⁷; e il *Data Act*³⁸, che, in

³³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Tale Regolamento consta di 156 Considerando e di 93 articoli. Pubblicato il 27 ottobre 2022, la sua applicazione è stata divisa in due fasi: dal 25 agosto 2023 è stato applicato solo alle piattaforme *online* molto grandi e ai motori di ricerca molto grandi; mentre dal 17 febbraio 2024 è stato applicato anche alle altre piattaforme. Entro tale ultima data gli Stati hanno dovuto nominare i loro coordinatori per i servizi digitali. Sul tema si vedano, *ex multis*, F. Casolari, *Il "Digital Services Act" e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2024, 462-465; M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, 17, 2024; G. De Minico, *Nuova tecnica per nuove disuguaglianze*. Case law: *Disciplina Telecomunicazioni*, *Digital Services Act e Neurodiritti*, in *Federalismi.it*, 6, 2024, 1-22; I. De Vivo, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, in *Federalismi.it*, 2, 2024, 45-75.

³⁴ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Esso consta di 109 Considerando e di 54 articoli ed è entrato in vigore il 7 marzo 2024. Sul DMA si vedano, *ex multis*, J. Moscianese, O. Pollicino (a cura di), *Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali. Lo stato dell'arte dopo l'entrata in vigore del Digital Market Act*, Giappichelli, 2024; G. Contaldi, *Il DMA ("Digital Markets Act") può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2023, 77-93. Sul DMA si vedano, *ex multis*, F. Sporta Caputi, "Gatekeeper", *abuso di posizione dominante ed efficacia preventiva dei presidi comportamentali e organizzativi introdotti dal "Digital Market Act" e dal "Digital Service Act"*, in *AIDA*, 2023, pp. 39-101; M. Libertini, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2022, 1069-1083; P. Dunn, *Il Digital Markets Act: tra logiche concorrenziali e istanze costituzionali*, in *Diritti comparati*, 17 Febbraio 2022.

³⁵ Emanato nell'ambito della *European Strategy for data* (COM/2020/66); si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dal titolo *Una strategia europea per i dati* del 19.2.2020, pubblicata dalla Commissione al fine di rendere possibile a tutti, in egual misura, la transizione digitale.

³⁶ Regolamento (UE) 2022/868, entrato in vigore nel giugno 2022. Il DGA è diventato pienamente applicabile il 24 settembre 2023; esso riguarda la messa a disposizione dei dati del settore pubblico sulla base di tre pilastri: il riutilizzo dei dati pubblici, qualora tali dati siano oggetto di diritti di terzi; la condivisione dei dati tra le imprese, dietro compenso in qualsiasi forma; il consenso all'utilizzo di dati personali con l'aiuto di un intermediario per la condivisione dei dati personali, e il consenso all'utilizzo dei dati per scopi altruistici. Rappresenta un importante impianto normativo rispetto al funzionamento dello Spazio comune europeo dei dati, già prefigurato nella Comunicazione della Commissione UE del 19 febbraio 2020 e richiamato nel considerando 2 del DGA. Diversamente dal momento in cui il GDPR è diventato efficace e pienamente applicabile, il *Data Governance Act* non dispone degli obblighi di adeguamento nell'immediato, ma offre delle opportunità per tutti coloro che vogliano accedere alla *data economy* utilizzando i dati (personali e non personali) che legittimamente detengono.

³⁷ Il DGA fissa, inoltre, tra le altre, le condizioni per i servizi di intermediazione nella condivisione dei dati tra imprese.

³⁸ Regolamento (UE) 2023/2854, entrato in vigore l'11 gennaio 2024 e pienamente applicabile dal 12 settembre 2025, che contiene la disciplina sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, volta a promuovere un comportamento aziendale sostenibile e responsabile. Esso ha lo scopo di regolare l'utilizzo e l'accesso ai dati

una prospettiva complementare al DGA, si pone l'obiettivo di ampliare la platea dei soggetti che hanno accesso alle informazioni: insieme a quest'ultimo esso si inserisce nella più ampia strategia europea per il mercato unico dei dati, in «dialogo» costante con il GDPR.

3. II Digital Services Act e il Digital Market Act. L'intervento della Commissione attraverso il *Digital Services Act Package* ha consentito di aggiornare la disciplina, precedentemente vigente, contenuta nella Direttiva 2000/31/CE³⁹ relativa all'armonizzazione dell'attività di prestazione transfrontaliera di servizi digitali nel mercato unico europeo⁴⁰.

È nel *Digital Services Act* (DSA) che si è concretizzato tale aggiornamento; quest'ultimo è l'atto normativo avente, per l'appunto, l'obiettivo di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo «norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo»⁴¹.

Esso fa riferimento alle «piattaforme online molto grandi»⁴² – cd. VLOPs, *very large online platforms* – individuabili dalla Commissione secondo un parametro quantitativo, corrispondente a un numero di destinatari attivi mensili medi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni⁴³; e ai motori di ricerca molto grandi - VLOSE, *Very large online search engines* - individuabili anche questi dalla Commissione, in base al numero di utenti da essi fornito.

Tra le VLOPs la Commissione europea ha incluso le piattaforme dei *social media* (come *Twitter*, *Instagram*, *LinkedIn*, *TikTok* e *Facebook*), ma anche quelle di condivisione di video e musica (come *YouTube* e *Spotify*), quelle di alcuni siti di viaggi online (come *Airbnb*) e altri mercati digitali come *Amazon Store*; mentre tra le VLOSE ha individuato *Bing* e *Google Search*.

Attraverso il DSA si è voluto contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari e alla realizzazione di uno spazio digitale in cui non solo si attuano la prevenzione e la riduzione dei rischi di uso improprio delle piattaforme online, ma sono anche definite le responsabilità degli utenti, delle piattaforme e delle autorità pubbliche, riequilibrare

generati nell'Unione europea in tutti i settori economici, in modo che sia garantita l'equità nell'ambiente digitale e sia stimolato un mercato dei dati più accessibili a tutti, proteggendo, altresì, le piccole e medie imprese dalle clausole contrattuali abusive imposte dalle parti che si trovano in una posizione contrattuale significativamente più forte.

³⁹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 *Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno* ("Direttiva sul commercio elettronico"). Essa era stata emanata allo scopo di «contribuire al buon funzionamento del mercato garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri» (art. 1, co. 1), ravvicinando, altresì, «talune norme nazionali sui servizi della società dell'informazione che interessano il mercato interno, lo stabilimento dei prestatori, le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziarie delle controversie, i ricorso giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri» (art. 1, co. 2).

⁴⁰ Tale Direttiva definiva le responsabilità e gli obblighi dei prestatori di servizi digitali, in particolare delle piattaforme online, sottolineando la necessità di stabilire obblighi in materia di informazione e responsabilità per i prestatori di servizi digitali, oltre che per contrastare i contenuti illegali online. Richiedeva, inoltre, l'istituzione di una vigilanza pubblica a livello nazionale e di Unione europea ed una cooperazione tra le autorità competenti delle varie giurisdizioni nell'applicazione del diritto, soprattutto per quanto riguarda le questioni transfrontaliere.

⁴¹ Art. 1, par. 1.

⁴² Attraverso l'acronimo, GAFAM si descrivono cinque delle più influenti e dominanti società di tecnologia multinazionali, e cioè: *Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon* e *Microsoft*. Si veda, al riguardo, M. Barbano, *Verso un "antitrust" Italiano 4.0? I GAFAM e i "Big data" all'esame dell'Agcm*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2021, 957-987.

⁴³ Art. 33, par. 1.

in base ai valori europei.

Ponendosi come normativa complementare rispetto alla disciplina comunitaria in materia di protezione dei consumatori, di protezione dei dati personali e di riservatezza delle comunicazioni, il DSA può conferire maggiore sicurezza e apertura a tutti gli utenti; inoltre, puntando sulla crescita e la competitività del mercato digitale, può facilitare l'espansione delle piattaforme più piccole e delle *start-up*.

Il *Digital Markets Act* (DMA), invece, è la legge sui mercati digitali emanata allo scopo di accrescere e armonizzare le responsabilità delle piattaforme *online* e dei fornitori di servizi d'informazione, rafforzando il controllo sulle politiche di contenuto delle piattaforme e introducendo, altresì, regole per assicurare l'equità e la contendibilità dei mercati digitali.

A differenza del DSA, che si rivolge alle imprese che offrono «servizi di intermediazione» agli utenti europei - e, dunque, ai fornitori di accesso a *Internet*, ai servizi *cloud*, *marketplace*, *social network*, escluse le piattaforme per la messaggistica tra privati - il DMA si rivolge alle grandi piattaforme, ai cd. *gatekeeper*, ovvero ai fornitori di servizi che assumono un impatto significativo sul mercato interno⁴⁴, ovvero gestiscono un punto di accesso importante (c.d. *gateway*) per l'intermediazione tra utenti commerciali e consumatori finali⁴⁵, ovvero detengono una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività⁴⁶.

Emanato anch'esso, come il DSA, sulla base giuridica dell'art. 114 del TFUE, il DMA ha come oggetto specifico quello di «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali»⁴⁷. Si applica, dunque, ai servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai *gatekeeper* a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei *gatekeeper* e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del servizio⁴⁸.

In definitiva, esso nasce dall'esigenza di disciplinare un mercato in cui un numero ridotto di grandi imprese fornisce servizi di piattaforma di base dotate di considerevole potere economico «che potrebbe qualificarle per essere designate come *gatekeepers*»⁴⁹, veri e propri cancelli di entrata fra aziende e utenti⁵⁰, in grado di controllare flussi informativi, interfacce e modalità di interazione economica.

Inoltre, persegue lo scopo di scongiurare il rischio di una frammentazione normativa fra gli Stati membri, favorendo il pieno sviluppo delle potenzialità delle piattaforme e affrontando, a livello europeo, le principali ripercussioni delle pratiche sleali e della scarsa contendibilità,

⁴⁴ Art. 3, par. 1, lett. a).

⁴⁵ Art. 3, par. 1, lett. b).

⁴⁶ Art. 3, par. 1, lett. c).

⁴⁷ Art. 1, par. 1.

⁴⁸ Art. 1, par. 2. Non si applica, invece, ai mercati relativi alle reti di comunicazione elettronica (come le reti satellitari, le reti mobili e le fisse) e ai servizi di comunicazione elettronica che comprendono il servizio di accesso a *internet*, diversi da quelli relativi ai servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.

⁴⁹ Cons. 3.

⁵⁰ I *gatekeeper* hanno la capacità di stabilire le regole di accesso per gli altri operatori e possono decidere i dati da condividere e le condizioni contrattuali da imporre che, spesso, non sono negoziabili. Il loro potere deriva sia dalla quota di mercato che dal controllo esclusivo delle interfacce tecnologiche, degli utenti e delle informazioni. Infatti, come evidenziato dallo stesso DMA, «la contendibilità è ridotta in particolare a causa dell'esistenza di barriere molto alte all'ingresso o all'uscita» (cons. 3) che si verificano a causa di effetti di rete, del rilievo strategico dell'utilizzo dei dati, della possibile presenza di *switching costs* ma anche di *behavioral biases*. La conseguenza che ne deriva è che le imprese minori, non avendo lo stesso potere, sono costrette a dipendere dalla piattaforma dominante per raggiungere il pubblico senza avere un «accesso paritario ai dati generati dalla loro stessa attività». Cfr. M. Rubino de Ritis, *Intelligenza artificiale e mercato: dalla guerra al possibile equilibrio*, cit.

sì che gli utenti finali e commerciali possano sfruttare pienamente i benefici dell'economia di piattaforma e dell'economia digitale in generale, in un ambiente, per l'appunto, equo e contendibile.

Gli obiettivi evidenziati sono coerenti con il DSA; tuttavia, quest'ultimo si occupa di questioni quali la responsabilità degli intermediari *online* per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione della natura dei rischi che tali servizi rappresentano per la società; il DMA, al contrario, affronta le problematiche relative agli squilibri economici, alle pratiche commerciali sleali dei *gatekeeper* e agli effetti negativi che ne conseguono, come, ad esempio, la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme. In tal modo, esso integra il diritto vigente dell'UE e quello interno degli Stati membri in materia di concorrenza, contrastando le pratiche sleali dei *gatekeeper*, che non sono contemplate dalla disciplina della concorrenza dell'UE o che da essa non possono essere regolamentate in modo efficace⁵¹.

4. L'IA e le piattaforme digitali. Nel delineato contesto, e, dunque, con specifico riferimento alle piattaforme digitali, grazie alla sua capacità di analizzare grandi quantità di dati, di comprendere i comportamenti degli utenti e di automatizzare numerose attività, l'IA consente alle piattaforme digitali di offrire contenuti personalizzati e suggerimenti mirati, di migliorare la sicurezza e l'efficienza operativa e di ottimizzare, al contempo, la gestione delle interazioni tra utenti, rendendo l'esperienza digitale più fluida e attraente⁵².

⁵¹ Infatti, a differenza delle norme *antitrust*, che riguardano la situazione di mercati specifici e intervengono in seguito al verificarsi di un comportamento restrittivo o abusivo, il DMA tende a ridurre al minimo *ex ante* gli effetti strutturali pregiudizievoli delle pratiche sleali, senza, tuttavia, limitare la possibilità di intervenire *ex post*, secondo la normativa europea e nazionale in materia di concorrenza. Cfr. A. L. Rum, *Le nuove frontiere della normativa sui servizi digitali nel mercato unico europeo: si rafforza la protezione dei diritti fondamentali degli utenti online con la garanzia pubblicistica delle Authorities. Il Digital Services Act*, in *Il Diritto amministrativo*, novembre 2024.

⁵² In tema di IA si vedano, *ex multis*, F. Lorè, P. Musacchio, *Artificial Intelligence, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti de jure condito e prospettive de jure condendo*, in *amministrativ@mente.it*, 1, 2024; G. Lo Sapia, *L' "Artificial Intelligence Act" e la prova di resistenza per la legalità*, in *Federalismi.it*, 16, 2024, 265-290; Id., *Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore*, in *Federalismi.it*, 27, 2022, 232-258; D. U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 12, 2023, 4-14; S. Zorzetto, *La metafora della IA: una giungla lessicale e foresta simbolica*, in *Notizie di Politeia*, 151, 2023, 179-185; S. Salardi - M. Saporiti, *Risposte ai commenti e nuove riflessioni*, in *Notizie di Politeia*, 151, 2023, 186-189; 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*, 25/2023, 132-149; *Intelligenza artificiale, decisione politica e transizione ambientale: sfide e prospettive per il costituzionalismo*, in *www.federalismi.it*, 15/2023, 40-87; F. Pizzetti, *Con AI Verso la Società digitale*, in *Federalismi.it*, 23, 2023, 4-9; A. Simoncini, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2, 2023; Id., *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2019; M. Corti, *L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *Federalismi.it*, 29, 2023, 162-170; L. Imberti, *Intelligenza artificiale e sindacato. Chi controlla i controllori artificiali?*, in *Federalismi.it*, 29, 2023, 191-201; L. M. Lucarelli Tonini, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di "ai liability directive"*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 2, 2023, 327; D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'Artificial Intelligence Act dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Informatica e diritto*, 2, 2022, 95-108; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in *BioLaw Journal. Rivista di biodiritto*, 2, 2022, 476 ss.; L. Corso, *Intelligenza collettiva, intelligenza artificiale e principio democratico*, in R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, 2022, 443-459; D. Reinerset al., *The Combination of Artificial Intelligence and Extended Reality: A Systematic Review*, in *Frontiers in Virtual Reality*, 2, 2021; B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 451 ss.; F. Faini, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 145-162; C. Casonato, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 177;

Essa rappresenta il metodo naturale di analisi dei *big data*, ovvero di quella enorme quantità di informazioni che, non potendo essere gestita dall'uomo attraverso le tradizionali metodologie di archiviazione e analisi, necessita dell'ausilio delle nuove tecnologie⁵³.

In altri termini, grazie all'IA è possibile determinare la prospettiva etico valoriale, gli stereotipi e *bias* nel processo di *gatekeeping*; infatti, gli algoritmi di *machine learning* rendono possibile suggerire contenuti, prodotti o servizi basati sul comportamento e sulle preferenze degli utenti (come accade, ad esempio, sulle piattaforme Netflix o Amazon); analizzare i dati per offrire annunci mirati e più efficaci; fornire supporto in tempo reale, rispondendo a domande comuni o guidando gli utenti; identificare i *pattern* nei comportamenti degli utenti per prevedere esigenze o *trend* futuri e, infine, monitorare i comportamenti per ridurre i tassi di abbandono (*churn rate*)⁵⁴.

Le istituzioni dell'UE mostrano grande attenzione per i settori dell'IA e dei mondi virtuali, nella prospettiva di riuscire a garantire che, pure grazie ad essa, i nuovi mercati digitali rimangano competitivi, contendibili ed equi.

A tal fine, ritengono necessario che siano tenuti in considerazione i rischi legati all'utilizzo dell'IA, sia quelli di natura individuale, sia quelli riferibili ai «pericoli per la società in generale e i danni individuali non materiali»⁵⁵, così come evidenziato dal Parlamento europeo nella *Relazione sull'Intelligenza Artificiale in un'era digitale*⁵⁶, in cui viene sottolineato che tali rischi potrebbero essere mitigati o eliminati grazie a «contromisure efficaci» che le stesse tecnologie dell'IA possono fornire.

Emerge, tuttavia, dalla Relazione che, «poiché l'IA è ancora nelle sue prime fasi di sviluppo in un contesto più ampio di tecnologie emergenti», non è possibile avere certezza circa il suo pieno potenziale né, tantomeno, conoscere *ex ante* tutti i rischi che da essa derivano. Pertanto, in considerazione dei notevoli «squilibri del potere di mercato», presenti nei mercati dei dati e nella vicina economia dell'IA, sarebbero necessarie una concorrenza leale e la rimozione degli ostacoli affinché le imprese *start-up* e le PMI possano competere e, di conseguenza, possano essere equamente distribuiti i potenziali vantaggi che l'Intelligenza Artificiale arreca in termini sia economici che sociali.

Al riguardo, appare, dunque, quantomai rilevante l'approvazione del DMA, il cui obiettivo è proprio quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali, stabilendo, a livello europeo, una «serie mirata di obblighi giuridici armonizzati»⁵⁷ per garantire mercati digitali in cui non vengano adottate condizioni e pratiche commerciali diverse negli Stati membri a causa delle quali possano

S. Quintarelli, F. Corea, F. Fossa, A. Loreggia, S. Sapienza, *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'Intelligenza Artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *BioLaw Journal*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, 193.

⁵³ G. Fasano, *L'intelligenza artificiale nella cura dell'interesse generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2020, 715.

⁵⁴ I. De Vivo, *Il potere d'opinione delle piattaforme-online: quale ruolo del "regulatory turn" europeo nell'oligopolio informativo digitale?*, cit., 52. L'A. evidenzia che se la presenza degli algoritmi, invisibili ma non trasparenti, riesce a «mediare» la percezione del reale, essi non possono essere progettati e, successivamente, applicati senza che sia predisposta una forma di controllo e garanzia, perché ciò «significherebbe aprire la strada al tecnodeterminismo» in ragione del quale gli attori che li governano potrebbero non solo determinare essi stessi i valori degli individui e della società, ma anche, conseguenzialmente, dettare «arbitrariamente lo standard di protezione dei diritti e delle libertà a livello transnazionale secondo le logiche del capitalismo digitale». Dunque, è necessario che l'algoritmo sia trattato come oggetto di regolazione, per individuare i limiti costituzionali alle misure normative e all'intervento pubblico nell'autonomia privata; ed anche come strumento di regolazione o di co-regolazione.

⁵⁵ *Relazione sull'intelligenza artificiale in un'era digitale*, cit., p.to 97.

⁵⁶ Del 5.4.2022.

⁵⁷ Reg. (UE) 2022/1925, Cons. 8.

crearsi distorsioni nella concorrenza⁵⁸.

Per tale motivo, alla Commissione sono assegnati rilevanti poteri di ispezione e controllo del corretto funzionamento dei mercati digitali, vincolando le imprese o le associazioni di imprese private a garantire l'accesso, laddove ne venga fatta richiesta, anche agli «algoritmi» attraverso i quali viene implementata l'attività commerciale, pena l'irrogazione di un'ammenda nel caso in cui l'impresa attenzionata non garantisca l'accesso all'algoritmo⁵⁹. Tale previsione conferma l'ipotesi di fondo per cui l'implementazione di strutture algoritmiche avanzate può alterare la concorrenza nei mercati digitali⁶⁰: esse, infatti, avvantaggiano fortemente taluni *players* privati, determinando l'effetto di rendere il mercato «non contendibile» e di squilibrare il sistema competitivo continentale, sino al punto di poter costituire autentici «oligopoli digitali»⁶¹.

Ma le problematiche sono anche di altra natura.

Com'è noto, in materia di IA è di recente entrato in vigore l'*AI Act*⁶² che rappresenta la prima regolamentazione in materia e che conferma lo scopo perseguito, negli anni, dal Legislatore europeo, di voler promuovere l'adozione di un'Intelligenza Artificiale antropocentrica e affidabile, da utilizzarsi sostenendo l'innovazione ma, allo stesso tempo, garantendo un elevato livello di protezione dagli effetti nocivi che i suoi sistemi possono apportare alla salute, alla sicurezza, ai diritti fondamentali, alla democrazia e all'ambiente⁶³. Anche tale atto è stato emanato al fine di evitare che normative nazionali divergenti possano determinare una frammentazione del mercato interno e diminuire la certezza del diritto, in merito, specificamente, allo sviluppo, all'importazione ed all'utilizzo di sistemi di IA, da cui possano, altresì, derivare ostacoli alla libera circolazione, all'innovazione, alla diffusione e all'adozione dei relativi sistemi di IA e dei prodotti e servizi nel mercato interno⁶⁴. Una disciplina uniforme a livello transfrontaliero sull'utilizzo dell'IA, infatti, può fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e condurre a risultati vantaggiosi sul piano sociale e ambientale, limitando il verificarsi dei rischi ad essa legati.

Il conseguimento degli obiettivi che l'*AI Act* persegue deve avvenire tramite un approccio normativo orizzontale all'IA, equilibrato e proporzionato, «che si limita ai requisiti minimi necessari per affrontare i rischi e i problemi ad essa collegati» senza ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico⁶⁵. Non deve, inoltre, essere aumentato in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato di soluzioni di IA, così come non devono essere create

⁵⁸ Il Considerando 7 del Reg. (UE) 2022/1925, in merito alla connessione tra strutture algoritmiche private e potenziale alterazione della concorrenza in materia di mercati digitali, evidenzia come i «*gatekeeper*», pur avendo tendenza ad adottare modelli commerciali e strutture algoritmiche globali o, quanto meno, paneuropei, possono adottare, e hanno in qualche caso adottato, condizioni e pratiche commerciali diverse in Stati membri diversi, il che può creare disparità tra le condizioni di concorrenza per gli utenti dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper*, a discapito dell'integrazione del mercato interno».

⁵⁹ Artt. 30-31 Reg. (UE) 2022/1925.

⁶⁰ M. Bevilacqua, *La regolazione ex ante delle piattaforme digitali nel nuovo Digital Markets Act*, in *Osservatorio sullo Stato digitale IRPA*, 20 ottobre 2022.

⁶¹ Cfr. M. Betzu, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2021, 739 ss.

⁶² Reg. (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁶³ L'*AI Act* si inserisce nel contesto della c.d. strategia *A Europe fit for the digital age*, delineata dalla Commissione Europea; esso definisce i livelli di rischio associati all'impatto dei diversi sistemi di AI sulla vita delle persone e sui loro diritti.

⁶⁴ Reg. (UE) 2024/1689, cons. 3.

⁶⁵ Sia consentito un rinvio a B. N. Romano, *In the Era of AI: Exploring New Frontiers in Cybercrime and Safeguarding Personal and Health Data*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2024, 461-488.

restrizioni inutili al commercio⁶⁶.

Specificamente in tema di rischi, con riguardo alle piattaforme digitali, l'*AI Act* prevede che i sistemi e i modelli di IA integrati in piattaforme *online* o motori di ricerca *online*, entrambi di dimensioni molto grandi, «sono soggetti al quadro di gestione dei rischi di cui al regolamento (UE) 2022/2065»⁶⁷ (ovvero al DSA).

In altri termini, esso responsabilizza i prestatori di tali piattaforme e motori di ricerca riguardo alla valutazione non solo dei potenziali rischi sistemici derivanti dalla progettazione, dal funzionamento e dall'utilizzo dei rispettivi servizi, ma anche delle modalità attraverso cui la progettazione dei sistemi algoritmici impiegati nel servizio possono contribuire a tali rischi, imponendo loro, a tal fine, l'adozione di misure di attenuazione adeguate nel rispetto dei diritti fondamentali⁶⁸.

In particolare, tali fornitori sono tenuti ad individuare e attenuare i rischi sistemici che possono derivare dalla diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente, sì che possa essere efficacemente attuato il reg. (UE) 2022/2065⁶⁹. Essi devono, altresì, rimuovere, a richiesta dell'interessato, non solo i contenuti *online* ritenuti lesivi della propria reputazione, ma anche i contenuti identici o equivalenti ad altri già dichiarati illeciti da un giudice interno, al fine di bilanciare il controllo dei contenuti con la libertà di espressione degli individui⁷⁰.

Specificamente il DSA individua ben quattro categorie di rischi sistemici, che vanno dalla diffusione di contenuti illegali (come il materiale pedopornografico o forme illegali di incitamento all'odio) e lo svolgimento di attività illegali⁷¹ alla progettazione dei sistemi algoritmici utilizzati dalle suddette piattaforme o motori di ricerca, o all'abuso dei loro servizi attraverso la presentazione di segnalazioni abusive o altri metodi per ostacolare la concorrenza. Tali rischi si estendono, inoltre, agli effetti negativi reali o prevedibili sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica; infine, (si estendono) a quelli che possono derivare alla tutela della salute pubblica e dei minori dalla progettazione, dal funzionamento o dall'uso, anche mediante manipolazione, di piattaforme *online* e di motori di ricerca *online*⁷².

Il Regolamento si sofferma, poi, anche sull'«abuso» che può realizzarsi sulle piattaforme *online* minando la fiducia e ledendo i diritti e gli interessi legittimi delle parti interessate attraverso una continua presentazione di contenuti manifestamente illegali o di segnalazioni o reclami manifestamente infondati; rispetto ad esso devono essere attuate garanzie adeguate, proporzionate ed efficaci, affinché siano rispettati i diritti e gli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte⁷³.

Dal canto suo, l'*AI Act* fornisce una puntuale disciplina in merito ai rischi conseguenti alle

⁶⁶ Tale precisazione è in linea con la base giuridica della proposta di Regolamento, costituita innanzitutto dall'art. 114 TFUE, che prevede l'adozione di misure destinate ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

⁶⁷ Questo prevede il Reg. (UE) 2024/1689 al cons. 118.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Reg. (UE) 2024/1689, cons. 120, che fa specificamente riferimento al rischio di impatti negativi effettivi o prevedibili sui processi democratici, sul dibattito civico e sui processi elettorali, anche mediante la disinformazione.

⁷⁰ Corte di Giustizia, sent. 3 ottobre 2019, C.18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*. Cfr. M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, cit., 162.

⁷¹ Ad esempio, la vendita di prodotti o servizi vietati dal diritto dell'Unione o nazionale, compresi i prodotti pericolosi o contraffatti e gli animali commercializzati illegalmente.

⁷² Le categorie di rischi sono specificate e definite puntualmente nei considerando da 80 a 82 del Reg. (UE) 2022/2065.

⁷³ Cons. 63.

pratiche vietate⁷⁴, tra cui rientrano la manipolazione comportamentale cognitiva di persone o gruppi vulnerabili specifici, la classificazione sociale e i sistemi di identificazione biometrica in tempo reale e a distanza, come il riconoscimento facciale attraverso *web scraping* non mirato. Quest'ultimo, in particolare, è finalizzato a estrarre dati da un sito *web* per poi raccogliarli in *database* o tabelle locali ed analizzarli per dedurre la razza o le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, le convinzioni religiose o filosofiche e l'orientamento sessuale⁷⁵.

In altri termini è vietato l'utilizzo dei sistemi di IA per valutare o classificare le persone fisiche o i gruppi di esse per un certo periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali, al fine di evitare trattamenti pregiudizievole o sfavorevoli in contesti sociali estranei a quelli in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti.

Sulle piattaforme digitali la *privacy* e la sicurezza dei dati risultano particolarmente esposte ai suddetti rischi: essi possono derivare proprio dalla raccolta eccessiva di dati grazie ai quali personalizzare l'esperienza dell'utente. Infatti, attraverso algoritmi avanzati è possibile creare una profilazione approfondita, ovvero la creazione di profili dettagliati degli utenti, anche riguardo a dati sensibili come preferenze personali, salute o orientamento politico; così come, grazie all'addestramento degli algoritmi su dati storici, è possibile la riproduzione di pregiudizi esistenti che, magari, vengono amplificati, con impatti negativi, su settori cruciali come il mercato del lavoro o l'accesso ai servizi.

Tali dati potrebbero, inoltre, essere usati in modi non etici, ad esempio per manipolare le scelte o indirizzare pubblicità mirata⁷⁶.

Le recenti Linee guida emanate dalla Commissione al fine di fornire orientamenti sulle pratiche vietate di Intelligenza Artificiale⁷⁷, nell'ottica di garantire l'applicazione coerente,

⁷⁴ Art. 5 Reg. (UE) 2024/1689. Tale norma disciplina quattro categorie di rischio, classificate in base alla gravità. Esse sono quelle di: rischio *inaccettabile*, relative a pratiche come la manipolazione dannosa, il punteggio sociale e la sorveglianza biometrica in tempo reale, vietate in quanto considerate una chiara minaccia per i diritti e la sicurezza delle persone; rischio *elevato*, relativo a sistemi che operano in settori critici come trasporti, istruzione, sanità, e nella gestione delle infrastrutture critiche e che richiedono severi requisiti di controllo umano e conformità, data la loro capacità di prendere decisioni che impattano direttamente le vite delle persone; rischio *limitato*, relativo a sistemi come i *chatbot* e le IA generative che possono simulare l'essere umano e per i quali l'*AI Act* impone, in particolare, obblighi di trasparenza, quale quello di informare gli utenti quando interagiscono con un'IA, per prevenire frodi e disinformazione; infine, rischio *minimo o nullo*, relativo alla maggior parte dei sistemi, come filtri *antispam* o giochi, in cui non sussistono rischi significativi, per cui non è prevista regolamentazione specifica.

⁷⁵ Reg. (UE) 2024/1689, art. 5, lett. b *bis*). È, in buona sostanza, vietato l'utilizzo dei sistemi di AI per valutare o classificare le persone fisiche o i gruppi di esse per un certo periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali al fine di evitare trattamenti pregiudizievole o sfavorevoli in contesti sociali estranei a quelli in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti.

⁷⁶ Va segnalata, al riguardo, la recentissima pronuncia della Quarta Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 4 ottobre 2024 - causa C-446/21 - avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'*Oberster Gerichtshof* (Corte suprema, Austria), con decisione del 23 giugno 2021, nel procedimento *Maximilian Schrems* contro *Meta Platforms Ireland Ltd*, già *Facebook Ireland Ltd*. La questione riguarda il trattamento asseritamente illecito dei dati personali da parte della piattaforma Meta; in tale occasione, la Corte ha precisato limiti stringenti all'uso dei dati per finalità pubblicitarie da parte delle piattaforme, sottolineando il valore fondamentale del principio di minimizzazione del trattamento (art. 5, par. 1, lett. c RGPD) e l'inammissibilità dell'uso indistinto di dati personali, specialmente se ricavabili da fonti terze. Le questioni sollevate in tale sentenza si riflettono anche sul piano dell'azione pubblica che faccia uso di IA, imponendo alle amministrazioni l'adozione di misure proporzionate, trasparenti e giustificate nel trattamento di dati, ispirate ad una logica di necessità, proporzionalità e rispetto della volontarietà del conferimento dei dati, in particolare quando si rischi di inferire categorie sensibili, partendo da dati apparentemente neutri.

⁷⁷ *Orientamenti della Commissione relativi alle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi del regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA)*, del 29 luglio 2025.

efficace e uniforme della legge sull'IA in tutta l'Unione europea, chiariscono⁷⁸ come tale disciplina si coordini, in particolare, con quella del Regolamento sui servizi digitali, definendo «complementari» i divieti contenuti nell'*AI Act* con quelli del DSA e facendo riferimento agli obblighi da questo introdotti volti a garantire trasparenza, sicurezza e responsabilità nella fornitura dei servizi intermediari.

In particolare, esse impongono ai fornitori di piattaforme *online* e motori di ricerca di evitare pratiche manipolative e di assicurare la tutela effettiva degli utenti⁷⁹, sottolineando, altresì, che le piattaforme di grandi dimensioni (VLOPs e VLOSEs) sono tenute a condurre valutazioni periodiche dei rischi sistemici derivanti dal funzionamento dei propri algoritmi di raccomandazione, pubblicità o moderazione dei contenuti, adottando misure per la loro mitigazione⁸⁰.

In questo contesto, tali *Linee guida*, ad avviso di chi scrive, contribuiscono a precisare il quadro, chiarendo, al contempo, che la gestione dei rischi algoritmici deve rispettare i principi di liceità, trasparenza e proporzionalità propri del GDPR, assicurando coerenza grazie alla complementarità tra i diversi strumenti regolatori. Pare evidente, inoltre, che si stiano sempre più rinforzando le basi affinché possa determinarsi un modello di *governance* algoritmica integrata, che responsabilizza tutti gli attori coinvolti ed in cui la prevenzione dei rischi e la protezione dei diritti fondamentali diventano pilastri comuni della regolazione europea delle piattaforme digitali. Tale disciplina assume, tra l'altro, una rilevanza ancora maggiore se si pensa che, precedentemente all'emanazione dell'*AI Act*, non esistevano norme di riferimento - a livello europeo e non solo - grazie alle quali fronteggiare i nuovi rischi conseguenti all'uso dell'Intelligenza Artificiale; così come non esistevano norme neanche relative alla raccolta, all'elaborazione, alla conservazione e all'utilizzo di dati tramite queste tecnologie e si continuava a fare riferimento a principi come quelli di limitazione delle finalità, di minimizzazione dei dati o del consenso contenuti in discipline molto datate e risalenti ad un'epoca in cui non solo le piattaforme, ma anche *Internet*, non erano così diffusi⁸¹.

5. Gli atti di soft law sull'interazione tra DMA, DSA e GDPR. Ancora più recentemente sono state proposte Linee guida con riguardo all'interazione sia del DSA⁸² che del DMA⁸³ con il GDPR: si tratta di atti di *soft law* ancora in fase di consultazione pubblica e, dunque, non definitivi, di cui, senza entrare puntualmente nel merito, si intende evidenziare gli aspetti salienti.

Specificamente, le *Guidelines 3/2025 on the interplay between the DSA and the GDPR* sono state adottate l'11 settembre 2025 dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) e sono in consultazione pubblica fino al 31 ottobre 2025. L'obiettivo che si prefiggono è quello di fornire indicazioni concrete per garantire un'applicazione coerente tra la disciplina posta a tutela dei dati personali (GDPR) e quella relativa all'ecosistema *online* sicuro e trasparente (DSA), in modo che quest'ultima non deroghi alla prima. Le due discipline devono, dunque, operare in parallelo ed essere applicate in modo compatibile, evitando riduzioni del livello di

⁷⁸ Ai Cons. 139 e 140.

⁷⁹ In particolare, infatti, si intendono quali esempi di tecniche manipolative o ingannevoli ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. a), del regolamento sull'IA, qualora possano provocare danni significativi, i *dark patterns*, ovvero le interfacce progettate per indurre l'utente a scelte inconsapevoli, vietate dall'art. 25 del DSA.

⁸⁰ Tali previsioni si integrano con l'approccio dell'*AI Act*, che estende la logica della valutazione e prevenzione del rischio a ulteriori scenari applicativi (come *chatbot* e sistemi di IA generativa) che non sono coperti dal DSA.

⁸¹ G. Mobilio, *L'Intelligenza Artificiale e i rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, 422.

⁸² *Guidelines 3/2025 on the interplay between the DSA and the GDPR*.

⁸³ *Joint Guidelines on the Interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*.

protezione, sì da fornire certezza giuridica ai fornitori di servizi intermediari (*hosting*⁸⁴, piattaforme *online*, motori di ricerca) e proteggere i diritti fondamentali degli utenti.

Tali Linee guida si concentrano su alcune disposizioni del DSA con un'interazione particolarmente intensa con il GDPR, per esempio relativamente alle misure per rilevare contenuti illegali⁸⁵ con possibili trattamenti di dati personali. In tali casi si prevede che i trattamenti relativi alla rimozione o disabilitazione di contenuti devono rispettare i principi del GDPR e fondarsi su basi giuridiche contenute in tale atto⁸⁶. Inoltre, è raccomandata una valutazione d'impatto (DPIA) nei casi ad alto rischio ed in cui la rimozione o la disabilitazione di contenuti implichi trattamenti di dati personali. Ancora, con riferimento ai sistemi di segnalazione⁸⁷, è previsto che le piattaforme predispongano meccanismi di segnalazione di contenuti illegali e gestione dei reclami, limitando la raccolta dei dati personali allo stretto necessario e informando adeguatamente gli interessati.

Rientrano, inoltre, nel campo del GDPR anche le vietate interfacce ingannevoli (*dark patterns*)⁸⁸ se influenzano il comportamento degli utenti nel fornire dati personali; così come, a proposito dell'uso vietato di categorie particolari di dati per pubblicità basata su profilazione⁸⁹, si precisa⁹⁰ che la disciplina contenuta nel DSA⁹¹ deve applicarsi senza pregiudicare (cioè senza derogare o entrare in conflitto con) le disposizioni del GDPR, in particolare con riferimento a quelle relative al diritto di opposizione, alle decisioni automatizzate, inclusa la profilazione, e alla necessità del consenso dell'interessato prima del

⁸⁴ Dal termine inglese *to host*, che significa «ospitare», l'*hosting* è l'allocatione di un sito o di un'applicazione su un *server* nel *web*, tramite cui si forniscono ai professionisti gli strumenti necessari affinché il proprio sito sia visibile in rete. Cfr. A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. Tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019. Va evidenziato che, negli anni, si è formata una nutrita giurisprudenza, in particolare con riguardo al regime di responsabilità che deve essere applicato in merito alle cosiddette piattaforme di *hosting*. Tali piattaforme hanno permesso la diffusione di massa di qualsiasi tipo di contenuto grazie al ruolo centrale raggiunto in relazione agli accessi degli utenti e allo scambio di informazioni in rete. Al riguardo si segnala la sentenza n. 1208/2023, emanata dal Tribunale di Milano, nella causa *Snaitech + altri c. Facebook Ireland Limited* n. 31458/2020 e riguardante la condotta illecita di *Facebook* sulla mancata rimozione di profili con contenuti evidentemente diffamatori. Il giudice, attraverso di essa, si è pronunciato sull'obbligo generale in capo alle piattaforme *social* (nello specifico, *Facebook*) di rimuovere i contenuti che vengono segnalati dagli utenti come diffamatori. La società *Facebook* è stata, infatti, qualificata come un ISP (*Internet Service Provider*) - nello specifico quale *hosting provider* - in quanto la sua attività si limiterebbe a «immagazzinare» informazioni senza mantenere un ruolo prettamente attivo nella condivisione delle stesse. Cfr. A. Zurzolo, *La nuova frontiera della regolazione delle piattaforme digitali: le sanzioni contro Google e Meta*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 22 febbraio 2023.

⁸⁵ 2.1. *Voluntary own-initiative investigations and legal compliance in relation to illegal content (Article 7 DSA)*, in cui, richiamando gli articoli da 4 a 6 del DSA - che stabiliscono esenzioni di responsabilità per i fornitori di servizi di semplice trasmissione, memorizzazione temporanea e *hosting* che consentono la trasmissione e/o l'archiviazione di informazioni, a determinate condizioni - si porta l'esempio di un fornitore di servizi di *hosting* che non abbia effettiva conoscenza di contenuti illegali e, per quanto riguarda le richieste di risarcimento danni, non sia a conoscenza di fatti o circostanze dai quali risulti evidente l'illegalità dei contenuti. Tale soggetto non è considerato responsabile dei danni subiti dai destinatari del servizio o da terzi a seguito della memorizzazione (compresa la diffusione, nel caso in cui il fornitore sia una piattaforma online) di tali contenuti illegali.

⁸⁶ Ovvero l'art. 6(1)(c) o (f) GDPR e, se i trattamenti sono automatizzati, si devono considerare le regole dell'art. 22 GDPR.

⁸⁷ 2.2 *Processing of personal data in notice and action mechanisms and in internal complaint-handling systems* (Articles 16, 17, 20, and 23 del DSA).

⁸⁸ 2.3 *Deceptive design patterns* (art. 25 DSA).

⁸⁹ Contenuto nell'art. 26 del DSA che impone regole di trasparenza ai fornitori di piattaforme *online* in materia di pubblicità e vieta loro di mostrare annunci agli utenti basati sulla profilazione che utilizzi categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9, par. 1, del GDPR (come dati relativi alla salute, all'origine etnica, alle convinzioni religiose, ecc.).

⁹⁰ 2.4 *Advertising transparency and prohibition of presenting advertisements based on profiling using special categories of data* (Article 26).

⁹¹ E cioè il cons. 68.

trattamento dei dati personali per fini di pubblicità mirata⁹². Sono, altresì, previsti sistemi di verifica dell'età dei minori che non implicino identificazioni univoche o memorizzazioni permanenti dei dati⁹³.

Tali Linee guida, infine, contengono la raccomandazione alle autorità di protezione dei dati di partecipare alla redazione dei codici di condotta previsti dal DSA per garantire coerenza con quelli del GDPR⁹⁴, prevedendo, altresì, una cooperazione obbligatoria e continua tra la Commissione europea, i Digital Services Coordinators e le autorità per la protezione dei dati, al fine di evitare conflitti di competenza e violazioni del principio del *ne bis in idem*.

Per quanto riguarda, invece, le *Joint Guidelines on the Interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*, queste sono state adottate il 9 ottobre 2025, elaborate dal medesimo EDPB con la Commissione europea e anch'esse in versione ancora non definitiva. Contengono i primi orientamenti congiunti, in linea con la Strategia 2024-2027 e con gli obiettivi della recente dichiarazione di Helsinki relativi alla semplificazione della conformità al GDPR e sono finalizzate a promuovere contemporaneamente trasparenza, libertà di scelta e tutela dei diritti fondamentali degli utenti, attraverso l'interazione tra il GDPR e il DMA, che, come detto, mira a garantire mercati digitali equi e aperti, intervenendo sulle pratiche anticoncorrenziali dei grandi operatori *online* (i *gatekeeper*).

Uno dei punti centrali affrontati dalle Linee guida riguarda il consenso degli utenti⁹⁵: i *gatekeeper* non possono combinare o riutilizzare i dati personali raccolti attraverso servizi diversi senza aver ottenuto un consenso esplicito e informato, in linea con quanto previsto dal GDPR. Inoltre, gli utenti devono poter disporre di un'alternativa «meno personalizzata ma equivalente», in modo da non essere penalizzati se decidono di non prestare il consenso. Altro aspetto cruciale concerne, poi, la distribuzione di applicazioni e *store* digitali⁹⁶: infatti, le piattaforme sono tenute a consentire l'installazione e l'uso di *app* di terze parti, garantendo comunque la piena osservanza delle norme in materia di protezione dei dati personali.

Le Linee guida ribadiscono, poi, l'importanza del diritto alla portabilità dei dati⁹⁷, che viene rafforzato e ampliato rispetto a quanto già previsto dal GDPR grazie alla possibilità, per gli utenti (o terze parti da loro autorizzate) di trasferire agevolmente i propri dati tra diversi servizi digitali, favorendo, così, la concorrenza e la libertà di scelta. In materia di accesso ai dati⁹⁸ esse obbligano i *gatekeeper* a condividere determinate informazioni con imprese commerciali o motori di ricerca concorrenti, ma soltanto qualora tali dati siano anonimizzati o vi sia un consenso esplicito degli utenti interessati: in tal modo si viene a bilanciare l'apertura dei mercati digitali con le garanzie di riservatezza e sicurezza dei dati.

Infine, anche queste Linee guida, come le altre, sottolineano l'esigenza di una stretta cooperazione tra le autorità competenti, per cui la Commissione europea, responsabile dell'attuazione del DMA, e le autorità garanti per la protezione dei dati, incaricate dell'attuazione del GDPR, devono coordinare le rispettive azioni per garantire un'applicazione coerente delle norme e prevenire conflitti di competenza o duplicazioni sanzionatorie.

⁹² Parimenti, è previsto che l'art. 26 DSA non incide sulle norme della Direttiva *ePrivacy* relative alla memorizzazione di informazioni nei dispositivi terminali degli utenti (come *cookie* o *tracker*) e all'accesso alle informazioni ivi conservate.

⁹³ 2.6 *Protection of minors* (Article 28).

⁹⁴ 2.8 *Codes of conduct, including for online advertising* (Articles 45, 46 and 47), and their relationship with codes of conduct under Article 40 GDPR.

⁹⁵ 5.4 *Mechanism(s) enabling access to end-user's personal data*, par. 160 che fa riferimento all'art. 5 del DMA (Obblighi dei *gatekeeper*).

⁹⁶ 3 *Distribution of software application stores and software applications* (Article 6(4) DMA).

⁹⁷ 4. *Right to data portability of end users and third parties authorised by end users* (Article 6(9) DMA).

⁹⁸ 5. *Right to data access of business users and authorised third parties* (Article 6(10) DMA).

Dall'analisi effettuata si conferma, a parere di chi scrive, una tendenza sempre più marcata verso l'integrazione dei diversi strumenti di *governance* del digitale. Tale aspetto non può che costituire un'evoluzione significativa, in quanto segna il passaggio da un approccio settoriale e frammentato a un tentativo di costruzione di un diritto digitale unitario, fondato su principi comuni di trasparenza, proporzionalità e responsabilità. Tuttavia, non va negato il timore che l'interazione tra le suddette fonti europee possa dar vita a una complessità regolatoria crescente, che finisca col tradursi in difficoltà applicative e in una possibile sovrapposizione di competenze tra autorità di controllo. Laddove, invece, in questo quadro, l'obiettivo del Legislatore deve essere, piuttosto, quello di garantire coerenza e certezza del diritto data la continua trasformazione del contesto, evitando che l'espansione delle regole digitali freni la capacità di innovazione e dia vita ad un «labirinto normativo» anziché ad un ecosistema chiaro e accessibile.

6. Le recenti novità nel panorama nazionale: la legge italiana sull'Intelligenza Artificiale. Cenni. Da ultimo, merita qualche cenno la recentissima legge nazionale in tema di Intelligenza Artificiale e di trattamento dei dati nei mercati digitali, ovvero la l. n. 132/2025, contenente *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di Intelligenza Artificiale*.

Va detto che l'Italia è stata il primo Stato membro a dotarsene, anche al fine di disciplinarne l'utilizzo da parte della Pubblica Amministrazione, la cui attività e i cui rapporti con i cittadini, in conseguenza di tali evoluzioni, si sono trasformati in maniera radicale. Al riguardo, la legge prevede, infatti, che le pubbliche amministrazioni utilizzino l'Intelligenza Artificiale «allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo»⁹⁹. La norma prevede, altresì, che tale utilizzo sia finalizzato a fornire un supporto all'attività decisionale, senza sostituire l'autonomia e la responsabilità umana, che restano in capo al funzionario competente, rimettendo alle amministrazioni l'adozione di misure tecniche, organizzative e formative, e avvalendosi, per tutti gli adempimenti previsti dalla legge, delle risorse già disponibili.

Così posta la disciplina pare volere, dunque, legittimare l'uso dell'IA al fine di favorire la «buona amministrazione», nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità, trasparenza e partecipazione, tentando, altresì, di superare le profonde criticità che si sono palesate (e continuano a palesarsi) nei processi di implementazione, e tenendo conto delle nuove dinamiche sociali oltre che delle conseguenziali nuove modalità di esercizio del potere pubblico.

Ciononostante, tali criticità, ad avviso di chi scrive, potrebbero non essere superate nel breve periodo, perché la conoscenza dei sistemi e delle potenzialità dell'IA non è ancora tale da consentirne un utilizzo disinvolto, che limiti (o, addirittura, escluda) conseguenze in termini di responsabilità e che renda le amministrazioni capaci di adottare le misure tecniche richieste dalla legge, per di più avvalendosi delle risorse, innanzitutto umane, già a disposizione delle amministrazioni. Si ravvisa, in altri termini, la necessità che si perfezionino e si consolidino maggiormente le conoscenze in materia di Intelligenza Artificiale sì da poterne consentire un utilizzo responsabile.

Ad ogni buon conto, la legge – composta da 28 articoli ed entrata in vigore il 10 ottobre 2025 – intende fornire una cornice normativa nazionale sull'Intelligenza Artificiale che apra un complesso dialogo con il Regolamento europeo dell'*AI Act*, di cui recepisce i principi, senza, tuttavia, prevedere nuovi obblighi. Al contempo, essa introduce una disciplina specifica per

⁹⁹ Art. 14, co. 1, l. n. 132/2025.

settori chiave con l'obiettivo dichiarato di promuovere uno sviluppo dell'IA sicuro, affidabile, trasparente e rispettoso della dignità umana, in una dimensione antropocentrica, garantendo la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'Intelligenza Artificiale stessa¹⁰⁰.

Il Legislatore ha precisato che l'uso dei sistemi ad essa relativi deve svolgersi nel pieno rispetto del metodo democratico che caratterizza la vita istituzionale e politica, nonché dei principi di autonomia e sussidiarietà che regolano l'azione delle istituzioni territoriali, e che non può in alcun modo essere compromessa la libertà del dibattito democratico che deve restare immune da interferenze illecite o manipolazioni algoritmiche¹⁰¹.

Specificamente sul tema della protezione dei dati personali, la disciplina sembra voler dar vita ad una integrazione «funzionale» con il GDPR, trasformando i principi di protezione della *privacy* in un solido fondamento per uno sviluppo responsabile dell'Intelligenza Artificiale. Infatti, il comma 2 dell'art. 4 richiede che i sistemi di IA garantiscano «il trattamento lecito, corretto e trasparente dei dati personali e la compatibilità con le finalità per le quali sono stati raccolti, in conformità al diritto dell'Unione europea in materia di dati personali». Mentre il co. 3 della stessa norma prevede l'obbligo di spiegabilità dei medesimi sistemi, il quale si aggiunge alla richiesta di informazioni chiare sul trattamento dei dati già prevista nel GDPR, affinché possa essere garantita all'utente «la conoscibilità dei relativi rischi e il diritto di opporsi ai trattamenti autorizzati dei propri dati personali». In tal modo si intravede una forma di rafforzamento della trasparenza in quanto essa non si limita ai soli dati trattati, ma si estende anche ai meccanismi decisionali dell'IA. Inoltre, l'art. 3, co. 2, richiede che lo sviluppo di sistemi e di modelli (di Intelligenza Artificiale) per finalità generali avvenga «su dati e tramite processi di cui devono essere garantite e vigilate la correttezza, l'attendibilità, la sicurezza, la qualità, l'appropriatezza e la trasparenza, secondo il principio di proporzionalità in relazione ai settori nei quali sono utilizzati».

Puntuale attenzione è, poi, dedicata ai dati sensibili o «particolari»¹⁰², quali quelli relativi alla salute, ai minori, o ai dati trattati in ambito lavorativo; mentre con riguardo alla ricerca e alla sperimentazione sono introdotte disposizioni che permettono l'uso dei dati (anche «particolari») in forma anonimizzata, pseudonimizzata o sintetica, nei casi di interesse pubblico, a condizione che siano rispettate le garanzie previste e che sia data informativa agli interessati o al Garante per la *privacy*.

A ben vedere, il Legislatore punta, dunque, ad una lettura di tale legge coordinata sia con il GDPR che con l'*AI Act* al fine di rafforzare la tutela degli interessati e responsabilizzare i titolari del trattamento.

Con riguardo, specificamente, alle piattaforme, è contemplato il richiamo a quelle di *e-procurement* delle amministrazioni pubbliche¹⁰³, che lo Stato e le altre autorità pubbliche devono indirizzare affinché possano scegliere fornitori di sistemi e di modelli di Intelligenza Artificiale privilegiando «soluzioni che garantiscono la localizzazione e l'elaborazione dei dati strategici presso data center posti nel territorio nazionale, le cui procedure di disaster recovery e *business continuity* siano implementate in data center posti nel territorio nazionale, nonché modelli in grado di assicurare elevati standard in termini di sicurezza e trasparenza nelle modalità di addestramento e di sviluppo di applicazioni basate sull'Intelligenza Artificiale generativa, nel rispetto della normativa sulla concorrenza e dei principi di non discriminazione e proporzionalità». In altri termini, con tale norma, il Legislatore intende,

¹⁰⁰ Art. 1, l. n. 132/2025.

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 3, co. 4.

¹⁰² Che il GDPR definisce all'art. 9, recante *Trattamento di categorie particolari di dati personali*.

¹⁰³ All'art. 5, co. 1, lett. d).

dunque, orientare la Pubblica Amministrazione verso un uso dell'IA che, oltre che sicuro e trasparente, sia anche territorialmente controllabile, ponendo, in tal modo, le basi per una «sovranità digitale pubblica» grazie alla quale proteggere i dati strategici favorendo, al contempo, lo sviluppo tecnologico interno, ma sempre e comunque nel rispetto delle regole europee.

Nonostante lambisca gran parte delle problematiche inerenti l'uso dell'IA (con riguardo a molteplici settori, dal lavoro alla sanità, dalla pubblica amministrazione alla giustizia), va, tuttavia, detto che la l.n. 132/2025 contiene comunque delle imprecisioni che, probabilmente, sono anche il frutto della «rapidità» con la quale è stata emanata. Certo è ancora troppo acerba per potere già avere prodotto risultati, ciononostante non si può sottacere il timore che le numerose deleghe legislative che contiene possano finire con il frammentare il panorama normativo, compromettendo, di tal guisa, la creazione di un contesto in cui, grazie alla certezza del diritto, sia possibile attrarre e favorire la crescita di nuove realtà tecnologiche.

7. Riflessioni conclusive. Le considerazioni svolte consentono di trarre alcune riflessioni di carattere generale, volte a delineare le prospettive che il diritto europeo e nazionale sono oggi chiamati ad affrontare. Le sfide poste dall'Intelligenza Artificiale e dalla regolazione dei mercati digitali assumono una portata sistemica che travalica i singoli interventi legislativi: quanto è emerso dalla analizzata disciplina che, via via, va sempre più implementandosi (grazie anche alle *Linee guida*) e che si è arricchita, sul piano nazionale, di una legge specifica sull'IA, denota una parte di non poco rilievo nell'ambito di un processo – che, in realtà, si prefigura molto più ampio – di adattamento del diritto ai mutamenti tecnologici e sociali in atto. Sono, infatti, ancora tante le problematiche determinate dall'IA e che restano in parte sconosciute o senza una risposta concreta e chiara per gli utenti che utilizzano le piattaforme digitali.

Si tratta di questioni che mettono in discussione non soltanto la tenuta delle categorie giuridiche tradizionali, ma anche la capacità stessa delle istituzioni di governare in modo democratico e trasparente i processi di automazione.

Tuttavia, il quadro normativo che, nel giro di poco tempo, si sta consolidando, denota una particolare attenzione da parte delle istituzioni europee rispetto alla garanzia, in generale, di una maggiore tutela ai diritti degli utenti *online*, contro lo sviluppo di possibili fenomeni degenerativi.

Emerge, inoltre, che l'obiettivo prioritario che si intende conseguire è quello di creare una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri, al fine di evitare che normative nazionali divergenti possano determinare una frammentazione del mercato interno e diminuire la certezza del diritto, in merito alle tematiche specificamente affrontate. Per quanto riguarda l'*AI Act*, in particolare, tali tematiche attengono allo sviluppo, all'importazione e all'utilizzo di sistemi di IA, da cui possano, altresì, derivare ostacoli alla libera circolazione, all'innovazione, alla diffusione e all'adozione dei sistemi relativi e dei prodotti e servizi nel mercato interno¹⁰⁴.

L'armonizzazione appare, dunque, essenziale non solo per favorire la competitività e l'innovazione, ma anche per garantire che la trasformazione digitale avvenga nel pieno rispetto dei valori democratici, della trasparenza e della centralità della persona.

Una disciplina uniforme a livello transfrontaliero, anche e in particolare sull'utilizzo dell'IA, può fornire vantaggi competitivi fondamentali alle imprese e condurre a risultati vantaggiosi sul piano sociale e ambientale, limitando il verificarsi dei rischi ad essa legati – sia materiali che immateriali, compreso il pregiudizio fisico, psicologico, sociale o economico – e che

¹⁰⁴ Reg. (UE) 2024/1689, rec. 3.

possono pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione.

In questa prospettiva, appare chiara l'urgenza di rafforzare il ruolo delle amministrazioni pubbliche come garanti dei diritti fondamentali anche nell'ambiente digitale, attraverso un'amministrazione responsabile, trasparente e tecnicamente competente. Esse sono chiamate a operare secondo un nuovo paradigma, in cui l'efficienza algoritmica deve essere bilanciata da presidi giuridici capaci di assicurare l'effettività delle tutele e la legalità dell'azione pubblica.

Al più volte dichiarato fine di garantire trasparenza ed equità nella gestione dei contenuti e tutelare maggiormente i diritti in rete, l'Unione europea ha, dunque, tentato di attuare un *costituzionalismo digitale*¹⁰⁵, attraverso l'emanazione di atti che vanno dal GDPR – fra tutti il più risalente¹⁰⁶ – ai più recenti DSA e DMA e *AI Act*, grazie ai quali sottoporre le piattaforme *online* a un controllo democratico, mediante strumenti di regolazione *ex ante*¹⁰⁷.

In particolare, l'*AI Act* prevede espressamente un collegamento con il GDPR¹⁰⁸, del quale richiama i principi fondamentali e, specificamente il considerando 47, che prevede che «per ovviare all'opacità che può rendere alcuni sistemi di IA incomprensibili o troppo complessi per le persone fisiche, è opportuno imporre un certo grado di trasparenza per i sistemi di IA ad alto rischio. Gli utenti dovrebbero poter interpretare gli output del sistema e utilizzarlo in modo adeguato [...]». Del resto, il principio di trasparenza viene esteso espressamente non solo al trattamento dei dati personali ma all'intero funzionamento del sistema.

In definitiva, se, da un lato, il principio di trasparenza appare essenziale non solo rispetto al trattamento dei dati personali, ma anche rispetto all'intero funzionamento del sistema stesso, dall'altro lato è necessario che, per garantire la tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e la loro libera circolazione all'interno dell'Unione europea, le regole sull'IA siano armonizzate con quelle sulla *data protection* e sulla circolazione dei dati personali, anche dal punto di vista economico¹⁰⁹.

Il nesso tra Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali si conferma, dunque, il terreno privilegiato sul quale si misura la compatibilità tra efficienza tecnologica e garanzie dello Stato di diritto.

Così come si conferma pure la necessità della componente umana nei processi decisionali compiuti ed elaborati dal sistema artificiale e che abbiano un profondo impatto sulla *privacy* e/o sulla salute e l'integrità fisica e necessitino di un successivo controllo o di una ratifica.

Si rafforza sempre più, pertanto, la convinzione che non può che restare in capo all'individuo il potere – e il diritto – di comprendere, controllare e contestare le scelte operate dagli algoritmi, scongiurando il pericolo dell'opacità (c.d. «effetto scatola nera»)¹¹⁰ tipico dei processi decisionali ad essi affidati, affinché il progresso tecnologico non si traduca in un arretramento delle garanzie dello Stato di diritto, ma ne diventi, al contrario, il più moderno strumento di attuazione.

¹⁰⁵ In merito al costituzionalismo digitale si rinvia a O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, 3, 2023, 569 ss.

¹⁰⁶ Regolamento UE 679/2016.

¹⁰⁷ M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, cit., 156.

¹⁰⁸ Come previsto al punto 1.2 della *Relazione di accompagnamento al Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio* che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, del 21 aprile 2021.

¹⁰⁹ Cfr. L. M. Lucarelli Tonini, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di “ai liability directive”*, cit., 336.

¹¹⁰ F. Calisai, *Intelligenza artificiale e ambiente*, cit., 903.

Abstract. L'applicazione dell'IA nelle piattaforme digitali rappresenta una rivoluzione che rende possibili numerose opportunità ma che pone anche rischi significativi. Essa, infatti, attraverso processi automatizzati, contribuisce a migliorare l'esperienza degli utenti e a facilitare attività come il commercio elettronico e i contratti intelligenti. Tuttavia, questi progressi sono accompagnati da rischi legati non solo alla rigidità dei sistemi di IA – che può portare a errori o danneggiare gli utenti per l'assenza di un'intenzionalità umana diretta – ma pure alla difficoltà di tutelare la *privacy* e i dati, poiché le piattaforme, grazie anche all'IA, ne elaborano grandi quantità attraverso modalità che potrebbero non essere conformi a normative rigorose come quella del GDPR. Il presente contributo affronta tali aspetti e ne esamina le relative implicazioni alla luce del recente quadro regolatorio che si è venuto a delineare (e che si è ultimamente arricchito anche della l.n. 132/2025 sull'IA) e che sembra orientato alla costruzione di un ecosistema digitale improntato a trasparenza, equità e tutela dei diritti fondamentali, nel tentativo di bilanciare le esigenze di innovazione e competitività con quelle di salvaguardia della persona.

Abstract. The application of AI within digital platforms represents a revolution that enables numerous opportunities but also poses significant risks. Indeed, through automated processes it helps to improve the user experience and facilitate Activities such as e-commerce and smart contracts. However, these advances are accompanied by risks related to the rigidity of AI systems – which may lead to errors or harm users due to the absence of direct human intent – but also related to challenges in protecting privacy and personal data, as platforms, thanks in part to AI, process vast amounts of information in ways that may not fully comply with strict regulations such as the GDPR.

This paper addresses these issues and examines their implications in light of the recent regulatory framework that has emerged (and which has recently been supplemented by Law l. no. 132/2025 on AI), which appears to be oriented toward building a digital ecosystem grounded in transparency, fairness, and the protection of fundamental rights, in an attempt to balance the needs of innovation and competitiveness with those of safeguarding the individual.

Parole chiave. Intelligenza artificiale – Piattaforme digitali – Protezione dei dati e *Privacy*.

Key words. Artificial Intelligence – Digital Platforms – Data Protection and Privacy.

L'IDENTIFICAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUTIVI DEL CONCETTO DI «ISTITUZIONE» NELLA RIFLESSIONE DI GIUSEPPE GUARINO*

di Mariangela Atripaldi**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Le istituzioni nel pensiero filosofico-politico: il contributo di Roberto Esposito. – 3. Gli elementi costitutivi del concetto di istituzione. – 4. Istituzioni e rigidità. – 5. Pluralità delle istituzioni. Le istituzioni complesse. L'esigenza di una «teoria delle istituzioni». – 6. Conclusioni.

385

1. Introduzione. Questo studio si propone di identificare i principi costitutivi del concetto di istituzione nella riflessione di Giuseppe Guarino. L'analisi si colloca in una fase storica caratterizzata dall'azione del «pensiero istituyente», legittimato da Claude Lefort¹. Tale pensiero, rivitalizzando le istituzioni e assorbendo la carica energetica della vita, ha determinato un processo di universalizzazione che respinge interpretazioni chiuse e difensive. In questo contesto, lo Stato da baricentro istituzionale diventa un'istituzione tra le altre, entrando in «in una dialettica conflittuale con altre istituzioni, pubbliche e private, globali e locali»².

La scelta ha diverse motivazioni. Si vuole offrire un contributo per un tema rilevante nel dibattito giuridico-politico contemporaneo, individuare dati di riferimento per l'azione delle istituzioni e la loro inerenza alla vita umana, rievocare l'apporto scientifico del grande giurista. La maggior parte degli studi dedicati a questa tematica prende avvio dalla constatazione di essere di fronte a concetti di complessa definizione. Inoltre, il numero delle istituzioni è infinito «allo stesso modo in cui è infinito il numero degli uomini, delle generazioni attuali,

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto pubblico – Università di Roma Tre.

¹ Sull'enigma dell'istituzione ed il ruolo del diritto nel pensiero di Claude Lefort cfr. R. Bifulco, *Il potere è un luogo vuoto. Democrazie e virtù del conflitto secondo Claude Lefort*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2024, 25 ss.

² Per una valutazione dell'assunto, nell'ambito degli studi filosofico-politici, si rinvia alla trilogia di Roberto Esposito avviata da *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020, proseguita con *Istituzione*, Bologna, 2021; conclusa con *Vitam Instituire. Genealogia dell'istituzione*, Torino, 2023. I tre volumi prospettano uno scenario volto a respingere gli assunti del «pensiero destituyente» e di quello «costituyente», sostenendo una prospettiva istituyente.

Su questi volumi si rinvia, fra gli altri, a Cfr. A. Draghi, *La Terza via di Roberto Esposito: Il Pensiero Istituyente*, in *Rivista di Filosofia Contemporanea*, Recensioni, Luglio 2020; B. M. Esposito, «L'ontologia politica e i suoi paradigmi» - *Recensione a Esposito R., Pensiero istituyente*, Einaudi (2020), Agenda.it, Treccani, 2020; M. Caparrini, *Roberto Esposito, Istituzione*, Bologna 2021, 163, in *Universa. Recensioni di filosofia*, 10, 2, 2021, 28-32; N. Galasso, *Recensione a Roberto Esposito, Istituzione*, Bologna 2021, 164, in *Areté*, Vol. 7, 2022, 777 ss.; F. De Sanctis, *Una prospettiva istituyente sul pensiero moderno. A partire da Roberto Esposito*, in *Filosofia Politica*, 3, 2023, 535 ss.; F. M. Tedesco, *Bioetica, Istituzioni e sovranità in Roberto Esposito*, in *Etica & Politica*, XXV, 2023, 464 ss.

di quelle del passato, di quelle del futuro»³. Si è in presenza di una realtà della quale occorre individuare e ricercare i «segni di identificazione», ovvero «i caratteri delle istituzioni, dei meccanismi interni di ciascuna di esse, e delle istituzioni nel loro insieme»⁴.

Di qui l'opportunità di porre l'attenzione su alcuni contributi di Giuseppe Guarino, analizzati in un seminario, tenuto il 23 febbraio 2005⁵ in cui parteciparono economisti, giuristi, filosofi e letterati con l'esigenza di determinare i principi costitutivi delle istituzioni, per individuare le strutture, le finalità, le relazioni in un quadro di pluralismo istituzionale. L'analisi dei predetti contributi consente anche di delineare un settore scientifico, la teoria delle istituzioni, destinato ad interpretare e ad inquadrare il fenomeno del loro divenire, studiando «l'esistenza di una rete istituzionale, complessa ed inestricabile, gradualmente più estesa e di cui oggi si può ben dire che abbracci l'intero mondo»⁶.

Si fa qui riferimento a due lavori pubblicati dal Guarino in momenti diversi che, comunque, potevano essere letti ed interpretati sistematicamente e che, per questo, il seminario prese in esame. Il primo saggio riguarda le istituzioni che costituiscono la struttura della vita sociale, nella quale si forma l'uomo «sin dalla nascita, anzi ancora prima a partire dal concepimento»⁷. In questa occasione l'Autore cerca di offrire anche un contributo per la comprensione del concetto di istituzione, pur partendo dalla constatazione che manca una definizione che sia generalmente accettata⁸. Tale ultimo dato, tuttavia, risulta un elemento ormai non controverso nella gran parte della letteratura giuridica non solo italiana. Tuttavia il concetto assume diversi significati per le differenti scienze giuridiche, sociali ed economiche⁹.

Il secondo saggio, invece, si pone come obiettivo di delineare una teoria relativa ai meccanismi di base che regolano il dinamismo delle istituzioni o comunque lo condizionano, partendo dal punto di osservazione più ristretto dei singoli tipi di istituzioni «fino alla comprensione della rete delle istituzioni nella sua inscindibile relazione mondiale»¹⁰.

Nelle conclusioni al seminario si coglie il filo conduttore degli interventi espressi dai partecipanti durante il dibattito, un filo che può essere definito la «inerenza della istituzione alla vita umana»¹¹. Le istituzioni esistono indipendentemente che le si accetti o che le si rifiuti. Esistono anche quando sembra che non siano visibili. Vanno identificate. Ne consegue un collegamento con le teorie organicistiche dell'800, secondo cui le istituzioni rappresentano «una forma necessaria della società»¹².

Questo quadro è stato arricchito ulteriormente da una analisi condotta anche in riferimento ai rapporti tra istituzioni e rigidità in occasione di una conferenza tenuta da Guarino a

³ Cfr. G. Guarino, *Conclusioni* al Seminario di studi tenuto il 23 febbraio 2005 «Per una teoria delle istituzioni tra diritto ed economia» organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Economia della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, ora in *Diritto e Cultura*, anno XIV, gennaio-dicembre 2004, n. 1.2, 94.

⁴ Cfr. G. Guarino, *Conclusioni*, in *Diritto e Cultura*, cit., 94.

⁵ Seminario di studi organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Economia della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, ora in *Diritto e Cultura*, 2004, cit.

Invero, La individuazione del Guarino «istituzionalista» è legittimata da considerazioni di metodo già affrontate nelle conclusioni del volume del 1949 «Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari» e sulle quali ci si ricollegherà nell'itinerario che si andrà a percorrere.

⁶ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Diritto e cultura*, cit., 42.

⁷ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, 3.

⁸ Cfr. G. Guarino, *L'uomo istituzione*, cit., 6.

⁹ Sul punto vedi K. P. Sommermann, *Institutionengeschichte und Institutionenvergleich*, in A. Benz, H. Siedentopf, K. P. Sommermann (a cura di), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. Festschrift für Klaus König zum 70. Geburtstag*, Schriften zum Öffentlichen Recht, 2004, Berlino, 61.

¹⁰ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 44.

¹¹ Cfr. G. Guarino, *Conclusioni*, in *Diritto e Cultura*, cit., 94.

¹² Cfr. G. Guarino, in *Diritto e Cultura*, cit., 94.

Campobasso il 20.6.2007¹³.

Una tematica, quest'ultima, scelta utilizzando il metodo già adottato durante le lezioni universitarie di uno dei Maestri di Guarino, il Prof. Giuseppe Capograssi il quale era solito iniziare partendo da un fatto di vita quotidiana per poi discutere di sommi principi¹⁴.

Da queste prime constatazioni, al fine di orientarsi nei processi complessi dell'oggi ed individuare elementi di riflessione, appare opportuno confrontarsi con il pensiero di studiosi che si sono dedicati alla riflessione sugli ambiti filosofico-politici del concetto e che hanno assistito, con attenzione, al progressivo ritorno delle istituzioni a partire dal '900.

In questa prospettiva, risulta opportuno far riferimento agli studi di Roberto Esposito.

2. Le istituzioni nel pensiero filosofico-politico: il contributo di Roberto Esposito.

Come precedentemente illustrato, per orientarsi nel dibattito contemporaneo sulle istituzioni occorre confrontarsi con il pensiero filosofico-politico. Gli ultimi anni hanno registrato una vera proliferazione di ricerche, in particolare nelle scienze sociali, che evidenziano l'importanza delle istituzioni in vasti settori dell'esperienza filosofica, sociale, giuridica¹⁵.

Se sicuramente nell'ambito della sociologia si è cercato di chiarire il termine istituzione dal punto di vista concettuale¹⁶, tra le analisi di natura filosofico-politico sul tema si può ricorrere al contributo della trilogia di Roberto Esposito, autore di un ambizioso progetto teorico che mira a invertire la «crisi attuale del politico», prospettando un nuovo progetto affermativo.

Nella sua riflessione si individuano le tappe fondamentali di un processo che ha per protagonista l'istituzione, le sue prerogative e quelle che devono essere sempre più determinate nell'era dell'oggi.

Nel primo volume si contestano i due paradigmi ontologico-politico, quello «destituente» e quello «costituente»¹⁷. Il primo, sostanzialmente risalente a Martin Heidegger, «volto alla disattivazione dell'azione» che alla fine annulla «ogni possibilità politica», trascinando l'impolitico «privo dell'originaria potenza fondativa», e del confronto dialettico, verso l'autoannientamento nella tecnica¹⁸. Il secondo paradigma, quello costituente, ascrivibile al filosofo francese Gilles Deleuze, che sopprime «il presupposto negativo del politico»

¹³ Cfr. sul punto F. Lanchester, *Intervista a Giuseppe Guarino, Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo stato nazionale, accentrato alla globalizzazione*, in *Nomos*, 2, 2020, 4.

La tematica, peraltro, è stata ripresa in un articolo pubblicato sul numero 1 del 2009 di *Economia italiana*, con il titolo *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*.

¹⁴ Lo spunto per la conversazione fu dato al professor Guarino dalla considerazione di essere in un territorio, quello di Campobasso, che presentava i caratteri di una società chiusa. Di qui il suo intervento sul concetto di istituzione e dei suoi rapporti con il principio di rigidità.

Su questi aspetti si rinvia ai dati offerti dal Guarino in una conversazione con Fulco Lanchester. Cfr. F. Lanchester, *Intervista a Giuseppe Guarino, Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo stato nazionale, accentrato alla globalizzazione*, cit., 6.

¹⁵ Sulla «rinnovata attenzione» nei riguardi del concetto di istituzione e di istituzionalismo vedi anche A. Scalone, *Il concetto di istituzione fra innovazione e continuità. A proposito di alcune pubblicazioni recenti*, in *Nomos*, 3, 2020.

¹⁶ Su questi aspetti vedi W. E. Mühlmann, «Institution», in W. Bernsdorf, (a cura di), *Wörterbuch der Soziologie*, Vol. 2. Stuttgart, 1969, 466–468; K.-H. Hillmann, *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, 2007; A.C. Hüntelmann, *Institutionen*, in *Wissen Macht Geschlecht. Ein ABC der transnationalen Zeitgeschichte*, Berlin, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, 2016; K. Rehberg, *Institution, I. Soziologische Perspektiven*, Versione del 08.06.2022, in *Staatslexikon8 online*, URL: <https://www.herder.de/staatslexikon/artikel/institution>.

Differenti definizioni di istituzioni si trovano come appendice al volume a cura di J. Jupille e J. A. Caporaso, *Theories of Institutions*, Cambridge, 2022, 159 ss.

¹⁷ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 7.

¹⁸ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 8 ss.

consentendo al politico di «riempire l'intero movimento della realtà»¹⁹.

In questo primo volume, Esposito, nel contrapporsi sia al pensiero decostituente che a quello costituente, afferma la necessità di esplorare un nuovo paradigma, quello del pensiero istituyente attraverso l'opera del filosofo Claude Lefort.

L'Autore chiarisce, fin dall'inizio, che il suo approccio non è quello di un osservatore esterno, ma di chi si colloca deliberatamente all'interno del paradigma istituyente per contribuire attivamente alla sua definizione e al suo potenziamento²⁰.

L'obiettivo di Esposito, quindi, è quello di delineare e analizzare i tre principali paradigmi ontologico-politici della filosofia contemporanea sopra ricordati, con l'esigenza di sviluppare e radicalizzare il terzo di essi, quello del «pensiero istituyente»²¹, che evidenzia la perenne conflittualità del sociale in quanto «la società è sempre segnata da un antagonismo fondamentale teso ad un ampliamento della libertà e da un assottigliamento delle disuguaglianze»²².

Pertanto, l'utilizzazione del verbo istituire rispetto al sostantivo istituzione per significare l'esigenza di non far riferimento «a un ordine consolidato di regole e di leggi»²³. L'istituire vuole definire l'invito «coincidente con quello della politica»²⁴, «destinato a mutare continuamente il quadro normativo entro cui agisce»²⁵. Un quadro verso il quale si è mosso l'istituzionalismo giuridico, sostenendo che lo Stato non è l'unica istituzione ma convive con altre istituzioni subordinate o sovraordinate, talvolta autonome e competitive, ma destinate a confrontarsi²⁶.

Un insieme nel quale possono essere considerate istituzioni a tutti gli effetti anche quelle che vengono considerate illegali in quanto ostili verso lo Stato²⁷.

Le conclusioni dell'analisi di Esposito consentono di far ritenere che l'unico paradigma capace di mettere insieme essere e pensiero, realtà e politica è quello che si richiama alla prassi istituyente. La predetta «prassi istituyente» assume particolare rilievo soprattutto nel secondo volume²⁸, dove viene data rilevanza al contenuto del lemma «*vitam instituere*» per identificare la relazione tra istituzione e vita da considerare come i due lati di una stessa figura: il carattere vitale della istituzione e la forza istituyente della vita. Pertanto, si pone l'esigenza di collegare anche la politica alla vita e di affidare alle istituzioni la funzione di ponte, consentendo al diritto e alla politica di modellare «le diverse società, differenziandole e articolandole tra loro»²⁹.

Istituire la vita significa definire i contorni, gli obiettivi, misurarsi con contrasti ed occasioni. Ne consegue che la vita così vissuta non consente alcuna valutazione riduttiva del termine

¹⁹ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 11.

²⁰ Esposito sostiene che questa scelta metodologica è coerente con la natura stessa del pensiero istituyente, che per sua definizione si iscrive in un cantiere già aperto, modificandone i contorni fino a riconfigurarli in forme nuove e innovative.

Il paradigma istituyente viene sviluppato principalmente attraverso l'analisi dell'opera del filosofo francese Claude Lefort, una scelta strategica che si rivela particolarmente fruttuosa. La diffusione ancora limitata del pensiero di Lefort, specialmente se confrontata con quella di Heidegger e Deleuze che costituiscono i riferimenti agli altri due paradigmi, quello «destituente» e quello costituente, offre infatti la possibilità di interrogarlo in maniera meno condizionata da interpretazioni consolidate.

²¹ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 1 ss.

²² Vedi R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 15.

²³ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 16.

²⁴ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 16.

²⁵ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 16.

²⁶ Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente, tre paradigmi di ontologia politica*, cit., 16.

²⁷ Cfr. R. Esposito, *Istituzione*, cit., 50.

²⁸ Vedi R. Esposito, *Istituzione*, cit., 1 ss.

²⁹ Cfr. R. Esposito, *Istituzione*, cit., 20.

sopravvivenza. Nessuna ipotesi di vita umana può essere valutata come pura sopravvivenza. Per tale ragione, anche qualora la vita possa apparire come deformata, violata, calpestata, essa è sempre qualcosa di più di una semplice occasione biologica, è, rispetto a tale dato materiale, una sorta di «seconda vita» appartenente ad un «ad un contesto storico fatto di relazioni sociali, politiche e culturali»³⁰. Ne consegue come sia compito della istituzione non solo la tutela di questa «seconda vita», ma anche quello di consentire agli uomini «di proiettare qualcosa di sé al di là della propria vita», assicurando e «prolungando la vita dei padri in quella dei figli»³¹.

«Ciò che fin dall'inizio ci istituisce, e che noi stessi continuamente istituiamo, è la rete di rapporti nella quale ciò che facciamo acquista rilievo per noi, ma anche per gli altri»³².

Si apre, quindi, una nuova fase, quella della prassi istituyente nella quale non ci può essere una contrapposizione tra istituzioni e movimenti. I movimenti acquistano forza e durata solo istituzionalizzandosi, le istituzioni ritrovano potenza creativa solo mobilitandosi.

Un itinerario che si svolge attraverso un percorso genealogico che intreccia analisi storica, filosofica, giuridica e politica per mostrare come sia possibile ripensare il rapporto tra istituzione, vita e politica.

Una visione che è stata messa in dubbio durante la fase della pandemia da corona virus, allorché si è rischiato di spezzare la trama profonda tra vita e istituzione e che, comunque, nella valutazione critica ha evidenziato aspetti negativi (inadeguatezza, ritardi, eccessi di invadenza) ma anche positivi (sensibilità per la salute) nell'azione delle istituzioni.

Anche in questa fase si evidenzia come la prassi istituyente si basa su una tensione dinamica tra interno ed esterno. Ciò che è esterno alle istituzioni, prima di istituzionalizzarsi, trasforma l'assetto istituzionale esistente attraverso sfide e cambiamenti. Il tutto in un assetto di pluralismo istituzionale dove lo Stato non è l'unica istituzione.

Il terzo volume³³ chiude la trilogia iniziata con il *Pensiero istituyente* e continuata con *Istituzione*. Con quest'ultima opera l'Autore, confrontandosi con figure fondamentali del pensiero filosofico e politologico, quali Machiavelli, Spinoza, Hegel, individua l'esistenza dei «prodromi della teoria delle istituzioni come si è andata formulando nell'ultimo secolo», offrendo una pagina genealogica che dalle loro opere giunge fino a noi³⁴.

Questo percorso genealogico ricostruito da Esposito offre il quadro filosofico-politico entro cui inserire l'analisi degli elementi costitutivi del concetto di istituzione nella riflessione di Giuseppe Guarino.

³⁰ Cfr. R. Esposito, *Istituzione*, cit., 21.

³¹ Cfr. R. Esposito, *Istituzione*, cit., 22.

³² Cfr. R. Esposito, *Istituzione*, cit., 21.

³³ Vedi R. Esposito, *Vitam Instituire. Genealogia della Istituzione*, cit., 1 ss.

³⁴ Cfr. R. Esposito, *Introduzione*, in *Vitam Instituire. Genealogia della Istituzione*, cit. Il volume ricostruisce una genealogia concettuale che, dalle fonti classiche, attraversa filosofia giuridica, antropologia e scienza politica fino all'età contemporanea. Il termine genealogia è impiegato non genericamente, ma come richiamo a un principio originario non accessibile agli strumenti della storiografia tradizionale. L'analisi prende le mosse dall'enigmatica espressione latina *vitam instituire*, che allude al nesso ambivalente tra vita e istituzione, e ne segue le trasformazioni dal mondo antico fino all'età moderna. Mentre il diritto romano, pur ricco di potenzialità istituenti, rimane ancorato a relazioni oggettive e gerarchiche, l'esperienza ateniese prefigura invece un legame più diretto tra istituzione e vita comunitaria. Nel cristianesimo, la teologia politica accentua la verticalità del potere istituzionale, subordinando l'esistenza alle norme divine. Con Machiavelli si apre una prospettiva nuova: il conflitto politico è interpretato come spazio dinamico tra istituyente e istituito, aprendo la via al paradigma moderno, arricchito poi da Spinoza e da Hegel. L'Ottocento e il Novecento vedono il consolidarsi dell'istituzionalismo, che in Italia, Francia e Germania individua nella necessità sociale la fonte primaria del diritto. In Esposito questa linea culmina in una teoria che riconosce nell'istituzione il luogo in cui libertà e necessità, ordine e conflitto si intrecciano senza annullarsi reciprocamente.

3. Gli elementi costitutivi del concetto di istituzione. Ricostruito il quadro filosofico-politico contemporaneo, quello espresso dal pensiero di Roberto Esposito, occorre ora tornare all'analisi degli elementi costitutivi del concetto di istituzione individuati da Giuseppe Guarino. A tale scopo, è opportuno porre al centro della riflessione il volume *L'uomo istituzione* con il quale l'Autore si colloca tra gli studiosi che hanno dedicato il proprio interesse alle istanze istituzionaliste. Il suo collegamento con il pensiero di Santi Romano è più volte messo in evidenza. In una lettera inviata al Prof. Masullo successivamente al seminario tenuto a Roma, in precedenza ricordato, egli evidenzia che già in occasione della stesura della sua tesi di laurea nel 1942, aveva cercato di confrontarsi non solo con il volume del Romano sull'ordinamento giuridico ma anche con i suoi studi minori³⁵.

Tra l'altro, riteneva interessante il modo in cui si era formato il pensiero di Romano ed evidenziava come nell'arco di dieci anni avesse approfondito una serie di situazioni che comportavano stimoli «non previsti alla vita collettiva», quali «lo stato di necessità originato dal terremoto di Messina, l'istaurazione di fatto di un nuovo governo, il mutamento nei rapporti di forza tra organi costituzionali»³⁶.

Un complesso di considerazioni che contribuiscono a determinare indicazioni di metodo che erano state già espresse nelle conclusioni al volume sullo scioglimento delle Assemblee parlamentari³⁷. In quelle riflessioni emergono i collegamenti con il pensiero della scuola storica e con le teorie istituzionaliste francesi, nonché con le teorie che attribuiscono valore alla necessità e con le indagini che hanno determinato una diversa attenzione all'azione rispetto alle norme. Tutto ciò evidenzia l'opportunità di far riferimento ad «elementi estranei all'ordine normativo, quali la struttura sociale, le forze politiche, gli interessi di parte» e di «precisare quale sia la posizione del fatto nella esperienza giuridica»³⁸.

Si tratta di valutazioni che impongono all'interprete di occuparsi del «fatto» in modo sistematico in riferimento a differenti scenari, rappresentati dall'area civilistica e dall'area costituzionalistica. La prima meno esposta alle mutevoli influenze della politica, sembra dare l'impressione di non risentire della influenza del tempo.

Un dato del tutto differente emerge per l'area costituzionalistica, decisamente politicizzata, e quindi, quanto mai mobile, tanto da richiedere un intervento interpretativo complesso, comportando lo studio della struttura sociale che va sottoposta ad una indagine sistematica. Il volume di Guarino «L'uomo-istituzione» merita grande attenzione per l'apporto offerto alla teoria delle istituzioni nel definire il concetto, la sua nascita, la sua utilizzazione, la incidenza del ruolo che le istituzioni sono chiamate a svolgere.

Si tratta di un libro che va letto, studiato, approfondito in quanto descrive ampiamente e puntualizza la complessità del mondo delle istituzioni.³⁹ Un mondo vasto e variegato, proprio del panorama istituzionale, in cui esistono molteplici modalità di interazione tra le varie istituzioni e in cui ogni istituzione può assumere importanza variabile all'interno del contesto sistemico di riferimento.

Il dato innovativo che emerge dalla lettura di questo volume è la presentazione di un contesto di umanità decisamente socializzata. In altri termini, si sostiene che l'uomo debba essere anche *socialis* e che, pertanto, per vivere in società debba necessariamente agire attraverso le istituzioni⁴⁰.

L'analisi, altresì, delinea un quadro generale che individua nella pluralità uno dei principi

³⁵ Lettera in Archivio privato.

³⁶ Lettera in Archivio privato.

³⁷ Cfr. G. Guarino, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, ristampa, Napoli, 1990.

³⁸ Cfr. G. Guarino, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 255 ss.

³⁹ Cfr. G. Ferrara, *Su 'L'uomo-istituzione'*, di Giuseppe Guarino, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2004.

⁴⁰ Cfr. G. Ferrara, *Su 'L'uomo-istituzione'*, di Giuseppe Guarino, cit.

costitutivi dell'istituzione, superando ogni approccio individualistico. Questo non comporta tuttavia il disconoscimento del contributo creativo che il singolo può apportare alle istituzioni, pur nei limiti consentiti dal *framework* istituzionale di riferimento.

«Pluralità compositiva, semplicemente umana», «dinamicità, riconoscibilità» sono questi gli elementi che presiedono il sistema delle istituzioni⁴¹.

Altrettanto notevole è il contributo che il volume offre alla comprensione del ruolo che i grandi personaggi hanno avuto nel determinare gli eventi della storia. Tutto ciò si spiega con la forte stimolazione che essi hanno impresso al sistema istituzionale, stimolazione che, se fosse venuta meno, non avrebbe consentito il verificarsi di questi eventi⁴².

Comunque, in una valutazione complessiva, si può sostenere che tra i meriti più importanti dell'analisi di Guarino sulle istituzioni vi è il riconoscimento della valenza giuridica data al sistema delle istituzioni. Infatti, per Guarino la «teoria generale del diritto studia i punti nodali che restano identici nelle istituzioni»⁴³.

In sintesi, per l'illustre Autore, le istituzioni possono essere considerate come inerenti alla vita umana. Ciò viene ribadito altresì nel suo intervento al seminario del 23 febbraio 2005, in cui rileva come le istituzioni condizionino e formino la vita⁴⁴.

Come l'uomo non può esistere senza istituzioni, ogni istituzione «a sua volta è frutto dell'azione di innumerevoli individui e di altre istituzioni preesistenti o coesistenti, interne od esterne»⁴⁵. Da ciò l'esigenza di individuare le loro strutture, i meccanismi interni e di ognuno di essi e nel loro insieme, il dinamismo.

Pertanto, il primo elemento costitutivo è rappresentato dalla pluralità dei partecipanti e tra i partecipanti vanno indicati anche altre istituzioni che, danno vita ad istituzioni complesse.

Accanto alla pluralità dei partecipanti va aggiunto un altro elemento della struttura delle istituzioni: quello della pluralità delle norme.

Quest'ultimo aspetto assume particolare rilievo in quanto si ricollega ad altre istanze fondamentali: individuare i confini dell'istituzione e determinarne l'appartenenza.

Va anche rilevato che la delimitazione dell'istituzione risulta chiaramente individuabile solo per quelle di carattere territoriale: Stati, comunità sovrastatali, sovrane. Quando il riferimento territoriale non è evidente, la limitazione può essere stabilita dalla legge o dallo statuto, oppure può essere determinata da circostanze o situazioni di fatto.

Dopo aver individuato la pluralità dei partecipanti e la pluralità delle norme come elementi costitutivi, Guarino si pone il problema di individuare il carattere statico o dinamico dell'istituzione, per verificare da quali meccanismi dipenda la loro eventuale dinamicità. La conoscenza del dinamismo interno della istituzione è correttamente considerata come un elemento fondamentale. Se si ritiene che le istituzioni siano delle entità decisamente dinamiche esse producono effetti che vanno oltre le situazioni contingenti.

D'altra parte, emerge un quadro che viene spiegato dall'Autore anche sulla base di una considerazione di ordine generale.

Nella vita non c'è nulla che sfugge al rapporto tra causa ed effetto. Gli effetti sono determinati da una causa o da più cause concorrenti. Nello stesso tempo quegli effetti si pongono a loro volta come finalizzati ad assumere il ruolo di causa o concause di effetti successivi, modificando in maniera automatica e, successivamente, in misura ampia o appena percepibile, la situazione preesistente e determinando o offrendo un contributo ad un nuovo equilibrio. Pertanto, una istituzione statale che abbia una collocazione storica antica è

⁴¹ Cfr. G. Ferrara, *Su 'L'uomo-istituzione', di Giuseppe Guarino*, cit.

⁴² Cfr. G. Ferrara, *Su 'L'uomo-istituzione', di Giuseppe Guarino*, cit.

⁴³ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 42 ss.

⁴⁴ Cfr. G. Guarino, *Conclusioni*, in *Diritto e Cultura*, cit., 94.

⁴⁵ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit. 5.

certamente determinata da «cause talvolta secolari, persino millenarie, i cui effetti trasformandosi in cause hanno prodotto effetti successivi»⁴⁶.

In altri termini non «c'è evento che sia privo di un proprio effetto, nessuno effetto che non risalga ad una causa anteriore»⁴⁷.

Comunque, il quadro di dinamicità espresso dalle istituzioni è anche determinato dai comportamenti dell'uomo. Queste variazioni sono la manifestazione della vita. E se gli uomini nella valutazione singolare sono in costante mutazione, saranno in perenne mutazione le relazioni che passano fra di essi. Tutto ciò si trasmette alle istituzioni, che, conseguentemente, si presentano in continua variazione tanto che solo in apparenza possono sembrare statiche.

Un insieme di riferimenti che acquista particolare rilievo in presenza di istituzioni complesse, ovvero quelle costituite da una pluralità di istituzioni e subistituzioni. In questo caso il dinamismo si attua con intensità, velocità e ritmo differente. Infatti, in queste ipotesi, il dinamismo delle istituzioni che compongono una istituzione si trasmette alla istituzione principale in modo da generare un effetto complessivo.

Il quadro sinora delineato degli elementi costitutivi si arricchisce di un ulteriore componente fondamentale: il concetto di autorità, intesa come idoneità ad affermarsi indipendentemente dalla volontà dei singoli appartenenti.

Ma quale è la forza che contribuisce a consentire all'autorità di svolgere il suo ruolo? Essa è la forza sociale identificata come elemento costitutivo dell'istituzione. Ogni azione conforme alla norma evidenzia l'esistenza di una forza che «sostiene sia le singole norme sia il sistema di cui la norma fa parte»⁴⁸.

L'insieme degli atteggiamenti conformi dà contenuto alla forza sociale. Ne consegue che l'esistenza della forza sociale consente di affermare che le norme godono di autorità, laddove il suo affievolimento, delinea una perdita di incidenza della autorità, la sua estinzione, la fine della istituzione.

Si delinea, a questo punto, il tema del rapporto tra forza sociale e forza organizzata. Diversamente dalla forza sociale, la forza organizzata rappresenta un fattore che è presente nelle istituzioni laddove serve a garantire comportamenti conformi alle norme, operando come strumento di supporto alla forza sociale. Un elemento che appare in evidenza soprattutto nelle istituzioni statali nelle quali la istituzione ha il compito di verificare la esistenza di violazioni, riportando i comportamenti nel rispetto della legittimità e determinando la erogazione di sanzioni. Senza che, per questo, possa mai ritenersi influente l'azione coadiuvante della forza sociale.

D'altra parte, è illusorio che la forza organizzata possa da sola consentire di ottenere comportamenti che siano rispettosi delle norme.

L'analisi della forza sociale e di quella organizzata dimostra l'esistenza, in ogni istituzione, di una struttura di governo in senso ampio, dove le funzioni di governo, giurisdizione e amministrazione, pur con diversi gradi di formalizzazione, rappresentano elementi comuni a tutte le istituzioni. Questi elementi sono presenti non soltanto nelle istituzioni statali ma in tutte le forme istituzionali, benché talvolta si manifestino in modalità meno evidenti o attraverso denominazioni differenti⁴⁹.

L'interesse più volte evidenziato sul fattore dinamismo non deve, però, far trascurare di valutare l'esistenza di un altro fattore: quello della stabilità. Ogni entità istituzionale è la

⁴⁶ G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 4 dell'estratto.

⁴⁷ G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 4 dell'estratto.

⁴⁸ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 20 ss.

⁴⁹ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 31.

risultante di un processo dialettico tra stabilità e dinamicità, intese in senso di identità e divenire.

Nell'itinerario percorso da Guarino, acquista un particolare rilievo il richiamo al saggio «Potere giuridico e diritto soggettivo»⁵⁰, che resta uno tra i fondamentali contributi offerti dall'Autore alla teoria generale del diritto. Uno studio che fu affrontato dal Guarino per mettersi al riparo dalle critiche di chi sosteneva il carattere non giuridico ma di scienza politica dei metodi utilizzati nel volume sullo scioglimento delle assemblee parlamentari⁵¹.

A tal proposito, l'Autore non ha mancato di far rilevare come le situazioni soggettive determinate dalle norme a favore degli uomini possano essere di favore, quali il potere, l'atto e la facoltà o di sfavore. In questo ultimo caso si dà luogo agli obblighi.

Nelle situazioni di potere, il titolare può attuare una dichiarazione di volontà per la quale la norma ne determina il contenuto. Con l'atto, il titolare può scegliere se dar vita ad un determinato comportamento, con effetti disciplinati dalla norma. Con la facoltà si dispone di un ambito entro il quale il titolare liberamente può dar vita ad un comportamento. Tutto ciò spiega il perché nella realtà operativa delle istituzioni, le facoltà sono utilizzate con maggiore frequenza rispetto all'esercizio del potere.

Nel settore delle situazioni sfavorevoli vanno inseriti l'obbligo di dar vita ad un comportamento anche contro la propria volontà a favore di uno o più soggetti determinati. Nell'ipotesi in cui l'azione sia predisposta a favore della collettività, dai terzi in modo indistinto si utilizza il termine dovere. Invero, nell'ipotesi delle situazioni inattive, non si richiede al titolare di dover dar vita a comportamenti, in quanto tutto dipende dal comportamento degli altri soggetti. Anche in questo caso, le situazioni inattive possono essere favorevoli o sfavorevoli.

Lo studio delle situazioni soggettive è affidato alla teoria generale del diritto ed è valido per tutte le istituzioni, non solo per quelle statali. Una ricostruzione che l'Autore conduce non solo a livello di analisi formale, ma anche materiale offrendo, in tal modo, ulteriori elementi costitutivi riferibili al concetto di istituzione, ma soprattutto determinando dati per la vita operativa di quell'entità.

Il contributo di Guarino si distingue, quindi, per la capacità di coniugare rigore metodologico e attenzione alla dimensione operativa delle istituzioni, offrendo riflessioni che non si limitano alla descrizione formale ma si estendono all'analisi dei meccanismi concreti attraverso cui le istituzioni esercitano la loro funzione ordinatrice nella società. In questo contesto acquista un particolare rilievo il concetto di rigidità elaborato dall'Autore in più occasioni, utilizzato con riferimento a differenti situazioni.

4. Istituzioni e rigidità. Come evidenziato, il contributo di Guarino acquista particolare rilievo per la capacità di coniugare rigore metodologico e attenzione alla dimensione operativa delle istituzioni. In questo contesto assume particolare rilievo il concetto di rigidità, che l'Autore affronta in diversi momenti della sua riflessione: nel volume «L'uomo-istituzione», nelle conclusioni al Seminario del 2005, nella conferenza tenuta a Campobasso il 20 giugno 2007 e in uno scritto pubblicato nel 2009⁵².

Ma in che cosa consistono le rigidità? Come vengono identificate?⁵³

Innanzitutto, le rigidità non sono esclusivamente giuridiche o economiche. Possono avere, come vedremo, una natura diversa. Vanno persino individuate rigidità che provengono dal

⁵⁰ G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubblico*, 1949, I, 238 e ss., ristampa, Napoli, 1990.

⁵¹ Per il giudizio espresso dall'Autore si rinvia a *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, 2014, 13 ss.

⁵² Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit.

⁵³ Cfr. G. Guarino, Conclusioni, in *Diritto e Cultura*, cit., 96.

passato⁵⁴. Ciò lo si può constatare per le istituzioni come quelle statali.

Le istituzioni, come già si è evidenziato, danno vita ad una serie di rapporti con istituzioni superiori, inferiori, collaterali, con singoli individui, con un contesto naturale ed ambientale. Rapporti che possono comportare stabilità o avere una efficacia occasionale. In entrambi i casi la relazione può determinare una situazione di dominanza. Se il rapporto è occasionale l'istituzione subordinata subisce uno stimolo aggiuntivo che può essere negativo ma anche positivo e favorevole.

Una causa stabile di dominanza dà vita ad un elemento di rigidità⁵⁵.

Nella sua ricostruzione Guarino sostiene che qualsiasi elemento, indipendentemente dalla sua natura, può essere dominante e si chiede quali possano essere gli elementi che determinano una tale posizione dominante. A tal fine offre una serie di esempi come quello del regime parlamentare in cui è centrale non solo l'esistenza di una maggioranza ma anche la coesione tra le forze che compongono la stessa. Nell'ipotesi in cui la maggioranza è espressa da un sol partito la coesione è condizionata dal prestigio del *leader*. Nel caso in cui si riscontra una maggioranza debole si può ampliare la sfera di potere del Capo dello Stato⁵⁶. Anche all'interno delle singole istituzioni si formano delle rigidità che possono influenzare il dinamismo delle istituzioni.

Nella sua esaustiva analisi Guarino individua, tra le rigidità, anche, le ideologie, le tradizioni, i dati caratteristici espressi dal territorio, le innovazioni tecnologiche, i rapporti politici, i rapporti personali, le forze esterne, i processi storici antecedenti.

Tra le rigidità molto forti ci sono quelle che scaturiscono dalle fedi religiose che vengono interpretate come fonti di imperativi assoluti.

Oggetto di particolare attenzione sono le rigidità riguardanti l'economia⁵⁷ sebbene gli elementi di maggiore rigidità siano principalmente determinati dalle normative giuridiche. In questo caso la rigidità può essere imposta sia da una norma singola sia da un complesso di norme inserite in un sistema. «Cresce ancora se un insieme specifico si intreccia con altri insiemi giuridici»⁵⁸. Ciò si realizza, ad esempio, se il sistema di cui fa parte viene a sua volta inserito in un contesto più ampio. Appare evidente che ciò si può verificare quando tale fenomeno sia determinato da una causa di ordine giuridico. Un quadro complesso nel quale le cause di rigidità non provengono da singoli interventi in quanto sono fattori molteplici che le determinano. Ed un sistema appare più complesso quanto più aumenta il grado di rigidità. Comunque, è altrettanto evidente che la capacità di inserimento, come contraltare alla rigidità, dipende dal grado di morbidity e flessibilità dell'ambiente. Se l'ambiente è resistente e il nuovo fattore non ha la forza sufficiente, sarà quest'ultimo a subire modificazioni, senza che si producano i risultati ipotizzati⁵⁹.

In questo contesto finalizzato ad individuare le tipologie, è rilevante la individuazione della distinzione tra macro-rigidità che introducono vincoli di elevata rigidità, e le micro-rigidità che incidono in ambiti più ristretti⁶⁰.

In questo quadro va valutata l'incidenza della rigidità in un sistema integrato da più istituzioni. In tale ipotesi, «l'inserimento di una nuova causa di rigidità o l'eliminazione di una rigidità preesistente possono provocare effetti anche in aree lontanissime»⁶¹.

⁵⁴ Cfr. G. Guarino, Conclusioni, in *Diritto e Cultura*, cit., 96.

⁵⁵ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 116 ss.

⁵⁶ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 118 ss.

⁵⁷ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 118 ss.

⁵⁸ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 14 dell'estratto.

⁵⁹ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 7 dell'estratto.

⁶⁰ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 123.

⁶¹ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 124.

Peraltro, non sempre i fattori spingono nella medesima direzione. Talvolta le spinte sono così differenziate da neutralizzarsi fra di loro⁶².

Le rigidità giuridiche e quelle economiche sul piano operativo agiscono in simbiosi determinando effetti sistemici ma dal punto di vista dell'effettività quelle maggiormente rilevanti sono quelle giuridiche. Invero non vi è momento della vita collettiva che possa liberarsi dal comando giuridico, tanto che le stesse rigidità economiche sul piano operativo non possono essere valutate in sé in quanto va giudicata contestualmente il grado di durezza che deriva dal comando giuridico.

Il livello considerato minimo è quello riferito ad uno specifico rapporto. Quando una norma si inserisce nel proprio sistema di riferimento o in uno più ampio, la rigidità che la caratterizza si estende a tutto l'insieme (rigidità sistemica)⁶³.

Nei casi di inadempimento «indipendentemente dai meccanismi sanzionatori predisposti dal diritto positivo, interviene la forza sociale che si manifesta nella pressione esercitata da quanti hanno interessi a procedere»⁶⁴. Tale ipotesi viene considerata come rigidità da integrazione. Questa acquista un grado maggiore di durezza se è sostenuta da gruppi di interesse (politici, economici, sociali, religiosi, ideologici), gruppi che non solo impongono l'adozione di norme ma assumono anche il «ruolo di guardiani», tesi a vigilare l'effettività nell'applicazione della norma⁶⁵.

È evidente che, qualora le norme vengano abrogate, gli effetti delle stesse potranno protrarsi per lunghi periodi (rigidità storiche). Senza considerare che queste norme, dopo che siano entrate nel sistema, producono principi generali, «si trasformano nelle teorie e nei convincimenti generali»⁶⁶.

Gli itinerari percorsi da Guarino, in riferimento alle rigidità giuridiche, si concludono con considerazioni sulle rigidità dinamiche che sono determinate da un legame con parti di una istituzione complessa. I movimenti partendo dal basso darebbero effetti a quella complessità che unisce tutto l'insieme, trascinandolo «verso traguardi impensati»⁶⁷.

Il quadro in esame viene, poi, completato dalle rigidità che vengono considerate come «sociali», determinate dai condizionamenti della società, dal «*vitam instituere*», che si combinano con le norme giuridiche producendo «nodi» che possono risultare difficili da districare.

Lo stesso scenario è presentato dalle rigidità economiche che hanno strutture formate e gradi diversi. In questo contesto si può fare qualche considerazione opportuna ma una più precisa analisi può essere offerta solo dall'economista. E infatti la rigidità economicamente determinante deriva soltanto dal calcolo della ofelimità, che dato il suo carattere generalizzato, si distingue dalle altre rigidità. L'ofelimità, un concetto determinato dall'economista Pareto, vuole individuare il dato di soddisfazione soggettiva offerto da un bene o da un servizio, differenziando questa soddisfazione dalla utilità che risponde ad esigenze sociali e morali.

Emerge, inoltre, la individuazione, accanto alla ofelimità, di altre specifiche rigidità, fra le quali il monopolio, l'oligopolio, il controllo societario, «de molteplici specie di conflitti di interesse»⁶⁸.

Una particolare attenzione, infine, viene data alle rigidità prodotte da condizioni che

⁶² Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 7 dell'estratto.

⁶³ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 14 dell'estratto.

⁶⁴ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 9 dell'estratto.

⁶⁵ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 14 dell'estratto.

⁶⁶ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 15 dell'estratto.

⁶⁷ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 15 dell'estratto.

⁶⁸ Cfr. G. Guarino, *Diritto ed economia. Una riflessione sull'Italia, l'Europa e il mondo*, cit., 16 dell'estratto.

assumono rilievo di massa, come nel caso di quelle determinate dalle attese, dai contagi, dal panico e da bolle speculative.

È evidente che anche per le rigidità economiche ci può essere un accrescimento delle potenzialità imputabili a fattori ideologici, morali, religiosi, politici.

L'itinerario percorso consente, fra l'altro, di individuare la complessità sistemica dell'analisi guariniana. Infatti, il quadro offerto si estende dall'ambito giuridico e/o economico a quello storico, ideologico, religioso, culturale.

Sul piano giuridico di particolare interesse è l'analisi della rigidità sistemica e della rigidità da integrazione che evidenzia il ruolo centrale del diritto nel determinare vincoli che, introdotti, vanno al di là della indicazione normativa originaria. D'altra parte, il riconoscimento delle rigidità storiche consente di affermare la capacità durevole dei processi giuridici e il loro ruolo nel determinare i principi generali.

Concludendo si può sostenere che il contributo di Giuseppe Guarino è quanto mai significativo anche in riferimento al tema della rigidità istituzionale offrendo uno strumento di comprensione della dialettica tra stabilità e mutamento nei sistemi istituzionali. In altri termini non c'è processo di trasformazione che non sia condizionato da vincoli preesistenti, che hanno anche la funzione di indirizzare lo sviluppo futuro.

Resta, comunque, da approfondire un ulteriore aspetto: le istituzioni si relazionano fra loro in un contesto di pluralismo istituzionale, determinando quella che Guarino definisce una «rete istituzionale complessa e inestricabile».

5. Pluralità delle istituzioni. Le istituzioni complesse. L'esigenza di una «teoria delle istituzioni». La riflessione sulla rigidità istituzionale conduce a valutare la complessità del sistema istituzionale. Come già rilevato, nell'esame del pensiero di Guarino, l'istanza pluralistica costituisce un elemento qualificante dei sistemi anche politici, quale fattore generativo di storia e cultura.

Una visione, questa, che l'Autore coglie sia quando analizza la struttura dell'istituzione, sia quando va alla identificazione del sistema nella sua complessità, attingendo anche dalla teoria generale del diritto.

In tale ambito, specialmente per le istituzioni complesse dove è cruciale il ruolo dello Stato o di analoghi organismi sovrani, il concetto di indipendenza assume particolare importanza. Questa indipendenza può essere formalmente riconosciuta dall'istituzione statale oppure conquistata nella pratica attraverso il sostegno diretto di forze sociali⁶⁹.

Si è sostenuto che le istituzioni possono essere composte da una pluralità di uomini ovvero da una pluralità di istituzioni o da una pluralità di istituzioni e di uomini. Per cui, una istituzione può essere costituita da una pluralità di subistituzioni. Tutto ciò si verifica anche nelle istituzioni di minime dimensioni.

Una complessità che va presa attentamente in considerazione specialmente se è presente una istituzione complessa nella quale la istituzione madre sia rappresentata dallo Stato, da una organizzazione internazionale, da una *holding* societaria.

Appare evidente che nelle subistituzioni devono essere presenti tutti gli elementi costitutivi propri di ogni istituzione, anche se siano predisposti e regolati dalla istituzione madre che, pertanto, produce effetti di rigidità tali da poter limitare lo spazio di autonomia della istituzione inferiore.

Comunque, in questo caso, ci sarà sempre uno spazio in cui la subistituzione si muoverà con autonomia, come nel caso di produzione di norme proprie e di esercizio, se pur minimo, di attività di governo, di amministrazione e di giurisdizione.

⁶⁹ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 34.

Un caso che, quindi, evidenzia l'esistenza di un inestricabile intreccio di relazioni, rapporti, situazioni tuttavia sempre più complesse ma comunque tali da consentire la formazione della identità⁷⁰. L'aspetto della identità è decisamente evidenziato nelle analisi dell'Autore. Nelle situazioni, anche le più complesse, si evidenzia l'attitudine della istituzione di mantenere la propria identità sempre che «le norme restino generalmente invariate», che la forza sociale, svolga il suo ruolo «in modo efficace e consolidato», che «l'organizzazione pubblica mantenga nell'insieme la sua operatività»⁷¹.

L'analisi già descritta ampiamente nelle pagine precedenti, ha evidenziato il dinamismo all'interno di una istituzione. Questa «vitalità», quindi, che è sottoposta alle incidenze esterne determinate dalle istituzioni sovrastanti e da quelle derivanti dall'insieme delle relazioni che lo Stato intrattiene con entità esterne, fa emergere l'esistenza di una molteplicità istituzionale ampia ed inestimabile⁷².

Un quadro, peraltro, molto complesso in quanto bisogna tener presente che «non vi è condotta economica, per quanto minima o insignificante che possa prescindere da qualche regolamentazione giuridica. Ma nello stesso tempo non vi è comportamento umano, il più disinteressato e altruista, che non si traduca immediatamente o mediatamente in qualche atto di rilevanza economica»⁷³.

I fatti economici sono in continuo divenire. Sono imputabili ad una diversità di soggetti che si muovono secondo le loro possibilità, anche se i loro comportamenti sono decisamente condizionati dalle istituzioni nelle quali sono inseriti sin dalla nascita. Un contesto, quello istituzionale, in cui giocano un ruolo le diverse rigidità che determinano condizioni di mutevolezza e mobilità. Anche se il nuovo deriva da processi anteriori, le situazioni successive non sempre assomigliano «a ciò che precedeva». Anzi molto spesso si evidenziano situazioni che non erano neppure prevedibili.

Ma come mettere a sistema l'analisi di questi fenomeni? Dinanzi ad essi, non esistendo mezzi predisposti per inquadrarli, la via, secondo la ricostruzione di Guarino, sarebbe quella di affidarsi ad una diversa scienza: la teoria delle istituzioni.

La prospettiva che questa scienza dovrebbe avere è quella di chiarire i meccanismi che regolano il dinamismo e lo sottopongono a condizionamenti attraverso un itinerario che parta da singoli tipi di istituzioni sino alla comprensione della rete delle istituzioni nella sua complessiva integrazione. Una rete, quindi, certamente stabile nella sua complessità, ma contestualmente idonea ad evidenziare processi evolutivi.

Alla teoria delle istituzioni dovrebbe essere attribuita una funzione determinante per gli studi di economia, individuando «i dati istituzionali rigidi, basi stabili per le elaborazioni economiche»⁷⁴. Dovrebbe intervenire per indicare le mutazioni che potranno incidere sui rapporti di stabilità.

Si sarebbe, quindi, in presenza di una scienza del tutto autonoma da non confondersi con altre tipologie scientifiche, non con la politica, con la sociologia, con l'economia, con la filosofia. Un bagaglio conoscitivo che dovrebbe essere anche predittivo, avvertendo in tempo gli eventuali pericoli, indicando le possibili vie di uscite.

Un insieme di indicazioni che secondo Guarino dovrebbe consentire una riflessione sempre più propositiva per la riflessione scientifica finalizzata alla elaborazione di una teoria delle istituzioni «inserendo nella base di conoscenza quella di tutti i fattori rilevanti, valutati nelle reciproche integrazioni», offrendo alla considerazione degli studiosi «elementi nuovi, tanto

⁷⁰ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 41.

⁷¹ Cfr. G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, cit., 45.

⁷² In questo senso G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 42.

⁷³ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 46.

⁷⁴ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 45.

più rilevanti in quanto condizionanti»⁷⁵.

Si può infine affermare che se l'apporto della economia per la teoria delle istituzioni va giudicato come essenziale, altrettanto deve ritenersi per la teoria delle istituzioni che dovrebbe operare per una «maggiore comprensione dello sviluppo umano e dei meccanismi che lo sorreggono»⁷⁶.

Al termine di queste riflessioni appare evidente che la individuazione della teoria delle istituzioni rappresenta il punto conclusivo della riflessione guariniana: partendo dall'analisi degli elementi costitutivi, percorrendo lo studio delle rigidità e del pluralismo istituzionale, giunge fino alla necessità di una scienza idonea a comprendere l'intera rete istituzionale complessa e dinamica.

6. Conclusioni. L'itinerario percorso ha evidenziato come l'Autore abbia scelto di collocare le istituzioni nello scenario culturale del Novecento, configurando un impianto teorico che ha come riferimento soprattutto la Società e non lo Stato.

Una scelta che prende le distanze da concezioni di tipo verticistico e che anticipa anche posizioni successivamente elaborate dalla cultura giuridica, offrendo, in tal modo, un quadro di riferimento per la vita delle istituzioni.

Tale prospettiva si inserisce nel rinnovato interesse per l'istituzione che costituisce il punto focale della riflessione filosofico-politica e giuridica contemporanea.

In questo contesto, assume rilevanza il confronto, seppure implicito, tra il pensiero di Guarino e quello di Roberto Esposito. Vero è che la trilogia espositiana rappresenta un'opera sistematica che ha profondamente rinnovato la comprensione delle istituzioni. Sebbene in ambiti disciplinari diversi, Guarino ed Esposito sentono l'esigenza di ripensare il rapporto tra istituzione, vita e politica, superando visioni statocentriche.

Ma il panorama odierno presenta anche altre occasioni per una riflessione riferibile all'area tematica. Un esempio di ciò proviene dalla rilettura di Carl Schmitt e, specificamente con la traduzione italiana dei due saggi: *Diritti di libertà e garanzie costituzionali della Costituzione del Reich* (1931) e *Diritti fondamentali e doveri fondamentali* (1932)⁷⁷. Con tale rilettura, ha acquistato un particolare rilievo il dibattito volto a ridimensionare la posizione «decisionista – eccezionalista» di Schmitt, per individuare una sua posizione «istituzionalista». Si evidenziano, fra l'altro, orientamenti che non solo fanno rilevare la fase istituzionalista del pensiero di Schmitt, ma anche il suo «piegare, o quanto meno volgere verso la difesa di un nucleo ristretto di contesti e forme istituzionali che possano garantire la tenuta di un assetto ordinamentale sufficientemente stabile e solido, così da prevenire, e nel caso contenere, ogni spinta centrifuga in condizione di porre a rischio l'esistenza stessa dello Stato»⁷⁸.

Un quadro di riflessioni che vorrebbe identificare un «istituzionalismo giuridico» «sostantivo» e un istituzionalismo «processuale» in una prospettiva volta a individuare il ruolo di Carl Schmitt e Santi Romano nell'ambito di questa diversa configurazione dell'istituzionalismo giuridico⁷⁹.

Peraltro, queste posizioni non erano precedentemente state accolte da una parte della dottrina che aveva sempre rigettato il tentativo di attribuire a Carl Schmitt il superamento dell'alternativa tra normativismo e decisionismo accogliendo accanto a tali tipi di pensiero giuridico un terzo tipo, quello istituzionale.

⁷⁵ G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 46.

⁷⁶ Cfr. G. Guarino, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, cit., 46.

⁷⁷ Cfr. C. Schmitt, *Costituzione e Istituzione*, Mariano Croce, Andrea Salvatore (a cura di), Macerata, 2022.

⁷⁸ Così A. Salvatore, in Carl Schmitt, *Costituzione e Istituzione*, cit., 19.

⁷⁹ Cfr. M. Croce, *L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs Santi Romano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2023.

Questa interpretazione «istituzionalista» di Carl Schmitt trovava un fondamento in un suo intervento. Invero nella premessa alla seconda edizione della *Teologia*, non aveva più distinto fra due tipi di pensiero giuridico, ma aveva aggiunto al tipo normativistico e a quello decisionistico anche quello istituzionale.

Un atteggiamento giudicato come opportunistico, operato fra l'altro, da chi come Schmitt è «sempre disposto a modificare posizione in ragione delle convenienze del momento»⁸⁰. In altri termini veniva considerata non accoglibile una «riconfigurazione del proprio decisionismo, mai davvero abbandonato, in direzione istituzionalista»⁸¹.

Da ciò, quindi, l'accettazione del pensiero di Santi Romano che «sembra spezzare i confini della teologia politica in una forma che Schmitt non avrebbe mai concepito»⁸².

In conclusione, le considerazioni fin qui sviluppate hanno consentito di ricostruire la elaborazione teorica di Giuseppe Guarino intorno alla natura delle istituzioni, ai loro elementi costitutivi fondamentali e alla configurazione della sua «teoria istituzionalista».

Una successiva prospettiva di ricerca sarà quella finalizzata ad individuare i connotati dell'istanza istituzionalista accolta dal Guarino e ad indagare la collocazione dell'istituzionalismo guariniano nell'odierno panorama speculativo e la sua direzione di sviluppo in rapporto alle diverse correnti istituzionaliste del pensiero contemporaneo.

È questa, dunque, la prospettiva di ricerca futura.

Abstract. Il saggio è finalizzato all'identificazione del concetto di «istituzione» nella riflessione di Giuseppe Guarino, collocandolo nel dibattito filosofico-politico contemporaneo determinato da Roberto Esposito e dal suo «pensiero istituyente». Vengono identificati gli elementi costitutivi delle istituzioni: pluralità dei partecipanti, pluralità delle norme, dinamismo, autorità, forza sociale e forza organizzata. Centrale è il concetto di «rigidità» (giuridica, economica, sociale, storica) come vincolo che condiziona il dinamismo istituzionale. Guarino sostiene l'inerenza delle istituzioni alla vita umana e propone una «teoria delle istituzioni» come scienza autonoma per comprendere la complessità di una rete istituzionale estesa ed inestricabile. Il saggio evidenzia come le istituzioni, pur essendo dinamiche, mantengano la propria identità attraverso l'equilibrio tra stabilità e mutamento, riconoscendo lo Stato come parte di un pluralismo istituzionale in cui convivono istituzioni complesse, subordinate, sovraordinate e competitive.

Abstract. The essay aims to identify the concept of «institution» in Giuseppe Guarino's reflection, placing it within the contemporary philosophical-political debate shaped by Roberto Esposito and his «instituting thought». The constitutive elements of institutions are identified: plurality of participants, plurality of norms, dynamism, authority, social force, and organized force. Central is the concept of «rigidity» (legal, economic, social, historical) as a constraint that conditions institutional dynamism. Guarino argues for the inherence of institutions in human life and proposes a «theory of institutions» as an autonomous science to understand the complexity of an extended and inextricable institutional network. The essay highlights how institutions, while being dynamic, maintain their identity through the balance between stability and change, recognizing the State as part of an institutional pluralism in which complex, subordinate, superordinate, and competitive institutions coexist.

⁸⁰ In tal senso cfr. R. Esposito, *Institutional turn. Carl Schmitt o Santi Romano?* in M. Di Pierro, F. Marchesi, E. Zaru (a cura di), *Almanacco di Filosofia e Politica 2. Istituzione. Filosofia, politica, storia*, Macerata, 2020, 22.

⁸¹ Cfr. R. Esposito, *Institutional turn. Carl Schmitt o Santi Romano?* cit., 22.

⁸² Cfr. R. Esposito, *Institutional turn. Carl Schmitt o Santi Romano?* cit., 32.

Parole chiave. Istituzione – Pluralismo istituzionale – Pensiero istituyente – Teoria delle istituzioni.

Key words. Institution – Institutional pluralism – Instituting thought – Theory of institutions.

LE FONTI DELLA SOCIETÀ DIGITALE: POTENZIALITÀ E LIMITI DEI NUOVI PARADIGMI DI NORMATIVITÀ*

di Michela Tuozzo**

401

Sommario. 1. Introduzione: questioni aperte sulle fonti del diritto nella società digitale. – 2. Le potenzialità dei regolamenti eurounitari della società digitale. – 3. L'«antisovrano» nei regolamenti nella società digitale. – 4. L'autoregolazione e la co-regolazione nel DSA. – 4.1. (*segue*) Le diverse ipotesi della co-regolazione nel DSA. – 5. Le norme tecniche nell'AI Act. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: questioni aperte sulle fonti del diritto nella società digitale. È affermazione piuttosto ricorrente in dottrina quella secondo cui il mercato unico digitale rappresenti la «nuova frontiera dell'integrazione europea»¹. La conseguenza più immediata di questo stato di cose è che all'Unione europea vada intestata la paternità regolatoria della società digitale, con esiti notevolmente impattanti il nostro sistema delle fonti (e, dunque, il sistema dei poteri²).

Gli atti normativi del *Digital Services Package*³, ossia il pacchetto di misure dell'agenda politica

* *Sottoposto a referaggio*. L'articolo si inserisce nelle attività di ricerca svolte nell'ambito del Progetto PNRR MUR: FAIR – Future AI Research – PE000013.

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

¹ B. Nascimbene, *Il mercato unico digitale è una nuova frontiera dell'integrazione europea?*, in *Eurojus*, 3, 2025, 110.

² La formulazione più esplicita del legame tra forma di governo e sistema delle fonti si deve a A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1986, 217 ss. A questa impostazione metodologica, si affianca quella tesa a far emergere il collegamento nel concreto assetto istituzionale, coniugando lo studio delle fonti nei differenti assetti presenti all'interno della forma di governo parlamentare, considerato che il parlamentarismo «*does not denote a single entity*», come evidenziato da G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, Londra, 1994, 101. Un'analisi con questa impronta è condotta, con riguardo al potere regolamentare da E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; F. Cerrone, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Torino, 1991; F. Fenucci, *I regolamenti di autonomia locale*, Milano, 1994, 87 ss.; particolare riferimento al regolamento indipendente, in relazione alle variabili che hanno caratterizzato il dualismo parlamentare da A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995; recentemente A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme- 1948-2023*, Bologna, 2023.

³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali); Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali); Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati); Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al targeting

della Commissione Ue *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*⁴, pur muovendosi ancora dentro la cornice giuridico-economica di matrice ordoliberales⁵, segnalano un processo di progressiva riaffermazione della sovranità attraverso un più ampio ricorso a fonti di diritto duro. Queste ultime, in forza degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., impattano anche sul nostro sistema delle fonti. Di questa inversione di tendenza è dunque utile evidenziarne le prospettive di segno positivo, riconducibili al corpo di relazione che si instaura tra fonti interne e fonti Ue (sulla base del criterio della competenza), nonché alle ipotesi di garanzia della protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

La nuova produzione normativa della società digitale si configura nella forma del regolamento europeo, ossia la fonte a portata generale più armonizzante e “obbligante” di tutte per i Paesi membri⁶ e la scelta di questo tipo di atto esprime la volontà di affermare «una sovranità politica condivisa a livello europeo»⁷ nell'ambito digitale.

Tuttavia, le fonti del digitale richiedono oggi un cambio di prospettiva: non è più sufficiente interrogarsi sulla capacità normativa del *soft law*, atteso che l'irruzione dei regolamenti europei determina una nuova articolazione del potere normativo, in cui la produzione del diritto, spostandosi sul livello sovranazionale, manifesta relazioni con l'ordinamento interno ordinate dal principio dell'effetto diretto e da quello del primato.

Emerge, quindi, un'ibridazione tra *hard* e *soft law*, in cui, da un lato, la parte di *hard law* spinge verso la democratizzazione della regolazione; dall'altro, la presenza di atti di *self* e *co-regulation* fa sì che il nuovo paradigma non superi definitivamente le vecchie dinamiche del diritto dei privati⁸ con la presenza di attori non statali.

In molti settori di competenza dell'Unione l'ibridazione tra *soft law* e *hard law* rappresenta una via di integrazione già in uso e idonea a produrre obblighi e sanzioni⁹. Secondo la dottrina, a differenza delle organizzazioni internazionali, «the specificity of EU soft law is that it develops within a far more integrated system of governance than any other international entity, a kind of polity far from a classic international legalization. The use of soft law instruments is counterbalanced by a series of factors

della pubblicità politica; Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁴ Commissione europea, *Communication: Shaping Europe's digital future*, 2020. In questo programma, la regolazione è presente tra le azioni chiave per implementare la competitività del mercato unico e per contribuire a creare una società aperta e democratica.

⁵ Come dimostrato da A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politiche*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 115 ss.; B. Farrand, *The ordoliberal internet? Continuity and change in the EU's approach to the governance of cyberspace*, in *European Law Open*, 1, 2023, 106 ss.; E. Cremona, *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2023, 468.

⁶ Le due caratteristiche del regolamento sono la obbligatorietà in tutti i suoi elementi e la diretta applicabilità, elementi che esprimono la volontà dei Trattati di garantire l'immediata efficacia dei regolamenti, senza atti nazionali di recepimento o adattamento. Il regolamento è quindi vincolante tanto per gli Stati quanto i cittadini e attribuisce a questi ultimi diritti nei confronti dello Stato (efficacia verticale), sia tra privati (efficacia orizzontale). Con il regolamento, l'Unione mira a uniformare dettagliatamente la disciplina per evitare divergenze di fronte a nuovi istituti che richiedano regole identiche in tutti i Paesi. In tema G. A. Benacchino, *Fonti del diritto (dir. comunit.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, 622.

In base alla differenziazione tra fonti atto e fonti fatto di V. Crisafulli, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 933 ss., una parte consistente della dottrina italiana identifica le fonti UE come una fonte fatto, su tutti: L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 436.

⁷ A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto dell'Unione europea per la disciplina della società digitale*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, 19.

⁸ W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, 1963, 18.

⁹ F. Terpan, *Soft Law in the European Union*, in *European Law Journal*, 21, 2015, 69.

pushing towards 403egalization»¹⁰.

Il fatto che tale diritto riesca ad essere efficace ed effettivo avvalendosi di strumenti diversi dalla coercizione non è però sufficiente a tramutare tale normatività in validità, specialmente in presenza di questioni coperte dal principio di legalità e dalla riserva di legge.

Pur nella consapevolezza della complessità teorica che tali concetti racchiudono, si propone qui una definizione stipulativa: per normatività si intende l'esistenza e l'efficacia giuridica di una regola, mentre per validità si fa riferimento alla sua legittimità e conformità rispetto all'assetto costituzionale.

Nel nuovo ordine giuridico, il disordine rappresenta un fronte di crisi, nella misura in cui interroga i criteri ordinatori delle fonti a sistema e ne mette in discussione la capacità risolutiva delle antinomie, vista la convivenza di due modelli regolativi: quello del *soft law* e quello dell'*hard law*. Occorre quindi distinguere le tensioni che derivano da questa transizione – e ancora imputabili al diritto dei privati, da quelle che appartengono alla fisiologia del sistema e che potrebbero, per esempio, essere oggetto del giudizio della Corte di giustizia (v. *infra* § 2).

Prima dei suddetti regolamenti europei era più evidente la differenza tra quanto della società digitale era «dentro» e ciò che invece era «fuori dal circuito della rappresentanza e della responsabilità politica»¹¹. Oggi, tuttavia, le dicotomie fondate unicamente sulla forma non bastano più a cogliere l'evoluzione delle fonti, dei poteri che esse esprimono e degli strumenti disponibili per la tutela dei diritti.

In effetti, nella sistematica delle fonti, la complessità è stata a lungo indagata come una variante del pluralismo istituzionale e sociale, nonché collegata alla forma di governo e alla forma di Stato¹². In quest'ottica, in passato era già emersa la compatibilità tra legislazione negoziata¹³ e la forma di Stato, anche laddove essa origini da «soggetti distinti dall'organizzazione statale»¹⁴, come le formazioni sociali proprie del principio pluralista (art. 39, ult. comma, Cost.).

Questa prospettiva è da escludersi per le fonti privatistiche qui considerate, poiché esse hanno connotati estranei al paradigma dello *Stato-comunità* e sono vicine alla rappresentanza degli interessi delle *Big tech*.

¹⁰ Ivi, 95.

¹¹ Così R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 32, riferendosi agli atti delle autorità amministrative indipendenti.

¹² A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, cit., 217 ss.; A. Ruggeri, *I paradossi delle esperienze di normazione, attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti (e dal punto di vista della forma di Stato e della teoria della Costituzione)*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 109 ss.; M. Ruotolo, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 140 ss.; L. Carlassare, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, 2008, 548 ss.; G. Tarli Barbieri, *Introduzione agli atti normativi*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Gli atti normativi*, V, Torino, 2023, 1 ss.; con riferimento al potere regolamentare L. Carlassare, *Regolamento dell'esecutivo e principio di legalità*, Milano, 1966; sulla relazione tra il regolamento, la forma di governo e i rapporti istituzionali intercorrenti tra gli organi costituzionali A. Lucarelli, *Potere regolamentare*, cit., 18 ss.

Il pluralismo e la più complessa articolazione del sistema delle fonti successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana si sono tradotti nell'uso del criterio della competenza, secondo alcuni in grado di spiegare meglio della gerarchia alcune dinamiche relazionali tra le fonti stesse. In questo senso, chiaro è il riferimento a F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamenti I, Milano, 1997, spec. 567 ss.; nonché S. Niccolai, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova 2001; S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Napoli, 2012.

¹³ U. Ronga, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Napoli, 2018, spec. capitolo I.

¹⁴ A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di stato e di governo*, cit., 231.

La complessità¹⁵ che emerge nella produzione legislativa viene letta in queste pagine attraverso la metafora della «permeabilità» degli ordinamenti, che postula una loro «reciproca integrazione», ma non implica anche «l'efficacia pura e semplice di una fonte esterna in violazione dei principi costituzionali»¹⁶: infatti, a partire dall'esegesi delle fonti, il saggio si propone di osservare il rinnovato paradigma della produzione normativa della società digitale e analizzare i nuovi collegamenti¹⁷ tra ordinamento interno, Ue e «societario»¹⁸.

Attraverso la lente costituzionalistica della teoria delle fonti del diritto, l'obiettivo è quello di verificare in che misura il diritto pubblico europeo dell'economia stia procedendo nella «consapevolezza di dover elaborare un *ordo*, nel quale allontanare il rischio che le Big Tech possano, in futuro, trasformare il potere, che già hanno, in incontrollabile arbitrio». Un *ordo* che vada oltre la tutela del mercato, la concorrenza e i diritti dei consumatori. Un *ordo* ben radicato nella dimensione sociale¹⁹.

Data la mole di atti e di fonti su questa materia, lo studio si sofferma su due ipotesi specifiche, riguardanti le piattaforme digitali e i sistemi di intelligenza artificiale, come disciplinati, rispettivamente, nei regolamenti n. 2065/2022 (d'ora in poi *DSA*) e n. 1689/2024²⁰ (d'ora in poi *AI Act*).

2. Le potenzialità dei regolamenti eurounitari della società digitale. Tra i profili che rendono opportuno guardare con favore all'adozione dei regolamenti *DSA* e *AI Act* si erge, fra tutti, la tutela che le Corti Superiori, segnatamente la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale italiana, possono offrire nei settori del diritto interessati dall'uso delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale.

Attraverso i regolamenti sembra che l'Unione – e con essa gli Stati membri – abbiano acquisito consapevolezza che i diritti nella società digitale, come nella società analogica, abbiano bisogno di «salde "istituzioni di libertà"»²¹ e dunque dell'organizzazione del potere pubblico.

La strumentalità tra la Costituzione dei poteri e quella dei diritti sottolineata dalla dottrina²², rileva specialmente in riferimento al ruolo della legge, quale atto espressivo della centralità

¹⁵ Era già emerso in dottrina che «i sistemi giuridici tendono vieppiù a configurarsi come insiemi complessi che presentano, nel contempo, livelli di c.d. *hard law*, caratterizzati da un'alta vincolatività, e livelli di c.d. *soft law*». B. Pastore, «Soft law», *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2003, 10.

¹⁶ Tutti i virgolettati del capoverso sono di A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 372.

¹⁷ Identificati anche con l'immagine dell'assetto di tipo reticolare da B. Pastore, *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1, 2017, 19 ss.

¹⁸ G. Teubner, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, 185 ss.; in Italia n Italia, si v. A. Jr Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento VII, Milano, 2017, 217 ss.

¹⁹ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 118; nello stesso senso M. Manetti, *Alla ricostruzione della sfera pubblica*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 305 ss.; C. Pinelli, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea*, in Id., U. Ruffolo (a cura di), *I diritti nelle piattaforme*, Torino, 2023, 13 ss.; M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, 17, 2024, 166 ss.; L. Scaffardi, *Internet fra auto-limitazione e controllo pubblico*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, spec. 392.

²⁰ Per entrambi cfr. nota 3.

²¹ È chiaro il riferimento ad A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 57. La stessa è stata ripresa per commentare proprio il percorso di creazione di istituzioni di libertà nella sfera del discorso pubblico europeo da C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 543 ss.

²² V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 28; tema ripreso da M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri": noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, 2, Padova, 1985, 497 ss.

del Parlamento nella forma di governo, e alla tutela della Corte costituzionale²³.

Rispetto a questo primo versante, si condivide l'impostazione dottrinale che riconosce l'esistenza di fattori esogeni – come la tecnica – in grado di incidere sulla produzione parlamentare del diritto, pur senza poter sovrintendere stabilmente al rapporto tra organizzazione e diritti. Tale impostazione propone, dunque, una riflessione sul grado di tollerabilità, per il sistema delle fonti, della compressione del ruolo del Parlamento. La dottrina individua, a tal proposito, due meccanismi di garanzia: il primo consiste nella partecipazione del Parlamento al processo di formazione o di attuazione del diritto derivato europeo²⁴; il secondo nella possibilità di giustificare la prevalenza della normatività del fatto sui processi normativi solo laddove essa risulti ragionevole e proporzionata, e in quanto espressione di un significato delle norme costituzionali già immanente nella loro originaria potenzialità precettiva, che semplicemente si manifesta in relazione al contesto fattuale²⁵.

Proprio in relazione a questo secondo aspetto, la scelta di adottare il regolamento come fonte del diritto in ragione della sua efficacia diretta (*self-executing*) determina l'ampliamento dei poteri di controllo delle Corti. Le garanzie organizzative della tutela dei diritti trovano così fondamento nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento costituzionale, delle particolari caratteristiche della fonte europea.

A tal proposito si ricorda che sin dal caso *Les Verts*²⁶, la Corte di giustizia ha affermato che: «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato».

Vi è, dunque, innanzitutto il coinvolgimento della Corte di giustizia, che potrebbe intervenire sia su questioni di annullamento, sia sulle pregiudiziali interpretative e di validità (art. 267, par. 1, lett. b), TFUE); quest'ultima azione, com'è noto, può avere ad oggetto sia disposizioni di diritto interno «in contrasto» con quelle europee, quanto norme europee direttamente applicabili²⁷.

Pertanto, la dottrina ha già rilevato la potenzialità di questo strumento di controllo proprio in riferimento all'*AI Act*, ma più in generale per tutti i regolamenti del digitale che i giudici statali sono chiamati ad applicare²⁸.

Inoltre, la Corte riconosce che l'esame della validità degli atti dell'Unione deve essere effettuato alla luce dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. Proprio su tale opzione²⁹ si fondano le sentenze a tutela della vita privata e familiare e la protezione dei dati personali nei casi *Digital Rights Ireland*³⁰, *Schrems I*³¹ e *Schrems II*³², oggetto di attenzione anche per la portata

²³ A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 264.

²⁴ Ivi, 269.

²⁵ Così interpreto le condizioni di compatibilità sviluppate da A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., 270.

²⁶ CGUE, sentenza 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, C-294/83.

²⁷ R. Adam, *Il rinvio pregiudiziale tra tutela dei diritti soggettivi e controllo delle inadempienze statali*, in *dUE*, 1, 2023, spec. 5 ss.

²⁸ T. Guarnier, *La pregiudiziale di validità europea "alias" del sindacato di costituzionalità?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2025, 553.

²⁹ O. Pollicino, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2015, 741 ss.

³⁰ CGUE, sentenza 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, C-293/12 e C-594/12.

³¹ CGUE, sentenza 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems contro Data Protection Commissioner*, C-362/14.

³² CGUE, sentenza 16 luglio 2020, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, C-311/18.

transnazionale della protezione dei diritti fondamentali³³ (aspetto peraltro rilevante anche per il *DSA* e l'*AI Act*, considerato l'ambito di applicazione extraterritoriale dei due atti).

In realtà la Corte di giustizia, proprio in virtù del suo approccio sostanzialista e dei controlli di conformità affermati nel caso *Les Verts*, ammette con il caso *Erta*³⁴, che le azioni di annullamento e quella pregiudiziale³⁵, possano riguardare anche atti di *soft law*. Tali azioni devono potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che produce effetti giuridici. La Corte di giustizia interviene a pronunciarsi in via pregiudiziale anche nei casi di atti di *soft law* atipici³⁶, ossia atti che non sono adottati da istituzioni, organi o organismi dell'Unione, ma sono misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione.

La forma dell'atto normativo, se non rappresenta un ostacolo al controllo della Corte di Lussemburgo, lo è invece per la Corte costituzionale. Pertanto, l'importanza del regolamento si riverbera anche nel ruolo dei giudici e delle Corti interne.

Senza entrare qui nel merito di quale sia la tecnica che meglio compone i rapporti tra i due ordinamenti³⁷, va segnalata la tendenza giurisprudenziale al riconoscimento di un «doppio custode»³⁸ per i diritti fondamentali, che dunque potrebbe riguardare anche la società digitale. Nel sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, infatti, il giudice comune è garante della piena operatività del diritto Ue, sia per sorvegliare che gli Stati rispettino gli obblighi assunti verso l'Unione produttivi di norme aventi effetto diretto³⁹, che per proteggere l'effettività dei diritti⁴⁰.

Difatti, il giudice – sulla base della soluzione individuata dalla Corte di giustizia⁴¹ e, sebbene da una posizione opposta, condivisa dalla Corte costituzionale⁴² – presidia il primato del diritto europeo intervenendo egli stesso sul materiale normativo interno, ridimensionandone l'efficacia nel caso concreto attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, o non applicandolo il diritto interno nel caso di inconciliabilità con la normativa Ue. Per effetto di tali vie rimediali, per lungo tempo, all'arretramento del sindacato accentrato di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali ha corrisposto un sindacato diffuso per i diritti⁴³.

Alla tutela decentrata dei diritti, tuttavia, è corrisposta negli anni l'«implosione» del sindacato

³³ R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2016, 289 ss.

³⁴ CGUE, sentenza 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, C-22/70.

³⁵ CGUE, sentenza 25 marzo 2021, *BT contro Balgarska Narodna Banka*, C-501/18.

³⁶ CGUE, sentenza 27 ottobre 2016, *James Elliott Construction Limited contro Irish Asphalt Limited*, C-613/14.

³⁷ Tra i molti, di recente A. Ruggeri, *Rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, dal punto di vista della teoria della Costituzione, e tecniche retorico-argomentative nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2025, 134 ss. Su posizioni diverse R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, spec. 113 ss.

³⁸ Espressione di F. Medico, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna 2023.

³⁹ Com'è noto la dottrina dell'effetto diretto è stata per la prima volta elaborata nel caso *van Gend & Loos* (CGUE, sentenza 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, C- 26/62), con cui la Corte afferma che «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri ed alle Istituzioni comunitarie».

⁴⁰ Con il caso *Rewe* (CGUE, sentenza 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C 33/76), la Corte afferma che l'ordinamento interno deve stabilire le modalità procedurali affinché i giudici nazionali svolgano compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta.

⁴¹ CGUE, sentenza 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, C-106/77.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 170/1984.

⁴³ A. Cardone, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, 340 ss.

diffuso europeo⁴⁴ e un conseguente movimento inverso di «ri-accentramento»⁴⁵. Come riconosciuto dalla Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 296/2017, le violazioni che infrangono sia la Costituzione che la Carta dei diritti Ue «postulano la necessità di un intervento *erga omnes*». Intervento, quest'ultimo, che conduce al sindacato di legittimità costituzionale interno e alla c.d. «doppia pregiudizialità» escludendo l'antitesi oppure un ordine di priorità fra gli strumenti. In altri termini si potrebbe attivare una doppia tutela per i diritti fondamentali⁴⁶.

Con la sent. n. 15/2024, la Corte costituzionale afferma che la declaratoria di incostituzionalità «offre un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione». Nelle successive sentenze nn. 181 e 210/2024, nonché nn. 1 e 31/2025, la Corte riconosce al giudice comune, se vi è incompatibilità tra il diritto interno e il diritto Ue a effetto diretto, la piena disponibilità degli strumenti nel concorso di rimedi. Tra di essi – disapplicazione, questione pregiudiziale, questione di legittimità costituzionale – il giudice sceglie quale attivare in relazione alle caratteristiche del caso concreto (anche sent. n. 210/2024).

Nella sent. n. 181/2024 la Corte indirizza il giudice a promuovere l'incidente di costituzionalità, quando: 1) vi sia «l'esigenza di una pronuncia efficace *erga omnes*, che travalichi la singola controversia e offra ai consociati e al legislatore indicazioni inequivocabili. Tale esigenza si dimostra ineludibile a fronte di una normativa che coinvolge una vasta platea di interessati e si presta ad applicazioni reiterate»; 2) se «sussista un dubbio sull'attribuzione di efficacia diretta al diritto dell'Unione e la decisione di non applicare il diritto nazionale risulti opinabile e soggetta a contestazioni»⁴⁷; o ancora la dichiarazione di illegittimità costituzionale potenzia la certezza e l'uniforme applicazione del diritto eurounitario.

Pertanto, il sindacato accentrato si propone come ulteriore strumento per l'attuazione del diritto dell'Unione⁴⁸, che assieme al meccanismo diffuso è volto a «costruire tutele sempre più integrate»⁴⁹ nello spazio costituzionale europeo⁵⁰. Alla luce di ciò, si condivide il giudizio di chi ha affermato che la «sentenza n. 181 sembra così aver individuato un efficiente freno alla fuga dalla Costituzione, ancor prima che dalla Corte costituzionale»⁵¹.

Inoltre, la presenza di un atto come il regolamento consente alla Corte costituzionale di tutelare la sua identità costituzionale nell'ipotesi di conflitto con il diritto europeo. È questo un percorso che pure si potrebbe attivare, come ha dimostrato la c.d. saga Taricco⁵², nel caso

⁴⁴ D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 218.

⁴⁵ Ivi, 231 ss.

⁴⁶ Usa questa espressione F. Medico, *Il doppio custode*, cit., 248, richiamando il contributo della dottrina costituzionalistica al raggiungimento di tale esito, in particolare A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, 149 e ss., e di M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Ead. (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 13 ss.

⁴⁷ Tutti i virgolettati del capoverso sent. n. 181/2024.

⁴⁸ Sulla Corte costituzionale al servizio del primato del diritto dell'Unione attraverso il ri-accentramento M. E. Gennusa, *Corte costituzionale e doppia pregiudiziale tra vecchio e nuovo anno: al servizio del primato e dell'effetto diretto?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2025, 231; sul ri-accentramento come chiave collaborativa di attuazione dei diritti cfr. A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 16.

⁴⁹ Corte costituzionale, sent. n. 181/2024.

⁵⁰ In tema di recente G. Pitruzzella, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2024, 795 ss.; F. Patroni Griffi, *La "crisi" del principio di legalità: sistema (?) delle fonti e sistema delle tutele nel costituzionalismo multilivello*, in *Diritto pubblico*, 2, 2025, 659 ss.

⁵¹ A. Chiappetta, «Sarà il giudice a scegliere il rimedio più appropriato»: l'inciso definitivo della Corte costituzionale tra sindacato accentrato di costituzionalità e meccanismo diffuso di attuazione del diritto UE, in *Federalismi.it*, 4, 2025, 104.

⁵² Dapprima con l'ordinanza n. 24/201 e poi con la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale sul conflitto tra l'art. 325 TFUE e con il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost. Tra i numerosi commenti v. almeno: B.

in cui i regolamenti della società digitale dovessero comportare «un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana» (sent. n. 183/1973).

Vi è poi un terzo profilo che pure vale la pena sottolineare del diritto «duro» della società digitale, e cioè il coinvolgimento della Corte costituzionale in presenza della doppia parametricità sui diritti fondamentali – rispettivamente nella Carta dei diritti fondamentali e nella Costituzione – attiva la possibilità di utilizzare la tecnica del bilanciamento «in un orizzonte integrato»⁵³.

Questo ragionamento serve a spiegare che l'evoluzione dei rapporti tra fonti interne e dell'Unione europea assume oggi una rilevanza particolare nel settore digitale. Non è infatti cambiata soltanto la fonte – con il passaggio ai regolamenti europei come principale strumento normativo – ma anche gli approdi sui rapporti tra Corti e diritti fondamentali. Si tratta di due percorsi autonomi, ma che, considerati congiuntamente, ampliano le possibilità di rendere effettiva la tutela dei diritti nel contesto digitale.

3. L'«antisovrano» nei regolamenti nella società digitale. La presenza di fonti di *hard law*, come si è scritto, apre nuovi canali di giustiziabilità per le norme direttamente applicabili. Tuttavia, tali canali convivono – e in parte restano compressi – all'interno di un sistema, qual è appunto quello dell'autoregolazione e della co-regolazione, che invece continua a essere schiacciato sulla procedimentalizzazione e sul *soft-law*⁵⁴.

Secondo alcuni autori, il progresso scientifico e tecnologico, riluttante ai confini statali o all'area di giurisdizione delle singole istituzioni internazionali, ha una sua propria capacità ordinatrice⁵⁵. Tale capacità produce regolarità di pari passo all'ordinamento giuridico, ma a differenza di quest'ultimo, l'ordine dell'algoritmo non è governato nei limiti e nelle forme delle procedure tipiche della forma di stato liberal-democratica⁵⁶. L'ordine dell'algoritmo si imporrebbe così sull'ordinamento giuridico con un suo proprio ordine e soltanto strategie di contenimento che siano accessibili all'uomo sarebbero idonee a conferire una direzione ordinatrice del pluralismo algoritmico.

Parallelamente, una diversa lettura – parimenti accreditata in dottrina⁵⁷ – invita a non

Guastaferrò, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 441 ss.; A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale è ferma sui «contro-limiti», ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, 1 ss.; F. Viganò, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1281 ss.

⁵³ A. Di Martino, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2019, 777; sul recupero della legalità costituzionale, F. Medico, *Il Doppio custode*, cit., 297 ss.

⁵⁴ Per una lettura che mette in luce come il *soft-law* sottragga all'*hard law* una porzione della sua area semantica e sia iscritto nell'universo concettuale della *governance* confronta, criticamente, R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss. Sulla *governance*, come «metodo, per giungere a decisione collettive che struttura un processo politico alternativo al government», si veda S. Belligni, *Miss governance, I presume*, in *Meridiana*, 50/51, 2004, 181; in particolare, secondo l'A., la nozione di *governance* si riferisce ad attori e meccanismi, che si relazionano secondo logiche della negoziazione di tipo informale e interattivo, la direzione della decisione è a geometria variabile e segue la regola dell'accordo, più che del dominio. A ben vedere dall'interazione virtuosa delle grandezze di *governance* e *government* che si costruisce anche il sistema delle fonti in materia digitale.

⁵⁵ A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo: un nuovo ordinamento giuridico*, in Id. (a cura di), *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, Napoli, 2024, 10. T. E. Frosini, *L'ordine giuridico del digitale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2023, 377.

⁵⁶ A. Sterpa, *ivi*, 13.

⁵⁷ Da ultimo L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2025, spec. 23 ss.

considerare la società digitale come un fenomeno spontaneamente a-territoriale e a-nomico. Secondo tale prospettiva, l'attuale configurazione della società digitale è piuttosto il risultato di una precisa scelta: quella di favorire l'espansione delle infrastrutture delle tecnologie emergenti, per accompagnare prima lo sviluppo del cyberspazio⁵⁸ e poi la cosiddetta quarta rivoluzione della tecnica⁵⁹.

Gli sviluppi della tecnologia sono strettamente collegati alla globalizzazione⁶⁰ e, quindi, anche alla consecutiva deterritorializzazione del diritto. Da qui deriva la problematica matrice delle sue regole transnazionali, le quali mettono in discussione sia il plurisecolare rapporto del *politico* con il *territorio* dello Stato⁶¹, ma soprattutto le due stesse categorie fondanti il modello di Westfalia. È insomma «l'intero triangolo sovranità-territorio-popolo su cui si basa la teoria dello Stato»⁶² a essere «in decostruzione»⁶³.

Gli studi di Schmitt sull'ordinamento spaziale concreto⁶⁴ hanno fornito il terreno teorico per l'elaborazione della formula dell'«antisovrano»⁶⁵. Con quest'ultima si indica quel potere che insidia e tende a soverchiare il sovrano⁶⁶, in virtù della concentrazione della forza di tipo economico e, dunque, si pone al di là dei meccanismi di limitazione e separazione del potere propri della tradizione costituzionalistica che riguardano la sfera economica.

Le trasformazioni del monopolio statale delle fonti primarie sono lette, da un'altra parte della dottrina, come l'espressione di un mutamento di funzione: lo Stato, in linea con il paradigma del diritto riflessivo⁶⁷, non detiene più l'esclusività della produzione normativa, ma diviene

⁵⁸ Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio, 8 di febbraio 1996 di John Perry Barlow.

⁵⁹ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

⁶⁰ Su tutti M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

⁶¹ L. Ronchetti, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 114, nota che alla deterritorializzazione dei confini politici degli Stati si contrappone la riterritorializzazione che segue interessi economici.

⁶² Ivi, 106.

⁶³ L. Ronchetti, *ibidem*. Similmente A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2010, 1896.

⁶⁴ C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, trad. ita, Milano 1991.

⁶⁵ Com'è noto è questa la formula con cui è descritto in chiave dicotomica al sovrano, le caratteristiche dell'antisovrano. Quest'ultimo, in particolare «non è un soggetto (ma semmai una pluralità di soggetti, oltretutto dallo statuto sociale altamente differenziato, che ben difficilmente potrebbero candidarsi a detenere il monopolio del potere «sovrano»); non dichiara la propria aspirazione all'assoluta discrezionalità nell'esercizio del proprio potere (cerca anzi di presentare le proprie decisioni come logiche deduzioni da leggi generali oggettive, quali pretendono d'essere quelle dell'economia e dello sviluppo); non reclama una legittimazione trascendente (che sia la volontà di Dio oppure l'idea dell'eguaglianza degli uomini) ma immanente (gli interessi dell'economia e dello sviluppo, appunto); non pretende di ordinare un gruppo sociale dotato almeno di un minimum d'omogeneità (il popolo di una nazione), ma una pluralità indistinta, anzi la totalità dei gruppi sociali (tutti i popoli di tutto il mondo, o almeno tutti i popoli della parte di mondo che ritiene meritevole d'interesse); non vuole essere l'espressione di una volontà di eguali formata dal basso (si tratta infatti di un insieme di strutture sostanzialmente e talora formalmente - si pensi al FMI o alla BIRS - organizzate su base timocratica)». Così M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, 165; sulla contrapposizione tra attori economici globali e Costituzione economia nazionale v. anche F. Balaguer Callejón, *Costituzione economica e globalizzazione*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, 43 ss.

⁶⁶ Una tesi differente discute della trasformazione piuttosto che dello svuotamento della sovranità. Nell'era della globalizzazione la sovranità popolare non è più sufficiente a legittimare e fondare la regolazione dell'ordine sociale. Ciò non significa che la sovranità ne esce fuori limitata, ma che muta la sua competenza, attraverso il collegamento e il compromesso con altri soggetti ed entità sovrane. Così F. Bilancia, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 37. L'A. sviluppa e riprende i lavori di M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, 106 ss. il quale, a partire dal pensiero spinoziano e dalla differenza tra *potestas* e *potentia*, dimostra che la sovranità si conserva e accresce la sua capacità di governare tramite nuovi strumenti, anche esterni, di legittimazione della sua *potestas*. Essi possono dunque derivare anche dalla collaborazione con enti terzi o dalla presenza di vincoli esterni.

⁶⁷ G. Teubner, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and Society Review*, 1983, 239.

«architetto di sistema»⁶⁸, responsabile della regolazione e del coordinamento dei diversi centri di produzione del diritto.

Tali elaborazioni sono utili per evidenziare talune caratteristiche delle fonti digitali prodotte dai privati, così sintetizzabili:

- a) la tendenza alla formazione di un diritto «privato del digitale», analogo alla *lex mercatoria*⁶⁹, ossia quel «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali»⁷⁰. Con l'ulteriore caratteristica che lo «spazio privato, occupato da esperti, portatori di interessi particolari, [che] si sovrappone ed inevitabilmente confligge con lo spazio pubblico»⁷¹;
- b) la progressiva disarticolazione delle fonti formali; a differenza di organizzazioni internazionali, a guidare la regolazione privatistica è l'autonomia degli attori privati, ai quali non sono riconosciuti compiti legislativi attraverso procedure di diritto pubblico. Tali attori agiscono per governare le proprie relazioni sociali⁷², ma la loro azione finisce per produrre effetti oltre il perimetro di siffatti rapporti e interferire sui diritti fondamentali dei cittadini;
- c) la legittimazione di tali regole non deriva dal circuito della rappresentanza politica, ma dal procedimento di formazione dell'atto stesso⁷³. In tal senso, si ricorre a forme di giustificazione già viste in ambito amministrativo, con «[l']*insulation* dal potere politico»⁷⁴.
- d) l'influenza esercitata sull'attività giurisprudenziale, che nella concretezza del caso può recepire e consolidare il diritto dei privati, cristallizzando così rapporti di forza economica⁷⁵. Emblematico in tal senso è il caso *Google Spain*⁷⁶, con cui la Corte di giustizia affida ai motori

⁶⁸ G. De Minico, *Le fonti del diritto: un'argine all'intelligenza artificiale?*, in *Rivista AIC*, 3, 2025, 79.

⁶⁹ F. Galgano, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993.

⁷⁰ A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, cit., 1897.

⁷¹ A. Lucarelli, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli, M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto. Atti del Convegno di Brescia - 24 novembre 2017*, Napoli, 2018, 128; lo stesso Autore in maniera più diffusa sui problemi di a-sistematicità e sulle anomalie del diritto giurisprudenziale «dal basso», *Diritto e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Rivista AIC*, 3, 2024, 77 ss.

⁷² A. Beckers, *EU Law's Dark Private Legal Space: Researching Private Regulators and the Importance of Legal Doctrine*, in *EuConst*, 2020, 660.

⁷³ Similmente a quanto accade per i poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti, legittimati dalla c.d. legittimità procedurale, in luogo di quella sostanziale. Si ricordano i due principali approdi giurisprudenziali. Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007: «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»; Corte costituzionale, sent. n. 69/2017 «La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

⁷⁴ M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020, 179 ss.; ma anche G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 26. È stata, inoltre, sottolineata l'esistenza di un rapporto osmotico tra regolazione statale o dell'Unione europea e quella dal basso proveniente dal mercato, descritta incisivamente con l'immagine dell'ectoplasma normativo, per indicare che la produzione giuridica dall'alto funge «da “braccio secolare” che garantisce l'effettività di scelte normative assunte altrove», così R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, IV ed., Torino, 2023, 32.

⁷⁵ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 127.

⁷⁶ CGUE, sentenza 13 maggio 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, C-131/12.

di ricerca la decisione sulla deindicizzazione, ossia del bilanciamento tra protezione dell'identità individuale e del diritto all'informazione⁷⁷.

In tale quadro, la strategia digitale dell'Unione europea si configura come un punto di svolta: un tentativo di superare i limiti dell'autoregolazione e del moto privatistico fondato sulla legittimazione «dal basso», per ricomporre un equilibrio più stabile tra interessi pubblici e poteri privati, orientato alla protezione dei diritti fondamentali.

Nondimeno, essa conserva al proprio interno tratti e logiche del precedente modello con le caratteristiche sopra descritte.

Insomma, le cesure tra vecchie e nuove fonti non sono nette, poiché quegli elementi che lasciavano le fonti *soft* prive di garanzia vanno disgregandosi, ma l'ordine del mercato⁷⁸ continua a rappresentare lo sfondo di riferimento.

Un'analisi di tipo sostanzialistico dei regolamenti consente di evidenziare con precisione questa persistente tensione.

4. L'autoregolazione e la co-regolazione nel DSA. La legge sui servizi digitali interviene a disciplinare il comportamento degli intermediari e delle piattaforme *online*, in prima battuta aggiornando il catalogo di esenzione previsto dagli artt. 12-15 della c.d. direttiva *e-commerce* (n. 2000/31); poi definisce specifici doveri di diligenza sulla base dell'approccio fondato sul rischio, ossia gli stessi non si applicano a tutti gli intermediari ma in modo proporzionato all'obiettivo di protezione delle libertà in un ambiente online sicuro e protetto dalla diffusione dei contenuti illegali, disinformanti e odiosi.

I doveri asimmetrici riguardano le piattaforme online e i motori di ricerca online entrambi di dimensioni molto grandi⁷⁹, poiché gli stessi, proprio in virtù delle loro grandezze, sono presenti in misura maggiore nell'ambiente digitale e quindi hanno maggiori responsabilità nell'attività di prevenzione e mitigazione dei rischi collegati alla diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi. Tali rischi comprendono possibili effetti negativi, attuali o prevedibili, per i diritti fondamentali⁸⁰, per il dibattito civico e i processi elettorali, nonché per la sicurezza pubblica, la violenza di genere, per la protezione della salute pubblica e dei minori e per il benessere fisico e mentale della persona.

Tale parte del regolamento è per i nostri fini particolarmente rilevante: è proprio l'approccio basato sul rischio a offrire un «compromesso regolatorio che dosa *private* e *public enforcement*», che «si accompagna infatti a meccanismi di co-regolazione più che a semplici impostazioni di *command and control* o di pura *self regulation*»⁸¹.

L'ultima parte del regolamento si completa con la disciplina sulla *governance* e le autorità di vigilanza competenti, ossia il coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro. Anche tale aspetto è rilevante, poiché guardiano del compromesso tra regolazione pubblica e privata è un'autorità nazionale – nel nostro ordinamento l'AGCOM.

⁷⁷ La dottrina ha commentato la pronuncia sottolineando il ruolo paracostituzionale che le piattaforme hanno finito per assumere, così O. Pollicino, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, 22.

⁷⁸ N. Irti, *Il diritto della transizione*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, rist. 2016, 145 ss.

⁷⁹ Ossia quelle piattaforme così designate dalla Commissione in presenza di un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a quarantacinque milioni.

⁸⁰ Specificamente la dignità umana (art. 1 CDFUE), al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 CDFUE), la tutela dei dati personali (art. 8 CDFUE), la libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media (art. 11 CDFUE), la non discriminazione (art. 21 CDFUE), i diritti del minore (art. 24 CDFUE), la tutela dei consumatori (art. 38 CDFUE). Così art. 34, par. 1, lett. b).

⁸¹ Entrambi i virgolettati di E. Longo, *La disciplina del "rischio digitale"*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea*, cit., 77.

Ora, «ponendo di volta in volta le questioni della legittimazione e del controllo pubblicistico»⁸², è possibile distinguere i doveri di diligenza delle piattaforme almeno in tre gruppi: regole che servono a esibire l'attività di autoregolazione delle piattaforme; regole formalmente di *hard law* ma sostanzialmente di auto-regolazione; e, infine regole più propriamente riconducibili alla co-regolazione. Ai soli fini espositivi quelle del terzo gruppo verranno trattate nel successivo paragrafo.

Nel primo gruppo ci sono quelle disposizioni per le quali l'obbligatorietà e la diretta applicabilità – ossia i due elementi caratteristici della fonte regolamento – servono a cristallizzare e rendere trasparenti le procedure che rispecchiano «le regole implicite (cioè rappresentate dal codice della piattaforma che costringe i contenuti entro una propria architettura) ed esplicite (cioè contenute negli standard delle *community* e nei diversi termini e condizioni d'uso)»⁸³ delle piattaforme medesime.

Il riferimento è: all'art. 14 che prevede che siano rese pubbliche le condizioni generali in relazione all'uso dei servizi delle piattaforme. Tali informazioni riguardano le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami; all'art. 15 che introduce l'obbligo di pubblicazione dei resoconti da mettere a disposizione del pubblico, almeno una volta all'anno, dell'attività di moderazione svolte; all'art. 26 e all'art. 27, che impongono doveri di trasparenza rispettivamente per la pubblicità e sull'uso di sistemi di raccomandazione.

Infine, vi sono doveri rispetto ai quali il regolamento arriva in ritardo, poiché appunto già ampiamente assolti dalle piattaforme⁸⁴ e che si riferiscono alla c.d. censura privata⁸⁵, attraverso la sottoscrizione dei Codici di condotta⁸⁶. Vi rientrano: i doveri sul meccanismo di segnalazione e azione (art. 16), la motivazione della decisione (art. 17), la predisposizione di un sistema interno di reclami (art. 20), le tecniche organizzative necessarie per garantire priorità e decisioni senza indebito ritardo delle segnalazioni provenienti dai c.d. segnalatori attendibili (art. 22), l'adozione di misure sospensive (art. 23).

Sebbene, sul piano sostanziale, la dottrina si mostri tuttora divisa tra posizioni di segno «apocalittico»⁸⁷ e orientamenti più «integrati»⁸⁸ rispetto al sistema delineato, ciò che qui maggiormente rileva sono le implicazioni derivanti dall'intervento di una fonte regolamentare in luogo dei tradizionali meccanismi di auto-regolazione.

Tale passaggio segna un momento di discontinuità di particolare rilievo, poiché l'intervento della fonte regolamentare determina l'attivazione dei poteri di *enforcement* statali⁸⁹, in

⁸² A. Moscarini, *Le fonti dei privati*, cit., 1898.

⁸³ F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022, 158.

⁸⁴ Che in realtà è un servizio essenziale per le piattaforme per la massimizzazione del profitto, e altresì per i partiti politici. Questi aspetti sono stati indagati da A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., spec. 111 ss.; v. anche G. L. Conti, *Manifestazione del pensiero attraverso la rete e trasformazione della libertà di espressione: c'è ancora da ballare per strada?*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 200.

⁸⁵ Sulle cui criticità cfr. ampiamente M. Monti, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2019, 35 ss.

⁸⁶ *Code of Conduct on countering illegal hate speech online* del 2016 e il *Codice di condotta rafforzato sulla disinformazione* del 2022, per un'analisi v. P. Bonini, *L'autoregolamentazione dei principali Social Network. Una prima ricognizione delle regole sui contenuti politici*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 266 ss.

⁸⁷ G. De Minico, *Nuova tecnica per nuove disuguaglianze. Case law: Disciplina Telecomunicazioni, Digital Services Act e Neurodiritti*, in *Federalismi.it*, 6, 2024, 14 ss.; E. Cocchiara, *La regolazione del digitale: tra self-regulation, codici di condotta ed authorities*, in *Nuove autonomie*, 1, 2025, spec. 401.

⁸⁸ C. Caruso, *Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, 561. M. Orofino, *Il Digital Services Act tra continuità (solo apparente) e innovazione*, in F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, cit., 172.

⁸⁹ A. Lucarelli, *Nuovi mezzi di comunicazione*, cit., 130.

particolare di quelli esercitati dalle autorità amministrative indipendenti e dalla stessa Commissione, chiamate a vigilare sull'esercizio del potere c.d. censorio. In altri termini, si fa leva anche sulla via amministrativa dell'integrazione europea⁹⁰.

L'elemento realmente innovativo risiede, tuttavia, nella possibilità che l'esistenza di una fonte normativa renda ora giustiziabile il sistema: le Corti (v. *supra* §2) potrebbero infatti incidere sulla sua stessa tenuta, imponendo garanzie più rigorose in ossequio al principio di legalità, o addirittura contribuendo a scardinare questa zona grigia per la libertà di espressione.

4.1. (segue) Le diverse ipotesi della co-regolazione nel DSA. Vi è poi il gruppo di disposizioni – quelle sui Codici di condotta degli artt. 45-49 – che rientra pienamente nel *corpus* normativo prodotto attraverso la tecnica della co-regolazione, ossia quella strategia europea presentata nella *Better Regulation Strategy*⁹¹.

Si tratta di una regolazione «ibrida» tra etero-normazione pubblica e auto-regolazione privata, ispirata dall'opera di Lawrence Lessig, *Code Version 2.0*, con il fine di mettere insieme il sapere specialistico con la tradizionale funzione legislativa⁹². La dottrina l'ha anche definito un diritto «a “formazione progressiva”», visto che «1) può subire modifiche per rispondere in modo efficace al mutamento tecnologico, e 2) [è] un atto di autoregolazione [che] può divenire successivamente un atto di co-regolazione, perché l'equilibrio tra potere pubblico e potere privato può variare nel tempo»⁹³.

La tecnica della co-regolazione è equiparata a quella della legge delega⁹⁴ o al rapporto «fra il livello di governo centrale e il livello regionale»⁹⁵. Con ciò si vuol sottolineare che vi è una fonte del Centro che ha legittimazione democratica e che pertanto può definire quali siano gli aspetti essenziali di cui la normativa deve occuparsi, indicando al privato, che interviene col suo bagaglio di conoscenze specialistiche, i criteri e i principi direttivi (o i principi fondamentali) e gli obiettivi da raggiungere. Il potere privato si comporta quindi come soggetto delegato o ente decentrato che stabilisce una disciplina di dettaglio⁹⁶. Peraltro, il parallelismo con la competenza concorrente consente di cogliere un'ulteriore indicazione metodologica: lo spazio di intervento privato può variare ed essere più o meno penetrante a seconda della «materia» coinvolta (rimanendo nel lessico della similitudine con l'art. 117,

⁹⁰ Sui metodi e forme si rinvia al testo di L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

⁹¹ Libro bianco sulla Governance Europea del 2001, COM/2001/0428 final.

⁹² Recentemente sul tema A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2022, 1031 ss.; sulla giusta opportunità del modello anche G. Mobilio, *L'Intelligenza Artificiale e I rischi di una «disruption» della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 415.

⁹³ I virgolettati sono di E. Frontoni, *Governare le tecnologie e con le tecnologie: l'impatto sulla produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2024, 165.

⁹⁴ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, 2023, 79.

Un ulteriore parallelismo è quello sviluppato da G. De Minico, *Diritti regole internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011, sulla base del criterio gerarchico. Secondo l'A. l'imposizione eteronoma delle finalità all'autoregolazione sembra conciliarsi con il principio di gerarchia delle fonti, secondo il quale il diritto privato può integrare e completare le disposizioni legislative primarie, ma non sostituirle. Se si ammettesse che l'autoregolazione potesse avviare *ex novo* la disciplina di un determinato settore, la sua funzione secondaria rispetto alla legge si dissolverebbe, minando la struttura stessa dell'ordinamento giuridico. Il diritto vincolante deve mantenere la sua posizione preminente, pena il rischio che il “diritto dei privati” si trasformi in un sistema autoreferenziale, funzionale esclusivamente agli interessi di chi lo crea.

⁹⁵ G. Di Cosimo, *La co-regolazione delle tecnologie digitali: il paradigma centro-periferia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2024, 275.

⁹⁶ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell'innovazione tecnologica*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Processi democratici e tecnologie digitali*, Torino, 2023, 78.

Cost.), ma quando oggetto dell'intervento co-regolatorio sono i diritti fondamentali e la concorrenza la decisione del privato deve essere solo di tipo esecutivo⁹⁷.

Nella prassi, la co-regolazione non è mai identica al modello teorico, ma può assumere forme diverse, più vicine ora all'etero-regolazione ora all'autoregolazione, lungo «una scala di sfumature»⁹⁸ tra i due estremi.

La dottrina⁹⁹ ha identificato quattro variabili per verificare su quale dei due versanti l'atto normativo si colloca. Occorre, cioè, innanzitutto verificare: il «momento» dell'intervento pubblico, a seconda che l'autorità sia coinvolta nella fase o di elaborazione, o di monitoraggio, o di tutte le fasi della formazione e successiva vigenza dell'atto; la «natura» dell'intervento pubblicistico; l'«intensità» del medesimo; e infine, la «portata» giuridica della normativa privatistica, a seconda che sia attuativa, integrativa o addirittura innovativa per l'ambito su cui ricade.

Insomma, la co-regolazione si sta affermando come una procedura regolatoria a geometria variabile¹⁰⁰. Una prova di tale mutevolezza è fornita proprio da come le quattro componenti suindicate si combinano diversamente nelle disposizioni presenti nel DSA sui Codici di condotta relativi a settori diversi: contenuti illegali; pubblicità online; disabilità; protocolli di crisi.

Il primo Codice regolato è quello relativo alla lotta ai diversi tipi di contenuti illegali e ai rischi sistemici per l'esercizio dei diritti fondamentali (dignità umana, il rispetto della vita privata e familiare, la tutela dei dati personali la libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, la tutela dei diritti del minore e dei consumatori), per il dibattito civico e i processi elettorali, nonché per la sicurezza pubblica; per gli effetti negativi, attuali o prevedibili, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona. La Commissione è coinvolta a partire dalla fase dell'iniziativa: incoraggia e agevola la stesura del Codice, e nei casi specifici di rischio sistemico, può invitare le piattaforme di dimensioni molto grandi, le pertinenti autorità competenti, le organizzazioni della società civile e altre parti interessate, a partecipare all'elaborazione dei Codici di condotta. La Commissione, inoltre, può stabilire gli impegni ad adottare misure specifiche di attenuazione dei rischi. Con una formulazione non chiarissima l'art. 45, par. 3, stabilisce che la Commissione garantisce che i Codici di condotta definiscano chiaramente i loro obiettivi specifici, contengano indicatori chiave di prestazione per misurare il conseguimento di tali obiettivi e tengano debitamente conto delle esigenze e degli interessi di tutte le parti interessate, in particolare dei cittadini, a livello di Unione.

La Commissione è coinvolta oltre la fase dell'elaborazione, dal momento che i partecipanti riferiscano periodicamente ad essa e ai rispettivi coordinatori dei servizi digitali le misure adottate e i relativi risultati, misurati sulla base degli indicatori contenuti nei Codici di condotta medesimi. La Commissione ha infine compiti di monitoraggio e in ordine all'eventuale riesame del Codice.

Inoltre, in caso di inottemperanza sistematica ai Codici di condotta, la Commissione può invitare i firmatari degli stessi a realizzare le misure necessarie.

Se sulle prime tre variabili la Commissione sembra assumere un ruolo che si estende lungo più fasi del procedimento di formazione e di monitoraggio, in realtà sono le piattaforme a continuare a mantenere il potere di determinare quali siano i contenuti illegali o le attività che

⁹⁷ G. Di Cosimo, *La co-regolazione*, cit., 282.

⁹⁸ M. E. Bartoloni, *La regolazione privata nel sistema costituzionale*, cit., 80.

⁹⁹ Ivi, 80-81.

¹⁰⁰ A. Simoncini, *La co-regolazione*, cit., 1047.

determinano rischi sistemici, al pari delle azioni da adottare per scongiurarle. Nel considerando 106 emerge l'*intentio legis*: l'adozione, attraverso la cornice giuridica dell'art. 45, del già esistente Codice di autoregolazione contro le forme illegali di incitamento all'odio online nonché del Codice di buone pratiche sulla disinformazione rafforzato. La commistione tra autoregolazione ed eteroregolazione sembra quindi essere sostanzialmente privatistica e solo proceduralmente pubblicistica.

Vi è poi il secondo Codice di condotta, quello per la pubblicità *online*. Anche nel caso dell'art. 46 la Commissione svolge un ruolo di promozione e agevolazione, che coinvolga oltre alle piattaforme anche altri soggetti della pubblicità, o le organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio e le organizzazioni della società civile o le autorità competenti. In tal caso, la natura e l'intensità dell'intervento pubblico sembrano essere più incisive: la Commissione definisce l'obiettivo¹⁰¹, l'oggetto (in parte)¹⁰² e il tempo¹⁰³.

Un'articolazione simile delle variabili del rapporto eteronomia e autoregolazioni è presente anche per il Codice di condotta sull'accesso ai servizi del disabile, di cui all'art. 47¹⁰⁴.

Infine, vi è un percorso di co-regolazione per la definizione di Protocolli di crisi che le piattaforme adottano in presenza di fatti emergenziali e straordinari legati alla sicurezza e alla salute pubblica. Sembra questo il percorso di co-regolazione che espande più degli altri la componente pubblicistica su quella privatistica. L'art. 48 stabilisce che il comitato europeo per i servizi digitali può raccomandare alla Commissione di avviare l'elaborazione di protocolli di crisi volontari per affrontare situazioni di crisi che incidono sulla sicurezza pubblica o sulla salute pubblica.

La Commissione incoraggia e facilita le piattaforme all'elaborazione, può coinvolgere le autorità degli Stati membri, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nell'elaborazione, nella sperimentazione e nella supervisione. La Commissione può

¹⁰¹ L'efficace trasmissione delle informazioni, che rispetta pienamente i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, nonché un ambiente competitivo, trasparente ed equo nella pubblicità online, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, in particolare in materia di concorrenza e protezione della vita privata e dei dati personali.

¹⁰² a) La trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai destinatari del servizio per quanto riguarda le prescrizioni di cui all'articolo 26, paragrafo 1, lettere b), c) e d); b) la trasmissione di informazioni detenute dai fornitori di servizi intermediari per la pubblicità online ai registri a norma dell'articolo 39; c) informazioni significative sulla monetizzazione dei dati.

¹⁰³ La Commissione incoraggia l'elaborazione dei codici di condotta entro il 18 febbraio 2025 e la loro applicazione entro il 18 agosto 2025.

¹⁰⁴ 1. La Commissione incoraggia e facilita l'elaborazione di codici di condotta a livello dell'Unione con il coinvolgimento dei fornitori di piattaforme online e altri fornitori di servizi interessati, delle organizzazioni che rappresentano i destinatari del servizio e delle organizzazioni della società civile o delle autorità competenti al fine di promuovere la piena ed effettiva parità di partecipazione, migliorando l'accesso ai servizi online che, attraverso la loro progettazione iniziale o il loro successivo adattamento, rispondono alle particolari esigenze delle persone con disabilità.

2. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta perseguano l'obiettivo di garantire che tali servizi siano accessibili in conformità del diritto dell'Unione e nazionale, al fine di ottimizzarne l'uso prevedibile da parte delle persone con disabilità. La Commissione mira a garantire che i codici di condotta rispondano almeno ai seguenti obiettivi:

a) progettare e adattare i servizi per renderli accessibili alle persone con disabilità rendendoli percepibili, utilizzabili, comprensibili e solidi;
b) spiegare in che modo i servizi soddisfano i requisiti di accessibilità applicabili e mettere tali informazioni a disposizione del pubblico in modo accessibile per le persone con disabilità;
c) rendere disponibili le informazioni, i moduli e le misure forniti a norma del presente regolamento in modo che siano facilmente reperibili, facilmente comprensibili e accessibili per le persone con disabilità.

3. La Commissione incoraggia l'elaborazione dei codici di condotta entro il 18 febbraio 2025 e la loro applicazione entro il 18 agosto 2025.

coinvolgere anche le organizzazioni della società civile o altre organizzazioni. Circa poi i contenuti, la Commissione definisce le misure¹⁰⁵ e gli elementi¹⁰⁶ che il Protocollo deve contenere, e se ritiene che lo stesso non affronti efficacemente la situazione di crisi o non garantisca l'esercizio dei diritti fondamentali, chiede ai partecipanti di rivederli. Le quattro ipotesi di co-regolazione mettono in luce come all'interno di questo nuovo paradigma descritto il ruolo della Commissione sia significativamente mutevole e con esso varia anche la componente pubblicistica: nel Codice sui contenuti illegali la Commissione svolge soprattutto un'attività di vigilanza, mentre nei Codici sulla pubblicità e sui servizi dei disabili fissa anche gli obiettivi; infine, per il Protocollo di crisi è lo stesso regolamento a fornire una base regolatoria minima, su cui poi si innesta l'attività della Commissione con indicazioni normative e obiettivi più dettagliati.

5. Le norme tecniche nell'AI Act. Le norme tecniche¹⁰⁷ possono essere qualificate come un'ipotesi di normatività attratta nell'orbita della co-regolazione. Difatti, vi è ibridazione tra soggetto pubblico e privato, con una cornice giuridica più avanzata di quella osservata con i Codici di condotta e definita nel reg. UE n. 1025/2012¹⁰⁸.

Si tratta di una precisa tecnica regolatoria europea che trova ispirazione nell'ordinamento tedesco per la disciplina degli impianti industriali, fondata «sul ricorso a clausole generali per la determinazione dei requisiti essenziali di sicurezza, sul rinvio agli standards elaborati da determinati enti privati di normazione, e sulla non obbligatorietà degli standards»¹⁰⁹.

L'AI Act, pur inscrivendosi in una cornice di *hard law*, introduce una significativa via di fuga attraverso la normazione tecnica prevista dall'art. 40, che demanda agli organismi privati di normazione tecnica la definizione dei requisiti *by design* per i sistemi di intelligenza artificiale a più alto impatto sui diritti fondamentali e la sicurezza, ossia i sistemi ad alto rischio e quelli di intelligenza generativa.

Tuttavia, la procedura delineata nel reg. UE n. 1025/2012 mette in luce una forma di co-

¹⁰⁵ Tali protocolli di crisi comprendano una o più delle misure seguenti:

a) la ben evidenziata visualizzazione di informazioni sulla situazione di crisi fornite dalle autorità degli Stati membri o a livello di Unione o, a seconda del contesto della crisi, da altri organismi competenti affidabili; b) la garanzia che il fornitore di servizi intermediari designi uno specifico punto di contatto per la gestione delle crisi; ove opportuno, può trattarsi del punto di contatto elettronico di cui all'articolo 11 oppure, nel caso dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi o di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, del responsabile della conformità di cui all'articolo 41; c) ove opportuno, l'adeguamento delle risorse destinate a garantire il rispetto degli obblighi di cui agli articoli 16, 20, 22, 23 e 35 alle esigenze che sorgono dalla situazione di crisi.

¹⁰⁶ a) I parametri specifici per determinare che cosa costituisca la specifica circostanza eccezionale che il protocollo di crisi intende affrontare e gli obiettivi che persegue; b) il ruolo dei singoli partecipanti e le misure che devono mettere in atto durante la fase preparatoria e in seguito all'attivazione del protocollo di crisi; c) una procedura chiara per stabilire quando debba essere attivato il protocollo di crisi; d) una procedura chiara per determinare il periodo durante il quale devono essere messe in atto le misure da adottare dopo l'attivazione del protocollo di crisi, periodo strettamente limitato a quanto necessario per far fronte alle specifiche circostanze eccezionali in questione; e) le garanzie necessarie per far fronte ad eventuali effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, in particolare la libertà di espressione e di informazione e il diritto alla non discriminazione; f) una procedura per riferire pubblicamente in merito a tutte le misure adottate, alla loro durata e ai loro esiti, al termine della situazione di crisi.

¹⁰⁷ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano 2008.

¹⁰⁸ Il regolamento modifica una corposa normativa già avanzata sull'armonizzazione tecnica dei prodotti volta a favorire il ravvicinamento delle norme tecnico-scientifiche degli Stati membri e dunque l'integrazione e la competitività nel mercato europeo dei beni. Per un approfondimento cfr. E. Chiti, *Normalizzazione*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, III, Milano, 2022, 771 ss.; A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto per la società digitale*, cit., 31 ss.

¹⁰⁹ A. Zei, *La normazione tecnica dell'Unione europea*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2003, 113.

regolazione, in cui la partecipazione pubblica e quella privata risultano più articolate e visibili rispetto a quanto analizzato per i Codici di condotta.

L'art. 2, reg. UE n. 1025/2012 esclude la vincolatività delle norme tecniche. Anche in questo caso, la loro efficacia si fonda su meccanismi di tipo incentivante, come la presunzione di conformità, che consente ai produttori di immettere i beni sul mercato senza sottoporsi a un'autorizzazione preventiva della pubblica amministrazione per rilascio del marchio CE.

Il coinvolgimento della Commissione all'elaborazione delle norme tecniche è, tuttavia, almeno astrattamente, incisivo e investe più momenti. Anzitutto vi è una fase di proposta che, in senso ampio, si potrebbe definire di «indirizzo generale»: la Commissione annualmente adotta un programma di lavoro per identificare le priorità strategiche in materia di normazione europea, tenendo conto delle strategie a lungo termine dell'Unione in materia di crescita.

Ai sensi dell'art. 10, reg. UE n. 1025/2012, la Commissione stabilisce i requisiti relativi al contenuto delle norme e un termine per la loro adozione, incaricando le organizzazioni europee della normazione (ossia organismi di rappresentanza di imprenditori nel settore elettrico, delle telecomunicazioni, e altre industrie, rispettivamente: CEN, Cenelec, ETSI) della loro elaborazione.

Le fasi di elaborazione delle politiche e delle norme sono cinque. Esse vanno dalla proposta all'accettazione dei lavori; alla discussione; alla presentazione di osservazione; all'eventuale revisione; e alla diffusione delle informazioni. Le organizzazioni europee incoraggiano la partecipazione anche di altri soggetti, in particolare le PMI, le organizzazioni ambientaliste e dei consumatori e le parti sociali.

In questo iter, ciascuno Stato o il Parlamento europeo possono opporsi alla norma in concreto definita, fornendo una spiegazione dettagliata. In tal caso, spetterà poi alla Commissione decidere se pubblicare, non pubblicare o pubblicare con limitazioni i riferimenti alla norma armonizzata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

L'intensità del coinvolgimento della Commissione nell'elaborazione delle norme tecniche, secondo una parte della dottrina, ne implica un avvicinamento agli atti delegati della Commissione ex art. 291 TFUE¹¹⁰.

Quanto alla loro sindacabilità, la Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla scorta della propria giurisprudenza in materia di atti atipici di *soft law*, ritiene di essere competente – ai sensi dell'art. 267 TFUE – a garantirne l'uniforme applicazione, includendo in tale controllo anche questo tipo di norme¹¹¹.

Pur provenendo da organismi di diritto privato, le norme tecniche costituiscono infatti misure di attuazione necessarie e strettamente regolate dei requisiti essenziali fissati dalla fonte europea (come, in questo caso, il regolamento n. 1689/2024).

Con la sentenza *Elliott*, tuttavia, i giudici di Lussemburgo non riconoscono un obbligo al giudice nazionale di non applicazione della norma di diritto interno in favore della norma tecnica. La norma quindi si occupa delle condizioni di accesso al mercato, ma non delle condizioni e delle modalità di uso concreto dei prodotti, pertanto «non vincola il giudice nazionale, adito con una controversia vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto privato in forza del quale una parte è tenuta a fornire un prodotto da costruzione conforme a una norma nazionale che recepisce tale norma armonizzata, né in relazione alla modalità di accertamento della conformità alle specificazioni contrattuali di un prodotto da costruzione né in merito al momento in cui deve essere accertata la conformità di quest'ultimo»¹¹².

¹¹⁰ E. Chiti, *Normalizzazione*, cit., 785.

¹¹¹ *Elliott c. Irish Asphalt*.

¹¹² *Elliott c. Irish Asphalt*.

Sembra quindi che l'ingresso della norma tecnica europea possa generare incertezze del diritto, nel momento in cui questa è chiamata a relazionarsi con l'ordinamento interno. Alla luce di quanto emerso, possono però evidenziarsi alcuni aspetti critici, giudizio peraltro condiviso dalla dottrina.

Un primo rilievo critico è relativo alla rappresentanza degli interessi coinvolti nella procedura descritta. È stato osservato che solo in Irlanda la *National Standards Authority* è un ente pubblico incardinato presso il Ministero per le Imprese, l'Occupazione e il Commercio, mentre nella maggior parte degli altri Stati membri il sistema di normazione «fa perno su soggetti privati»¹¹³, rappresentativi di una sola categoria: le imprese e, conseguentemente, la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Tuttavia, la legittimazione democratica delle procedure negoziate dovrebbe derivare dalla partecipazione di tutti i soggetti interessati, non solo degli operatori economici.

All'interno del mondo degli esperti, infatti, è necessario riconoscere e valorizzare la pluralità degli interessi rappresentati: accanto a quelli dell'impresa e della produzione, occorre includere anche le istanze provenienti dal mondo della ricerca e della cultura.

Le università e i centri di ricerca, pur rientrando tra gli esperti tecnici, esprimono valori e finalità differenti, legati alla conoscenza, alla responsabilità sociale e alla tutela dei diritti fondamentali.

Il loro coinvolgimento contribuirebbe, quindi, a rendere più equilibrata e rappresentativa la ponderazione degli interessi in gioco. Peraltro, questi soggetti, grazie agli investimenti previsti dal PNRR¹¹⁴ e alla Strategia Nazionale sull'IA¹¹⁵, sarebbero in grado di veicolare le elevate capacità specialistiche così acquisite sulle tecnologie, ed espandere contemporaneamente la democraticità, stante la presenza di valori diversi oltre quelli di libertà economica¹¹⁶.

Quanto poi al tema della legalità procedurale che sorregge l'azione di autorità prive di responsabilità politica, occorre richiamare il legame con la cosiddetta «legittimazione dal basso».

Essa rinvia all'idea secondo cui l'attribuzione del potere regolatorio è finalizzata a rispondere alle esigenze emergenti dal settore da regolare; di conseguenza, i regolamenti emanati dovrebbero ricavare le proprie regole dall'oggetto della regolazione stessa. In questa prospettiva, si è osservato come la regolazione di uno specifico segmento di mercato tende a essere partecipata e condivisa dagli operatori economici che vi operano¹¹⁷.

Poiché l'intelligenza artificiale non si esaurisce in un singolo ambito produttivo ma incide, con la stessa intensità, su settori tra loro eterogenei – dalla finanza all'educazione, dalla sanità, alla pubblica amministrazione – la categoria dei soggetti partecipanti all'elaborazione delle norme tecniche non può rimanere confinata ai soli operatori economici.

Essa dovrebbe, invece, riflettere la natura trasversale dell'IA, rendendo visibile e strutturata la pluralità di interessi, diritti e valori che la tecnologia coinvolge.

Sono antichi o forse, per certi versi, irrisolti i problemi relativi al rapporto tra scienza e diritto in relazione alle norme tecniche. È stato già sottolineato che quest'ultime adempiono a compiti «indispensabili ad un'economia poliarchica organizzata», e che presentano «un ruolo di potere (o di contropotere) nell'equilibrio dei poteri»¹¹⁸.

¹¹³ A. Iannuzzi, *Le fonti del diritto per la società digitale*, cit., 47.

¹¹⁴ Componente 2 della Missione 4, Istruzione e ricerca.

¹¹⁵ Agid, *Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026*, 6 ss.

¹¹⁶ In questi termini si può adattare il pensiero di L. Carlassare, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II-2, Milano, 2008, spec. 548.

¹¹⁷ G. Tarli Barbieri, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 944.

¹¹⁸ A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 251.

Prima dei processi di globalizzazione esso, infatti, si riferiva specialmente al sapere degli esperti come limite al potere della pubblica amministrazione e alle esigenze di coordinamento scientifico statale al potere regolamentare delle regioni¹¹⁹.

Tale condizionamento scientifico oggi sposta il livello di produzione dall'Esecutivo all'Europa.

Quando il rapporto scienza-diritto avviene esclusivamente a livello interno, la dottrina ha elaborato una potenziale soluzione, ossia: ritenere che i soggetti privati siano affidatari del compito di elaborare regole aventi valore pubblico come norme secondarie, da cui derivi «la conseguenza di poter considerare sindacabile, in qualsiasi sede, la violazione di dette norme ad opera tanto dei soggetti privati, tanto di quelli pubblici, nel pieno rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto»¹²⁰. Soluzione che tuttavia non può estendersi anche alle norme guidate dal sapere tecnico elaborate dagli organismi europei.

La vicenda delle norme tecniche conferma, dunque, che anche all'interno del sistema di *hard law* europeo permane una componente normativa di tipo privatistico. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, riconosciuta nel caso *Elliott*, assicura l'uniformità interpretativa, ma non genera un vincolo diretto nei rapporti tra privati. Da ciò scaturisce la conferma di zone d'ombra e di aree di incertezza, in cui il diritto basato sulla tecnica si muove tra effettività ed elusione del principio di legalità.

6. Conclusioni. Quanto precede non ha avuto l'ambizione di condurre a un epilogo chiuso, ma principalmente a una tesi di metodo: come osservare la normazione digitale e la trasformazione costituzionale dei processi normativi.

Insomma, la società digitale non si limita a produrre nuovi contenuti normativi, ma sta trasformando le forme stesse della normatività, obbligando la scienza giuridica a ripensare strumenti, metodi e criteri ordinatori tradizionali delle fonti del diritto.

Provando a tirare le fila, la riflessione ha perseguito l'obiettivo ambizioso di mettere a fuoco gli elementi di novità della fase regolatoria in corso e mostrarne le implicazioni metodologiche e costituzionali.

Per anni il dibattito si è concentrato sulla dimensione dell'efficacia privata e sul profilo prestazionale della *soft law* – cioè su quanto le regole private funzionassero nella pratica – trascurando però come la proliferazione di questi dispositivi abbia finito per ricomporre, a nuovi termini, il quadro pubblico della regolazione. Oggi, al contrario, assistiamo a una fenomenologia inedita: il diritto pubblico europeo entra nello spazio digitale non semplicemente per correggere i fallimenti della regolazione privata, ma per incanalare e talvolta valorizzare la capacità normativa di soggetti privati, producendo un regime ibrido in cui *hard law* e *soft law* si alimentano vicendevolmente¹²¹.

Questo cambio di fase impone pertanto una svolta metodologica. Il saggio si propone di affiancare alla tradizionale esegesi testuale – comprese le letture semantiche e sistematiche della norma – un'analisi empirica delle pratiche: procedure di co-scrittura, meccanismi di adesione volontaria, validazione tecnica, e modalità di *enforcement*. Solo con questa integrazione è stato possibile «recidere l'involucro del formalismo»¹²² e disvelare i rapporti di

¹¹⁹ Come testimonia la ricca casistica della giurisprudenza costituzionale su tale ambito, su cui A. Iannuzzi, *Riparto di competenze regolamentar fra Stato e Regioni: problemi e proposte di soluzione*, in D. De Pretis, C. Padula (a cura di), *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, Torino, 2023, 145 ss.

¹²⁰ La tesi di Predieri è ripresa e sviluppata in tal senso da F. Salmoni, *Norme tecniche e dottrina giuspubblicistica*, in *Percorsi costituzionali*, 2, 2017, 744.

¹²¹ Così interpreto anche il pensiero di A. Lucarelli, *Piattaforme e diritto pubblico. Linee di un percorso costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 3, 2024, 349 ss.

¹²² A. Lucarelli, *Il costituzionalismo tra tradizione e prassi*, Napoli, 2025, 72.

forza e le catene decisionali che precedono i testi. In altri termini: non basta leggere le parole della norma se non si interrogano anche i processi organizzativi, i modelli di *governance* e le dinamiche di legittimazione che ne consentono l'effettiva circolazione.

Da questa prospettiva emergono almeno tre snodi con cui il testo ha l'ambizione di inserirsi nel dibattito corrente in tema.

Il primo snodo è sulla funzione della forma-regolamento come «regola costitutiva»¹²³. L'adozione di regolamenti europei che agganciano strumenti di co-regolazione (codici di condotta, standard tecnici) ha reso la forma-regolamento un veicolo di eteroregolazione pubblico. Ciò ha due effetti concatenati: (i) rende più agevole la penetrazione del diritto europeo nel tessuto normativo nazionale, creando percorsi alternativi di normazione; (ii) accelera la produzione normativa perché affida alle istituzioni europee un ruolo attivo non solo di definizione, ma anche di orientamento e controllo delle norme tecniche e dei Codici di condotta. In questa luce, il regolamento cessa di essere mera cornice e diventa leva di trasformazione istituzionale.

Il secondo snodo è relativo alla congiuntura tra *soft law* e funzione amministrativa. Per lungo tempo la *soft regulation* ha operato su logiche attuative proprie, talvolta autonome rispetto all'apparato statale. Con il nuovo impianto europeo, tale separazione tende a contrarsi: la legge co-regolata precede e struttura l'intervento amministrativo, e la prassi amministrativa diventa il luogo in cui la co-regolazione si traduce in effetti concreti. Questo solleva due questioni su come si eserciterà la discrezionalità amministrativa quando essa si troverà a interpretare codici che sono il frutto di dialogo pubblico-privato. E su come le garanzie procedurali si affermeranno (trasparenza, partecipazione, motivazione), affinché l'azione amministrativa non si limiti a implementare pedissequamente interessi privati re-incardinati in strumenti regolatori europei. Naturalmente, tali attività vanno armonizzate con il quadro dei principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione: *in primis*, dunque, con l'art. 97 Cost.

Il terzo snodo è relativo all'*accountability* e all'*enforcement*. Oggi, molte scelte «tecniche» sono svolte da soggetti privati ma producono effetti giuridici e sociali comparabili a quelli della legge. Il rischio è duplice: da una parte, una «legge privata» non sottoposta a pubblicità, controllo e rimedi adeguati; dall'altra, una «legge pubblica» che si limita a delegare la decisione al privato senza strumenti di vigilanza operativa. In tema sarà rilevante implementare i dispositivi ibridi di *enforcement*, che combinino poteri di supervisione pubblica ai meccanismi di compliance intersoggettiva (*audit* indipendenti, *standard* condivisi, responsabilità contrattuale).

Nel complesso, il quadro che emerge non è semplicemente quello di un'innovazione di «contenuto», ma di una trasformazione delle «forme» e dei «metodi» della produzione normativa. Il diritto europeo non si limita ad aggiornare il catalogo delle regole: riscrive il modo in cui le regole nascono, si applicano e vivono nel «contesto».

La rintracciata eteronomia presenta, dunque, un carattere ambivalente: essa può rafforzare la protezione dei diritti attraverso strumenti più penetranti ed efficaci, ma può anche dar luogo a fasi di deregolazione democratica se non accompagnata da garanzie proceduralmente solide.

¹²³ La valorizzazione della distinzione tra regola costitutiva e valutativa nel contesto della legge statale è opera di F. Modugno, *La funzione legislativa, oggi*, in M. Ruotolo (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 19, che riprende la dicotomia di J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 1996. Un esempio di questa applicazione al rapporto tra fonti degli enti locali è fatto da S. Parisi, *Il «posto» delle fonti locali nel sistema*, in *Le Regioni*, 1, 2008, 155 ss.

Mi sembra che questo paradigma sia applicabile con successo anche al ruolo del regolamento europeo così come qui inteso.

In definitiva, il problema richiama la questione del rapporto tra le fonti e la forma di Stato e di governo. Le ambiguità che ancora caratterizzano l'organizzazione dell'Unione europea si riverberano inevitabilmente su una ricostruzione dommatica del sistema delle fonti della società digitale e, con esse, sulla tenuta dell'equilibrio tra autonomia privata e potere normativo pubblico, istituzionale, «*hard and binding*».

Forse è in corso una transizione costituzionale silenziosa, in cui la forza regolatoria delle istituzioni europee e la capacità autoregolativa dei privati coesistono in un regime ibrido di costituzionalismo tecnologico.

Il risultato è una spirale regolatoria in cui l'autoregolazione privata genera la normazione europea e quest'ultima rilegittima nuovi poteri privati. È dentro questa spirale che il diritto dovrà trovare – ove possibile – una nuova idea di sovranità regolatoria condivisa, capace di tradurre in garanzia costituzionale questa nuova grammatica digitale.

Abstract. Il saggio indaga, in prospettiva costituzionalistica, la trasformazione del sistema delle fonti del diritto nell'era digitale, alla luce del *Digital Services Package* e in particolare dei Regolamenti europei in materia di piattaforme digitali e intelligenza artificiale.

La nuova fase di centralizzazione del potere normativo a livello sovranazionale produce effetti rilevanti sull'ordinamento interno, dove si intrecciano le regole che disciplinano i rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea e si manifestano le metamorfosi delle fonti di *soft law*.

Da tale interazione emerge una nuova articolazione del potere, nella quale la normatività della tecnica assume una crescente rilevanza pubblica, non sempre tuttavia accompagnata da una adeguata legittimazione democratica.

Abstract. The transformation of the system of sources of law in the digital age is examined in this essay from a constitutional perspective, in light of the *Digital Services Package* and, in particular, the European Regulations on digital platforms and artificial intelligence.

The new phase of centralisation of regulatory power at the supranational level has significant effects on the domestic legal system. The rules governing the relationship between national law and European Union law are intertwined. The metamorphosis of soft law sources is evident.

A new articulation of power is given rise to by this interaction, in which the normativity of technology takes on increasing public relevance but is not always accompanied by adequate democratic legitimacy.

Parole chiave. Fonti del diritto – *soft law* – norme tecniche – Digital Services Act – AI Act.

Key words. Source of law – *soft law* – technical standards – Digital Services Act – AI Act.

IL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ E IL CENTRALE INTERESSE DEL MINORE*

di Giovanna Filippelli**

422

Sommario. 1. Premessa. – 2. Le nuove forme di genitorialità: tra genitorialità di fatto e genitorialità intenzionale. – 3. Riconoscimento in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero: compatibilità con l'ordine pubblico. – 4. Le lacune normative e le soluzioni prospettate: in particolare l'adozione in casi particolari. – 5. Orientamenti giurisprudenziali. – 5.1. Giurisprudenza sovranazionale. – 5.2. Giurisprudenza di legittimità: in particolare la sentenza n. 19599/2016. – 5.3. Giurisprudenza costituzionale: sentenze n. 221/2019, n. 32 e n. 33/2021 ed infine n. 68/2025 con conseguente dichiarazione di illegittimità dell'art. 8, l. 40/2004 e l'affermazione della centralità dell'interesse del minore. – 6. Riflessioni riassuntive e conclusive con riferimento anche alle prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa. Con la storica sentenza n. 68/2025, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sul tema della c.d. «doppia genitorialità» a seguito del ricorso da parte di coppie italiane alla procreazione medicalmente assistita all'estero; colmando la carenza di tutela dell'identità personale e dell'interesse del minore a vedersi riconosciuto lo stato di figlio in capo ad entrambe le madri, intenzionale e biologica, ai sensi dell'art. 8, l. n. 40/2004, stigmatizzato in diverse occasioni dalla stessa Corte costituzionale¹.

La Corte² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 40/2004 per violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost., nella parte in cui non prevede che il nato in Italia da una coppia di donne che hanno fatto ricorso all'Estero a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa venga riconosciuto come figlio anche da parte della madre intenzionale, che, al pari di quella biologica, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime ed alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale.

2. Le nuove forme di genitorialità: tra genitorialità di fatto e genitorialità intenzionale. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico ed il progressivo rilievo riconosciuto ai legami affettivi a prescindere dai legami biologici hanno contribuito all'emersione delle c.d. «nuove forme di genitorialità», non coincidenti con quella biologica, la genitorialità di fatto e quella intenzionale, connotate dall'assunzione di responsabilità genitoriale, posto che è stato evidenziato come il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della formazione sociale della famiglia³.

* Sottoposto a referaggio.

** Magistrato Ordinario in Tirocinio presso la Corte d'Appello di Napoli.

¹ Da ultimo Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021.

² Corte costituzionale, sentenza n. 68/2025.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014.

Si disquisisce di genitorialità di fatto facendo riferimento al rapporto che si instaura tra il *partner*, coniuge, convivente o parte dell'unione civile, del padre o della madre del figlio e quest'ultimo; rapporto che può essere provato a fronte della sussistenza di alcuni indici individuati dalla giurisprudenza, quali la convivenza con il minore, la *diurnitas* delle frequentazioni nonché l'assunzione concreta, quindi *de facto*, di tutti i doveri genitoriali, in conformità con quanto previsto dal dettato normativo in capo al genitore biologico. Questi indici evidenziano la volontà del singolo, non legato da vincoli biologici con il minore, ad assumere analogamente al genitore biologico il ruolo genitoriale.

Motivo per il quale tale forma di genitorialità va tutelata, soprattutto a fronte della crisi della coppia a cui consegue la disgregazione del rapporto affettivo con il *partner*, al fine di preservare la relazione con il minore stesso e tutelare il medesimo interesse del minore che rinviene nel *partner* del genitore biologico un secondo genitore.

La giurisprudenza non è univoca nell'individuare il riferimento normativo, quale fondamento della tutela da riconoscere al rapporto tra il *partner* del genitore del minore e quest'ultimo; sul punto si sono sviluppati differenti orientamenti, connotati però da un dato comune, ovvero quello di interpretare estensivamente la nozione di genitore, ricomprendendovi anche quella di genitore di fatto. In particolare, taluno ha prospettato un'interpretazione evolutiva dell'art. 337-ter c.c.⁴, laddove disciplina il diritto del figlio minore di mantenere un rapporto «equilibrato e continuativo» con ciascuno dei genitori; altri hanno richiamato l'art. 333 c.c.⁵, che prevede le soluzioni adottabili dal giudice a fronte della condotta pregiudizievole di uno o entrambi i genitori; non è mancato, infine, chi ha ritenuto che si dovesse applicare a tali casi l'art. 316-bis c.c., che fa riferimento al concorso dei genitori al mantenimento.

Si parla, invece, di genitorialità intenzionale facendo riferimento a tutti i casi in cui una coppia decide di realizzare e portare a compimento un progetto genitoriale ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: la fecondazione⁶ omologa, la fecondazione eterologa – che sarà oggetto di trattazione in tale sede – e la maternità surrogata⁷.

Il legislatore è intervenuto per la prima volta a disciplinare le tecniche di PMA con la l. n. 40/2004⁸, volta a bilanciare i differenti interessi in gioco: da un lato la tutela del nato, dall'altro

⁴ M. Ruvolo, *Il minore ha diritto a mantenere rapporti con il genitore c.d. sociale*, in *Unicost.*, 2019.

⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 225/2016, con la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c. «nella parte in cui [...] non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico».

⁶ L. Chieffi, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'impianto dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3, 2015; L. Chieffi, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in *federalismi.it*, 21, 2015.

⁷ Per approfondimenti sul tema, v. L. Chieffi, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, in *Nomos*, 2, 2019; A. Pisu, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022; G. Barcellona, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal*, 1, 2023; F. Pistelli, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal*, 1, 2023; M. Di Masi, *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in *BioLaw Journal*, 3, 2023; I. R. Pavone, *Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?*, in *BioLaw Journal*, 4, 2024.

⁸ Sul punto si veda F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, 2004; AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. Celotto, N. Zanon, Milano, 2004, in particolare gli articoli di A. Celotto, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione* e di M. D'Amico, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*; F. Pastore, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 1, 2017; S. Cecchini, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, in *BioLaw Journal*, 4, 2021.

il diritto all'autodeterminazione ed alla genitorialità ed infine la libertà di ricerca⁹.

Prima della legge, è stata la giurisprudenza a sopperire alla carenza legislativa¹⁰.

La legge è stata sottoposta in plurime occasioni al vaglio della Corte costituzionale¹¹, la quale è riuscita a perseguire gli obiettivi rimasti inattuati a seguito degli insuccessi dei referendum abrogativi del 2005¹², elidendo taluni dei limiti che connotavano la legge a distanza di anni dall'entrata in vigore della stessa.

Ad oggi la legge non è comunque scevra da limiti.

Invero, uno dei limiti ancora sussistenti concerne il divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali *ex art. 5, l. n. 40/2004*, il quale, nell'enunciare i requisiti soggettivi per l'accesso alla PMA, dispone che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La violazione di tale divieto è punita con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 12, co. 2, l. n. 40/2004*.

Altro limite riguarda il divieto di maternità surrogata, che configura nel nostro ordinamento un reato *ex art. 12, co. 6, l. n. 40/2004*, oggi universale¹³, e quindi punibile anche se effettuata all'estero in un Paese in cui tale pratica è considerata legale. Orbene, se il reato è commesso all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.

La *ratio* di tale divieto è duplice, in quanto è da rinvenire non solo nella tutela della dignità della donna¹⁴, che sarebbe lesa «in modo intollerabile» laddove fosse ammesso il ricorso a tale pratica, ma anche nella dignità del concepito a non essere oggetto di una «pretesa ad esistere» da parte di soggetti terzi e alla certezza del proprio *status* ed alla tutela della propria identità personale e sociale.

⁹ Sul punto, F. Piergentili, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221/2019*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

¹⁰ Quanto al rapporto tra la legge e i giudici, si veda A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza n. 151/2009, sull'obbligo di produzione e impianto contestuale di tre embrioni; Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014 in tema di divieto di ricorso alla fecondazione eterologa in caso di diagnosi di una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; Corte costituzionale, sentenza n. 96/2015, relativamente al divieto di ricorso alla fecondazione eterologa per le coppie fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili; Corte costituzionale, sentenza n. 229/2015, in tema di divieto della condotta del sanitario volta ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, fossero risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili; sugli interventi della giurisprudenza costituzionale sulla l. 40/2004, A. Patroni Griffi, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2005; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita; una political question disinnescata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009; E. Dolcini, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 2014; M. Abagnale, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 gennaio 2015; F. Angelini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., VI, 2015; A. D'Aloia, L. '(ex) 40, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2015; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; P. Sanfilippo, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2015; L. Chieffi, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione Giustizia*, 2, 2016.

¹² Cfr. A. Ruggeri, *"Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Forum Quad. cost.*, 2005.

¹³ A seguito della l. n. 169/2024, che ha modificato l'art. 12 della l. n. 40/2004, aggiungendo al co. 6 la seguente dicitura «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017; M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione Giustizia*, 2, 2019.

Conclusioni non pienamente condivise nell'alveo di altri ordinamenti¹⁵, che, invece, seppur a condizioni differenti, ammettono il ricorso alla maternità surrogata, valorizzando a tal uopo il diritto di autodeterminazione della donna. La donna è, quindi, libera di decidere in modo consapevole di portare in grembo e far nascere un bambino di altri. In tal modo, la donna attuerebbe un «proprio progetto personale» ed esprimerebbe «la propria personalità», sicché la pratica «è l'opposto della sua degradazione», dovendosi rinvenire nella stessa «l'esercizio della sua autonomia individuale e della sua libertà personale»¹⁶.

Tali limiti hanno «dato il via» al c.d. «turismo procreativo», ovvero quel fenomeno alla stregua del quale coppie sterili, sia omosessuali che eterosessuali, si recano all'Estero per poter ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, quali la fecondazione eterologa e la maternità surrogata, nei Paesi nei quali le stesse sono ammesse. Fenomeno a fronte del quale la legislazione italiana non ha ancora individuato rimedi adeguati al fine di limitarne il ricorso e che genera diverse problematiche, tra le quali, a titolo esemplificativo, la violazione del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3 Cost.*, co. 2, Cost.¹⁷ rispetto ai figli nati da coppie eterosessuali ed il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero. Due profili che si riverberano negativamente nei confronti dello *status filiationis* che il nato dovrebbe vedersi riconosciuto *sic et simpliciter*.

3. Riconoscimento in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero: compatibilità con l'ordine pubblico. La problematica che ha avuto maggiori risvolti pratici è stata rappresentata dall'istanza di riconoscimento in Italia dell'atto di nascita - a seguito di tecniche di PMA eterologa, vietate in Italia - legittimamente formato all'Estero, che individua quali madri sia quella biologica che quella genetica-intenzionale, che può tradursi o nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita all'ufficiale di stato civile o nella delibazione della sentenza straniera che riconosce lo stato di filiazione a seguito del ricorso alle tecniche di PMA eterologa.

Si fa a tal uopo riferimento a tutti i casi in cui due donne, nonostante la giurisprudenza¹⁸ abbia ritenuto costituzionalmente legittimo il divieto per le coppie omosessuali di ricorrere alle tecniche di PMA di cui all'art. 5, l. n. 40/2004, decidono di realizzare comunque un progetto di genitorialità condiviso e si recano all'Estero per ricorrere alla fecondazione eterologa. Una delle donne della coppia è colei che porta avanti la gravidanza, l'altra può, ma non necessariamente, avere legami biologici con il minore nato.

Nessun problema si pone per la madre «naturale», ovvero colei che porta avanti la gravidanza, dubbi sussistono, invece, per quella intenzionale, la quale non ha portato a termine la gravidanza e la quale potrebbe aver offerto – oppure no – il materiale biologico a seconda di come è avvenuta poi la fecondazione dell'ovocita che è stato impiantato nell'utero dell'altra donna.

In questi casi la questione problematica attiene, quindi, proprio al rapporto che si instaura tra il minore nato e la donna, madre intenzionale. Ci si chiede quale sia la veste giuridica di siffatto rapporto, se analogamente a quella biologica la madre intenzionale possa essere qualificata come «genitore», e quindi essere titolare di doveri ed obblighi che gravano secondo il dettato normativo sui genitori, e di conseguenza se possa ritenersi sussistente un diritto anche del minore nato a vedersi riconosciuto lo *status filiationis*, non solo da parte della madre biologica, ma anche da quella intenzionale. Orbene, vengono a tal uopo in rilievo due distinti

¹⁵ Corte Suprema della California, *Johnson c. Calvert*, 1993; Tribunale costituzionale del Portogallo, sentenza n. 225/ 2018.

¹⁶ Tribunale costituzionale del Portogallo, cit.

¹⁷ Cfr. F. Pastore, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019.

diritti: quello del minore alla continuità dello *status filiationis* e all'identità familiare, e quindi il diritto al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, ed il diritto – secondo alcuni mero interesse di fatto non tutelato dall'ordinamento – del genitore, avente un *partner* dello stesso sesso, che volontariamente ha deciso di intraprendere un percorso per poter assumere quei doveri e quegli obblighi propri dei genitori biologici¹⁹.

Sul punto, in particolare ci si chiede se possa ammettersi il riconoscimento dell'atto di nascita formato legittimamente all'Esterio ovvero se ciò sia in contrasto con il c.d. «ordine pubblico»²⁰, quale limite che connota il nostro ordinamento giuridico a fronte dell'efficacia nello stesso di atti amministrativi o giurisdizionali stranieri che contrasterebbero con il principio di ordine pubblico in base al quale nell'ordinamento italiano madre è solo colei che ha partorito il bambino; nonché quale garanzia del rispetto dei diritti fondamentali della persona, alla luce non solo del diritto nazionale, ma anche di quello sovranazionale. In tal senso si parlerebbe di «ordine pubblico internazionale».

4. Le lacune normative e le soluzioni prospettate: in particolare l'adozione in casi particolari. La complessità e la problematicità di tale questione non ha ancora trovato riscontro in un intervento legislativo, che individui una soluzione idonea a riconoscere al minore lo *status filiationis*, anche a fronte di un progetto genitoriale condiviso e realizzato all'Esterio da due donne.

In assenza di un'azione normativa sul punto, la giurisprudenza e la dottrina, intervenute in diverse occasioni sul tema del riconoscimento in Italia di atti di nascita legittimamente formati all'estero, hanno cercato di individuare un istituto giuridico, il cui ricorso possa assicurare un'effettiva tutela – allo stato mancante – ai minori, colmando in tal modo il vuoto lasciato dal legislatore; a tal fine è stata valorizzata l'instaurazione di un rapporto sostanziale di filiazione, ossia la circostanza alla stregua della quale per un periodo di tempo significativo ed apprezzabile il genitore intenzionale si è effettivamente preso cura del minore, assumendo nei suoi confronti quei comportamenti tipici della relazione genitoriale, e dunque considerandolo a tutti gli effetti come se fosse un figlio.

La soluzione che è stata ritenuta, in più occasioni, maggiormente adeguata a garantire tutela nei casi in esame, e dunque a riconoscere il legame tra il genitore intenzionale e il minore, è stata individuata nell'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44*, co.

¹⁹ E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; G. M. Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, il quale rileva come si stia realizzando una vera e propria «rivoluzione copernicana della posizione del figlio» nei nuovi contesti familiari: «prima era la famiglia a costituire il minore; ora è quest'ultimo a costituire la prima, con il suo ruolo e il suo diritto a una «genitorialità piena», corrispondente al suo personale *best interest*». L'A. si domanda, dunque, se sia ancora corretto fare riferimento a un «diritto a diventare genitore», oppure se sia più opportuno mutare l'ottica di analisi, configurando un «diritto ad avere un genitore», come, in effetti, poi confermato anche dalla sentenza in commento; cfr. anche, Corte costituzionale, sentenza n. 230/2020, in cui la Corte esclude l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso.

²⁰ L'ordine pubblico è richiamato dalla l. n. 218/1995 sul diritto internazionale privato al fine di decidere se ammettere o no nel sistema interno la legge, la sentenza, o i provvedimenti stranieri nelle ipotesi in cui sussistano elementi di estraneità che ne giustificerebbero l'applicazione. Dal canto suo l'art. 18, d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile vieta la trascrizione degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico; in relazione al tema maternità surrogata e ordine pubblico, si veda F. Ferrari, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020; M. Tescaro, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021; M. Caldironi, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal*, 2, 2022.

1, lett. d), l. n. 184/1983²¹.

Per lungo tempo il ricorso a tale forma di adozione è stato eccezionale, ad oggi è, invece, divenuto praticamente la regola.

Tale istituto rappresenta una maggiore elasticità rispetto all'adozione legittimante²² di cui alla l. n. 184/1983, sotto diversi punti di vista: non recide il legame con la famiglia di origine, non è riservato alle sole coppie eterosessuali e non presuppone lo stato di abbandono, ma unicamente l'impossibilità constatata di affidamento preadottivo. In particolare, la giurisprudenza ha interpretato in maniera sempre più estensiva la nozione di impossibilità, arrivando al punto da ricomprendervi non solo l'impossibilità di fatto, ma anche quella giuridica.

Proprio per tali caratteristiche, l'adozione in casi particolari è stata ritenuta quale soluzione adeguata per salvaguardare la relazione affettiva instaurata tra genitore intenzionale e minore, anche in relazione a coppie omosessuali, dando la stura all'ammissibilità della c.d. «*stepchild adoption*», che permette al *partner* di un genitore, uomo o donna, di adottare il figlio minore di quest'ultimo, che non è espressamente disciplinata dalla l. n. 184/1983, *Diritto del minore ad una famiglia*. Invero, quest'ultima alla lett. b) del co. 1 dell'art. 44 menziona solo il caso in cui a procedere all'adozione del minore sia il coniuge del genitore del primo.

Sul punto, si è pronunciata anche la giurisprudenza sovranazionale, secondo la quale il *best interest* del minore può essere soddisfatto non necessariamente riconoscendo il rapporto di filiazione, ma anche mediante altre forme giuridiche - tra cui l'adozione da parte del genitore d'intenzione - che devono essere effettive, rapide, efficaci ed equipollenti.

5. Orientamenti giurisprudenziali. Dopo aver brevemente delineato la soluzione ritenuta la più idonea dalla giurisprudenza per conferire riconoscimento giuridico ai rapporti di filiazione instaurati con il genitore intenzionale, appare opportuno soffermarsi sull'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, sia a livello nazionale che sovranazionale, concernenti la questione circa la compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione, nei registri dello stato civile italiano, dell'atto di nascita del minore validamente formato all'estero in seguito al ricorso alla fecondazione eterologa da parte di una coppia omogenitoriale femminile.

Ferma la visione dualista circa i rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e ordinamento

²¹ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 12193/2019; alle medesime conclusioni è giunta la Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 38162/2022 in tema di maternità surrogata, affermando che «l'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita».

²² Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 383/1999. Dalle argomentazioni della Corte consegue un'importante distinzione, sul piano dell'applicabilità della norma ai casi concreti, tra adozione piena e adozione particolare: cfr. G. Ferrando, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, 1, 2017, secondo cui «solo la prima ha come presupposto indefettibile lo stato di abbandono, la seconda, invece, intende realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l'adozione piena del minore, è comunque necessario od opportuno procedere all'adozione dando veste giuridica a relazioni familiari già esistenti di fatto. Si delinea così una distinzione tra adozione (piena) dei minori in stato di abbandono ai quali occorre dare una famiglia sostitutiva di quella di origine, e adozione (semplice) dei minori non in stato di abbandono per i quali è opportuno dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto. La formalizzazione del rapporto di fatto corrisponde, infatti, all'interesse del bambino nel momento in cui offre un quadro giuridico di certezze con l'assunzione di precise responsabilità ed obblighi sia nei confronti del bambino, sia nei confronti dei terzi».

internazionale, non va sottaciuta la stretta correlazione sussistente tra gli stessi, che si traduce nell'applicazione del rinvio formale e materiale. In quest'ottica, la giurisprudenza ha ammesso che l'ordinamento giuridico nazionale può riconoscere gli effetti di un atto giuridico straniero anche ove quest'ultimo sia applicazione di un istituto sconosciuto all'ordinamento giuridico medesimo: un conto è applicare in Italia un istituto vietato, un conto è riconoscere un atto giuridico straniero. Il riconoscimento non è, però, senza limiti: invero, è necessario che l'atto straniero non contrasti con il principio di ordine pubblico internazionale.

In particolare, la giurisprudenza si è mostrata piuttosto pacifica nel ritenere che il riconoscimento di un atto straniero formato legittimamente all'estero, come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti della madre intenzionale, non osta con il principio di ordine pubblico internazionale. Ciò in quanto l'orientamento sessuale non è da considerare quale espressione di un principio di ordine pubblico internazionale, e quindi non è in alcun modo configurabile quale preclusione al diritto di genitorialità.

Siffatta conclusione è confermata anche dalla circostanza alla stregua della quale il divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali, a differenza di quanto accade per la maternità surrogata, è punito con una sanzione amministrativa. Ciò a dimostrazione del fatto che non vengono in rilievo interessi che assurgono al rango di valori fondamentali, tali da necessitare la previsione di una fattispecie penalmente sanzionata.

5.1. Giurisprudenza sovranazionale. In ragione della stretta interrelazione che la questione in esame determina tra l'ordinamento nazionale e gli altri ordinamenti stranieri coinvolti, la materia è stata oggetto di intervento non solo da parte delle Corti nazionali, ma anche della Corte europea dei diritti dell'uomo²³ e della Corte di Giustizia dell'UE²⁴.

In particolare, è stato sottoposto all'attenzione delle Corti europee il quesito circa la legittimità del rifiuto manifestato da uno Stato membro alla domanda di riconoscimento avanzata dal genitore intenzionale del rapporto di filiazione di fatto tra il nato all'Estero e il genitore medesimo ove tale rapporto sia sorto in un Paese diverso da quello di nascita del minore.

Le Corti hanno ritenuto che l'identità costituzionale degli Stati membri unitamente all'ampio margine di apprezzamento di cui essi dispongono in materia di diritto di famiglia e accertamento del rapporto di filiazione possono giustificare il rifiuto del riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto.

Tuttavia, è stato ulteriormente precisato che l'importanza della tutela del preminente interesse del minore²⁵, che comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura, non può essere sottaciuta.

Orbene, tale interesse deve essere apprezzato nonché valutato in concreto, sulla base del legame effettivo che si è instaurato con il genitore intenzionale, indipendentemente dal vincolo biologico. Pertanto, ove sussistano legami personali effettivi *de facto* – che

²³ Corte EDU, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11; sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12; sentenza del 18 maggio 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, in tema di mancato riconoscimento, in Italia, del legame di filiazione certificato nell'atto di nascita redatto all'estero tra il minore nato da surrogazione di maternità e i genitori di intenzione, in assenza di legame biologico tra la coppia di nazionalità italiana ed il bambino.

²⁴ Domanda di pronuncia pregiudiziale del 2 ottobre 2020, Causa C-490/20, proposta dall'*Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria - V.M.A.) contro *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* (Comune di Sofia, distretto di *Pancharevo*, Bulgaria); Domanda di pronuncia pregiudiziale del 4 gennaio 2021, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

²⁵ Corte EDU, Sezione quinta, sentenze gemelle 26 giugno 2014, *Mennesson* contro Francia, cit., e *Labassee* contro Francia.

presuppongono che un soggetto si sia preso cura e abbia assistito il minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio²⁶ – è necessario individuare strumenti giuridici idonei a riconoscere tutela e a fornire una veste giuridica agli stessi, la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità degli Stati stessi²⁷.

5.2. Giurisprudenza di legittimità: in particolare la sentenza n. 19599/2016. La Corte di Cassazione per la prima volta nel 2016 è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità o meno con l'ordine pubblico in virtù degli artt. 18, d.P.R. n. 396/2000 e 65, l. n. 218/1995 della trascrizione in Italia di un atto di nascita legittimamente formato all'Estero – nel caso di specie in Spagna - di un minore indicato quale figlio di due donne coniugate nel Paese estero, di cui una lo aveva partorito ed un'altra aveva donato l'ovulo.

Preliminarmente, la Cassazione ha ritenuto necessario soffermarsi sulla nozione di ordine pubblico, ponendo l'accento sulla progressiva evoluzione nell'interpretazione della stessa, fino a delinearne una «concezione aperta ed universalistica», da intendersi quale «ordine pubblico internazionale²⁸», in conformità con gli artt. 10, 11 e 117 Cost. e con l'attuale posizione dell'ordinamento giuridico italiano in ambito internazionale. Tale concezione si fonda su un sistema integrato, che tiene conto non solo dei principi fondamentali enunciati nella Costituzione italiana, ma anche di quelli espressi in fonti sovranazionali – nei trattati fondativi dell'Unione europea, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹ - comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria.

In tal modo, la Cassazione ha riconosciuto che l'ordine pubblico, quale limite al riconoscimento degli effetti di atti formati all'estero, non può essere interpretato in senso formalistico, ma va rapportato necessariamente ai valori fondamentali attualmente riconosciuti nell'alveo del diritto sovranazionale.

²⁶ Cfr. Corte EDU, Sezione prima, sentenza del 16 luglio 2015, *Nazarenko contro Russia*; Corte EDU, Sezione quinta, sentenza 12 novembre 2020, *Honner contro Francia*.

²⁷ Corte E.D.U., Grande Camera, sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017, cit., la quale ha affermato che «Il concetto di famiglia di cui all'art. 8 CEDU riguarda le relazioni basate sul matrimonio ed anche altri legami familiari *de facto*. La Corte deve accertare se, nelle circostanze di causa, la relazione tra i ricorrenti ed il minore rientri nella sfera della vita familiare ai sensi dell'art. 8. La Corte accetta, in determinate situazioni, l'esistenza di una vita familiare *de facto* tra un adulto o degli adulti ed un minore in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi. È pertanto necessario, nel caso di specie, esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro ed il minore. Sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare *de facto*, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della qualità del legame e delle circostanze di ciascun caso».

²⁸ Sul punto si veda Cassazione, sentenza n. 14462/2000; Cassazione, sentenza n. 10215/2007, che ha precisato «se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato»; C. Irti, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016; Cassazione, sentenza n. 14878/2017; C. Campiglio, *Della tirannia del best interest of the child. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2021.

²⁹ Cfr. *ex plurimis* Cassazione, sentenza n. 17349/2002; sentenza n. 22332/2004; sentenza n. 27592/2006; sentenze nn. 1302 e 19405/2013; Corte federale di giustizia tedesca, 10-19 dicembre 2014, *X c. Land di Berlino*, in *www.personaedanno.it*, 2015, la quale, in tema di valutazione dell'interesse del minore alla conservazione dello status di filiazione legittimamente acquisito all'estero, ha stabilito che «i giudici tedeschi si devono adeguare non all'ordine pubblico nazionale, ma al più liberale principio dell'ordine pubblico internazionale, con il quale una sentenza straniera non è incompatibile solo perché il giudice, giudicando sulla base delle norme imperative tedesche, sarebbe giunto ad un risultato diverso, essendo invece determinante che il risultato dell'applicazione del diritto straniero non sia in contraddizione radicale con principi fondamentali di giustizia».

In quest'ottica ai principi di ordine pubblico internazionale viene riconosciuta non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera *ex art. 16, l. n. 218/1995* ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri *ex art. 64, l. n. 218/1995*, ma anche quella di promozione³⁰ e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona³¹.

Richiamando siffatta interpretazione, la Suprema Corte ha risolto la questione, ammettendo la possibilità di trascrivere in Italia³² l'atto di nascita validamente formato all'Esterio ove il giudice, a seguito di una puntuale verifica, accerti che lo stesso non contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³³.

In quest'ottica viene in rilievo il preminente interesse del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale³⁴ e sociale, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, riconducibile quest'ultimo all'art. 2 Cost.³⁵, validamente acquisito all'estero, nei confronti della madre intenzionale ed alla continuità dei rapporti affettivi con la stessa.

Né si può opinare diversamente facendo leva sul principio, da taluni tacciato quale principio di ordine pubblico, secondo cui «madre è colei che ha partorito» *ex art. 269 c. 3 c.c.*, in quanto tale principio non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale. Così come non si può considerare il matrimonio un elemento di discriminazione nel rapporto genitori-figli, posto che ad oggi è pacifico³⁶ che la volontà dei componenti di una coppia omosessuale di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale³⁷ agli artt. 2, 3 e 31 Cost., non anche all'art. 29 Cost. Tutti i genitori, a prescindere dal sesso, hanno, quindi, gli stessi doveri.

In particolare, la Corte ha posto l'accento sul rilievo decrescente conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico nella determinazione della maternità e sul rilievo, invece, crescente attribuito ai profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale, che si riflettono, senza dubbio, sul minore. Ciò è desumibile proprio dal dato normativo, ed in particolare dalla Convenzione di New York nonché dalla legge in tema di adozione, n. 184/1983, che impone al giudice di valutare come preminente l'interesse del minore, che, quindi, non va configurato quale interesse di fatto, ma come interesse giuridicamente tutelato.

³⁰ Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 16601/2017.

³¹ Cassazione, sentenza n. 19405/2013.

³² Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *Articolo29.it*, 2016; G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 3, 2017.

³³ A diverse conclusioni è giunta la Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 38162/2022, in tema di maternità surrogata, sancendo che il riconoscimento del provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione con il «genitore d'intenzione» di un bambino nato da maternità surrogata è contrario all'ordine pubblico, poiché «la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Pertanto, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*»; sul punto cfr. M. C. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza S.S.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questione Giustizia*, 2023.

³⁴ Sotto il profilo dell'identità personale sono compresi il diritto di accertare la propria discendenza biologica (Corte Edu, 14 gennaio 2016, *Mandet c. Francia*), il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini (Corte costituzionale, sentenza n. 278/2013) e il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine, essendo l'adozione una *extrema ratio* (da ultimo, Cassazione, sentenza n. 7391/2016).

³⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002.

³⁶ Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* e, da ultimo, 27 luglio 2015, *Oliari c. Italia*.

³⁷ Corte costituzionale, sentenze nn. 162/2014 e 138/2010.

Peraltro, la preclusione di avere un secondo genitore, oltre quello che ha portato avanti la gravidanza e l'ha partorito, come precisato dalla Corte, violerebbe l'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, secondo il quale «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse».

Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza sovranazionale³⁸, alla stregua della quale l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo.

Infine, giova precisare, in linea con quanto statuito dalla giurisprudenza, che la Corte ha affermato che il riconoscimento dell'atto di nascita non comporta l'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto straniero, quanto semplicemente implica il riconoscimento degli effetti in Italia di un atto o di un provvedimento straniero relativo ad un rapporto giuridico tra determinate persone.

Ne deriva che tale riconoscimento non si pone in contrasto con l'ordine pubblico per il solo fatto che la tecnica procreativa a cui si è fatto ricorso non sia riconosciuta in Italia, posto che si tratta di una delle modalità di attuazione del potere legislativo che non rappresenta una via costituzionalmente obbligata.

5.3. Giurisprudenza costituzionale: sentenze n. 221/2019, n. 32 e n. 33/2021 ed infine n. 68/2025 con conseguente dichiarazione di illegittimità dell'art. 8, l. 40/2004 e l'affermazione della centralità dell'interesse del minore. In un quadro di «apertura» al riconoscimento nel nostro ordinamento dell'atto di nascita validamente formato all'estero, a distanza di pochi anni dalla pronuncia della Corte di Cassazione³⁹, la Corte costituzionale è intervenuta nuovamente sul punto con una «battuta d'arresto»; ha, invero, confermato che il divieto di fecondazione eterologa per coppie dello stesso sesso non è da considerare costituzionalmente illegittimo⁴⁰.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità⁴¹ ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 40/2004, in tema di requisiti soggettivi per accedere alle tecniche di PMA – l'essere la coppia formata da due persone di sesso diverso, nella specie di sesso femminile⁴². Ciò in quanto l'accesso alle tecniche di PMA per una coppia omosessuale formata da due uomini è escluso a fronte del divieto – costituente reato – di maternità surrogata *ex* art. 12, c. 6, l. n. 40/2004.

In particolare, i giudici remittenti lamentavano la violazione degli artt. 2 Cost., nel quale rientra il diritto alla genitorialità; 3 Cost., principio di eguaglianza; 31 Cost. relativamente alla protezione della maternità; 32 Cost., diritto alla salute; ed infine 11 e 117 Cost. con riferimento al diritto sovranazionale, soprattutto – ma non solo – alla Convenzione europea

³⁸ Corte EDU, sentenza 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

³⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 19599/2016, cit.

⁴⁰ Sul punto, F. Piergentili, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221/2019*, cit.

⁴¹ Le questioni di legittimità sono state sollevate con l'ord. n. 129/2018 del Tribunale ordinario di Pordenone (pubblicata nella G.U., 1a Serie Speciale, n. 38/2018) e con l'ord. n. 60/2019 del Tribunale ordinario di Bolzano (pubblicata nella G.U. n. 17/2019).

⁴² M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019; C. Tripodina, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019; da ultimo, cfr. anche Corte costituzionale, sentenza n. 230/2020; per commento alla sentenza v. E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio Aic*, 2, 2021 e A. Giubilei, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1, 2021.

dei diritti dell'uomo *ex artt.* 8 e 14, relativi al rispetto della vita privata e familiare nonché al principio di non discriminazione.

Alla luce di tali riferimenti normativi i giudici chiedevano alla Corte di elidere il limite all'accesso alle tecniche di PMA eterologa solo alle coppie eterosessuali, finendo per parificare l'infertilità assoluta ed irreversibile ad un'infertilità «sociale o relazionale».

Il punto della questione atteneva alla verifica dell'esistenza o meno di un «diritto di procreare», nello specifico si chiedeva alla Corte di risolvere tale quesito: «se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato»⁴³.

La Corte ha dichiarato infondata la questione, specificando che in questo caso viene in rilievo una legittima e, soprattutto, insindacabile scelta discrezionale del legislatore.

Non è mancato chi ha sottolineato che un'eventuale dichiarazione di fondatezza si sarebbe posta in contrasto con il sistema delineato dalla l. n. 40/2004, caratterizzato dal bilanciamento tra interesse alla genitorialità ed interesse al mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori⁴⁴.

Pertanto, la Corte ha escluso la violazione del principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost. *sub specie* di divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, trattandosi di situazioni differenti⁴⁵. Invero, la Corte ha precisato che «l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto ed irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive». Il ricorso alle tecniche di PMA eterologa non può, infatti, «rappresentare una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati».

Né si può opinare diversamente facendo riferimento alla circostanza alla stregua della quale tale divieto viene eluso ricorrendo al fenomeno del c.d. turismo procreativo. La Corte ha, infatti, precisato che «in assenza di altri *vulnera* costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'Estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione».

Analogamente non vale richiamare l'art. 2 Cost., il quale, ad avviso della Corte, non ricomprenderebbe tra i diritti inviolabili il diritto alla genitorialità tramite tecniche di PMA. Invero, il diritto alla procreazione non si può estendere fino a ricomprendere il diritto di procreare con metodi diversi da quello naturale. Ne deriva che va considerato legittimo il requisito di cui all'art. 5, l. n. 40/2004 che richiede la presenza di due soggetti di sesso diverso. La questione è tornata all'attenzione della Corte costituzionale dopo due anni, che, con due sentenze – l'una relativa alla fecondazione eterologa⁴⁶, su cui giova soffermarsi in tale sede, l'altra concernente la maternità surrogata⁴⁷ – ha affrontato il tema relativo al diritto a

⁴³ § 10 del Considerando in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 221/2019.

⁴⁴ S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015.

⁴⁵ Si veda sul punto anche Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 5 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, par. 37, con nota di F. Chiovini, *Omo-genitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2012; S. Ninatti, L. Violini, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 2012.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021; F. Mannella, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, le attualità nel diritto, 1/2021.

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021.

preservare la relazione che si instaura tra genitore intenzionale – che ha prestato il consenso alla pratica fecondativa – e minore, nato a seguito del ricorso alle tecniche di PMA, e quindi il suo *status filiationis*. Diritto che consente l'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti del o dei minori anche da parte della madre intenzionale.

Il *focus* della questione, rimessa alla Corte costituzionale, non concerne la legittimità costituzionale dei limiti posti alle coppie omosessuali nell'accesso alla PMA – non messa in discussione – ma attiene alla illegittima compressione dei diritti dei nati⁴⁸, destinati ad avere solo un genitore e sui quali, quindi, unicamente ricadrebbero le conseguenze del ricorso a pratiche non ammesse nel nostro ordinamento. Si tratta, invero, di due questioni che vanno tenute distinte: un conto è la legittimità delle tecniche a cui si ricorre per far nascere un bambino, un conto è la necessità di tutelare la condizione giuridica del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA – ugualmente perpetrate, nonostante il divieto – assicurando allo stesso certezza sia dal punto di vista giuridico che personale mediante il riconoscimento giuridico dei legami affettivi e familiari esistenti, anche se non biologici.

La Consulta ha evidenziato come l'adozione in casi particolari *ex art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184/1983*, pur rappresentando uno strumento giuridico idoneo a garantire, in concreto, l'interesse del minore al riconoscimento giuridico di un rapporto di genitorialità intenzionale e di cura, e quindi pur costituendo una forma di tutela significativa, non è, però, ancora del tutto adeguato.

Ebbene, la soluzione cui la giurisprudenza aveva fatto prevalentemente ricorso per colmare la lacuna normativa è stata, pertanto, ritenuta insoddisfacente⁴⁹, evidenziando ancor di più la necessità di un intervento del legislatore sul punto, volto a riformare una normativa risalente ad oltre vent'anni fa, al fine di renderla coerente con l'attuale evoluzione del contesto sociale e dei mutati modelli familiari.

L'inadeguatezza dello strumento anzidetto è stata affermata per plurime ragioni, tutte riconducibili alla constatazione secondo cui lo stesso non garantisce una tutela piena ed effettiva al minore.

In primo luogo, l'adozione in casi particolari è subordinata all'espresso assenso del genitore biologico ai sensi dell'art. 46, l. n. 184/1983, la cui eventuale mancanza può costituire un ostacolo insormontabile al riconoscimento giuridico del legame tra genitore intenzionale e minore, soprattutto nei casi in cui si verificano delle situazioni di attrito nella coppia.

In secondo luogo, i tempi del procedimento di adozione non sono celeri, con il rischio di compromettere la stabilità affettiva e relazionale del minore.

Infine, è controverso se l'adozione in casi particolari consente di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente e lui stesso percepisce come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli.

Alla luce di tali considerazioni, si desume come i nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei casi in cui la madre biologica non presta il suo assenso all'adozione in casi particolari, sarebbero destinati ad essere figli di un solo genitore – con evidente violazione del principio di uguaglianza, *sub specie* di divieto di discriminazione in ordine all'orientamento sessuale nonché del principio di unicità dello *status filiationis* – in quanto non riconoscibili dal genitore intenzionale, che ha ugualmente a quello biologico contribuito al progetto procreativo.

Pur avendo rilevato l'assenza di adeguate tutele nei casi in esame – situazione che genera

⁴⁸ Cfr. G. Recinto, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli*, in *Diritti fondamentali*, 8 giugno 2015.

⁴⁹ Si veda sul punto anche M. Caldironi, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Giurcost.org*, 2021; cfr. anche Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, che si è espressa analogamente in tema di maternità surrogata.

un'incompatibilità con il quadro costituzionale – la Corte costituzionale ha ritenuto comunque di non poter intervenire direttamente, dichiarando l'illegittimità costituzionale, trattandosi di una materia particolarmente «sensibile», che richiede l'intervento legislativo. A tal uopo, la Corte ha rivolto un monito al legislatore, affinché lo stesso provveda a colmare tale lacuna, individuando una soluzione che possa contemperare tutti i diritti che vengono in rilievo. In particolare, la Corte ha invitato il legislatore ad agire al più presto «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore», in quanto «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore».

Non solo, la Corte ha, altresì, individuato alcune soluzioni percorribili, a titolo meramente esemplificativo, al fine di riempire quel vuoto di tutela, quali la possibilità di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento dei legami affettivi stabili ovvero l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca la pienezza dei diritti connessi a tutti i nati da progetti familiari omogenitoriali, in modo tempestivo ed efficace.

A distanza di quattro anni, la Corte costituzionale, a fronte dell'inerzia del legislatore, il cui intervento era stato sollecitato⁵⁰ dalla Corte medesima, è tornata a pronunciarsi con una sentenza storica⁵¹ al fine di porre rimedio alla lacuna creatasi, garantendo un'effettiva tutela ai diritti fondamentali del minore, posto che, come specificato dalla giurisprudenza⁵², non può essere concepita una categoria di diritti inviolabili e fondamentali sospensivamente condizionata, *sine die*, all'intervento del legislatore, perché ciò comporta una contraddizione in termini nell'esplicazione della giurisdizione costituzionale.

In conformità con quanto già statuito in precedenza, alla cui stregua «l'orientamento sessuale non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali⁵³ né incide, di per sé, sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale⁵⁴», la Corte, chiamata a pronunciarsi a seguito di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Lucca, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 40/2004 per violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost. nella parte in cui non consente al nato in Italia a seguito di tecniche di PMA eterologa praticate da una coppia di donne all'Estero di essere riconosciuto quale suo figlio anche dalla madre intenzionale, che, analogamente a quella biologica⁵⁵, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale.

Il Tribunale di Lucca era stato chiamato a decidere in merito ad un'istanza di rettificazione *ex art. 95, d.P.R. n. 396/2000*⁵⁶ presentata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale

⁵⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cit.

⁵¹ M. Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2025; A. Ruggieri, *Stop and go della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita e di famiglia (noterelle a prima lettura di Corte costituzionale, nn 68 e 69 del 2025)*, in *Federalismi.it*, 2025; A. Anselmo, *La Corte si pronuncia ancora in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Lecostituzionaliste.it*, 2025; M. Cuniberto, *Omogenitorialità. Una pronuncia storica della Consulta. Una prima riflessione sulla sentenza n. 68/2025*, in *Questione Giustizia*, 2025; A. Maggi, *Oltre il limbo giuridico della persona minore: nota alla sentenza n. 68i8/2025 della Corte costituzionale*, in *Giur.vost. Studi 2025/III*, 2025; V. Lemme, *Il superiore interesse del minore come guida nella ridefinizione costituzionale della genitorialità: la sentenza n. 68/2025*, in *Lecostituzionaliste.it*, 2025; A. Schillaci, *Un quadro sempre più nitido: la Corte costituzionale e l'omogenitorialità femminile*, in *Diritti comparati*, 2025.

⁵² Corte di Cassazione, sentenza n. 1842/2022, in tema di maternità surrogata.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cit.

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cit.

⁵⁵ M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie "same-sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015.

⁵⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 7668/2020.

di Lucca di un atto di nascita di un minore, che era stato formato dall'ufficiale dello stato civile, iscritto nei registri dello stesso Comune ed infine impugnato dalla Procura, in quanto tale atto conteneva la dichiarazione di riconoscimento da parte di due donne, l'una in veste di madre biologica, l'altra in veste di madre intenzionale.

Il Tribunale evidenziava che gli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 violavano *in primis* l'art. 2 Cost., in quanto frustravano il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza all'interno della propria famiglia, intesa quale formazione sociale⁵⁷. Il minore, infatti, non sarebbe riconoscibile per il sol fatto di essere figlio di una coppia omosessuale.

La legge, così come emanata circa 20 anni fa, darebbe, quindi, la stura ad una categoria di «figli non riconoscibili»⁵⁸, esclusivamente in ragione delle caratteristiche della relazione omosessuale tra i genitori, in contrasto con il principio dell'unicità dello stato di figlio, propugnato con la riforma del 2012.

Sarebbe, altresì, violato il c.d. diritto alla bigenitorialità, ovvero il diritto ad avere due genitori, che sin dalla nascita si assumono obblighi e doveri nei confronti del figlio medesimo.

Infine, la disciplina delineata dalla l. n. 40/2004 andrebbe ad incidere anche sull'identità sociale e personale del minore, intesa quale diritto del minore ad essere riconosciuto come individuo unico e di sviluppare la propria personalità, particolarmente delicata a causa della situazione di vulnerabilità in cui versa⁵⁹.

Il Tribunale di Lucca denuncia, inoltre, la violazione dell'art. 30 Cost. per il mancato riconoscimento del diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli e della tutela giuridica e sociale nonché dell'art. 31 Cost., posto che non viene assicurata la salvaguardia del primario interesse del minore.

Da ultimo, i giudici di legittimità rimettono alla Corte costituzionale i dubbi di legittimità costituzionale in tema di riconoscimento del nato a seguito del ricorso alla PMA eterologa, che erano già stati manifestati dalla Corte medesima⁶⁰ e che si erano tradotti in un invito al legislatore a colmare il vuoto legislativo esistente sulla questione *de qua*, mediante la previsione di una disciplina organica della materia, che possa rinvenire una soluzione alla discrasia esistente tra la realtà fattuale e quella giuridica nel rapporto del minore con la madre intenzionale.

L'Avvocatura generale dello Stato ha chiesto che le sollevate questioni siano dichiarate inammissibili o, in subordine, non fondate in ragione di due motivi.

Il primo motivo è che il giudice *a quo* non ha tentato «un'interpretazione conforme alla luce del diritto vivente», alla stregua del quale l'interesse del minore risulterebbe essere tutelato mediante il ricorso, propugnato dalla giurisprudenza consolidata, all'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, co. 1, lett. d)*, l. n. 184/1983 al fine di dare una veste giuridica alla relazione che si instaura tra la madre intenzionale ed il minore, che non potrebbe viceversa trovare riconoscimento nella disciplina della filiazione, posto che la stessa – secondo quanto eccepito dall'Avvocatura – è ancorata al rapporto biologico tra il genitore e il minore.

Sul punto, a sostegno dell'inammissibilità delle questioni sollevate, si precisa, altresì, che i

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 1 l. 76/2016, «La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto».

⁵⁸ In passato categorie di figli non riconoscibili erano i figli adulterini e i figli incestuosi, sul punto v. Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002; F. Sacco, *Figli incestuosi, famiglia e Costituzione*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2002.

⁵⁹ Sulla definizione di identità personale v., *ex multis*, G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi (a cura di), *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; G. Rossolillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009; M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019.

⁶⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cit.

profili di inadeguatezza dell'istituto *de quo* evidenziati dalla Corte costituzionale⁶¹, risultano essere ad oggi stati superati a seguito di successivi interventi della giurisprudenza: da un lato la Corte costituzionale⁶² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 184/1983, nella parte in cui non riconosceva i rapporti di parentela tra il minore adottato e i parenti dell'adottante, stabilendo che anche in questo tipo di adozione il minore ha diritto ad una piena tutela dei legami familiari; dall'altro le Sezioni Unite⁶³ hanno affermato che la mancanza di consenso del genitore biologico, se ingiustificata, non impedisce l'adozione in casi particolari da parte di quello intenzionale; da ultimo la Corte di Cassazione⁶⁴ ha precisato che il rifiuto dell'assenso da parte del genitore biologico all'adozione è ragionevole: «soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione».

Le resistenti hanno evidenziato che queste due pronunce non sono comunque sufficienti ad elidere i profili di inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, posto che viene in rilievo un procedimento caratterizzato da tempi lunghi e che è prevista la revoca dell'adozione ex art. 51 ss., l. n. 184/1983, che può essere pronunciata dal Tribunale su domanda dell'adottante, con un'irreversibile cesura del rapporto di filiazione.

Ciò nonostante, la Corte perviene alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 40/2004, valorizzando la centralità dell'interesse del minore⁶⁵. A tal uopo, la Consulta precisa che, posto che non esistono «diritti o valori tiranni»⁶⁶, ma che anzi tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti vanno tra loro bilanciati, nel caso di specie non vengono in gioco altri interessi «di peso» che giustificano un bilanciamento con quello del minore.

Il diritto del minore si sostanzia in plurimi profili: il diritto a mantenere un rapporto con entrambi i genitori⁶⁷ – e non solo con la madre biologica –, il diritto alla tutela del legame affettivo creatosi e, soprattutto, a vedersi riconosciuto lo stato di figlio da parte di entrambe le madri che hanno condiviso, e quindi assunto congiuntamente, il progetto genitoriale attraverso il ricorso alle tecniche di PMA eterologa; tale riconoscimento deve operare subito ed a prescindere da quanto può accadere successivamente alla coppia, e quindi a prescindere da una crisi che possa portare alla disgregazione della coppia stessa. Ciò in quanto il fondamento per il sorgere della responsabilità genitoriale, anche in ipotesi di scissione tra identità biologica e identità giuridica, va rinvenuto esclusivamente nel consenso comune al progetto di genitorialità, che è titolo idoneo a fondare lo *status filiationis*⁶⁸ e dal quale derivano i doveri dei genitori verso i figli, che si sostanziano negli obblighi di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni a cui corrispondono un insieme di diritti in capo ai figli stessi.

Va, quindi, tenuto nettamente distinto il rapporto che si è instaurato tra i due componenti della coppia ed il rapporto che si instaura tra ciascuno dei due genitori ed il minore, dovendo quest'ultimo prevalere sul primo, non potendo, differentemente, essere dal primo influenzato, frustrato e travolto, andando a discapito del minore, che di una disgregazione

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cit.

⁶² Corte costituzionale, sentenza n. 79/2022.

⁶³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 38162/2022, cit.

⁶⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 25436/2023.

⁶⁵ Da ultimo Corte costituzionale, sentenza n. 55/2025; sentenza n. 272/2017; sentenza n. 31/2012; sentenza n. 347/1998.

⁶⁶ Cfr. sul punto Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013; v. anche in tema di inesistenza di diritti tiranni, L. Butti, *“Ambiente come diritto fondamentale” e “Non esistono diritti tiranni”: come la Corte costituzionale concilia questi due principi*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2023.

⁶⁷ S. Celentano, *Non più figli di un diritto minore*, in *Questione Giustizia*, 2016.

⁶⁸ G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999.

della coppia non avrebbe alcuna colpa; viceversa si vedrebbe privato di una figura genitoriale. L'interesse del minore va considerato, quindi, quale preminente, in linea con quanto statuito dalle fonti sovranazionali⁶⁹.

Nel pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità e nell'evidenziare la presenza di una lacuna nell'ordinamento giuridico, che lede l'interesse del minore, la Corte, nonostante l'intervenuta attenuazione ad opera della giurisprudenza dei profili di criticità che connotavano l'istituto dell'adozione in casi particolari⁷⁰, come suddetto, ribadisce, in linea con la pronuncia del 2021, l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art.* 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983, al fine di riconoscere il legame giuridico tra il nato e il genitore d'intenzione; non essendo in grado di sanare il *vulnus* all'identità personale e sociale del minore, quale presupposto per l'azionabilità dei diritti nei confronti di chi si è assunto la responsabilità di procreare. Ciò in quanto le tempistiche del procedimento di adozione non sono brevi, posto che il procedimento di istruttoria richiede il coinvolgimento dei servizi locali e degli organi di pubblica sicurezza; inoltre, vi è uno stato di incertezza ed imprevedibilità in cui viene a trovarsi il minore tra il momento della sua nascita e il perfezionamento del procedimento di adozione, che incide sulla sua identità personale, e che dipende dall'iniziativa della madre intenzionale, che deve avviare il procedimento. Pertanto, nulla può fare il minore – che non vede accertato il suo diritto al riconoscimento né può agire per rivendicarlo⁷¹ – né la madre biologica, ove la madre intenzionale dovesse decidere di non avviare il procedimento di adozione o comunque di non portarlo a compimento.

Proprio alla luce di siffatte considerazioni, la Corte costituzionale ha concluso ritenendo che il nato all'Esterio va riconosciuto in Italia quale figlio di due madri: non solo della madre biologica, ma anche di quella intenzionale, che analogamente alla prima ha espresso il suo consenso al ricorso alla PMA eterologa e che, quindi, si è assunta, insieme alla prima, la responsabilità genitoriale.

6. Riflessioni riassuntive e conclusive con riferimento anche alle prospettive de iure condendo. Da ultimo, va rilevato come l'attuale quadro giurisprudenziale si innesta in un contesto di progressiva evoluzione legislativa, che ha inciso – mutandolo – sul sistema giuridico tradizionale, segnando il passaggio da una concezione unitaria della famiglia, fondata sul matrimonio *ex art.* 29 Cost.⁷², ad una configurazione pluralistica di modelli familiari, in cui trovano riconoscimento anche forme familiari diverse da quella eterosessuale⁷³. In particolare, in tale prospettiva si iscrive la l. n. 76/2016, con la quale il legislatore ha da un lato istituito l'unione civile tra persone dello stesso sesso, qualificandola

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 24 co. 2 della Carta di Nizza «In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente».

⁷⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 79/2022, cit.; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 38162/2022, cit.; Corte di Cassazione, sentenza n. 25436/2023, cit.

⁷¹ S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da PMA in coppia femminile e GPA*, in *GenIus*, 2, 2022.

⁷² L. Fruggeri, *La famiglia nella ricerca e nell'attualità sociale: tematiche emergenti e nuovi modelli d'analisi*, in P. Bastianoni e L. Fruggeri, *Processi di sviluppo e relazioni familiari*, Unicopli, Milano, 2005; A. Taurino, *Famiglia e destrutturazione dei tradizionali ruoli di genere. La genitorialità omosessuale all'interno di una lettura decostruttiva in chiave ecologico-sistemica*, in P. Bastianoni e A. Taurino, *Famiglie e genitorialità oggi. Nuovi significati e prospettive*, 2007; L. Fruggeri, *Il caleidoscopio delle famiglie contemporanee. La pluralità come principio metodologico*, in P. Bastianoni e A. Taurino (a cura di), *op.cit.*; M.R. Marella, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea. Teoria e metodo*, Napoli, 2025; A. Taurino, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?*, in *Questione giustizia*, 2, 2019.

⁷³ V. M.R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014; L. Chieffi (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, in *Quaderni di bioetica*, 2018.

quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., dall'altro ha disciplinato le convivenze di fatto.

Ne deriva il diritto di ciascun individuo di costruirsi liberamente il proprio modello familiare, con il conseguente riconoscimento di una pari dignità a tutte quelle situazioni familiari nelle quali viene in rilievo un effettivo legame genitoriale, caratterizzato e fondato sull'assunzione di obblighi e doveri nonché di responsabilità nei confronti del minore.

La nozione di famiglia, dunque, si amplia nella prospettiva attuale, fino a ricomprendere ogni contesto in cui venga realizzata la funzione genitoriale. In particolare, in un'ottica volontaristica della genitorialità, ciò che conta è la relazione affettiva e di cura che si instaura tra il nato ed il genitore intenzionale, a prescindere dal vincolo biologico.

Alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, viene, quindi, meno ogni distinzione dal punto di vista del legame genitoriale tra coloro che non sono nati a seguito del ricorso a tecniche di PMA eterologa e coloro che, invece, sono nati a seguito del ricorso a queste ultime, in Paesi ove lo stesso è ammesso. Tale differenza viene soprattutto in rilievo lì dove manchino le condizioni per poter procedere all'adozione in casi particolari *ex art. 44, co. 1, lett. d)*, l. 184/1983, fino ad oggi ritenuto l'unico strumento idoneo ad assicurare tutela al minore, nato a seguito della realizzazione di progetti genitoriali tra persone dello stesso sesso. L'attenzione va, infatti, posta solo ed esclusivamente sull'esistenza di un progetto genitoriale condiviso tra due persone e sulla conseguente necessità di porre al centro l'interesse superiore del minore⁷⁴, valorizzando l'unicità dello *status filiationis*⁷⁵, già proclamata con la riforma avvenuta con la l. n. 219/2012 e con il d.lgs. n. 154/2013.

Il riconoscimento del legame genitoriale anche a favore di coloro che sono i c.d. «genitori intenzionali» ha rappresentato un primo passo verso il superamento di prassi disomogenee⁷⁶, createsi seppur a fronte di medesime situazioni. Tale disomogeneità derivava dal fatto che il riconoscimento o meno del legame genitoriale nei confronti di coloro che erano «genitori intenzionali» dipendeva esclusivamente dal carattere discrezionale delle valutazioni dell'ufficiale dello stato civile e della decisione del PM circa la presentazione dell'istanza di rettificazione dell'atto di nascita, istanza, peraltro, non soggetta ad alcun termine⁷⁷, e quindi connotata da estrema precarietà; compromettendo l'interesse del minore a vedersi riconosciuto lo *status filiationis*, suscettibile *sine die* di essere rimesso in discussione. Una simile incertezza comprometteva gravemente l'interesse del minore, incidendo negativamente sulla crescita e sul formarsi della personalità del minore stesso, che rischiava di veder negato il riconoscimento giuridico del legame con uno dei genitori, e quindi lo stato di figlio relativamente a quel genitore, con la conseguenza di essere considerato figlio di un solo genitore, in contrasto con il legame affettivo e familiare *de facto* esistente.

La dominante discrezionalità riconosciuta sia in capo agli ufficiali di stato civile che ai pubblici ministeri aveva, appunto, dato luogo a prassi applicative eterogenee, con il conseguente

⁷⁴ E. L. Guastalla, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2017; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018; G. Ballarani, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in AA.VV., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, in P. Perlingieri, S. Gioia (a cura di), Napoli, 2019.

⁷⁵ Sul punto, v. M. Costanza, *A margine della Riforma della filiazione (legge n. 2019/2012)*, in *Iustitia*, 2013; G. Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Juscivile*, 3, 2013; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2013; E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. Dir.*, 2014; O. Clarizia, *Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2014; C. M. Bianca (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova, 2015; F. Caggia, *Il linguaggio del "nuovo" diritto di filiazione*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 2, 2015.

⁷⁶ M. Di Masi, *Le sentenze nn. 68 e 69 del 2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale*, cit.

⁷⁷ *Ex art. 95, co. 2, d.P.R. n. 396/2000* l'istanza di rettificazione da parte del pubblico ministero non è soggetta a limiti temporali.

delinearsi di situazioni differenziate: in alcune ipotesi l'atto di nascita veniva trascritto dagli ufficiali di stato civile, in altre la trascrizione veniva rifiutata ed in altre ancora, l'atto, dopo essere stato trascritto dall'ufficiale di stato civile, veniva impugnato dal pubblico ministero, che avanzava una richiesta di rettificazione dell'atto di nascita medesimo. Tali divergenze si sono spinte al punto che a figli delle stesse madri non veniva riconosciuto lo stesso trattamento, e quindi di conseguenza non vedevano neanche riconosciuto il legame tra di loro⁷⁸, per effetto dell'istanza di rettificazione dell'atto di nascita che veniva presentata solo nei confronti di un figlio e non anche nei confronti dell'altro.

Evidente, quindi, a fronte di queste situazioni era la violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* nonché la lesione dell'interesse del minore, che si riverberava sulla costruzione della sua identità personale e sociale, minando la stabilità del suo *status*.

Pertanto, alla luce del quadro sopra delineato, appare assolutamente centrale la necessità di porre al centro l'interesse del minore, che, quale soggetto debole, va necessariamente tutelato, posto che il riconoscimento di due genitori, in questo caso di due madri, condiziona grandemente il formarsi, lo svilupparsi e il consolidarsi dell'identità personale del minore. Il perpetrarsi, quindi, di situazioni differenziate tra chi nasce da una coppia eterosessuale e chi nasce da una coppia omosessuale comporta la violazione ingiustificata dell'*art. 3 Cost.*, posto che, come più volte precisato dalla giurisprudenza, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di perseguire un progetto di genitorialità né esistono certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale possa avere ripercussioni negative sul piano dell'educazione e dello sviluppo della personalità del minore.

La pronuncia oggetto di analisi costituisce, dunque, un chiaro auspicio affinché il legislatore, a fronte di un punto fermo sancito dalla Corte costituzionale, intervenga tempestivamente per contribuire a superare siffatte prassi disomogenee perpetratesi nell'ordinamento giuridico; così che possa essere adottata un'unica soluzione normativa, che superi le difformità applicative relative al consenso o al rifiuto degli ufficiali dello stato civile alla trascrizione in Italia dell'atto di nascita del minore nato all'Estero quale figlio di entrambe le madri, quella intenzionale e quella biologica, e/o alle denunce di inammissibilità di tale possibilità con la conseguente cancellazione del nominativo della madre intenzionale dagli atti di nascita. L'obiettivo è quello di assicurare una parificazione piena tra il genitore biologico e quello intenzionale, ove quest'ultimo, analogamente al primo, intenda perseguire un progetto di filiazione, e assuma in maniera consapevole obblighi, doveri nonché responsabilità nei confronti del nato, assicurando, quindi, rispetto e tutela giuridica al progetto genitoriale condiviso, fondato sul preminente interesse del minore.

Abstract. In questo lavoro viene analizzato l'*excursus* giurisprudenziale in merito alla questione del riconoscimento in Italia dell'atto di nascita all'estero a seguito del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa da parte di due madri. In particolare, si analizza la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, le soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di assicurare tutela al minore ed al legame affettivo che si genera tra il minore e il genitore intenzionale ed infine si pone l'attenzione sull'ultima sentenza della Corte costituzionale, la n. 68/2025, che dando la stura ad una svolta epocale, ha ammesso la possibilità anche per la madre intenzionale di essere riconosciuta quale madre del minore nato all'estero a seguito del ricorso alle tecniche di

⁷⁸ Si tratta proprio del caso di specie di cui alla sentenza n. 68/2025, ove alla prima figlia è stato riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti di entrambe le madri, non anche al secondo figlio, in quanto avverso l'atto di nascita di quest'ultimo il PM ha presentato istanza di rettificazione.

procreazione medicalmente assistita eterologa.

Abstract. This article examines the *excursus* of case-law on the subject of the recognition in Italy of the act of birth abroad following the use of heterologous medically assisted procreation techniques by two mothers. In particular, it analyses the compatibility with international public order, the solutions proposed by doctrine and jurisprudence with a view to guaranteeing the protection of the child and the emotional bond that is generated between the child and the intending parent, and finally dwells on the most recent sentence of the Constitutional court, n. 68/2025, which, initiating an epoch-making turning point, admitted the possibility for the intending mother to be recognised as the mother of the child born abroad following recourse to heterologous medically assisted procreation techniques.

Parole chiave. Genitorialità – fecondazione assistita – ordine pubblico – adozione in casi particolari ordine pubblico internazionale – minore – omogenitorialità – famiglia.

Key words. Parenthood – assisted fertilization – public order – adoption in particular cases international public order – minor – homoparenting – family.

SOSTENIBILITA' NELLA MODA: NUOVE PROSPETTIVE E FRIZIONI POST REGOLAMENTO ECODESIGN*

di Valentina Barela**

441

Sommario. 1. Premesse di studio: necessità di un approccio interdisciplinare. – 2. Inquadramento del Regolamento Ecodesign nell'ambito di un progetto europeo più ampio. – 3. Obbligo del passaporto digitale del prodotto: tracciabilità e vulnerabilità del prodotto. – 4. Impatto e potenzialità del divieto di distruzione. – 5. *Upcycling*: limiti e rigidità della proprietà intellettuale nei confronti di un'economia circolare. – 6. La recente pronuncia del *Tribunal Judiciaire de Paris* e spunti di riflessione.

1. Premesse di studio: necessità di un approccio interdisciplinare. Il panorama normativo sulla sostenibilità applicabile alla moda è estremamente vasto. Molte sono le normative emanate, molte non ancora in vigore, o in attuazione in una modalità temporale scaglionata, il che rende il terreno ancora incerto ma aperto a diverse valutazioni, *in primis* di ordine sistematico. La moda è oramai da diversi anni sotto la lente del legislatore e delle autorità di controllo, nel mirino delle nuove politiche direzionate verso controlli più stringenti della produzione, a beneficio non solo dei consumatori finali ma dell'ambiente¹. Questa crescente e diffusa percezione dell'emergenza ambientale si è concretizzata da ultimo attraverso la introduzione di disposizioni volte a controllare il prodotto non solo durante tutto il suo processo di produzione, attraverso l'obbligo di fornire la patente digitale del prodotto, ma anche nella fase di post-produzione, la fase dello «sbarazzo», quale di essa sia la causa. È in atto la costruzione di un quadro normativo con un forte impatto economico ed organizzativo sulle imprese attraverso, da un lato l'obbligo di una maggiore accuratezza nella verifica delle risorse e responsabilità sulla filiera che comprende tutta la catena di fornitura², dall'altro l'obbligo di offrire maggiore trasparenza e informazione al consumatore per favorire la consapevolezza della rigenerazione e del riuso delle risorse, contrastando al

* Sottoposto a referaggio.

** Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università di Salerno.

¹ Una chiara ricostruzione del lavoro svolto a livello europeo ed italiano per incentivare lo sviluppo sostenibile a livello sovranazionale, dal Trattato di Maastricht alla Carta dei diritti fondamentali, sino al Piani per un'azione circolare europea, e alla legislazione sulla produzione tessile che disciplina anche le etichettature, volte ad ostacolare il fenomeno del *greemwashing* è compiuta da B. Pozzo, *Sustainable Fashion... Italian Style!*, in *The Italian Law Journal*, 2023, Vol. 9, 261 ss. Cfr. V. Jacometti, *Diritto e moda sostenibile tra iniziative legislative e iniziative volontarie*, in Barbara Pozzo e Valentina Jacometti (a cura di), *Fashion Law, Le problematiche giuridiche nella filiera della moda*, 2016, Milano, 341 ss.

² Specifica attenzione è rivolta ai fabbricanti, agli importatori, ai distributori, ai rivenditori, alla logistica e ai mercati *online*.

tempo stesso pratiche anticoncorrenziali e ingannevoli come il *greenwashing*³.

L'industria della moda, tra l'altro, come è noto, ha registrato negli ultimi anni uno sviluppo a doppio binario, dove i prodotti di estremo lusso e quelli del fast fashion si impongono nel mercato, dove la sovrapproduzione⁴ e la frequente assenza di controllo della filiera della moda determinano una sensibile crescita di impronta di carbonio, sollevando preoccupazioni sociali in tema di ambiente⁵. Il tema dello spreco, per di più, prima ancora di essere legato alla breve durata di un prodotto, perché di scarsa qualità, e alla volontà di sbarazzarsene, anche in ragione del prezzo contenuto per il consumatore finale, è anche dovuto alla sovrapproduzione dei prodotti tessili che dunque non raggiungono il consumatore finale perché invenduti. I progressi della tecnologia nella comunicazione hanno poi ridotto drasticamente i tempi di ricezione di un prodotto nel mercato e il rapporto tra domanda e offerta, tra consumatore e azienda produttrice, acuendo ulteriormente la brevità della vita di un capo.

Questa realtà è così recepita dal legislatore europeo che introduce l'importante divieto di distruzione dei capi invenduti rendendo concreto l'obbligo di attuare un'economia circolare⁶.

Bisogna inoltre considerare che gli strumenti adottati per raggiungere una maggiore sostenibilità non si riferiscono solamente ad un modello di controllo comune ma anche a strumenti basati sul mercato, e quindi su logiche in veloce evoluzione che devono considerare gli specifici incentivi che di volta in volta vengono attivati, così come le politiche di tassazione, nonché gli strumenti di *marketing* che comportano inevitabili ripercussioni sulla competitività. Non possono non essere rilevati gli stretti legami e la necessaria interoperatività tra i modelli di governance d'impresa, gli interessi e le responsabilità che possono scaturire e, mentre prima questi profili venivano colti prevalentemente in termini di sensibilità etica, oggi sono letti attraverso un'analisi economica del diritto, ed in particolare attraverso valutazioni che implicano analisi di strategie d'impresa e investimenti di carattere reputazionale. La *Environmental, Social and Governance* (ESG) sembra aver soppiantato l'approccio definito quale *Corporate Social Responsibility*⁷ o quello più recente di *Corporate Sustainability*. La materia si presta così ad un'analisi interdisciplinare, l'unica invero in grado di cogliere i punti cardini operativi

³ La rilevanza di tale fenomeno è stata oggettivamente dimostrata: in data 28 gennaio 2021, la Commissione europea e le autorità nazionali di tutela dei consumatori, sia in Europa che nel resto del mondo, sotto l'egida della *International Consumer Protection and Enforcement Network* (ICPEN), hanno pubblicato i risultati di uno screening a tappeto per individuare violazioni del diritto dell'UE in materia di tutela dei consumatori nei mercati online con specifico riferimento al *Greenwashing*, dimostrando che su un totale di 344 dichiarazioni di sostenibilità valutate, in oltre metà dei casi (57,5%) il professionista non ha fornito elementi sufficienti per consentire la valutazione dell'esattezza della dichiarazione e che nel 42% dei casi le asserzioni ambientali potessero essere false o ingannevoli e potenzialmente configurare pratiche commerciali sleali a norma della direttiva 2005/29/CE. Cfr. *Greenwashing*: lo screening dei siti web rivela che la metà delle affermazioni ecologiche è priva di fondamento, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_269.

⁴ La formazione di ampi stock invenduti, frutto delle numerose collezioni prodotte durante l'anno solare.

⁵ Si v. E. Ross, *Fast Fashion Getting Faster. A look at the Unethical Labor Practices Sustaining a Growing Industry*, in *International Law and Policy Brief*, in <https://studentbriefs.law.gwu.edu/ilpb/2021/10/28/fast-fashion-getting-faster-a-look-at-the-unethical-labor-practices-sustaining-a-growing-industry>.

⁶ La necessità di integrare l'importanza di progetti ambientali nell'ambito di un'economia circolare ha avuto pieno riconoscimento nel diritto europeo. Si v., in particolare, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali per cui «un elevato livello di tutela ambientale e il miglioramento della qualità dell'ambiente devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

⁷ Cfr. R. Rolli, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, in *Corporate Governance*, 1, 2022, 41 ss. L. M. Fairfax, *The O.G.: Unmasking, Why governance is the Most Important Component of ESG*, in *Harvard Law Review*, 14, 2024, 153. Sull'evoluzione della *Corporate sustainability* e sulle caratteristiche distintive dalla *Corporate Social Responsibility* si v. G. Larrea, *The emergence of EU corporate sustainability law*, in *E. L. Rev.*, 50(4), 2025, 383-408.

di un trasparente sviluppo di moda sostenibile. Una visione inclusiva dei diversi profili coinvolti aiuta a individuare le fragilità e gli interventi garanti della salvaguardia di tutti i diritti coinvolti, che non riguardino solo i diritti personali e i diritti assoluti (quali quelli contrattuali nella catena di distribuzione e quelli inerenti alla proprietà intellettuale) ma anche i diritti fondamentali, come il diritto all'ambiente⁸. Non da sottovalutare poi è lo strumento mediatico digitale che si è elevato a strumento primario di comunicazione nel settore, non solo perché velocizza i tempi di conoscenza delle qualità, incertezze legali e reputazionali (anche ambientali) di un capo, ma anche perché diventa un nuovo campo di battaglia nel quale vengono sferrati attacchi mediatici che si rivelano spesso quali meccanismi efficaci di tutela ulteriori rispetto alle vie giudiziarie e alle garanzie normative in tema di proprietà intellettuale, di proprietà industriale e tutela dell'ambiente⁹.

Ponendo mente alle numerose forze coinvolte, l'intento di questo contributo è delineare due principali novità introdotte dal Regolamento Ecodesign per prodotti sostenibili 2024/1781 (ESPR)¹⁰, per poi soffermarsi sul fenomeno dell'*upcycling*, riferito a capi di valore, fenomeno che coinvolge maggiormente i marchi del lusso, e soprattutto parti terze che utilizzano anche componenti di beni brandizzati per dare luce a nuovi prodotti. Molte case di moda sono promotrici di questo processo, soprattutto per finalità di marketing, considerando che comunicare e dimostrare un comportamento sostenibile attraverso l'utilizzo di parti o accessori delle precedenti collezioni rafforza la credibilità e il valore del marchio; tuttavia, come si intenderà evidenziare, questo processo di utilizzo riserva alcune criticità in termini di proprietà intellettuale quando la creazione del nuovo capo o accessorio di moda sia realizzata utilizzando parti di accessori o capi di terzi, dai quali si evince l'identità del marchio¹¹.

2. Inquadramento del Regolamento Ecodesign nell'ambito di un progetto europeo più ampio. Il recente quadro normativo è articolato in numerosi interventi dell'Unione Europea ed ispirato all'ambizioso disegno di promuovere la sostenibilità d'impresa in tutte le fasi di produzione, da quelle primordiali a quelle conseguenti alla realizzazione del prodotto. Il Regolamento Ecodesign (ESPR), stabilendo un quadro per la definizione di progettazione ecocompatibile per prodotti ecosostenibili, rappresenta un tassello importante nella attuazione di questa strategia di crescita sostenibile dell'Europa, che ha avuto un nuovo inizio con il *Green Deal*, illustrato dalla Commissione Europea nella Comunicazione dell'11 dicembre 2019. L'obiettivo è rendere l'Europa il primo continente a impatto climatico zero entro il 2050 attraverso un intenso programma volto a promuovere la sostenibilità nell'intero ciclo di vita del prodotto (*Circular economy Action Plan - CEAP*).

Il Regolamento norma la progettazione dei prodotti per renderli più sostenibili, duraturi, facilmente riparabili, con minori sostanze nocive, ed offre avanzamenti nel processo di trasparenza nella filiera della moda, favorendo di conseguenza anche la crescita di un

⁸ È sempre di grande ispirazione volgere lo sguardo oltreoceano per comprendere un fenomeno attraverso un'analisi culturale, sociale ed economica, prima ancora che giuridica. Si veda C. Scott Hemphill e S. Jeannie Suk, *The Law, culture, and Economics of fashion*, in *Stan. L. Rev.*, 2008-2009, 61, 1164.

⁹ Sia consentito rinvio a V. Barela, *La creatività della moda in Italia e negli Stati Uniti: necessità di un nuovo approccio di tutela*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2021, 343 ss e si v. L. Palandri, *Fashion as Art: Rights and Remedies in the Age of Social Media*, in *Laws*, 9, 2020, 1. L'A. riprende la controversia tra Tuesday e Zara, ove il primo ha potuto vedere soddisfatti i propri diritti contro il colosso proprio grazie l'uso dei social media.

¹⁰ Il Regolamento Ecodesign modifica la dir. UE n. 2020/1828 e il reg. UE n. 2023/1542 e abroga la dir. UE n. 2009/125. Per un quadro giuridico europeo sullo sviluppo sostenibile ante Regolamento si v. B. Pozzo, *Sustainable Fashion ... Italian Style!*, cit., 263.

¹¹ Cfr. G. Baer, *Clothes Captioning: The demand for a sustainable fashion industry and the European union's push for digital product passports*, in *American University Business Law Review*, 13, 2024, 367.

consumatore consapevole. A tal fine introduce l'obbligo di un passaporto digitale per la cui disposizione prevede l'adozione da parte della Commissione Europea di atti delegati specifici per le categorie di prodotto e definisce la ratio dei requisiti di progettazione ecocompatibile che i prodotti devono rispettare per essere immessi sul mercato o in servizio, istituisce un passaporto digitale del prodotto, dispone dei requisiti obbligatori per gli appalti pubblici verdi e stabilisce un quadro per evitare la distruzione dei prodotti di consumo invenduti¹².

È indirizzato a qualsiasi bene fisico immesso nel mercato, da quello alimentare¹³, industriale a quello rappresentato dall'industria della moda. Tuttavia, quest'ultima, e specificatamente il comparto tessile-abbigliamento, si rivela terreno particolarmente fertile per uno sviluppo di un'economia sostenibile ma anche premonitore di questioni giuridiche quando si verificano interferenze e sovrapposizioni con i diritti della proprietà intellettuale.

I conflitti con la tutela del marchio e del diritto d'autore comportano alcune riflessioni che verranno a breve condivise, soprattutto quando si discute di *doctrine of first sale*, la cui interpretazione, se compiuta in modo estensivo, palesa un conflitto tra innovazione sostenibile e diritti di proprietà intellettuale.

Ad ogni modo, prima di segnalare le più importanti novità introdotte dal Regolamento Ecodesign, è opportuno riferire di due interventi legislativi che hanno suscitato nella comunità scientifica ampio consenso sull'intento ma alcune riserve sulla possibile attuazione uniforme. Essi completano la cornice dell'ambito operativo del Regolamento Ecodesign affrontando sia l'aspetto di compliance inerente alla fase produttiva, sia quello inerente all'esternazione e comunicazione di tali attività, che hanno riflesso immediato sui consumatori e sulla tutela di cui essi debbano godere.

In particolare, occorre menzionare la Direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* (CS3D) 2024/1760, approvata il 13 giugno 2024 e incentrata sugli obblighi di mappatura della supply chain e sulla valutazione dei rischi ambientali, legati alla tessitura e alla coltivazione del cotone, con la quale è fatto obbligo di integrare i criteri di *Environmental, Social and Governance* nei processi decisionali e operativi delle imprese¹⁴.

¹² Cfr. art. 5 (Requisiti di progettazione ecocompatibile), art. 9 (passaporto digitale del passaporto).

¹³ Lo spreco nel settore alimentare è molto allarmante in considerazione della scadenza dei cibi, e la varietà delle etichettature influisce molto sugli sprechi (*sell by, use by, best before*). Spesso i consumatori gettano via erroneamente cibo pensando sia nocivo perché non consumabile senza rischi.

¹⁴ Si tratta in particolare dei processi strategici, gestionali e di rendicontazione che devono essere compiuti secondo le normative europee e internazionali sull'economia sostenibile. La stretta relazione tra il Regolamento Ecodesign e questa Direttiva è provata anche dal fatto che il Regolamento Ecodesign incentiva l'adozione di sistemi di *due diligence* ai sensi della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* anche da parte di soggetti non direttamente assoggettati a tale strumento, prevedendo che le autorità competenti «avviino un'indagine» suscettibile di comportare sanzioni, qualora tali sistemi siano stati implementati e abbiano effettivamente contribuito alla mitigazione dei rischi. Un ulteriore esempio di strumento che istituisce obblighi di *due diligence* nel commercio di specifici beni è il Regolamento UE sulla deforestazione, *EU Deforestation-free Products Regulation* adottato il 31 maggio 2023 (EUDR), che sostituisce il Regolamento UE sul legname. L'EUDR presenta un ambito di applicazione più ampio rispetto alla precedente normativa in materia, estendendosi a una gamma più ampia di prodotti. Ai sensi dell'art. 3, è fatto «divieto a qualsiasi persona fisica o giuridica di immettere sul mercato o esportare prodotti realizzati con, o contenenti, carne bovina, cacao, caffè, olio di palma, gomma, soia e legno elencati nell'Allegato I, salvo che siano rispettate tre condizioni: (1) i prodotti siano privi di deforestazione; (2) siano conformi alla normativa del paese di origine; e (3) siano accompagnati da una dichiarazione di due diligence». L'EUDR stabilisce un quadro innovativo di *due diligence*, richiedendo agli operatori di raccogliere informazioni essenziali sui prodotti, inclusi descrizione, quantità, paese di produzione, geolocalizzazione delle parcelle e identità dei fornitori (con esenzione per Paesi a basso rischio salvo evidenze di possibili violazioni dell'art. 3). Gli operatori sono inoltre obbligati a valutare i rischi di non conformità considerando fattori quali foreste, comunità indigene e deforestazione nell'area di produzione, nonché obbligati «ad adottare misure di mitigazione, come raccolta di dati aggiuntivi, audit indipendenti, politiche e controlli interni, monitoraggio e documentazione annuale dei risultati». Uno strumento tecnico molto importante è

In una prospettiva di tutela del consumatore, è opportuno invece richiamare la Direttiva *Empowering Consumers for the Green Transition*¹⁵ n. 825/2024, approvata il 20 febbraio 2024, che, diversamente, intensifica le regole contro le pratiche commerciali sleali e il *greenwashing* vietando affermazioni vaghe e fuorvianti, ingannevoli per il consumatore e attuative di una concorrenza sleale per le imprese.

La prima ha il pregio di essere rivolta a tutte le imprese coinvolte nella catena di produzione, pertanto, anche a coloro che svolgono attività sussidiarie o controllate con integrazioni di due diligence delle politiche aziendali, attraverso una valutazione dei rischi, un'analisi di prevenzione e mitigazione degli impatti aziendali, nonché meccanismi di reclamo e trasparenza che consentano una costante partecipazione e consultazione degli *stakeholder*. La Direttiva sulla *Corporate Sustainability* è indirizzata solo alle imprese che raggiungono una soglia minima di fatturato¹⁶ e, sebbene la soglia di fatturato sia molto alta (analogamente a quanto previsto per Regolamento Ecodesign) esse non sono esonerate dalla responsabilità per le attività svolte dalle imprese indirette (*down stream*) anche se il potere di controllo su di esse sia ridotto. Inoltre, la determinazione delle sanzioni amministrative è rimandata ai singoli stati¹⁷ e, perché al produttore possa essere imputata la responsabilità, le vittime hanno il difficile onere della prova del nesso di causalità tra la condotta (spesso omissiva) dell'impresa e il danno subito.

La Direttiva sul potenziamento dei consumatori sulla transizione verde, invece, mira a rafforzare i diritti dei consumatori per consentire loro di fare scelte più sostenibili e quindi contrastare pratiche commerciali scorrette, come il *greenwashing*, ed assicurare trasparenza su

rappresentato dal *Product Environmental Footprint Category Rules (PEFCR) for Apparel & Footwear* che delinea la metodologia tecnica per quantificare e comprare impatti ambientali. Altra legge rilevante è *Critical Raw Materials Act* (adottata dal Consiglio europeo il 18 marzo 2024) che mira a garantire un approvvigionamento stabile e sostenibile di materie prime critiche (fondamentali per batterie, turbine eoliche, pannelli solari), consentendo di qualificare progetti come strategici per accelerare permessi e risoluzione delle controversie. I progetti strategici devono rispettare criteri di sostenibilità ambientale e sociale, inclusi diritti umani, standard lavorativi, coinvolgimento delle comunità locali, qualità del lavoro e trasparenza. Per materie prime con significativa impronta ambientale, è richiesta la dichiarazione dell'impatto al momento dell'immissione sul mercato.

Questi strumenti, insieme, incentivano il rispetto normativo e l'adozione volontaria di sistemi di due diligence, promuovendo un approccio europeo integrato alla sostenibilità e alla responsabilità d'impresa.

Ad ogni modo, i primi interventi in merito agli specifici requisiti dei prodotti, legati al materiale di produzione risalgono al 2006. Si v. reg. UE n. 2006/1907 riguardante la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione di chimici, con la creazione della Agenzia Europea delle sostanze chimiche (*European Chemicals Agency* – ECHA). È la prima normativa dettata sulla sicurezza generale dei prodotti, volta a garantire che i prodotti immessi sul mercato non comportino rischi per la salute e la sicurezza delle persone. A tal fine essa impone obblighi agli operatori economici, definisce modalità di controllo e vigilanza, e prevede un sistema di scambio di informazioni tra Stati Membri e la Commissione Europea per identificare e gestire i rischi legati a prodotti non conformi.

¹⁵ Questa Direttiva modifica quella sulle pratiche sleali n. 2005/29/CE e la Direttiva sui diritti dei consumatori n. 2011/83/UE. Non è ancora avvenuta la recezione da parte degli stati membri ed è stato dato tempo fino al 27 marzo 2026.

¹⁶ Il criterio è duplice perché legato sia al fatturato netto che alla soglia di dipendenti e le soglie di applicazione «a regime» sono gradualmente spalmate in tre anni. Si v. artt. 2, 37 e 38 della Direttiva. Dal 26 luglio 2027 rientrano le imprese con un numero maggiore di 5000 dipendenti e fatturato netto di oltre 1,5 miliardi; dal 26 luglio 2028 rientrano anche le imprese con 3.000 dipendenti e fatturato netto oltre Euro 900 milioni e dal 26 luglio 2029 le imprese con un numero maggiore di 1000 dipendenti e fatturato netto di oltre Euro 450 milioni. Sono comprese anche le società che hanno concluso accordi di franchising o di licenza nell'Unione che generano un fatturato netto di almeno 80 milioni di Euro, purché il fatturato netto mondiale sia superiore a 450 milioni Euro.

¹⁷ Tuttavia, vengono indicati i parametri, per cui le multe pecuniarie si devono basare sul fatturato che non deve essere meno del 5% del fatturato netto; le sanzioni possono anche includere obblighi di condotta volti a ridurre tempestivamente gli effetti negativi o comprendere pubblicazioni della responsabilità della società (in considerazione del forte impatto sul mercato dell'aspetto reputazionale).

durabilità e riparabilità dei prodotti¹⁸. Entrambe le Direttive presentano il limite della poca uniformità che potrebbe derivare dalla trasposizione poco omogenea da parte dei legislatori nazionali, determinando inoltre una riduzione della competitività e dell'innovazione causata proprio da un elevato livello di regolamentazione e dagli alti costi di conformità ed incertezza per le piccole e medie imprese in merito all'applicazione delle norme. Il fattore comune di queste normative è la necessità di acquisire e processare in modo dettagliato molti dati, fattori che, se per un verso espongono le imprese ad una concorrenza parassitaria, soprattutto da parte delle imprese non europee, principalmente asiatiche, per altro verso consentono loro di accrescere la propria visibilità nei confronti degli investitori e dei consumatori, sensibili al tema. Inoltre, i produttori diventano responsabili della gestione del prodotto dal concepimento al fine vita, con la necessità di consentire l'identificazione del produttore, non sempre di facile riconoscimento giacché la produzione è realizzata attraverso filiere complesse e globalizzate, ove la ripartizione dei costi e degli obblighi lungo la catena di produzione non è sempre facile da individuare e l'applicazione extra territoriale alle aziende non europee che vendono nel mercato UE non è ben accolta.

Nell'ambito di questo nuovo ed intenso operare del legislatore europeo emerge quindi la necessità di comporre un ampio quadro giuridico che raggiunga concretamente gli obiettivi prefissati, ponendo mente alla acquisita e condivisa nuova fisionomia del *sustainable fashion* dovuta anche alla diversa percezione che esso ha assunto attualmente nella comunità sociale e nell'ecosistema imprenditoriale¹⁹, entrambi orientati alla tutela dell'ambiente e del consumatore finale. È sin da ora possibile rilevare come queste normative cardine, che devono in parte essere ancora recepite negli ordinamenti europei, siano molto ambiziose ed onerose nella loro attuazione, con ben note ripercussioni in numerosi ambiti del diritto, dalla concorrenza ed antitrust²⁰, alla tracciabilità e protezione dei dati²¹, ai nuovi diritti e doveri dei fornitori, quest'ultimi, in particolare, derivanti dall'introduzione del divieto di distruzione. Ed è per questo che si auspica una riorganizzazione dell'intera normativa, in modo che i nuovi obblighi possano concretamente trasformarsi in opportunità di innovazione, realizzandosi una forma di mediazione creativa tra etica, estetica e diritto. Un'operazione di *legal design* della ampia ed articolata normativa sulla sostenibilità consentirebbe di renderla più chiara, accessibile e applicabile in modo diffuso ed uniforme.

3. Obbligo del passaporto digitale del prodotto: tracciabilità e vulnerabilità del prodotto. Il passaporto digitale del prodotto e il divieto di distruzione, introdotti dal Regolamento Ecodesign, sono le principali novità che concorrono in modo determinante al modello produttivo e di consumo circolare.

Il documento identificativo del prodotto raccoglie tutte le informazioni rilevanti sul ciclo di

¹⁸ Sostanzialmente viene rafforzato il divieto di dichiarazioni ambientali generiche, quali «ecologico», «verde» o «impatto zero» senza che vi sia un supporto di prove scientifiche verificabili. Le aziende sono obbligate a fornire evidenze concrete e verificabili da enti indipendenti (discutibile, invero, la loro idoneità), con possibilità delle autorità competenti di imporre sanzioni alle aziende inadempienti a tali obblighi.

¹⁹ Si v. AA.VV. *Ethical and Social Impacts of Information and Communication Technology*, 2025, Ethicomp, in particolare, 412-419.

²⁰ Obblighi stringenti, come il divieto di distruzione degli invenduti o il passaporto digitale possono incidere sulla libera circolazione delle merci (artt. 34-36 TFUE). In aggiunta la disparità di trattamento tra aziende UE ed extra UE (soprattutto le piccole medio imprese asiatiche) denunciano svantaggi competitivi e pratiche discriminatorie.

²¹ Il passaporto digitale dei prodotti obbliga le imprese a condividere dati sui materiali, sulla composizione, riparabilità entrando in conflitto spesso in conflitto con il segreto industriale e i diritti di proprietà intellettuale. Il tema della condivisione dei dati richiede sempre un bilanciamento tra diritti forti e contrapposti, quali, nel caso di specie, la trasparenza per i consumatori, la tutela dell'ambiente e protezione di informazioni riservate.

vita dello stesso: materiali utilizzati, componenti e loro riparabilità, riciclabilità, riuso e, infine, anche informazioni sullo smaltimento sicuro. La uniforme attuazione a livello europeo di questa misura e pertanto l'adozione di passaporti digitali di tutte le imprese europee ed operanti in Europa ha l'obiettivo di consentire a tutti gli stati membri di consultare lo stesso PDP (Patente digitale del Prodotto) evitando forme di frammentazione. Si tratta di una *compliance* richiesta al produttore, obbligatoria da gennaio 2026, che può essere molto onerosa. Il passaporto digitale obbliga la circolazione di beni che abbiamo requisiti minimi di sostenibilità, ma supporta anche il valore del mercato di seconda mano giacché offre affidabilità sulla provenienza del bene e sulla sua originalità. Dispiega effetti su molteplici fronti, quali la tutela della proprietà intellettuale (agendo contro la contraffazione e gli usi non autorizzati del marchio e del *design*), la tutela dei consumatori, garantiti dalla trasparenza sulla provenienza del materiale e dei processi, la violazione dei dati in una politica di sicurezza informatica, nonché la tutela dell'ambiente in una prospettiva competitiva e consumeristica. La tracciabilità e unicità del prodotto nella sua piena identificazione si mostrano non solo come ostacolo alla contraffazione ma anche quale prova solida dell'autenticità creativa del prodotto, la cui valenza immateriale se da un lato è rafforzata perché letta in modo chiaro e condiviso, dall'altro è indebolita perché svuotata della valenza di una lettura di esclusività. Gli obiettivi sono facilitare l'insieme di tutte le attività ed i soggetti coinvolti nella creazione dei prodotti (c.d. *value chain*), favorire la verifica delle conformità da parte delle autorità e consentire la tracciabilità lungo la catena. Il supporto dati deve essere fisicamente presente e tutti i dati strutturati devono essere interoperabili, leggibili e quindi meccanicamente trasferibili, sempre senza *lock-in*, anche in caso di insolvenza dell'impresa o cessazione attività della stessa. Il Regolamento prevede inoltre che la Commissione istituisca entro il 19 luglio 2026 un registro digitale al fine di verificare l'autenticità del PDP, per ostacolare la falsificazione della patente digitale del prodotto, fenomeno che occorre prevenire e contrastare mediante strumenti adeguati, come appare sia deputato il registro unico europeo. Questo registro dovrà essere redatto dagli stessi operatori economici (produttori e importatori) che dovranno indicare anche gli altri dati essenziali dei prodotti, come ad esempio, i codici doganali, proprio con l'obiettivo non solo di consentire la verifica del controllo dell'autenticità dei passaporti digitali ma anche di facilitare i controlli di mercato e doganali, nonché di ridurre gli oneri amministrativi sugli operatori. La tracciabilità e il controllo devono essere disposti e usufruiti non solo ad opera e nell'interesse degli operatori del settore, occorre infatti che anche i consumatori possano confrontare e ricercare i dati dei passaporti digitali. A tal fine, è prevista la predisposizione di un portale accessibile al pubblico che, attraverso livelli di accesso differenziati (a seconda che il richiedente sia un consumatore, un'azienda o un'autorità), garantisca trasparenza alle informazioni ambientali e di tracciabilità²². La contraffazione delle strutture di certificati digitali, ipotesi che deve essere contemplata, può determinare l'instaurazione di azioni giudiziarie e doganali complesse, e l'istituzione di un registro unico europeo, previsto entro luglio 2026, può effettivamente perseguire lo scopo di verificare l'autenticità dei passaporti e pertanto contrastarne la falsificazione.

Anche la vendita di seconda mano, che promuove una economia sostenibile, è favorita dalla presenza del documento identificativo del prodotto che offre pertanto una garanzia e un incentivo di tale pratica. Tuttavia, sussiste il rischio di violazione della tutela prevista dal diritto dei segreti commerciali, tutelati dalla Direttiva UE 2016/943 sulla protezione del *know-*

²² Attualmente esiste un portale italiano «Pass it» che tuttavia non comprende ancora tutte le categorie dei prodotti, mentre a livello europeo non è stato ancora realizzato un portale unico.

*know*²³, posto che l'art. 2 della Direttiva comprende, tra le informazioni che costituiscono segreto commerciale, anche l'informazione che ha valore commerciale in quanto segreta. Pertanto, richiedere di rendere pubblici dati tecnici comporta l'elevato rischio di divulgare informazioni riservate, soprattutto quando si tratta di informazioni che hanno valore competitivo. Tra l'altro il d.lgs. n. 63/2018, attuativo della Direttiva 2016/943, ha esteso la protezione anche alle informazioni tecnico-industriali e commerciali, oltre a prevedere una tutela sul piano penale. Inoltre, offre più ampia protezione nella fase post-contrattuale e nei rapporti di lavoro, stabilendo sostanzialmente che il segreto deve essere tutelato fino a quanto conserva valore economico. Questo è un aspetto determinante che modifica completamente l'approccio di analisi economico-giuridica al tema e alla tutela che deve essere apprestata; inoltre, come per tutte le tutele inerenti ai dati, l'utilizzo degli stessi deve essere posto in rapporto di bilanciamento con i diritti fondamentali e il diritto di denuncia. La patente digitale del prodotto offre una narrazione della sostenibilità dello stesso e quindi maggiori informazioni per un riuso dello stesso, anche attraverso il processo di *upcycling*, che consente di smembrare un prodotto e riutilizzarlo dandogli una nuova identità.

Si deve convenire, pertanto, che non è agevole ricercare un assetto di bilanciamento tra la tutela dei diritti del consumatore, che implica anche trasparenza delle informazioni sul bene acquistato, e la protezione delle informazioni riservate alle imprese laddove questa disclosure venga utilizzata a vantaggio della concorrenza parassitaria e non solo. Va parimenti considerato che la proprietà intellettuale, già spesso in conflitto con la pratica dell'*upcycling*, che si enucleerà a breve, si trova a subire una frizione dall'introduzione dell'obbligo di un passaporto digitale del prodotto²⁴, proprio perché il principio di trasparenza, di cui è massima espressione, è in idiosincrasia con l'interesse alla segretezza industriale. La tensione tra la previsione del PDP e i diritti della proprietà intellettuale non deve essere pertanto sottovalutata, d'altronde, in una prospettiva olistica, il rapporto tra proprietà intellettuale e l'economia circolare è ontologicamente e intrinsecamente conflittuale.

4. Impatto e potenzialità del divieto di distruzione. Il divieto di distruzione è l'altra regola centrale introdotta dal Regolamento Ecodesign e si configura come completamento del processo di economia digitale in parte certificata dall'obbligo del passaporto digitale del prodotto.

L'identificazione della composizione di un prodotto si rivela quale condizione preliminare o comunque strumentale per lo sviluppo di un'economia circolare, attraverso l'adozione di tutte le pratiche atte a riutilizzare i capi di moda, sfruttandoli nella loro materialità, ma è il divieto di distruzione che rende poi effettiva un'economia circolare. È doveroso però menzionare che tale divieto è circoscritto ai capi invenduti, ciò pertanto esclude che questo

²³ Cfr. Direttiva n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla «protezione del *Know-how* non divulgato e delle informazioni commerciali riservate (segreti d'impresa) contro la loro acquisizione, utilizzo o divulgazione». La precipua finalità di questa Direttiva è proprio quella di proteggere i segreti d'impresa, ossia quelle informazioni che hanno un valore commerciale dovuto alla loro segretezza. Sono introdotti misure e rimedi, nonché termini di prescrizione di sei anni per l'azione da parte del titolare del segreto d'impresa. In Italia la recezione è avvenuta con d.lgs. n. 63/2018 dell'11 maggio 2018, che ha ampliato l'ambito di applicazione estendendo la protezione anche alle informazioni tecnico-industriali e commerciali, oltre a prevedere una tutela anche sul piano penale considerando che la direttiva impone solo rimedi civili. Inoltre, maggiore tutela è offerta nella fase post-contrattuale e nei rapporti di lavoro stabilendo sostanzialmente che il segreto deve essere tutelato fino a quanto conserva valore economico. Come di consueto, questa tutela, come tutte le tutele inerenti a dati, deve però essere controbilanciata dalla libertà di stampa e diritto di denuncia.

²⁴ Il passaporto digitale chiede la tracciabilità ma anche condivisione di informazioni che rivelano un potenziale conflitto con il GDPR, soprattutto se i dati contengono elementi legati ad una rete di fornitori e subfornitori individuabili.

divieto operi quando si tratti di abiti invenduti donati ad enti benefici. Ciò non vale a scongiurare il rischio che una fallimentare donazione sia strumentale per una silente e programmata distruzione successiva. Il divieto non si applica nemmeno quando si tratti di capi riciclati, rigenerati, rivenduti ed utilizzati, rendendo pertanto la loro distruzione uno scenario molto probabile qualora questi dopo il trattamento divengano ad ogni modo scarti o rifiuti. Ma la non distruzione dell'invenduto deve essere intesa come parte di un disegno che intende seguire un prodotto dalla sua ideazione, realizzazione/produzione, sino al consumatore; per cui se alla fase post-produzione non segue un'immediata vendita, il capo non può essere distrutto, ma deve inserirsi *in primis* in un processo di economia circolare, quale può essere quello del riciclo, della rivendita o quello virtuoso, soprattutto in termini di creatività, dell'*upcycling*. Questo ambizioso e complesso disegno ha portato all'introduzione di molti nuovi obblighi di *due diligence* con l'obiettivo di offrire uno screening sulla origine, quantità, e tracciabilità geografica di un prodotto, esaminando i rischi di non conformità alle indicazioni di politiche sostenibili, nonché offrendo misure di mitigazione, quali audit indipendenti o monitoraggi cadenzati. Difatti, ai sensi dell'art. 23 del Regolamento gli operatori che si disfano dei prodotti invenduti (direttamente o tramite terzi) devono pubblicare ogni anno sul proprio web informazioni analitiche in merito alla quantità (numero e peso) dei prodotti invenduti smaltiti, suddivisi per categorie, i motivi della distruzione e, se applicabile, la deroga utilizzata ai sensi dell'art. 25, par. 5, nonché le misure adottate e pianificate per evitare la distruzione dei prodotti.

Sebbene tale divieto sia circoscritto e possa subire molte deroghe, rimane una delle disposizioni più significative del diritto europeo in tema di sostenibilità applicata al *fashion law*, soprattutto perché registra un'evoluzione culturale dei valori e dei comportamenti verso un consumo consapevole e responsabile. Non si può però omettere di riferire che è l'ordinamento giuridico francese²⁵, sempre molto sensibile a questi temi, ad aver disposto per la prima volta nel 2020 il divieto di distruzione dei prodotti invenduti non alimentari, inclusi abbigliamento e calzature con la legge *Anti-Gaspillage pour une Économie Circulaire* (AGEC)²⁶. Questa legge ha il pregio di essere stata la prima legge in Europa con rilevante impatto, soprattutto culturale, sul tema, determinando un passo rilevante verso la riduzione dello spreco di risorse e la promozione dell'economia circolare nel settore tessile. Lo smaltimento in discariche e l'incenerimento dei prodotti non alimentari invenduti sono pertanto vietati in Francia operativamente dal primo gennaio 2022 e l'importante dato differenziale rispetto al Regolamento europeo è che tale divieto è strumentale all'obbligo, centrale nella normativa, di destinare tali beni invenduti prioritariamente a donazioni, e in secondo luogo a riciclo e riutilizzo²⁷. Tuttavia, mentre la legge francese si rivolge a tutte le aziende per stabilire per loro obblighi pratici, quali quelli della donazione e riciclo ai quali è sotteso il divieto di distruzione, il Regolamento introduce un sistema strutturato che segue tutte le fasi della produzione²⁸,

²⁵ Invero, anche in merito all'obbligo di etichettatura ambientale, la Francia ha emanato la l. n. 2021/1104, conosciuta come «*Loi Climat et résilience*», anch'essa anticipatoria rispetto al Regolamento ecodesign che, come si spiegherà a breve, ha introdotto l'obbligo della patente digitale del prodotto.

²⁶ Cfr. Loi n° 2020-105 del 10 febbraio 2020.

²⁷ Si tratta di un divieto che riguarda prodotti di igiene quotidiana, abbigliamento, prodotti elettronici, calzature, libri elettrodomestici e via enumerando con una prospettiva di un assetto dell'intero settore industriale che dovrà ripensare una diversa gestione dei propri *stock* per ovviare alla sovrapproduzione, calcolo facilitato anche dalla intelligenza artificiale.

²⁸ I fabbricanti, ai sensi dell'art. 27 del Regolamento, sono obbligati non solo a progettare e fabbricare prodotti conformi agli atti delegati ma anche a fornire informazioni e passaporto digitale del prodotto, nonché conservare documentazione tecnica e dichiarazione UE di conformità per dieci anni, implementando misure correttive in caso di difformità. Parte di questi obblighi (si esclude la documentazione tecnica principale) sono estesi ai mandatarî (art. 28), agli importatori (art. 29) che possono immettere sul mercato solo prodotti conformi

con l'intento di ridurre *ab inizio* la necessità di una distruzione.

Il Regolamento è più tecnico e strutturato e ha un approccio preventivo e trasparente: l'intento è di ridurre sì lo spreco ma in modo programmatico, aumentando trasparenza, valutando costantemente rischi di impatto ambientale e prevenzione a livello europeo. Difatti, tra le altre cose, la Commissione è tenuta a pubblicare ogni 36 mesi dati aggregati sulla distruzione dei prodotti e il relativo impatto ambientale. L'obiettivo è di adottare tutte le misure ragionevoli per evitare la distruzione dei prodotti.

L'obiettivo è dare attuazione sostanziale al modello di produzione e consumo a ciclo chiuso e l'identificazione digitale dei prodotti è senz'altro ad esso strumentale. Questa regola, a dispetto del passaporto digitale, ha però come destinatari della norma non tutti i beni a cui è indirizzato l'intero Regolamento (come alimentari, medicinali, veicoli) ma solo gli articoli e accessori di abbigliamento, così come anche le calzature, specificati nell'allegato VII del Regolamento²⁹. È disposta una diversificata operatività anche temporale: a decorrere dal 19 luglio 2026 per le grandi imprese e dal 19 luglio 2030 per le medio imprese, escludendone l'applicazione alle microimprese e alle piccole imprese.

Difatti, gli obblighi di *due diligence*, che riguardano anche il divieto di distruzione, coinvolgono solo le imprese che nell'arco di due esercizi finanziari consecutivi, abbiano una media di oltre 1.000 dipendenti e un fatturato netto mondiale superiore a 450 milioni di euro, nonché le imprese dei paesi terzi che generano lo stesso fatturato netto all'interno dell'Unione Europea. Vengono pertanto escluse le piccole medio imprese, anche in ragione di quelli che sarebbero stati i costi e le difficoltà attuative, con il rischio che tuttavia le stesse possano essere strumentalizzate dalle grandi imprese per aggirare la *compliance* dovuta³⁰.

Il legislatore contempla però anche l'ipotesi in cui queste ultime possano essere strumentalizzate dalle medio-grandi imprese per distruggere i loro capi; in questo caso, laddove vi siano prove sufficienti che dimostrino che siano state utilizzate per eludere il divieto, anche le microimprese e piccole imprese saranno soggette al divieto di distruzione³¹. La loro esclusione rimane però una grande limitazione.

Tuttavia, l'incidenza della norma potrà essere percepita solamente quando si darà misura alla portata delle possibili deroghe, anch'esse disposte dall'art. 25 del Regolamento, circoscritte a dettagliate circostanze³². I motivi possono essere di carattere sanitario, legati ai profili di igiene o a profili di sicurezza. Una manipolazione dei prodotti che non consenta di ripararli a costi contenuti, la sopraggiunta inidoneità del prodotto allo scopo per cui è stato progettato (alla luce del diritto europeo o del diritto nazionale o delle norme tecniche) e l'esito negativo di una donazione sono le principali eccezioni ricorrenti. Nondimeno è frequente la rilevata inidoneità alla preparazione per il riutilizzo: quando si tratta di prodotti contraffatti che violano pertanto i diritti della proprietà intellettuale (quali marchi, brevetti, design), ipotesi che si riscontra di frequente, o quando è dimostrato che le altre modalità di smaltimento come riciclo e recupero comporterebbero un impatto ambientale peggiore rispetto a quello

ai requisiti di conformità richiesti al fabbricante e muniti di documentazione tecnica anche per i distributori (art. 30).

²⁹ Lo stesso art. 25 tuttavia conferisce alla Commissione il potere di adottare atti delegati conformemente all'art. 72, per modificare l'allegato VII proprio al fine di aggiungere nuovi prodotti alla luce del costante monitoraggio delle pratiche di distruzione di determinati prodotti di consumo invenduti.

³⁰ Critiche sono state sollevate nei confronti dell'azione della Commissione perché non avrebbe dato linee guida in grado di garantire conformità e applicazioni uniformi e avrebbe creato questo pericoloso trattamento differenziato per le piccole e medie imprese, rendendo i distributori dei prodotti di queste ultime in una situazione di disagio ed incertezza. Così, G. Baer, *Clothes Captioning: The demand for a sustainable fashion industry and the European union's push for digital product passports*, cit., 350 ss.

³¹ Cfr. art. 25, penultimo comma.

³² Nella legge francese il riferimento invece è a generiche impossibilità tecniche, rischi per salute e ambiente.

determinato dalla distruzione. A prima lettura, le possibilità di eludere il divieto di distruzione sono purtroppo numerose ma si attende l'intervento della Commissione in merito, tenuta a definire a breve le condizioni per applicare tali deroghe, e pertanto i criteri di proporzionalità, i limiti e i criteri interpretativi da utilizzare. Ad ogni modo, questo divieto deve essere inteso come un incentivo a prevedere anticipatamente il riutilizzo del capo affinché non sia distrutto e abbia nuova vita.

5. Upcycling: limiti e rigidità della proprietà intellettuale nei confronti di un'economia circolare.

Le attività che possono essere compiute dando seguito al divieto di distruzione sono numerosissime. Il fenomeno, più virtuoso in termini di creatività, è l'*upcycling*: consente la trasformazione di materiali di scarto o di prodotti inutilizzati in nuovi oggetti di maggiore valore, invece di smaltirli o riciclarli in modo tradizionale. Questo processo richiede di impiegare nuove idee e soluzioni originali, introducendo un nuovo approccio creativo che può coinvolgere la stessa casa di moda del prodotto oggetto di *upcycling* o soggetti terzi. Il prodotto «reinventato» frutto di una scomposizione e nuova rielaborazione, se rispettoso della proprietà intellettuale, può incarnare tre valori importanti: il valore aggiunto, legato alla maggiore qualità che può essere estetica o funzionale rispetto alla precedente, il valore della sostenibilità, riducendo i rifiuti e il consumo di nuove risorse e quello della creatività in ragione della innovazione e progettazione che deve essere introdotta per dare nuova vita ai materiali³³. Attua il principio *End of Waste* (EoW) che trova piena espressione nella industria della moda, proprio in ragione della buona potenzialità di riutilizzo degli scarti tessili, anche sulla scia di pratiche già esistenti e che negli anni hanno riscontrato favore dei consumatori. Si pensi alla vendita di abbigliamento *vintage* o *second hand* sviluppatasi in ragione della maggiore consapevolezza della importanza della protezione dell'ambiente e delle innovazioni digitali che hanno soprattutto sviluppato il mercato online, la cui rilevanza economica e culturale non è però pienamente espressa. Ciò perché permangono barriere espressive della diffidenza dei consumatori, quali il timore che si tratti di un bene contraffatto o con difetti non dichiarati o che non abbia un'adeguata igiene³⁴.

Queste perplessità che rallentano lo sviluppo del mercato di seconda mano dovrebbero essere in parte superate dall'obbligo dei produttori di fornire la patente digitale del prodotto che, come detto, consente di identificare con più facilità le caratteristiche del prodotto, offrendo garanzie che abitualmente sfumano dopo la prima vendita.

Alla luce delle due regole introdotte, prima descritte, si intende ora rilevare alcune criticità ed inadeguatezze della proprietà intellettuale nell'ambito della nuova visione della produzione ecosostenibile, soprattutto in attuazione di *upcycling*. D'altronde, la proprietà intellettuale è nata nell'epoca della sola economia verticale ed oggi, che si intende promuovere un'economia circolare, emerge che quest'ultima non sempre sembra adeguarsi alle rigidità e ai vecchi inquadramenti della proprietà intellettuale.

L'*upcycling*, in particolare, presenta criticità in relazione alla proprietà intellettuale delle parti utilizzate, qualora il produttore sia esterno alla azienda che ha prodotto il bene invenduto o oggetto del riuso. L'intento è però quello di individuare i termini nei quali è possibile

³³ In un'analisi economica vi è chi rileva come l'*upcycling* sia utilizzato anche come strumento di marketing strategico per la sostenibilità nel settore della moda. Pertanto, le case di moda utilizzano l'*upcycling* per differenziarsi dalla concorrenza attrarre i consumatori per la sensibilità mostrata nei confronti della concorrenza. Si v. Raphael Kanyire Seidu, *A review on upcycling as a strategic marketing tool for sustainability in the fashion industry*, in AA.VV., *Journal of responsible Production and Consumption*, 2(1), 2025, 3- 26.

³⁴ Un'analisi che coglie il profilo l'aspetto sociale e culturale del mercato di seconda mano è compiuta da Marsela Thanasi- Boce, Nermain Al-Issa, *The secondary luxury market: a systematic review and theoretical integration*, in *Cogent Business & Management*, 12:1, 2423405.

realizzare tale processo, senza violare i diritti della proprietà intellettuale, intesi nelle diverse e molteplici sfaccettature: dalla tutela della creatività all'identificazione, intesa quest'ultima non meramente come idoneità identificativa dell'origine del capo.

Si ponga mente che la tutela del marchio distintivo è stata ampliata con la riforma del 2015³⁵, ai casi in cui questo non sia grafico ma decorativo, e questa ampia configurazione potrebbe imbrigliare lo sviluppo di un'economia circolare, nella misura in cui il riutilizzo del marchio da parte del terzo nell'ambito di un processo di *upcycling*, potrebbe essere visto come una violazione, soprattutto in ragione del valore del marchio anche qualora esso sia meramente decorativo.

La questione giuridica che si profila è se il prodotto *upcycled* ricada sotto lo stesso diritto di design o diritto d'autore del capo originario o se costituisca un'opera nuova.

Quando un bene è già messo in circolazione si applica la dottrina della prima vendita, ossia la c.d. *first sale doctrine*, di origine americana, secondo cui una volta che il titolare del diritto, ossia il *copyright holder*, abbia venduto il bene, il titolare perde qualsiasi diritto di disposizione sul bene. Pertanto, il primo acquirente può rivenderlo, prestarlo, regalarlo o distruggerlo senza la necessità di chiedere alcun permesso o riconoscere alcun diritto al *copyright holder*; ogni diritto di quest'ultimo si esaurisce con la prima vendita³⁶. Elemento cardine della *first sale doctrine* è che il bene non abbia subito modifiche, per cui ogni trasformazione e decontestualizzazione preclude l'applicazione di questa dottrina che trova appunto fondamento nella non alterazione dei capi.

Le incertezze sulla legittimità della distribuzione di capi, senza riconoscimento di diritti di copyright all'originario *copyright holder* del capo di cui si è usata la componente, sorgono laddove il capo ha subito modifiche che però non hanno alterato o compromesso l'elemento identificativo del marchio della componente utilizzata. Se da un lato non ci sono le condizioni per applicare la *first sale doctrine*, dall'altro non può negarsi che la possibilità di ricondurre anche parzialmente il bene frutto dell'*upcycling* alla casa di moda (o gruppo che ha dato luce a quel bene) comporta delle criticità che non possono essere sottovalutate o che comunque necessitano di essere regolamentate.

Il marchio ha un valore identificativo dell'origine del prodotto, ma anche portatore di diversi valori immateriali, quali la reputazione dell'impresa, la qualità percepita, nonché l'immagine o lo stile di vita associati a quel marchio. Ne consegue la rilevante forza trainante che l'associazione di un prodotto ad un marchio possa determinare nel mercato, anche mediante la sola incorporazione di una sola parte di prodotto così identificato. Collane e orecchini realizzati con i bottoni di una giacca Chanel possono avere un sensibile riscontro sul mercato proprio in ragione di questa componente. Ogni valutazione è però intrinsecamente connessa con il valore del *business* legato a questo impiego, giacché quest'ultimo determina anche quale sia l'impatto sul mercato o comunque la reale misura della possibilità che il consumatore possa essere tratto in inganno. Se il *business* coinvolto ha un impatto modesto sul mercato, minori sono le possibilità di dimostrare una violazione del marchio. Se già i fenomeni di emulazione estrema possono avere effetti positivi perché comunque amplificano la notorietà delle aziende e contribuiscono indirettamente a diffondere i propri prodotti, si può

³⁵ Si tratta della Direttiva UE n. 2015/2435 del 16 dicembre 2016 che insieme al Regolamento (UR) n. 2015/2424 rappresentano il c.d. pacchetto normativo «*Trademark Reform Package*» che ha profondamente modificato il diritto dei marchi eliminando la necessità del requisito della rappresentazione grafica riconoscendo possibilità di tutela anche a marchi non convenzionali e meramente decorativi purché caratterizzati di capacità distintiva.

³⁶ Si ponga mente che la modifica del supporto di un oggetto con la riproduzione originariamente figurante su un poster di carta non consente di applicare la regola della prima vendita. Cfr. CGUE, 22 gennaio 2015, C-419/13, *Art§ All posters International BV versus Stichting Pictoright*.

comprendere che laddove l'utilizzo di componenti con loghi incorporati (come i bottoni di una giacca Chanel) sia dichiaratamente strumentale all'attuazione di logiche di sostenibilità e di economia circolare, molto alte sono le probabilità che l'utilizzo possa superare il vaglio di legittimità di utilizzo.

Molti capi, frutto di una scomposizione e composizione compiuta da terzi, beneficiano proprio del marchio del capo originario, ossia lo utilizzano soprattutto laddove sia riconoscibile e visibile, con alta probabilità e forse intenzionalità di ingenerare confusione nel consumatore, determinando ad ogni modo una diluizione del marchio. Mantenere gli elementi identificativi della fonte del marchio del bene oggetto di *upcycling* comporta una perdita di controllo della strategia di comunicazione. D'altronde, la protezione della proprietà intellettuale di un prodotto è anche espressione di tutela reputazionale³⁷, attraverso il riconoscimento e protezione della creatività del designer, nonché strumento di protezione di *know* tecnico, dell'attività di *marketing* svolta e dei propri investimenti, spesso compromessi proprio dallo sfruttamento gratuito da parte di terzi, che ne beneficiano deliberatamente.

6. La recente pronuncia del Tribunal Judiciaire de Paris e spunti di riflessione.

L'associazione ad un marchio di lusso può costituire garanzia di qualità e affidabilità ma anche rappresentare un valore economico considerevole che non può essere ignorato. Un recente caso francese evidenzia in modo chiaro la tensione emergente nel settore tra la spinta verso la sostenibilità e la tutela dei diritti creativi e dei marchi.

Il conflitto è sorto tra la celebre casa di moda Hermès e Atelier R§C, azienda quest'ultima nota per riadattare capi vintage³⁸. Il *Tribunal Judiciaire de Paris*, con sentenza del 10 aprile 2025 ha riconosciuto la responsabilità solidale di Mme Lugassy Demri, Atelier R§C e Maison R§C per violazione del diritto di proprietà intellettuale³⁹ di Hermès, a seguito della realizzazione e commercializzazione di giacche di jeans impreziosite con inserti di foulard di Hermès, dalle cui stampe si evinceva in modo evidente anche il marchio. La realizzazione di queste giacche è stata in parte compiuta con l'uso integrale dei *foulard*. Hermès lamentava la violazione del diritto d'autore e l'uso indebito del marchio su prodotti modificati e promossi *online*. I convenuti hanno sostenuto, senza successo, che trattandosi di prodotti di seconda mano usati, il loro uso rientrava nella *first sale doctrine*. Il tribunale ha condannato solidalmente le parti convenute⁴⁰ al pagamento di una somma complessiva di poco più di 200 mila euro per danni economici, pregiudizio morale, e concorrenza sleale e parassitaria, nonché l'interdizione della detenzione, esposizione e commercializzazione dei capi realizzati con i foulard.

Atelier R§C ha anche contestato l'originalità di tali foulard, originalità invece rivendicata e

³⁷ Cfr. M. Tronconi, *Sistema della moda e tutela del capitale reputazionale: dal Piracy Paradox al Made in Italy*, in *Dir. ind.*, 2013, 312.

³⁸ Hermès agisce tramite la società Hermès international e la S.A.S. Hermes Seller contro la S.A.S. Maison R§C, la S.A.S. Atelier R§C e la signora Geraldine Lugassy.

³⁹ Le norme di riferimento del Codice della Proprietà intellettuale sono: l'art. L.111-1 paragrafi 1 e 2, per cui l'autore di un'opera di ingegno gode, per il solo fatto della sua creazione, di un diritto di proprietà immateriale esclusivo e opponibile su tale opera; l'art. L. 112-1 che tutela i diritti degli autori su tutte le opere di ingegno qualunque ne sia il genere, la forma di espressione, il merito e lo scopo; l'art. L.112-2 per cui sono considerate opere di ingegno le opere di disegno, pittura, architettura scultura incisione e litografia.

⁴⁰ In particolare, l'imputazione pagamento è così ripartita: 54.000 euro per i danni economici della contraffazione, 40.000 euro per il pregiudizio morale, 30.000 euro per gli investimenti risparmiati, 40.000 euro per concorrenza sleale e parassitaria, 20.000 euro per le spese legali, 10.000 euro per la contraffazione del marchio e 1.500 euro per l'uso indebito di fotografie pubblicitarie. Di fatto, sono state escluse la pubblicazione del giudizio.

ben provata in giudizio da Hermès⁴¹. Inoltre, la società produttrice delle giacche non ha dimostrato alcun carattere artistico che avrebbe potuto eventualmente estrinsecare un diritto di espressione quale controbilanciamento del diritto d'autore. La società Atelier R§C ha anche sostenuto che non vi era prova che chi aveva comprato le giacche realizzate con i foulard di Hermès avrebbero altrimenti acquistato prodotti nuovi di Hermès e al riguardo, invero, Hermès non è stata in grado di dimostrare un calo delle vendite dei prodotti originali, e quindi il mancato guadagno.

Il Tribunale ha però riconosciuto il danno morale subito da Hermès, dovuto alla svalutazione dell'immagine, perché banalizzata nell'impiego come inserti nelle giacche.

Sebbene apparentemente la rilevanza di questo caso non sia altisonante⁴², in ragione della scala limitata del *business* della parte convenuta, rappresenta in nuce una problematica potenzialmente molto vincolante e limitante lo sviluppo di un'economia circolare, e al tempo stesso racchiude in piccolo il germe dell'inadeguatezza della proprietà intellettuale così come regolata oggi. Il bilanciamento tra interesse alla preservazione delle creazioni e alla giusta valorizzazione economica da un lato, e interesse alla condivisione e accessibilità di ciò che ha un valore dall'altro, in questo momento storico di sostenibilità obbligata delle nuove attività produttive deve anche misurarsi con la tutela dell'ambiente, valore costituzionale ed europeo di interesse pubblico primario, strumentale alla realizzazione di altri diritti fondamentali, quali la salute, la vita, la dignità ed ovviamente lo sviluppo sostenibile⁴³, valori che devono convivere con la libertà di iniziativa economica, la libera concorrenza e la tutela della proprietà immateriale. Sarebbe pertanto opportuno prospettare soluzioni che incentivino l'economia circolare senza frustare e danneggiare la proprietà intellettuale, ma al tempo stesso

⁴¹ La protezione di un'opera di ingegno, come è noto, è acquisita dal suo autore senza formalità e unicamente mediante la creazione di una forma originale, di qui la necessità di Hermès, che ha rivendicato tale diritto, di dimostrare e spiegare i contorni della originalità. Invero, è stata anche contestata l'illecita riproduzione e rappresentazione dei modelli su internet, dimostrata dai ricorrenti attraverso la riproduzione ufficiale di acquisti online, quando i contratti di cessione stabiliscono che Hermès detiene anche il diritto esclusivo di rappresentare su internet i foulard che incorporano tali disegni; pertanto, tali azioni da parte di terzi richiedono la previa autorizzazione di Hermès. Per contro, la società Atelier R § C ha dichiarato di produrre giacche eco-responsabili senza però dimostrare che questi prodotti hanno un carattere artistico. Si specifica questo per dimostrare che la violazione del diritto d'autore di Hermès non è nemmeno giustificata dalla libertà di espressione. Inoltre, la pubblicazione su social *network* e Instagram di fotografie di due campagne pubblicitarie in cui Hermès ha investito 135.000 euro e 580.000 euro, nonché di prodotti iconici con il marchio Hermès al fine della promozione dei propri prodotti, ha indotto il tribunale a condannare per concorrenza sleale le società convenute con una quantificazione del danno pari a 40.000 euro proprio per aver corrisposto nulla ad Hermès per l'uso di queste immagini.

⁴² È bene inoltre rilevare che molte controversie si risolvono sui social media piuttosto che nelle sale dei tribunali, in ragione dei tempi molto rapidi della moda e della necessità, pertanto, di offrire soluzioni in tempi molto veloci perché possano essere soluzioni economicamente soddisfacenti, in tema di violazione della proprietà intellettuale. I social consentono di dare voce anche a coloro che non detengono un potere economicamente forte e ciò ha un riflesso immediato sulle dinamiche commerciali ove il consumatore, nell'esprimere le proprie preferenze ed opinioni, acquista sempre più un ruolo determinante. Sia consentito il rinvio a V. Barela, *La creatività della moda in Italia e negli Stati Uniti: necessità di un nuovo approccio di tutela*, cit., 321-345. Si v. L. Palandri, *Fashion Art: Rights and Remedies in the Age of the Social Media*, in *Laws*, 9, 2020, 109 ss. Negli ultimi anni si è assistito alla centralità del consumatore finale e pertanto alla realizzazione di strategie che muovono proprio dalla centralità del consumatore anche grazie alla forza mediatica acquisita dallo stesso attraverso i social. Tuttavia, il controllo dei marchi di lusso da parte di pochissimi sta nuovamente modificando il rapporto con il consumatore ed il ruolo d'indirizzo assunto negli ultimi anni.

⁴³ Cfr. Art. 191 TFUE. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato più volte espressamente che il diritto alla proprietà, sia essa o meno immateriale, non è una prerogativa assoluta, ma deve essere considerata in relazione alla funzione sociale e per tale fine possono essere imposte restrizioni all'esercizio a tale diritto, purché tali restrizioni perseguano un interesse generale e non costituiscono una ingerenza intollerabile che pregiudicherebbe la sostanza del diritto così garantito.

offerirne una differente declinazione, a seconda dei valori a cui è sotteso l'utilizzo. Pertanto, in un'economia circolare dove aziende impiegano capi o parte di essi in funzione di un EoW, la proprietà intellettuale deve essere riconosciuta e tutelata con diverse gradazioni. È bene ribadire che essa si fonda su un paradigma economico lineare, basato su produzione, consumo e scarto; pertanto, le ambizioni di incrementare un'economia circolare implicano una rivisitazione dei termini di operatività della proprietà intellettuale. L'economia circolare ha l'obiettivo di massimizzare la vita del prodotto e a tal fine molte imprese hanno rivisto la loro produzione implementando nuovi modelli di produzione, attraverso l'adozione di pratiche sostenibili, riducendo l'impiego di risorse vergini. È opportuno che venga individuata la modalità di riconoscimento anche quando terzi utilizzano componenti «brandizzate» e far sì che i titolari del diritto della proprietà intellettuale siano soddisfatti economicamente in proporzione alle vendite e ai ricavi generati dall'utilizzo del bene protetto da parte del produttore terzo di *upcycling*.

Quando la componente utilizzata presenti il logo o sia identificativa del marchio, potrebbe essere prospettata la soluzione di riconoscere sulle vendite del capo *upcycled* un diritto di licenza o *royalty* al titolare della proprietà intellettuale in misura proporzionata al beneficio del produttore tratto dal «richiamo» del marchio. Occorre che siano garantite le condizioni perché il consumatore sia consapevole che si tratti di un capo frutto di un processo di riciclo, *upcycling* e via enumerando. In alternativa, si potrebbe neutralizzare questa possibile sovrapposizione e frizione della proprietà intellettuale mediante la sottoscrizione di clausole con le quali il produttore, ossia chi realizza fisicamente il capo finito e lo immette sul mercato con il proprio nome, si impegna nei confronti del fornitore dei materiali all'eliminazione, a proprie spese e cura, delle caratteristiche personalizzanti il capo e degli elementi incorporanti il *know how*. Queste clausole dovrebbero anche prevedere che tale attività di rimozione sia compiuta sotto il controllo del titolare della proprietà immateriale, al quale in ogni caso deve essere fornita evidenza dell'avvenuta eliminazione.

L'attività delle case di moda volta a patrocinare processi di *upcycling* è comunque una scelta meritevole di tutela giuridica giacché lo scopo a cui è sottesa è considerato socialmente e legalmente utile, in linea con i principi costituzionali (*in primis*, il riferimento è all'art. 9 Cost.). Per di più, il beneficio economico di questa attività sociale e solidale così disciplinata risulterebbe comunque certo anche perché la partecipazione ad un'economia circolare genererebbe attrazione degli investitori e consumatori.

Il percorso di adeguamento degli strumenti di tutela della proprietà intellettuale verso un'attuazione di un'economia circolare è però ancora lungo e molto oneroso, anche perché si deve ambire ad una uniformità di indirizzo di tutte le imprese del settore, giacché laddove non lo si raggiunga sono alte le probabilità che si realizzino ipotesi di concorrenza sleale. L'obiettivo ora è evitare che proprio i titolari dei diritti della proprietà intellettuale possano rappresentare un limite, se non una barriera, per l'implementazione di maggiori pratiche di economia circolare, qualora le stesse siano adottate da terzi. È bene allora cogliere il fenomeno in tutte le sue sfaccettature per comprendere che la proprietà intellettuale, quale asset strategico che accresce la visibilità del produttore, può solo aumentare la sua valenza, anche nel caso in cui la produzione sia delegata a terzi, purché si renda possibile, come ipotizzato, declinarla in modo adeguato alle singole fattispecie finalizzate all'*End of Waste*.

Abstract. Il contributo compie, *in primis*, talune riflessioni sull'incidenza della Direttiva Ecodesign, in particolare sul divieto di distruzione dei capi invenduti e sull'obbligo della patente digitale del prodotto a cui le imprese sono chiamate a conformarsi nell'ambito del progetto europeo di sviluppo di una moda sostenibile. Viene portato poi ad esempio, tra i processi di economia circolare, il fenomeno dell'*upcycling*, evidenziandone, attraverso

l'analisi di casi giurisprudenziali, le frizioni, con le regole della proprietà intellettuale, che si rivelano inadeguate per un'economia circolare. Muovendo da tali riflessioni vengono poi avanzate proposte che mirano, da un lato, a non pregiudicare la tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza leale e, dall'altro, a promuovere un modello di economia circolare.

Abstract. The article first offers some reflections on the impact of the Ecodesign Directive, particularly on the ban on the destruction of unsold garments and on the mandatory Digital Product that companies are required to comply with as part of the European project to develop sustainable fashion. It then presents the phenomenon of upcycling as an example of circular economy processes, highlighting, through case law analysis, its friction with intellectual property rules, which prove inadequate for a circular economy. Drawing on these reflections, it advances proposals that aim, on the one hand, to avoid undermining the protection of intellectual property and fair competition and, on the other, to promote a circular economy model.

Parole chiave. Economia circolare – Moda – Distruzione – Patente digitale – Upcycling.

Key words. Circular economy – Fashion – Destruction – Digital Product Passport – Upcycling.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Davide Antonio Ambroselli – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Mariangela Atripaldi – Professoressa Associata di Diritto pubblico – Università di Roma Tre

Valentina Barela – Professoressa Associata di Diritto privato comparato – Università di Salerno

Andrea Eugenio Chiappetta – Dottorando di ricerca in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università di Napoli Federico II

Luca Dell’Atti – Ricercatore t.d., lett. *b*), di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Bari Aldo Moro

Vincenzo Felaco – Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali – Università della Campania Luigi Vanvitelli

Marta Ferrara – Ricercatrice t.d., lett. *b*), di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Teramo

Francesca Ferraro – Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Giovanna Filippelli – Magistrato Ordinario in Tirocinio presso la Corte d’Appello di Napoli

Erik Furno – Già docente di Diritto Pubblico – Università di Napoli Federico II

Giammaria Gotti – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

Matteo Greco – Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

Anna Liguori – Professoressa Associata di Diritto internazionale – Università di Napoli L’Orientale

Nicola Maffei – Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Ugo Patroni Griffi – Professore Ordinario di Diritto commerciale – Università di Bari Aldo Moro

Sara Pugliese – Professoressa Associata di Diritto dell’UE – Università degli Studi di Napoli Parthenope

Francesca Rondine – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università di Napoli L’Orientale

Bianca Nicla Romano – Già Ricercatrice di Diritto amministrativo e pubblico – Università di Napoli Parthenope

Michela Tuozzo – Ricercatrice t.d., lett. a), di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II

Tito Vespasiani – Segretario Generale Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Meridionale

Vincenzo Visone – Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo – Università degli Studi di Napoli Parthenope

Daniele Vitale – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

Giuliano Vosa – Professore Associato di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Catania

Francesco Zammartino – Professore Ordinario di Diritto costituzionale e 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.