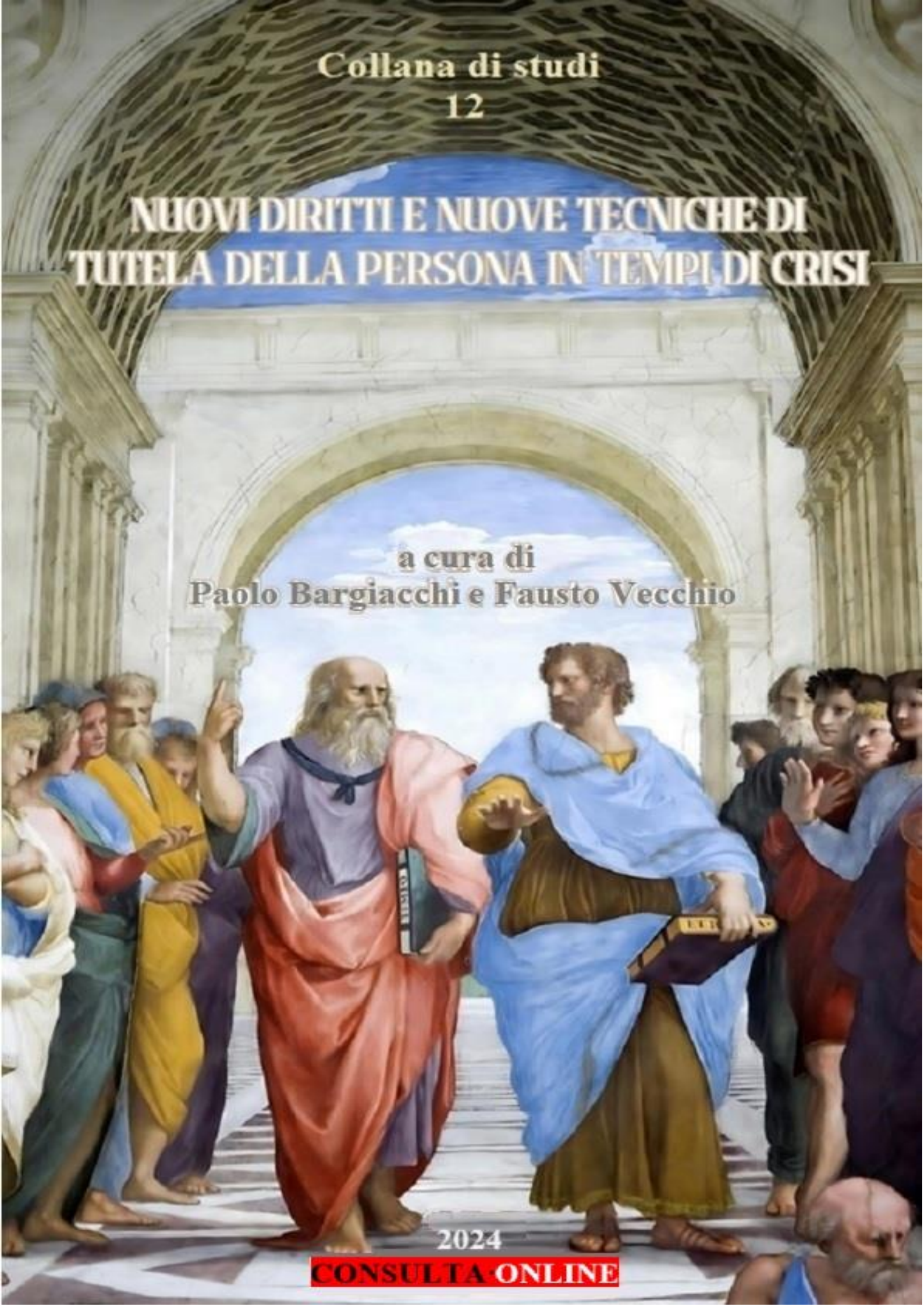
Collana di studi
12

NUOVI DIRITTI E NUOVE TECNICHE DI TUTELA DELLA PERSONA IN TEMPI DI CRISI

a cura di
Paolo Bargiacchi e Fausto Vecchio



2024
CONSULTA ONLINE

In copertina: *La Scuola di Atene* di Raffaello (1509-1511)

Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi

a cura di
Paolo Bargiacchi e Fausto Vecchio

Collana di studi di Consulta OnLine
12

Sono qui pubblicati, a cura da Paolo Bargiacchi e Fausto Vecchio, gli atti del Convegno di studi svoltosi presso l'Università "Kore" di Enna il 21, 22 e 23 novembre 2023 sul tema della tutela dei diritti, con la partecipazione dei rappresentanti delle Istituzioni e di studiosi di diverse generazioni, discipline e provenienze.

Maggio 2024
ISBN: 979-12-813260-1-9
Editore Consulta OnLine - CF 90078670107
Via Balbi 22 - 16126 Genova
info@giurcost.org

TABLE OF CONTENTS

Introduzione **XIII**
Fausto Vecchio
Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi

PARTE I

NUOVI METODI, NUOVI DIRITTI E NUOVE TECNICHE DI TUTELA DELLA PERSONA

Alessandro Corbino **3**
L'illusione delle forme nella realtà del diritto

Alessandro Morelli **15**
L'apertura della scienza costituzionalistica e le implicazioni sul piano del metodo di studio dei diritti

Antonio Ruggeri **25**
Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali

PARTE II

ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN ITALIA

Salvatore Aleo **45**
Complessità reale e culturale, forma della legge, prassi giudiziarie

Guido Corso **59**
Diritti fondamentali e pubblica amministrazione

Alberto Randazzo **67**
Libertà di culto e nuove tecnologie, con particolare riferimento alla religione cattolica (una doppia prospettiva, statale ed ecclesiale)

Giuseppe Vecchio
Tutele dei minorenni e Stato sociale di diritto **85**

PARTE III

LE ESPERIENZE DEGLI ALTRI: NUOVI PROBLEMI, NUOVI DIRITTI E NUOVE TECNICHE DI TUTELA NEGLI ORDINAMENTI COSTITUZIONALI EUROPEI

Emmanuel Cartier **111**
A French Constitutional Perspective

Ulrike Haider Quercia **119**
Il sistema austriaco di tutela dei diritti: tra storica frammentazione e costituzionalizzazione del diritto europeo

Renato Ibrido **129**
Nuovi diritti e strumenti partecipativi: osservazioni minime

PARTE IV

LA TUTELA DEI DIRITTI TRA CARTE EUROPEE, CORTI SOVRANAZIONALI E *GOVERNANCE* GLOBALE

Giovanna Chiappetta **139**
Il riesame delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di status personae

Antonella Galletti **153**
Il Protocollo n. 16 alla CEDU: nuove prospettive per un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali e la mancata ratifica dell'Italia

Ida Angela Nicotra **165**
L'impatto della digitalizzazione sulla pubblica amministrazione e sui diritti

Fausto Vecchio **175**
L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello Stato costituzionale

PARTE V

DIGNITÀ, PACE, DISEGUAGLIANZE E LAVORO

Claudia Calipari **187**
Il problema del fondamento dei diritti umani in un contesto multiculturale

Maria Giorgia Caraceni **197**
La mediazione istituzionale come garanzia di uguaglianza nelle democrazie liberali contemporanee

Salvatore Malluzzo **205**
Il ruolo del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico nella tutela del "diritto alla pace" quale diritto fondamentale individuale e dei popoli nella crisi globale attuale

Vincenzo Telaro **215**
«E tu…di chi sei figlio?». Il diritto all'affetto da istanza sociale a diritto costituzionale

Silvia Jelo di Lentini **247**
Disuguaglianze e diritti in tempi di crisi

Alessio Mario Riccobene **251**
Giurisdizione civile e primato del diritto eurounitario. La tutela dei diritti soggettivi nel dialogo tra Corti ed il recupero del principio di legalità

Claudia Gianninò **263**
La tutela lavoristica dei minori tra vecchie questioni e nuove tendenze nel contesto tecnologico

Edoardo Maria Platania **275**
Ci si può affidare al reddito di cittadinanza? L'affidamento e il reddito minimo

Giorgia Chiaramonte **299**
Nuovi diritti e tecniche di tutela del produttore agricolo lungo la filiera agroalimentare: il contrasto alle pratiche commerciali sleali

PARTE VI

CYBERSPACE, TASSAZIONE, GIUSTIZIA E AMBIENTE

Federica Azzolina **315**
"Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali nella recente attività normativa dell'Unione Europea"

Stefania Caruso **327**
Transizione digitale, intelligenza artificiale e "amministrazione 4.0"

Luca Collura **343**
L'eredità digitale: ancora sul problema della successione nell'account

Miriam Pontillo **359**
Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del contribuente: profili costituzionali e tributari

Francesco Guarino **369**
La tutela del contribuente italiano nel procedimento tributario: la duplicità di regime del contraddittorio preventivo alla luce dei principi di uguaglianza e di non discriminazione

Giulia Migliazzo **381**
L'efficienza giudiziaria e la sua implementazione: l'Ufficio per il Processo e l'obiettivo della ragionevole durata dei processi penali

Evelina Cataldo **387**
La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale a sostegno dei diritti fondamentali e dei nuovi diritti del penitenziario

Alice Pepi **395**
Tra fiaba e tragedia: avanzata populista, retribuzione e pena di morte

Gaetano Calcagno **399**
La tutela della persona in tempi di crisi: lo status di vittima nella Convenzione di Lubiana-L'Aja sui crimini internazionali

Chiara Finocchiaro **417**
L'ambiente e i "nuovi" diritti costituzionali

Collaboratori del volume **437**

Nota dei curatori

PAOLO BARGIACCHI[*] - FAUSTO VECCHIO[**]

Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi

La complessità di un mondo caratterizzato da un continuo sovrapporsi di situazioni di crisi mette in discussione i concetti giuridici che abbiamo imparato a conoscere negli ultimi decenni. L'impressione che si ricava è quella di una ormai insanabile rottura con l'esperienza giuridica inaugurata negli anni immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale: in controtendenza rispetto a un movimento storico orientato a negare le categorie che lo *ius publicum europaeum* ha desunto a partire dalla nozione di sovranità, l'epoca che viviamo sembra segnata da un irresistibile desiderio di ritorno alla sovranità e ai suoi corollari.

Le conseguenze di questa crisi delle idee su cui si è retto l'ordine globale non sono solo teoriche. I primi effetti concreti della crisi dell'armamentario concettuale *post-vestfaliano* si manifestano sotto forma di guerre dal sapore ottocentesco, di sempre più perduranti stati di eccezione, di inimmaginabili diffusione di "democrature" illiberali, di negazioni di diritti considerati basilari e di crisi irreversibile di organizzazioni internazionali come le Nazioni unite o l'Unione europea che ogni giorno mostrano la loro inadeguatezza e mai come oggi sono state percepite tanto anacronistiche e disfunzionali. Gli esempi molto probabilmente potrebbero continuare.

Per quanti credono che il diritto possa dare un contributo ordinato allo sviluppo di relazioni umane pacifiche e civili, diventa allora essenziale ritornare a proporre riflessioni sulle categorie generali del diritto che, tenendo in considerazione gli errori sia del passato remoto che di quello più prossimo, sappiano indicare soluzioni adatte ai drammi del presente. A novembre 2023, questa esigenza di riflessioni di ampio respiro ci ha spinto a organizzare un incontro dedicato alle questioni della tutela dei diritti e aperto ai rappresentati delle Istituzioni e studiosi di diverse generazioni, di diverse discipline e di diversi Paesi. Dal confronto tra sensibilità differenti è nata una iniziativa dall'alto valore scientifico che, a diverso titolo, ha coinvolto tre Dottorati (Università Kore di Enna, Università di Genova e Università Marconi di Roma), le Istituzioni di Garanzia della Regione Sicilia (il Garante dei diritti dei detenuti, il Presidente del CORECOM, il Garante delle persone con disabilità e il Garante per l'infanzia e l'adolescenza), il Garante per la protezione dei dati personali, la Presidente della Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza e un totale di sessanta ricercatori *senior* e *junior* provenienti da quattro Stati europei. Nasce così questo volume che raccoglie gli Atti della *Call for Paper* per i giovani ricercatori, dei due giorni del Convegno e della Tavola rotonda conclusiva. Ci teniamo a sottolineare la preziosa collaborazione del Dottor Gaetano Calcagno e del Dottor Vincenzo Telaro che, dalla progettazione degli incontri alla raccolta degli atti, è stata essenziale in ogni fase della nostra iniziativa.

La buona riuscita di queste iniziative, in abbinamento alla perdurante esigenza di continuare a riflettere, ci induce a riproporre per i prossimi anni una formula che sembra particolarmente utile per indagare *inter alia* sulle questioni e sulle categorie generali della teoria del diritto e della teoria dello Stato, oggi più che mai precondizione scientificamente necessaria per comprendere compiutamente, e dunque regolamentare in modo adeguato, i nuovi o rinnovati fenomeni socio-politici dell'ordine globale contemporaneo.

---

[*] Professore Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Enna "Kore".

[*] Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Enna "Kore".

INTRODUZIONE

FAUSTO VECCHIO*

Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi

A partire dal momento in cui le grandi Rivoluzioni della modernità hanno imposto i primi regimi liberali, l'idea di finalizzare l'esistenza delle istituzioni alla tutela delle prerogative individuali diventa talmente centrale da aver inaugurato una pagina nuova della tradizione giuridica occidentale. Come è stato autorevolmente sostenuto, il Bill of Rights *inglese, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino e i primi dieci emendamenti della Costituzione americana hanno realizzato una vera e propria "rivoluzione copernicana" che ha chiuso «l'età dei doveri» e delle sue codificazioni di obblighi e ha inaugurato una nuova e assai proficua «età dei diritti». Si tratta di una innovazione talmente epocale che, fatti salvi episodici rigurgiti reazionari caratterizzati da ambiguità irrisolte sulla questione, non è stata minimamente scalfita dal trascorrere dei secoli. Anche quando si è preso atto dei limiti della lettura giusnaturalistica che ha prodotto la svolta e si è tentato di declinare il tema dei diritti secondo paradigmi alternativi e più sensibili ai processi storici, la centralità dei diritti non è mai stata davvero messa in discussione. Una volta che il decorrere del tempo ha messo in crisi la pretesa illuministica secondo cui lo statuto dei diritti possa in qualche modo essere desunto dalla natura, sia l'approccio positivistico, sia il successivo approccio post-positivistico (o neo-giusnaturalistico) hanno comunque continuato a tenere ferma l'idea di istituzioni pensate con l'obiettivo primario di salvaguardare le esigenze dei consociati.*

Naturalmente, quanto appena affermato non significa che il tempo non abbia avuto una sua incidenza, anche profonda, sull'esperienza storica concreta. Per un verso, guardando ai diritti riconosciuti, è semplice rilevare come nel corso degli ultimi trecento anni le carte dei diritti si siano progressivamente arricchite fino ad includere nuove e sempre più sofisticate pretese. Se nell'epoca del giusnaturalismo ci si era limitati soltanto a riconoscere i più basilari diritti civili e politici, gli ordini costituzionali emersi in Europa a partire dalla seconda metà del Novecento hanno preso l'impegno di garantire sia i diritti sociali, sia quell'eterogena congerie di pretese individuali e collettive che viene generalmente individuata con l'espressione "nuovi diritti".

Per un altro verso, con un processo che in una certa misura è andato di pari passo con l'appena descritto arricchimento delle Carte, nel corso dei secoli si è assistita ad una poderosa ridefinizione dei meccanismi preposti alla salvaguardia effettiva dei diritti. Si può a questo proposito sostenere che l'esigenza di garantire l'effettività delle previsioni contenute nelle Carte è stata tra i principali motivi che hanno indotto al superamento dell'ottocentesco stato borghese di diritto e all'affermazione dello stato costituzionale di diritto. Preso atto che tra l'Ottocento e il Novecento l'adozione delle Carte per via legislativa si è mostrata storicamente inadeguata per garantire i diritti, la fantasia dei giuristi ha aiutato giudici, legislatori e costituenti ad adattare soluzioni già conosciute o ad 'inventare' gli strumenti di tutela più disparati. Così, a fronte della possibilità di abusi ad opera delle maggioranze politiche, sono stati pensati o rimodulati strumenti di tutela come il judicial review*, il ricorso diretto al giudice costituzionale, le riserve di legge o le clausole costituzionali che aggravano ulteriormente o addirittura impediscono l'emendamento di certi articoli delle Costituzioni. Oppure, con l'intento di riempire possibili vuoti di tutela degli ordinamenti composti o delle istituzioni sovranazionali, sono stati predisposti articolati sistemi di protezione multilivello*

* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Enna "Kore".

che, grazie all'azione del potere giudiziario, hanno dato tutela ai diritti riconosciuti dalle tante Carte internazionali proliferate a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite. È il caso di segnalare che, lungi dall'esaurirsi nei secoli passati, gli effetti di questi processi sono arrivati sino ai giorni nostri. Soltanto a titolo di esempio, basti pensare all'introduzione del controllo successivo di costituzionalità in Francia, alla introduzione delle figure degli Ombudsman in numerosi ordinamenti nazionali, al Protocollo 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea effettuato con il Trattato di Lisbona o alla diffusione che negli ultimi anni stanno conoscendo le Alternative Dispute Resolution *e i nuovi strumenti contrattuali di tutela privatistica dei diritti. Se si vuole restare nel contesto italiano si può fare menzione dei disegni di legge presentati nei mesi passati per introdurre un'Autorità nazionale per i diritti fondamentali.*

La spiegazione della persistenza del tema dei diritti e della loro continua rimodulazione pare da ricercarsi nello specifico ambito storico in cui esse sono maturate: in un contesto in cui l'idea alla base della "rivoluzione copernicana" dell'«età dei diritti» non è mai stata messa in discussione, la necessità di dare tutela alle posizioni soggettive è rimasta centrale; di contro, le modalità concrete di protezione hanno finito con il conformarsi alle trasformazioni storico sociali. Tuttavia, in un'epoca in cui la crisi della globalizzazione inizia a manifestarsi sotto molteplici aspetti, questo intrinseco nesso che lega la fenomenologia dei diritti con le trasformazioni storico sociali pone alcuni interrogativi ineludibili dalla riflessione dei giuristi. Innanzitutto, in un contesto internazionale in cui la conservazione degli equilibri attuali appare tutto fuorché scontata e in cui nuovi attori lontani dalla tradizione giuridica occidentale rivendicano (e con ogni probabilità otterranno) un ruolo prima sconosciuto, occorre interrogarsi sulle reali possibilità di sopravvivenza dei presupposti alla base dell'«età dei diritti» e sui rischi che un tracollo autocratico possa determinarne la fine. In secondo luogo, anche in assenza di rotture evidenti dell'ethos politico istituzionale che, pur con contraddizioni e provvisorie interruzioni, ha sostanzialmente governato il mondo occidentale negli ultimi secoli, lo scenario di crisi che stiamo vivendo impone una domanda sulle reali possibilità di perseguire un'espansione illimitata ed ininterrotta dei diritti e sui rischi connessi ad un'inversione, anche graduale, dei processi tendenzialmente espansivi che abbiamo conosciuto fino ad oggi. Detto altrimenti, l'affermazione di democrazie illiberali e il progressivo consolidamento di forze politiche populiste all'interno di spazi tradizionalmente appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, impone di interrogarsi sulle possibilità di sopravvivenza e sui rischi di crisi di un mondo segnato da un progressivo declino dei riconoscimenti e delle tutele che abbiamo conosciuto. Infine, in una prospettiva di resilienza, l'ultima, ma non meno importante, questione con cui il giurista è chiamato a confrontarsi riguarda una complessiva ridefinizione degli assetti e una rimodulazione equilibrata degli strumenti tecnici funzionali a prevenire o a porre rimedio alle conseguenze di catastrofici tracolli o di più lenti ma non per questo meno inquietanti fasi di declino.

L'esigenza di confrontarsi con interrogativi che sono trasversali a diversi campi del sapere giuridico ha spinto ad organizzare all'Università Kore di Enna una Call for paper e un Convegno che si sono svolti tra il 21 e il 23 novembre del 2023 e che ha coinvolto studiosi e rappresentanti istituzionali. Da quelle iniziative nascono gli scritti raccolti in questo volume. Senza la presunzione di voler risolvere questioni cruciali per il prossimo futuro dell'ordine occidentale, l'auspicio è che le proposte emerse da un confronto di alto profilo tra studiosi di diverse discipline e di diverse generazioni possano rivelarsi utili a mettere al riparo il cammino intrapreso con l'«età dei diritti».

Parte I
Nuovi metodi, nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona

Alessandro Corbino
L'illusione delle forme nella realtà del diritto

Alessandro Morelli
L'apertura della scienza costituzionalistica e le implicazioni sul piano del metodo di studio dei diritti

Antonio Ruggeri
Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali

ALESSANDRO CORBINO[*]

L'illusione delle forme nella realtà del diritto[**]

SOMMARIO: 1. Una crisi di categorie? - 2. La solidarietà come imperativo politico. - 3. La visione solidaristica dello stato contemporaneo. Crisi delle formazioni sociali. Lo Stato attuatore di solidarietà. - 4. Due capisaldi evaporati: la legge come fonte unica del diritto e la cittadinanza come criterio ordinario di collegamento tra norma, territorio e destinatario. Stato democratico e divisione dei poteri. - 5. Autogoverno e delega delle funzioni. - 6. L'insuperabile ruolo del "destinatario mediante" nella traduzione della legge in diritto. - 7. Il destinatario della protezione normativa. Solidarietà e misura definibile delle risorse. - 8. La forma "minore". - 9. I presupposti socio-culturali della capacità di agire. - 10. Affidarsi ancora alla legge? Affidarsi al giudice? - 11. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The paper reconsiders the role of "forms" in law to highlight the difficulties of contemporary times linked to the emphasis of the role of "law" in very mobile contexts which force it to deal with an often very significant distance of the reality to be regulated from that presupposed by the shapes.***

1. *Una crisi di categorie?*

Sono grato agli organizzatori per l'invito e molto lieto di condividere questo tavolo con amici antichi, in una sede che mi è molto cara, come l'Università Kore di Enna. Rispetto alla versione letta al convegno, l'attuale presenta la medesima sommarietà, con alcune integrazioni (in corpo minore) omesse in quella sede.

Naturalmente, mi sono chiesto quale possa essere il contributo di uno storico (del diritto romano) alla nostra discussione e non sono sicuro di avere trovato la giusta risposta. Ho optato per l'idea che il mio compito possa essere quello di offrire elementi di riflessione su alcuni presupposti di "cultura giuridica" che condizionano il nostro modo di guardare alle cose. Riflettono una realtà superata. Il nostro mondo di riferimento sta cambiando in termini che vanno molto oltre il normale scorrere delle cose. Richiederà probabilmente uno sforzo di elaborazione (di discipline e prima ancora di categorie teoriche) paziente. Sostenuto da un impegno corale. Dunque dal contributo di tutti. E perciò anche di chi conserva memoria di fatti passati ma non per questo irrilevanti per il nostro presente. Non solo perché ne dipendiamo in molto. Ma perché essi racchiudono sollecitazioni alle quali è – a mio modesto modo di vedere – molto utile prestare ancora attenzione.

2. *La solidarietà come imperativo politico*

Viviamo un tempo nel quale – in Occidente – la convinzione di dovere essere "solidali" per potere sperare di affrontare con successo la dimensione divenuta enorme (in senso letterale: di eccedente la norma, rispetto a quel che essa era appena qualche decennio addietro) delle difficoltà da fronteggiare è divenuta patrimonio comune. Siamo tutti troppo

[*] Professore Ordinario di Diritto Romano in quiescenza, Università degli Studi di Catania.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

piccoli per essere vincenti. Ed essere solidali non è perciò un dovere etico (come può esserlo per tanti). È anche un imperativo "politico". Se vogliamo realizzare insomma una convivenza all'altezza delle nostre speranze, che includa i nostri tendenziali egoismi. Per conseguirli nella "misura del possibile". E non per farcene guidare con ottusa esaltazione.

3. *La visione solidaristica dello stato contemporaneo. Crisi delle formazioni sociali. Lo Stato attuatore di solidarietà*

A valle della Seconda guerra mondiale, delle dolorose vicende che l'avevano preceduta e del durissimo prezzo pagato per prevenire che esse potessero riprodursi, si è guardato ad una nuova idea di comunità "politica".

Per restare al generalissimo e a ciò che ci è più prossimo, la nostra costituzione repubblicana del 1947 ha disegnato una società "politica" che non si propone solo di assicurare gli obbiettivi di sempre (la "sicurezza" di coloro che ne sono parte, sia verso l'esterno che nelle loro relazioni) ma anche molto di più. Le ha fatto carico di preoccupazioni ulteriori. Alcune delle quali (quelle che più ora ci interessano: la protezione dei deboli) – ancora nel tempo nel quale la Costituzione fu pensata ed approvata – erano immaginate come compito fondamentalmente da agevolare. Le si riteneva proprie delle formazioni sociali che nella storia se ne erano fatte carico (nel nostro mondo, la Chiesa, la famiglia, l'associazionismo libero). L'art. 2 faceva rinvio esplicito ad esse come alla loro sede naturale: *La Repubblica "garantisce" i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità….*

Molto da allora (80 anni addietro) è cambiato. Quelle formazioni sociali non sono più in grado di assolvere alla loro tradizionale funzione, o almeno non lo sono nella misura di un tempo. Quel compito è divenuto di conseguenza – in misura crescente – compito diretto della comunità politica. In ossequio, del resto, alla visione proattiva che la stessa Costituzione già le assegnava (art. 3, comma 2): *è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli … che impediscono il pieno sviluppo della persona umana …*

4. *Due capisaldi evaporati: la legge come fonte unica del diritto e la cittadinanza come criterio ordinario di collegamento tra norma, territorio e destinatario. Stato democratico e divisione dei poteri*

Questa cresciuta attenzione per la solidarietà ha molto cambiato le cose, divenendo la giustificazione di un intervento pubblico nella vita sociale sempre più incisivo. La società è diventata la società del benessere. Attenta alla qualità della vita.

La famiglia ha cessato di essere una istituzione impenetrabile. Se ne è profondamente riformato il regime. È finito il tempo della potestà paterna ed è venuto quella della potestà genitoriale. È mutato il collegato regime successorio. È finita la concezione della famiglia considerata naturale (persino ancora nel dettato costituzionale) di istituzione legata alla procreazione. È divenuta un'unione affettiva. Anche mono-genitoriale. Si è aperta alla possibilità di esistere tra persone del medesimo sesso.

La Chiesa ha visto regredire la propria influenza per il diffondersi di una morale laica sempre più indipendente dai suoi tradizionali dettami.

Le altre formazioni sociali si sono moltiplicate come strumento per conseguire obbiettivi specifici (inducendo costumi segnati dai medesimi e dunque differenziati e differenzianti). Rendendo in una parola molto più complessa la vita collettiva.

Il tutto mentre si sviluppava una cultura della competizione che approfondiva le distanze e moltiplicava gli attardati stimolando l'adozione di provvidenze (necessarie a fronteggiarne la gravità) cui provvedere attraverso una fiscalità che ha finito con il raschiare il barile. È di questi giorni uno studio che mette in evidenza il fatto che il 62,5% del prelievo sui redditi delle persone fisiche proviene dal 13,9% delle stesse (il 47% delle quali dichiara per altro di non produrre redditi). Non mi sfugge certo che questi dati andrebbero combinati con quelli (molto meno facilmente calcolabili) della elusione e della evasione fiscale (quel 47% fa davvero impressione). Né il fatto che il recupero della stessa alleggerirebbe di certo la condizione dei più deboli, vessati oggi dalla necessità di radunare un quanto di risorse collettive così elevato da non potere che essere distribuito – in misura rilevante – sui tanti. E tuttavia credo non sfugga a nessuno come la rigidità conseguita dalla spesa pubblica lasci margini di manovra molto esigui. Come dimostra il fallimento di ogni proposito di contenerla. La declamano come necessità quanti si trovano temporaneamente a non dovere gestire la responsabilità del governo. Vi si sottraggono puntualmente non appena si trovino nella condizione di governanti del momento.

Registrare le nuove debolezze da considerare non può bastare.

La crescente spinta ad estendere il campo della solidarietà (molto comprensibile in un mondo nel quale nessuno può più non vedere le sofferenze diffuse di tanti) ha fatto entrare in crisi uno dei fondamentali cardini sui quali si è retto (fino a pochi decenni addietro) l'ordine giuridico occidentale (e in particolare il nostro, europeo ed italiano).

È venuto meno il fondamento che aveva fin qui governato (ancora fino a metà del secolo scorso) la relazione "regola/destinatario". Senza che ad esso se ne sia sostituito uno più appropriato alle necessità.

Il vecchio fondamento riposava su una tradizione per un verso legata alla cultura illuministica e alle vicende di fine Settecento e per l'altro risalente addirittura alle radici dell'esperienza occidentale. Poggiava su due idee di fondo.

La prima (di matrice illuministica) è quella che la regola dovesse essere espressione solo "formale" (i "*verba certa*" della legge) dell'autorità legittimata (secondo un ordine previsto: "costituzionale") in un determinato ambito spaziale altrettanto formalmente "definito" da "confini" non contestati.

Ne venne lo stravolgimento di quello che era stato il concetto antico di "diritto certo", ripetutamente chiarito da Cicerone. Tale non per il suo contenuto, ma perché "indiscusso", cioè "non controverso" (sulla base delle opinioni "qualificate" a definirlo: Cic. *de orat*. 1.57.241). Circostanza che ne rendeva doveroso (in senso etico) l'aderirvi del giudice (Cic. *pro Caec*. 24.68, 25.72, *verr.* 2.2.12.30-31; *pro Tull*. 12.29-30). Si sarebbe comportato nel modo atteso di osservare il proprio *officium*, sanzionabile perciò solo se la trasgressione potesse configurarsi come maliziosa (*iudex qui litem "suam" fecit*). In un sistema giudiziario che precludeva comunque ogni possibile revisione della pronuncia (espressione della condivisa fiducia delle parti, cui il giudice della lite doveva l'investitura ricevuta). Le conseguenze dell'erroneo (non malizioso) convincimento sarebbero ricadute sugli "interessati" disattenti (nel momento della nomina concordata).

I *verba certa* (espressione che vale ad indicare – in ragione del significato proprio di *cerno* – il fatto che essi sono stati "scelti", studiati in relazione all'obbiettivo della dichiarazione, sono, come dicevano, *verba nuncupata*: Fest., v. *'nuncupata pecunia'* [Lindsay, 176]) hanno una diversa (più realistica) funzione di quella che si è immaginato di potere loro assegnare nella modernità. Essi contribuiscono all'obbiettivo di dare certezza al diritto. Non lo realizzano. Limitano lo spazio della interpretazione, ma non ne impediscono la insuperabile possibilità. Una antichissima norma (XII tav. 6.1), fatta ovviamente di *verba certa* come tutte le legislative, imponeva di attenersi a questi: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*

(il diritto nascente dall'atto – *nexum, mancipium* – si consideri quello conforme alla formulazione solenne – *nuncupatio* – che ne è stata enunciata, in questo caso dalle parti). E tuttavia. Quale sia il significato proprio della espressione solenne utilizzata non è nella espressione, ma nel senso che ad essa vi attribuisce l'interprete. Nel testo della legge (ad esempio: XII tav. 4.2b) si usa "*filium*", ma quale debba esserne il senso (solo quello di sesso maschile o anche quello di sesso femminile?) lo dirà – e discutibilmente (Gai. 1.132) – l'interprete di esso. Nel terzo capo della legge Aquilia, si indicava con *rumpere* l'attività illecita sanzionata (commissiva di "danno", cioè di "distruzione" di un bene materiale). Ma gli interpreti ritennero che essa dovesse intendersi nel senso più esteso di "*corrumpere*" (D. 9.2.27.13, Ulp. 18 *ad ed.*), comprendere dunque anche gli atti distruttivi solo "funzionalmente" dell'oggetto (come la maculazione di una veste o la commistione di sabbia a grano).

La seconda (di antichissima formazione) è quella che il destinatario della regola dovesse considerarsi chi vive in quello spazio (un territorio esposto al potere sovrano della comunità politica) in forza di una relazione stabilizzata con lo stesso che lo rende naturale titolare delle posizioni che da essa discendono: attive (diritti, potestà, pretese) e passive (doveri, soggezioni). Con una distinzione tra le due posizioni. Quelle attive reclamabili solo da coloro che vivono radicati nel territorio con la qualifica (derivante dalla legge in forza di presupposti da questa fissati) di "cittadini", quelle passive estendibili (sempre in dipendenza di un criterio legale di collegamento) anche a chi si trovi occasionalmente presente nel territorio di riferimento.

Si tratta di due idee (la legge veicolo unico del diritto e la cittadinanza presupposto ordinario di collegamento) che non hanno resistito alla storia. Nascono da una visione legata ad una realtà sostanziale nella quale i cambiamenti avvenivano in modo abbastanza lento e controllabile e nella quale era dunque coltivabile (con qualche giustificazione) l'"illusione" che la "forma" potesse vincolare i suoi destinatari. Intendeva reagire, d'altra parte, ad una pratica diffusa di arbitrio e soggettività interpretativa da parte di coloro che erano chiamati ad osservarla come amministratori, ordinari e giudiziari di essa. Il giudice – si diceva (ma lo stesso si pensava di ogni altro amministratore) – avrebbe dovuto essere solo la "bocca della legge".

L'impraticabilità di questa visione di cose e la collegata illusione del valore vincolante della forma sono oggi sotto gli occhi di tutti.

La prima (la visione che considera "controllabile" il cambiamento) non regge alla constatazione che i mutamenti della realtà non sono affatto controllabili come si pretendeva. Non lo sono stati mai. Non lo possono essere in un mondo che si trasforma con travolgente velocità, sotto la spinta di fattori molteplici (progresso scientifico e tecnologico, circolazione impetuosa delle idee, caduta di molti condizionamenti sociali antichi, sollecitazione per contro di costumi inconsueti).

La possibilità che la disciplina dei fatti possa essere affidata alla "forma" (la legge) sconta l'inesorabile distanza tra la realtà presupposta da chi "formalizza" la disciplina (antecedente, spesso di decenni, al fatto da disciplinare) e la realtà osservabile nel momento in cui quella disciplina richiede applicazione.

La convinzione che la legge sia "applicabile" ha fatto trascurare che a governare le relazioni sociali non sono state mai le "regole", ma il "diritto". Ciò che gli uomini hanno cioè ritenuto (nel momento nel quale avrebbero dovuto osservarle) essere il loro "contenuto" dispositivo.

Pensare che la regola fosse "applicabile" meccanicamente dal destinatario ha enfatizzato il ruolo della legge e ha fatto perdere di vista l'importanza del diritto. Benché questa fosse scolpita già nel dato linguistico universale che aveva dovunque fatto distinguere i due fenomeni. Non solo a Roma dove del diritto si coltivò un "sapere" addirittura scientifico, ma anche dove un tale sapere non si ritenne di coltivare, come in Grecia. Regola e diritto erano

indicati da segni linguistici non sovrapponibili: *lex/ius* nella lingua latina; *nomos/dikaios* in quella greca. Ne è venuta la conseguenza di avere fatto concentrare ogni preoccupazione "politica" sugli strumenti di produzione delle regole. Sottovalutando il ruolo "effettuale" dei modi nei quali esse divengono disciplina del fatto concreto. Ha fatto concepire regole e diritto quasi come sinonimi ed ha favorito una concezione "statica" dell'ordine giuridico. Quando esso non può averne che una "dinamica". Ordinante. Fissa un metodo: il "come" si perviene al suo obbiettivo pratico, alla disciplina del fatto che lo richiede; il come si crea l'orientamento – la regola (legge/costume) – di chi debba provvedere; il come si giunge alla determinazione autoritativa – la decisione – di chi è chiamato a provvedere.

Creatori della "regola" (vivente) sono divenuti così (senza che alcuno lo volesse, forse nemmeno essi medesimi) i suoi amministratori. Ve li spinge inesorabilmente la necessità di doverne adattare il dettato alla realtà presente.

Ne è rimasto svuotato di effettività uno dei principali fondamenti teorici dell'ordine giuridico moderno.

L'illusione che il legislatore potesse "vincolare" e non semplicemente "orientare" il "destinatario mediante" (l'amministratore della norma) ha lasciato spazio all'idea di amministratori non solo titolari di una funzione distinta (rispetto a quella dei legislatori), ma anche (il che vale in particolare per quella "giudiziaria") esercitabile con indipendenza assoluta (se non dalla legge). Quasi che essi possano essere sempre davvero "terzi" rispetto ai problemi loro demandati. Anche quando cioè questi non possono per natura (riguardano aspetti della vita collettiva che disciplinano interessi "pubblici") non coinvolgerli. Con buona pace della illusione di avere posto rimedio (con la esaltazione della legge) al rischio di arbitrarietà dell'interprete e con tutte le tensioni che ne sono nel tempo derivate, in ragione della complessità che le cose hanno conseguito da quando l'ordine politico (il sistema ordinante delle decisioni di interesse collettivo) si è fatto anche democratico e partecipato (aperto dunque al contributo di tutti i suoi attori che lo vogliano prestare, amministratori e giudici compresi).

Anche sulla "divisione dei poteri" andrebbe fatta una riflessione. Il potere "politico" (la sovranità collettiva che giustifica le decisioni di interesse generale) non è (per natura) "divisibile". Ha una configurazione di necessità "olistica". Dà fondamento collettivo ad "ogni" decisione di interesse comune (la fissazione delle "regole" di riferimento e la loro successiva "amministrazione"). Opportuno (nel senso di conveniente allo scopo di una loro gestione collettiva) è dunque assegnare il compito di assumere, nel concreto, quelle decisioni a soggetti diversi. Concentrandole in uno soltanto, le si rimetterebbero all'arbitrio di lui. È contro questa pratica di concentrazione (quale maturata nei lunghi secoli che la videro vigente nell'Occidente di radici mediterranee, da Augusto ai sovrani assoluti dell'età moderna) che si pronuncia Montesquieu. Distribuendo l'esercizio del potere "politico" (non la titolarità di ciascuna delle funzioni che esso legittima) "*ratione materiae*" (normazione, amministrazione generale, amministrazione giudiziaria) tra una pluralità di delegati a provvedere (tanto più se temporaneamente, come lo stesso Montesquieu raccomandava, giungendo a suggerire esplicitamente che le giurie nei processi penali godessero di una preposizione legata all'occasione e non alla funzione) se ne realizza una gestione fattualmente "ordinata" secondo valutazioni "collettive" (nella quale perciò lo spazio di arbitrio di un singolo si restringe enormemente) e "limitata" dalla esposizione di chi "provvede" a decisioni "ordinanti" di altri soggetti.

5. *Autogoverno e delega delle funzioni*

Non intendo ovviamente proporre soluzioni. Intendo solo invitare a considerare che non possiamo ignorare l'importanza di dovere guardare – con occhio rinnovato – al nostro ordine giuridico già per questo aspetto di fondo (relazione tra legge – generatrice di orientamento –

e diritto generatore di disciplina del fatto concreto). Se vogliamo preservarne la sua natura di ordine "politico", orientato cioè all'autogoverno "organizzato" (collettivo) dei suoi destinatari. L'idea – maturata nello Stato moderno – che vi possano essere funzioni "pubbliche" delegate a vita e dunque rimesse all'autorità "formale" (indiscutibile) di qualcuno è molto modestamente compatibile con l'idea di autogoverno (la riduce alla "scelta" del governante). L'autogoverno implica sicuramente che non si "concentrino" le funzioni pubbliche. Ma altrettanto sicuramente che l'affidamento delegato delle stesse avvenga almeno (soprattutto quando la loro natura ne esiga elevatissima indipendenza di esercizio) con limiti strutturali (collegialità della gestione) e di durata (per tempi cioè ragionevolmente contenuti) che ne impediscano la possibilità di un esercizio arbitrario (superbo come quello – pur "delegato": il *rex* romano è tale per designazione collettiva – di Tarquinio, che indusse i Romani a porre fine al *regnum*).

La "decisione" individua alla quale si perviene in ambito giudiziario non può non essere vincolante per il suo immediato destinatario ("giudicato"). Per una insuperabile ragione pratica. Perché deve cioè spegnere autoritativamente un conflitto. Il che – in democrazia – significa in nome di un'autorità "accettata" (nei vari modi nei quali lo può essere) da chi ne subisce l'azione. Ma non può "vincolare" destinatari diversi (legati a presupposti temporali e sostanziali del conflitto che potrebbero giustificarne una diversa soluzione). Senza almeno farli sentire esposti ad una forzatura. Il brocardo "*res iudicata pro veritate accipitur*" ha assunto senso di precedente "oggettivo" (e sempreché lo abbia assunto davvero) solo nell'ambito di una visione autoritaria dell'ordinamento giudiziario. Ancora nel diritto romano, lo si intendeva nel senso della non rivedibilità del giudicato specifico (D. 1.5.25, Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap*.) e conviveva dunque con quello "*res inter alios iudicata alii non praeiudicat*" (D. 48.2.7.2, Ulp. 7 *de off. proc.*, D. 42.1.63, Macer, 2 *de appell.*).

I limiti di esercizio evocati (collegialità del decisore e temporaneità della sua investitura) non sono diversi del resto – se ci riflettiamo – da quelli che valgono per l'affidamento delegato della funzione più importante (quella legislativa), rimessa all'esercizio di un organo collegiale e per un tempo definito.

Meno necessario (anche per evidenti ragioni pratiche) è solo che le funzioni diverse dalle legislative – e da esercitare con indipendenza – siano anch'esse affidate con lo "stesso" metodo elettivo. Potrebbero esserlo anche con uno meno generale (per esempio, come a Roma, con uno costituito dalla "scelta" rimessa agli stessi destinatari del giudizio). Importante è che il metodo utilizzato assicuri ai titolari della funzione la fiducia dei loro amministrati.

6. *L'insuperabile ruolo del "destinatario mediante" nella traduzione della legge in diritto*

Vengo al secondo dei problemi che ho evocato. Alla questione di chi possa/debba essere oggi il destinatario finale delle regole e del diritto che da queste discende.

Parto da una banale constatazione.

Come ognuno comprende, il diritto contenuto nella regola non può che essere individuato attraverso i costumi viventi nei due tempi da considerare. Quello che ha fatto concepire la "forma" della regola, il suo dettato (ne farà comprendere le ragioni) e quello della sua applicazione (farà attualizzare quella forma alla realtà corrente).

Quando il nostro codice civile parla (solo per fare un esempio) di "proposta" ed "accettazione" del contratto ne ammette una manifestazione anche a distanza (art. 1226), ma non ne indica ovviamente le rispettive modalità possibili. È evidente che il legislatore non potesse che averne presenti quelle del suo tempo (che nel nostro caso sono quelle di fine anni 30), tra le quali non vi erano certo perciò (ne mancava il costume, perché ne mancava la

possibilità) il fax o il messaggio di posta elettronica. Nessun giudice contemporaneo le escluderà per questo dalle ammesse (essendo esse entrate nella possibilità e nel costume). Continuerà però ad escludere da esse il telefono, per l'evidente impossibilità del mezzo (nonostante la sua diffusa utilizzazione) di rendere riferibile con certezza, ora come allora, la volontà comunicata a colui che ne è l'apparente manifestante. Anche in un ambiente di raffinata attenzione come una presidenza del consiglio dei nostri giorni si è dovuta sperimentare la facile possibilità di piegare il mezzo alla falsificazione.

Non è dunque possibile immaginare che la regola possa applicarsi senza il decisivo intervento mediante di colui che deve provvedere.

7. *Il destinatario della protezione normativa. Solidarietà e misura definibile delle risorse*

Vengo alla questione di chi possa essere il destinatario finale della regola (quello che potrà vantare le posizioni attive che essa assicura e subire le soggezioni passive che essa impone) delle norme vigenti nello spazio che è esposto alla giurisdizione dello stato italiano.

Salto il problema di quali siano oggi le regole vigenti in quello spazio. Un problema divenuto anch'esso molto più complesso di un tempo. E semplifico, ma solo per sottolineare l'importanza (anche da questo punto di vista) delle novità imposte dall'affermarsi di una considerazione sempre più larga delle preoccupazioni di "solidarietà" fatte proprie dall'ordinamento italiano contemporaneo. Guardo dunque alle cose dal punto di vista della relazione tra "norma" di pura espressione interna e suo possibile destinatario.

A scorrere le cronache – ma a dire il vero (da quel pochissimo che so) anche il pensiero un poco più colto – l'attenzione si concentra sull'aspetto dei "diritti". E di discute perciò in base a quale criterio di collegamento rispondere alla domanda. Se facendo riferimento a quello tradizionale (che lo vedeva nella relazione – formale – di "cittadinanza") o anche oltre questo. Vedendolo dunque – in nome della "solidarietà" che l'ordinamento assume di dovere coltivare – anche in altre meno intense relazioni. Stabili, come quella che concerne i "residenti" non cittadini. Ovvero anche solo occasionali, come quella che riguarda chi si trovi di fatto sul territorio, non da turista ma da aspirante ad insediarvisi (nei complessi modi in cui lo possiamo concepire). O perché migrante desideroso di migliorare la propria condizione economica di origine o perché migrante portatore invece di un interesse alla solidarietà in quanto sfavorito dalla condizione "politica" del luogo di origine e richiedente dunque asilo a questo titolo (per il quale può invocare per altro una disposizione costituzionale specifica, quella dell'art. 10).

Si è diffuso l'orientamento che non possano più valere le antiche categorie e che vada dunque individuato un più largo criterio di soggettività rispetto a quello della cittadinanza. Estendendo la considerazione alle "persone", espressione che appare a molti più direttamente evocativa della condizione umana. Non lo è in realtà (almeno nel mondo giuridico dal quale è mutuata, quello romano). Era infatti anche essa una "forma giuridica" necessaria in un mondo (quello romano appunto) nel quale non tutti gli "uomini" come tali erano soggetti dell'ordinamento né – tra quelli che lo erano (i "radicati" in quel mondo, come liberi o come servi) – lo erano senza differenze. Estesa poi anche alla realtà artificiali create "a somiglianza", materiali (come la maschera da teatro) o concettuali (come le persone appunto solo in senso "giuridico"). Ma non è il caso di insistervi.

Occorrerebbe per altro in materie così delicate e difficili come quelli delle migrazioni in corso rifuggire da facili ed astratte valutazioni. Dire, ad esempio, che esse sono un fenomeno che è sempre esistito è vero e falso

insieme. È vero se guardiamo al dato esteriore. Alla ricorrenza (anche diffusa) del fenomeno in certi momenti della storia. È falso se guardiamo ai contesti.

Nei primi secoli dell'ultimo millennio a. C. – nei quali il fenomeno era "ordinario" – le migrazioni avvenivano in un mondo nel quale la popolazione complessiva sulla terra era di poche decine di milioni di viventi e nel quale la terra controllata dalle comunità "statali" era una piccola parte della esistente (lo sottolinea, del resto, la frequenza con la quale si verificava la "fondazione" di nuove comunità "politiche", anche "prossime" alle esistenti) e quella da esse controllata non coincideva con quella "occupata" dai singoli, parte importante della stessa restando nella disponibilità collettiva degli insediati (come gestita dai loro relativi "governi": a Roma l'*ager publicus*). Per avere un'idea della reale densità abitativa di quel lontano tempo, si consideri che essa viene calcolata – ancora nel tempo ben successivo alla nascita di Cristo – non superiore a 200 milioni, dei quali viventi, nello spazio controllato dall'impero romano (in pratica l'intera corona delle terre attorno al Mediterraneo, dall'Europa transalpina all'Africa settentrionale, dalla Spagna al Mar Nero e alla Mesopotamia), una cifra da contenersi non troppo oltre i 50 milioni.

Nel tempo delle migrazioni antiche, gli spazi disponibili per tentare una più fortunata collocazione non ponevano insomma problemi (o ne ponevano di contenibili). Nei tempi (presupposti nel mito) di Enea e dei propri compagni (la guerra di Troia si colloca attorno al 1200 a.C.), la situazione non era la stessa di quella (forse più storica: Liv. 2.16.4-5; Dion. 5.40.3) del tempo nel quale (settecento anni dopo) Atta Clauso (504 a. C.) e i suoi 5000 *clientes* si spostarono da Curi (nella Sabina) a Roma, ottenendo di esservi insediati (dando origine alla *gens Claudia*) in uno spazio dell'*ager publicus populi Romani* nel quale ciascuno dei *clientes* ricevette 2 iugeri di terra e il loro capo 25, per un totale dunque di 2500ca. ettari di terra (lo iugero corrisponde alla superficie di un quarto circa di ettaro). Altra ancora già la situazione che si presentò ai Galli giunti in territorio italico un secolo dopo. Senza dire che l'esito delle varie aspirazioni non dipese solo dalla astratta disponibilità di terra (pure ancora larga). Enea era stato libero di cercarsi l'approdo preferito, la *gens Claudia* poté ottenere la terra necessaria (ma per concessione del senato romano), i Galli subirono la resistenza dei Romani (che difesero vittoriosamente il loro territorio, facendo tramandare così di quei "migranti" un ricordo che ne avrebbe fatto parlare piuttosto come di "invasori").

Avvicinandoci alle moderne, non dovremmo dimenticare quanto ben diversa sia stata ad esempio (rispetto alle antiche appena evocate) la migrazione dei padri pellegrini sbarcati sulle coste nord-americane agli inizi del 1600, quando la popolazione mondiale era ancora comunque di poco più di mezzo miliardo in totale (non conosco i numeri specifici) e le terre del nuovo continente appetibili estesissime. Come tutti sanno, essa diede avvio ad una dura (e impari) vicenda con i nativi che si concluse solo due secoli dopo, con il confinamento dei primi in spazi "riservati" (dove vivono ancora) molto contenuti (rispetto a quelli che erano stati nella loro libera disponibilità).

Nel tempo delle moderne (anche solo quello del nostro primo dopo-guerra), la situazione era, ancora una volta, del tutto incomparabile con quella nella quale il fenomeno si era manifestato nel passato. Il mondo era già un mondo senza terre libere e abitato da miliardi di individui, che comunque (ancora a metà del secolo scorso) erano un terzo degli attuali (circa 2,5, rispetto agli oltre 7 di oggi).

Trascurare le situazioni di contesto può fare soltanto declamare principi, non certo la loro praticabilità.

Ricordo ancora (per restare sempre anche a solo superficiali considerazioni) che i migranti del nostro tempo prossimo (quelli del secolo scorso) si insediavano nei territori stranieri di "approdo" in conseguenza di un'accoglienza "pubblica" e in quelli nazionali di una accoglienza meno difficile, ma esposta pur sempre a criteri di insediamento "controllati" (il potere disporre almeno in locazione di uno spazio di residenza) come avveniva ai migranti italiani che dal Sud giungevano nelle città industriali del Nord. Nessuno si insediava più ormai (già un secolo addietro) per il solo fatto di spostarsi nel territorio. Lo poteva. Ma in forza di criteri che regolavano il fenomeno. Non troppo diversi del resto – nelle logiche – da quelli che lo avevano regolato in antico, quando le migrazioni avessero come obbiettivo una "integrazione" nei territori "altrui" e non la "occupazione" di terre libere. Accadeva sia quando il fenomeno fosse relativo a "individuali" aspirazioni di insediamento (sottoposte a regole di accoglienza come quelle dell'*asylum* che la tradizione romana faceva risalire ai tempi di fondazione della città: Liv. 1.8.5), sia quando esso riguardasse aspirazioni di "gruppi" (come nell'esempio ricordato di Atta Clauso). "Controllata" era stata, d'altra parte, la possibile presenza di stranieri determinata da aspirazioni di temporanea durata, tanto quando fossero legate a ragioni generiche (*hospitium*) quanto a ragioni invece specifiche. Nelle clausole del primo trattato tra Roma e Cartagine (510/509 a.C.) si prevedeva per gli approdati per ragioni di necessità (la riparazione della nave) un trattamento – in territorio cartaginese come in territorio romano – totalmente differenziato da quello riservato a chi approdava per una scelta (per esercitarvi commerci). Tollerata entro tempi molto ristretti (ore/giorni in pratica) la loro presenza nel primo caso. Regolata e prolungata per i tempi opportuni nel secondo (Pol. 3.22.4-13.

E andrebbe aggiunta forse (per parlare delle cose con un minimo di realismo) un'ulteriore considerazione.

Le migrazioni (intese come aspirazione ad essere "accolti" in una comunità insediata) non hanno ricevuto – nella storia – la stessa reazione anche in relazione alla volontà dei migranti di "integrarsi" (piegandosi ai costumi del luogo di insediamento) da quella di coloro che abbiano inteso invece "conservare" la identità di origine o, peggio ancora, "piegare" ai loro i costumi dei nativi. Largamente favorite le prime, sono state variamente contrastate le altre. Nessun problema di principio ha incontrato nel tempo chi intendesse "integrarsi". Gravi ne hanno sempre incontrato coloro che non lo intendessero, conservando identità di gruppo (hanno dovuto subire "espulsioni" collettive). Ancora più gravi quelle di quanti intendessero fare prevalere le proprie convinzioni su quelle dei nativi (da "convertire" nella migliore delle ipotesi, da "sottomettere" nelle più brutali).

Continuare a parlare in astratto delle migrazioni (senza considerazione alcuna di ciò che esse sono state "storicamente") non può aiutare sicuramente a trovare vie di soluzione che possano spegnere e non aggravare le tensioni che viviamo.

L'attuale modo di guardare alle cose (considerando insomma in astratto i destinatari "possibili" delle norme vigenti) rischia – a mio modesto avviso – di farci perdere di vista aspetti fondamentali della difficile vicenda.

Tiene troppo in ombra, per cominciare, un aspetto di estremo rilievo pratico. Quello di individuare quale possa essere la "misura definibile" delle risorse da impegnare nell'azione di solidarietà. E al quale non credo si possa rispondere forzando le categorie vigenti. Né quanto ai richiedenti asilo, né quanto ai migranti più in generale.

Quanto ai richiedenti asilo, ferma la forma (il dettato vigente), si può certo pensare che lo straniero presupposto nell'art.10 della Costituzione non sia più (come nell'idea che se ne poteva avere 80 anni fa) un "individuo" singolo (un perseguitato specifico) ma "chiunque" si trovi nella condizione descritta. E ritenere dunque che il dovere di accogliere riguardi anche chi vi si trovi per ragioni collettive (che lo coinvolgano con tantissimi altri). Ma è ragionevole ritenere che sia dovere della Repubblica accogliere tutti i perseguitati del mondo e provvedere per essi? Con quali risorse?

E individuati – questi perseguitati – comunque "come"? In forza di quale criterio di collegamento?

Per il fatto materiale di ritrovarsi nel nostro territorio? In ragione piuttosto invece del fatto invece che sono "uomini" (ai sensi dell'art.2, che riconosce i diritti appunto dell'"uomo")?

Quella norma (art. 10) guardava con evidenza – quando fu redatta – ad una realtà profondamente diversa da quella maturata 80 anni dopo. E tuttavia: quel che vale per uno perché non dovrebbe valere per tutti?

E se riteniamo che lo debbano perché "uomini" dobbiamo ritenerli inclusi perciò nel "tutti" (altra espressione legale) degli artt. 32 (salute) e 34 (scuola) della nostra costituzione? Ancora una volta: con quali risorse?

Quello che sto osservando è un problema solo apparentemente banale, in un mondo nel quale i riferimenti materiali di una regola cambiano con grandissima velocità. La regola nasce da una realtà (che essa disciplina perciò nella presupposizione di quei riferimenti, che la rendono una regola "sostenibile"). E tuttavia – restando vigente – diviene relativa (in astratto) ad una realtà diversissima da quella da essa "presupposta". Con possibili stravolgenti conseguenze di sostenibilità della medesima.

I problemi non si possono sciogliere se non con criteri a misura degli stessi. La soluzione "gordiana" (considerare che il nodo possa "sciogliersi" senza preservare la corda) non risolve il problema. Lo elimina. Ma può farlo perché la realtà – un singolo, individuo problema ("quel" nodo) – lo consente. Applicato ad ogni nodo rende ogni corda utilizzabile una sola volta (il che non è la sua funzione).

Come prima, non ho soluzioni. Osservo solo che esse non possono venire piegando le "forme" vigenti ad una realtà nuova. E nemmeno rinunciando alle "forme". Dal momento che in un ordine di "regole" (qual non può non essere quello giuridico) queste possono non avere rigidità, ma non possono mancare. Non avremmo l'ordine.

8. *La forma "minore"*

Ancora una riflessione. Su una "forma" di apparente più semplice scioglimento della problematicità del suo contenuto. Chi dobbiamo considerare "minore".

Il criterio che assumiamo per i cittadini (tali ordinariamente, negli assetti vigenti, per discendenza e dunque immersi in consolidate tradizioni sociali) può estendersi tout court a chi vive (come gli stranieri residenti) o è vissuto (come quelli solo transitanti) di altri costumi?

Come tutti sanno "minori" sono per noi coloro che non hanno conseguito la età richiesta per autodeterminarsi (in relazione a classi di atti).

Questo criterio di determinazione della nozione (l'età) non solo si fonda su un'idea di "normalità" che può valere solo in contesti di omogenea cultura, ma sconta anche una "presunzione giuridica" che si scontra molto spesso (già con riferimento alla realtà sociale di chi è "cittadino") con la effettività delle cose. Affida, in altri termini, alla "forma" (l'età di legge) la soluzione del problema. In adesione, dunque, ad una logica giuridica che presuppone l'omogenea composizione del corpo sociale per valori praticati. Il che – ancora 60 o 50 anni fa – corrispondeva abbastanza allo stato delle cose. Assumeva come dato di esperienza un dato che era allora reale, ma che non può più considerarsi tale. Tanto diverse e varie sono divenute nei fatti le pratiche culturali conviventi. Da questo punto di vista, siamo tornati a società più prossime (nella loro composizione) alle antiche mediterranee che non a quelle che esse erano ancora 50 anni fa.

9. *I presupposti socio-culturali della capacità di agire*

Non è questa la sede – né avrebbe molta utilità – ripercorrere in dettaglio le discipline antiche. Ma non possiamo non rilevare quanto fosse allora molto più complessa la determinazione di chi potesse ritenersi (per condizione culturale) in grado di autodeterminarsi (liberamente) e dunque di sopportare le conseguenze "limitanti" o "sfavorevoli" del suo agire sociale. E soprattutto la palese correlazione del riconoscimento della capacità in questione ad elementi ambientali.

L'atteggiamento di ciascuna "città" non era lo stesso di quello di ogni altra. Legava quel riconoscimento alla "propria" cultura, la cui connotazione risentiva con evidenza di condizioni specifiche. Una cosa era vivere e fare esperienza in una città ad economia agraria come Roma, altra in una ad economia mercantile come Atene. Nella prima (nella quale il capitale era essenzialmente "reale") poteva accettarsi una dipendenza economica a vita dei figli dal padre (e un conseguente regime della capacità d'agire indipendente da quella giuridica). Nella seconda (nella quale il capitale "umano" – le abilità individuali – assumeva un rilievo più decisivo) non lo si poteva. E la indipendenza economica si conseguiva perciò con il raggiungimento di un'età (in genere, 18 anni). E ancora. Una cosa era respirare la cultura mediterranea "occidentale", nella quale presto divenne comune la *fides* Romana,

l'insieme dei valori che la connotavano. Altro una diversa. Nella prima si cresceva formati alla "lealtà", al rispetto della parola data e della proprietà altrui. In altre culture si cresceva formati ad un diverso credo (ad una diversa *fides*).

Il furto – atto esecrabile, ad esempio, per i Romani – era per altri invece (come ci informa Gellio) un comportamento da stimolare nei giovani. Li addestrava alla lestezza e alla furbizia. E allenava alla difesa chi ne era esposto. Il vario atteggiarsi delle *fides* nazionali comportava la formazione di *exempla* conseguenti e opposti. Si pensi, da un lato, ad Attilio Regolo (al suo restare, contro ogni convenienza, alla parola data) e, dall'altro, ad Ulisse (al suo escogitare l'inganno fatale agli assediati troiani).

E tuttavia.

Realismo faceva comprendere ai Romani che anche il vivere in un ambiente di valori diffusi e praticati (come la *fides* romana) non ne garantisce l'assorbimento di parte di chi si trovi a vivere in quel contesto sociale provenendo da altri mondi. Non tutela dalle loro malizie.

Benché perciò collegassero la maturità psicologica della persona allo sviluppo fisico (alla *pubertas*), ritenevano (da un lato) che potesse rispondere di furto anche un impubere (secondo la valutazione delle circostanze rimessa al giudice del caso) e (dall'altro) che potesse invocare (conseguenza del riversarsi a Roma di uomini di affari delle più diverse culture) la propria inesperienza (chiedendo al pretore di darvi rilievo) colui che – minore di 25 anni – avesse concluso un affare svantaggioso. Ma non ritenevano – allo stesso tempo – che un impubere potesse rispondere comunque di danno. Altro imputarlo di fatti dolosi (come il furto). Altro di fatti dei quali si risponde anche per negligenza (un presupposto – in chi agisce – di molto più complessa percepibilità).

Ancora oggi, d'altra parte, in Occidente – ma nei Paesi di common law – la capacità di subire le conseguenze del proprio operato (commerciale o delittuoso) non è legata ad una forma rigorosa. Si prevede un'età di riferimento (di massima i 18 anni) ma si rimette al giudice la possibilità di valutare (per dare rilievo o meno alla volontà manifestata, ovvero per escludere/affermare la responsabilità dell'operato) le circostanze del caso. Vige insomma un ordine giuridico non rigorosamente formale come il nostro, ma più elastico e casistico. Rende possibile ciò che – nel nostro sistema (di forme rigorose) – è precluso (almeno di massima). Prevenire una "precoce" (di chi cioè è "minore" rispetto al limite fissato) spontanea e malvagia attività. Come stanno evidenziando per altro tutte le cronache dei nostri giorni con la recrudescenza endemica di azioni violente (persino gratuite) commesse da giovani all'ombra dell'impunità criminale assicurata loro dall'età. Così come diviene molto più difficile intervenire a tutela di chi – maggiore per la forma – potrebbe meritare giustificazioni di specie. La strada percorribile resta quella di moltiplicare le "presunzioni" (l'età rilevante) in ragione di ciascuna ipotesi, in un inseguimento di forme (12 anni, 14, 16, 18, per quanto ne so) che non supera nei fatti l'esigenza di giudicare i comportamenti in relazione alle circostanze.

10. *Affidarsi ancora alla legge? Affidarsi al giudice?*

Non è dunque un problema di tempi. Ma di logiche e di contesti sociali di riferimento.

Le forme funzionano perché semplificano il giudizio, ma presuppongono una variabilità modesta delle situazioni che coprono. Se la variabilità si fa estesa, non possono più funzionare. La legge (e quindi la forma) nasce in relazione ad una realtà attuale, ma

disciplina realtà future. Se queste non sono più quelle che hanno condotto alla forma – che rende indifferenti le variabili fattuali entro l'ambito da essa definito – il meccanismo non funziona più. La forma cessa di essere strumento per agevolare la giustizia (la parità di trattamento delle decisioni da assumere). Diviene limite alla giustizia (all'assunzione di decisioni meritevoli di consenso). Regredisce di efficacia a misura del crescere della complessità della realtà da regolare. Del che sarebbe tempo di avere considerazione.

Mentre la società del tempo nel quale le nostre regole di capacità sono state configurate era abbastanza compatta ed omogenea per valori praticati, oggi essa non lo è più. È una società "esplosa". È venuta meno la funzione omologante di istituzioni sociali che per secoli avevano provveduto (come famiglia e Chiesa). Il discorso potrebbe non valere per la Scuola, dal momento che in una istituzione pubblica (come essa è ancora) la "disciplina" (e dunque la funzione omologante della formazione) potrebbe tornare a ricevere attenzione. Ma tutti sanno quanto siano faticosi i tentativi di ricondurvela (tanto varia è divenuta la cultura "domestica" degli scolari odierni).

Oggi – esagero un poco, ma non troppo – ognuno è legislatore morale di sé stesso. Quale dunque il costume di riferimento, sulla base del quale definire una "forma"?

Se lo rimettiamo (come siamo adusi nell'Occidente di tradizione continentale dall'Illuminismo in avanti) alla "legge" supponendone una (irrealistica) meccanica vigenza (non influenzata dalla insuperabile mediazione di chi provvede) incontreremo solo, a mio modo di vedere, crescenti difficoltà.

E se lo rimettiamo – *rebus sic stantibus* – alla libera valutazione del giudice ne incontreremo di ancora più gravi. Per le inevitabili conseguenze (sono sotto gli occhi di tutti) di una configurazione che lo vuole funzionario professionale assolutamente indipendente, salvo che dal suo stesso ordine di appartenenza, del quale subisce molteplici condizionamenti, di orientamento (rilievo delle giurisdizioni superiori) e di efficienza (valutazioni dei Colleghi che ne gestiscono le carriere, in organismi nei quali il peso del pensiero "politico" diffuso ha una incidenza molto modesta).

11. *Conclusioni*

È tempo, a mio sommesso avviso, di reagire alle cose. Di tornare a volare alto. Di accettare la maturata complessità della realtà e di riprendere a riflettere sui massimi sistemi. Sulle regole, sulla loro formulazione, sui modi di provvedere a dare loro applicazione. Nella speranza di sapere trovare modalità organizzative e categorie concettuali nuove, in grado di restituire finalmente rispetto all'ordine giuridico. La fiducia dei suoi destinatari (la collettività che se ne giova) nel suo funzionamento. Lo strumento primo dell'autogoverno che declamiamo di volere realizzare.

ALESSANDRO MORELLI*

L'apertura della scienza costituzionalistica e le implicazioni sul piano del metodo di studio dei poteri e dei diritti**

SOMMARIO: 1. L'apertura epistemologica della scienza costituzionalistica. – 2. La scientificità come *controllabilità* logico-formale ed empirica degli asserti e delle teorie. – 3. Interdisciplinarità, transdisciplinarità, metadisciplinarietà e *Open Science*. – 4. Quali conseguenze sul piano dello studio dei (vecchi e nuovi) poteri e diritti?

ABSTRACT: ***This study examines the methodological aspects of constitutional science. The Author, in particular, argues that constitutional science is inherently open, as the verifiability of its claims depends on inputs from other scientific fields. Moreover, the interdisciplinary nature of studies and the influence of the Open Science movement further influence this characteristic.***

1. *L'apertura epistemologica della scienza costituzionalistica*

La tesi che intendo sostenere in questa sede, prendendo le mosse dalle conclusioni alle quali ero giunto in alcuni miei studi precedenti[1], è che la scienza costituzionalistica, «disciplina di frontiera»[2], com'è stata definita, è *strutturalmente aperta*, almeno in un triplice senso.

Occorre premettere, innanzitutto, che, come si argomenterà, la sua stessa scientificità dipende dalla *controllabilità dei suoi asserti*, sia sul piano *logico-formale*, sia su quello *fattuale*. Da ciò deriva la caratteristica apertura dello statuto epistemologico di tale disciplina, considerato che, se il primo tipo di controllo può essere assicurato con gli strumenti della logica formale e dell'interpretazione giuridica (e, quindi, con mezzi di cui la stessa scienza costituzionalistica dispone), il secondo richiede necessariamente il contributo di altre discipline scientifiche, che abbiano a che fare *direttamente* con i fatti.

Una seconda "apertura" deriva dallo sviluppo, determinatosi soprattutto negli ultimi anni, della prospettiva *interdisciplinare* e di quella, ancor più avanzata, della *transdisciplinarità*. Si tratta di approcci che colgono il problema dell'*incompiutezza* delle discipline scientifiche, aspetto particolarmente vistoso nel caso che ci occupa. Se, dal punto vista dell'approccio multidisciplinare, i cultori di diverse scienze lavorano affiancandosi o in sequenza, ciascuno continuando ad applicare le proprie metodologie, nella dimensione dell'interdisciplinarietà, invece, si tendono a integrare i saperi per arrivare a soluzioni e a modelli innovativi. Non ci si limita, quindi, a sommare i contributi provenienti da settori diversi e realizzati seguendo procedimenti autonomi, ma si contaminano prospettive e procedure. L'approccio transdisciplinare, infine, mira a trascendere gli stessi confini delle singole discipline, affrontando *problemi complessi* presenti nei contesti reali. Il sempre più frequente

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Messina.

** ** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] I lavori ai quali faccio riferimento sono, in particolare, i miei *Come lavora un costituzionalista? Per un'epistemologia della scienza del diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 516 ss. e *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in federalismi.it, 1/2017, 1 ss.

[2] Così P. CIARLO, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studio (Messina, 23 febbraio 1996), Cedam, Padova, 1997, 118.

coinvolgimento della scienza costituzionalistica in ricerche di carattere interdisciplinare e transdisciplinare ne sta accentuando notevolmente la già significativa apertura epistemologica.

Una terza "apertura" della scienza costituzionalistica deriva, infine, dalla circostanza che essa è interessata, al pari delle altre scienze, dagli influssi dell'*Open Science*, un movimento volto a rendere maggiormente trasparente e accessibile la ricerca, attraverso l'uso del c.d. *open access* ai prodotti scientifici, la reciproca condivisione, da parte dei ricercatori, dei materiali e dei dati raccolti durante le loro indagini e altre procedure intese alla *democratizzazione* delle attività di ricerca.

Al riguardo, merita sin d'ora sottolineare che, se è vero, almeno in un certo senso, che la scienza non può essere del tutto democratica, in quanto le conclusioni scientifiche non possono farsi dipendere dal consenso popolare, è altresì vero che la libertà della ricerca, come affermava già Karl Popper, presuppone un certo tipo di società, appunto *aperta*, e, quindi, un determinato rapporto tra governanti e governati, in grado di salvaguardare la stessa libertà di scegliere i temi da indagare e di studiarli con le metodologie che si ritengano più utili e appropriate[3].

L'apertura della scienza costituzionalistica implica che il suo studio – incentrato sui limiti giuridici al potere politico – venga continuamente alimentato dal dialogo e dall'interazione con altre discipline, in un processo virtuoso d'integrazione di metodi e prospettive. Tale apertura ha dirette conseguenze, come si dirà, sull'analisi dei problemi inerenti ai vecchi e, ancor più, ai nuovi poteri e diritti.

Un'ultima precisazione prima di iniziare. La trattazione dello studio del diritto costituzionale come scienza non esclude la qualificazione dello stesso, da una diversa prospettiva, come *arte*, intesa come attività caratterizzata da creatività (soprattutto nell'interpretazione), da sensibilità umana e da capacità di applicare i concetti a contesti differenti, connotati anche da notevole complessità. Chi ha insistito sulla qualificazione del diritto come *ars*, muovendo dall'esigenza di una rivalutazione dell'esperienza romanistica e proponendo di recuperare tutto il portato della definizione del diritto data da Celso, secondo cui «*ius est ars boni et aequi*»[4], ha sottolineato come tale definizione abbia il grande merito di avere svelato il carattere *artificiale* del diritto, «in tutto e per tutto dovuto all'opera umana»[5]. La definizione, infatti, individuerebbe anche le finalità cui la produzione e l'applicazione del diritto dovrebbero tendere e i caratteri dei suoi prodotti: l'aderenza alla realtà e alle esigenze umane consentirebbe di evitare tanto l'illusione della naturalità, propria del giusnaturalismo, quanto l'arbitrio del giuspositivismo[6].

Il diritto può, dunque, essere visto come oggetto di una scienza o di un'arte, a seconda dei punti di vista: rispettivamente quello di chi voglia *conoscerlo* e quello di chi voglia *farlo*. Nel presente contributo, ci si muoverà esclusivamente nella prima delle due prospettive.

---

[3] Come scrive K. R. POPPER, «in ultima analisi il progresso dipende in larghissima misura da fattori politici; da istituzioni politiche che garantiscono la libertà di pensiero; dipende dalla democrazia»: *Miseria dello storicismo* (1957), con introduzione di S. VECA, trad. it. di C. MONTALEONE, Feltrinelli, Milano 2003, 154.

Sostiene G. CORBELLINI (*Scienza, quindi democrazia*, Einaudi, Torino 2011, *passim*) che la scienza ha fornito gli strumenti cognitIvi e morali necessari alla nascita della democrazia moderna.

[4] Cfr. F. GALLO, *Definizione celsina e dottrina pura del diritto*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4/2011, 1 ss., il quale ricorda che la definizione di Celso era riferita da Ulpiano nell'*incipit* delle sue *Institutiones*, che poi fu utilizzato dai commissari giustinianei come *incipit* dei Digesta, sotto il titolo *De iustitia et iure* (ivi, 1, nt. 1).

[5] Ivi, 175.

[6] Ivi, 71 ss., 176.

2. *La scientificità come* controllabilità *logico-formale ed empirica degli asserti e delle teorie*

Se si prendono le mosse da una definizione della scienza costruita sulle caratteristiche proprie delle scienze naturali, che, dunque, rinvia all'idea di un'indagine basata sull'osservazione e sulla misura, che ricorre all'esperimento e che usa, quando possibile, la formalizzazione matematica[7], appare difficile definire *scientifico* lo studio del diritto e, più in generale, l'intera gamma delle c.d. "scienze sociali".

Come da tempo messo in luce dagli studiosi di epistemologia, tuttavia, la rigida contrapposizione tra *hard sciences* e *soft sciences* non regge, per diverse ragioni, sulle quali non è qui possibile soffermarsi diffusamente[8]. Basti notare che anche nelle "scienze dure" il ruolo della controllabilità empirica va, in qualche misura, ridimensionato, considerato che le leggi di natura non sono verificabili empiricamente se non attraverso un procedimento di riduzione logica ad un asserto particolare controllabile[9]. A ciò si aggiunga che gli esperimenti attraverso i quali si arriva alla costruzione o alla riformulazione delle leggi di natura hanno luogo spesso su entità che non possono essere osservate o misurate in modo diretto (come, per esempio, le molecole in movimento, le loro masse ecc.) e, pertanto, è necessario ricorrere ad espedienti quali le "regole di corrispondenza" e i "principi-ponte"[10]. Come ha scritto Ernst Cassirer, pertanto, anche nelle scienze naturali la spiegazione causale non riguarda mai «il caso reale come si presenta qui e ora in tutta l'abbondanza delle sue determinazioni particolari, bensì un caso ideale che noi gli sostituiamo»[11].

Se poi si passa alla dimensione della meccanica quantistica, nella quale l'osservatore è considerato parte dello stesso sistema osservato, i risultati dell'analisi coesistono e hanno pari validità e ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile, ci si imbatte in una condizione d'incertezza difficilmente accettabile per chi non voglia rinunciare ai classici paradigmi della misurabilità, verificabilità e riproducibilità su cui si sono costruire le tradizionali definizioni della scienza. Per quanto riguarda, sull'altro versante, le *soft sciences*, la struttura della spiegazione causale che esse sviluppano nell'ambito dei loro discorsi non presenta differenze apprezzabili rispetto ai tipi di spiegazione impiegati dalle scienze dure.

Né, tantomeno, può concludersi che gli studi sociali non siano scientifici in quanto carenti di oggettività, per via di una loro presunta maggiore sensibilità ai giudizi di valore. Il dibattito metodologico sul tema ha mostrato come, anche da tale punto di vista, per un verso, le

---

[7] Cfr., per tale definizione, dagli stessi AA. fatta oggetto di critica, G. BONIOLO, P. VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Mondadori, Milano, 2003, IX.

[8] Per una più ampia trattazione, sia consentito rinviare ancora al mio *Come lavora un costituzionalista?* spec. 514 ss.

[9] Cfr. C. MORELLI, *Il modello nomologico-deduttivo tra verificazionismo e falsificazionismo*, Samperi Editore, Messina, 2007, 22.

[10] Le "regole di corrispondenza" collegano entità assunte teoricamente che non possono essere osservate o misurate direttamente (es. le molecole in movimento, le loro masse, le quantità di moto ed energie) «con aspetti più o meno direttamente osservabili o misurabili di sistemi fisici di grandezza media» (es. la temperatura o la pressione di un gas misurata mediante un termometro o un misuratore di pressione). I "principi-ponte", invece, sono usati in una spiegazione causale quando non si possono impiegare regole di corrispondenza o quando ciò che succede in uno strumento utile alla sperimentazione non può essere osservato attraverso uno strumento di misurazione. Questi principi servono, quindi, allorché occorra presupporre l'esistenza di entità non sottoponibili a controlli empirici. Cfr. C.G. HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali* (1966), ed. it. a cura di A. PASQUINELLI, trad. it. di A. BERRA, Il Mulino, Bologna 1968, 113.

[11] E. CASSIRER, *Sostanza e funzione* (1910), in AA.VV., *Filosofia della scienza*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2002, 141.

stesse scienze dure vedano influenzate le proprie ricerche da interessi e scelte valoriali di notevole impatto e, per altro verso, le scienze sociali abbiano elaborato tecniche di neutralizzazione dei valori nelle proprie attività di ricerca[12]. Il tema non è allora quello dell'oggettività ma, piuttosto, quello della *controllabilità degli asserti e delle teorie*: è questo il connotato che, come si proverà a dimostrare, consente di definire come scientifico lo studio del diritto costituzionale.

Al riguardo, utili spunti possono ancora trarsi dalla trattazione del problema della *demarcazione tra scienza e pseudoscienza* di Karl Popper e dal *criterio di falsificabilità* da quest'ultimo elaborato, il quale, com'è stato detto, con tutti i suoi limiti[13], «può fornire una significativa regola empirica iniziale per la pratica scientifica»[14]. In breve, Popper sostiene che, per risultare scientifica, una teoria deve essere strutturata in modo tale da consentirne la confutazione. Se una teoria non ha tale connotazione e, pertanto, risulti sempre vera e non falsificabile attraverso l'osservazione o l'esperimento, non corrisponde ad un'affermazione di carattere scientifico: «una teoria è falsificabile se la classe dei suoi potenziali falsificatori non è vuota»[15]. In base a tale impostazione, il procedimento scientifico consisterebbe nel costruire, dinanzi ai problemi, *congetture* idonee a essere sottoposte a *confutazioni*[16].

È, dunque, il *metodo* a qualificare lo statuto scientifico di una disciplina, la sua capacità di formulare congetture falsificabili. Se così è, lo studio del diritto mostra di possedere tutti gli strumenti per formulare congetture e per confutarle nel particolare ambito dei *dati normativi*. Non c'è altro campo del sapere dotato di migliori mezzi concettuali ed ermeneutici per decodificare e applicare gli enunciati normativi. Il che, tuttavia, non significa che il fenomeno giuridico si esaurisca nelle norme e che il normativismo fornisca l'unico orizzonte metodologico e teorico entro cui confinare lo studio del diritto. Per conoscere il contenuto degli enunciati normativi, ma anche per fornire ricostruzioni attendibili delle istituzioni giuridiche, è necessario immergersi nei contesti fattuali di riferimento e occorre farlo con gli strumenti scientifici adeguati, quelli forniti dalle discipline meglio attrezzate ad analizzare i fatti. Un ulteriore controllo degli asserti giuridici, pertanto, deve aver luogo sulla base di verifiche di carattere *empirico*, che necessitano degli apporti provenienti dall'esterno, da altre discipline (economia, storia, sociologia, scienza politica ecc.)[17].

---

[12] Rileva G. SARTORI (*Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna 2011, 87 ss.) che, negli studi metodologici, sono state avanzate due principali proposte teoriche riguardo alla questione dell'incidenza dei valori nelle scienze sociali: quella della *cancellazione* e quella della *neutralizzazione*. In base alla prima (invero, piuttosto difficile da mettere in pratica) si dovrebbero espungere i valori già dalla fase di ricognizione degli oggetti della ricerca, operando una sorta di "purificazione" del linguaggio, tale da creare un vocabolario asettico; stando alla seconda, invece, basterebbe separare i giudizi di fatto da quelli di valore, esporre in premessa del discorso i propri valori e seguire "regole di imparzialità" (ad esempio, rappresentando correttamente tutti i punti di vista in campo).

[13] Il primo falsificazionismo popperiano è stato definito come «dogmatico» o «ingenuo»: cfr., per tutti, T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), trad. it. di A. CARUGO, Einaudi, Torino 1999; I. LAKATOS, *La falsificazione e la metodologia dei programmi di ricerca scientifici* e *La storia della scienza e le sue ricostruzioni razionali*, in AA.VV., *Critica e crescita della conoscenza* (1970), a cura di I. LAKATOS-A. MUSGRAVE, ed. it. a cura di G. GIORELLO, Feltrinelli, Milano 1976, 164 ss. e 366 ss.; P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), trad. it. di L. Sosio, Feltrinelli, Milano 2002.

[14] G. STOKES, *Popper* (1998), trad. it. di M. Bresadola, Il Mulino, Bologna 2002, 66.

[15] K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), trad. it. di M. TRINCHERO, Einaudi, Torino 2001, 76.

[16] K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it. di G. PANCALDI, Il Mulino, Bologna 1972, 92 s.

[17] Si è distinto, in particolare, tra una «confutazione per mezzo dell'osservazione» e una «confutazione per mezzo della teoria»: J.O. WISDOM, *The Refutability of "Irrefutable" Laws*, in *British Journal of Philosophy Science*, 1963. Cfr., sul punto, G. BONIOLO, P. VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, cit., 196.

Di qui il *carattere ibrido* dello statuto epistemologico proprio della scienza giuridica (e di quella costituzionalistica, in particolare); molto efficace, in tal senso, la formula della «scienza pratica», impiegata da Salvatore Pugliatti, volta a sottolineare la «peculiarità» della giurisprudenza (intesa, appunto, come scienza del diritto), nella quale il momento pratico ha una «posizione particolare», costituendo strutturalmente il «centro di gravità della sintesi tra conoscere e operare» e funzionalmente la direzione e il punto di orientamento «dell'attività produttiva dei concetti giuridici»[18].

Quanto, poi, all'oggetto della scienza costituzionalistica, occorre precisare che esso non si risolve nel costituzionalismo, «movimento politico, filosofico e culturale»[19] predicante i paradigmi della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti fondamentali come limiti e fonti di legittimazione del potere sovrano, bensì nel *diritto costituzionale*, branca specifica del diritto pubblico, comprendente le norme e le istituzioni che attengono ai rapporti tra governanti e governati (in senso lato) o, più ampiamente, tra autorità e libertà.

Ora, non sembra esservi dubbio che, nella prospettiva di uno studio scientifico del diritto costituzionale (ma, se si vuole, anche in quella di uno studio orientato e militante del costituzionalismo, che però voglia risultare davvero efficace), non può non guardarsi al mondo dei fatti, ai contesti reali entro cui *poteri* e *diritti* esistono, e svolgere verifiche empiriche che, come si è detto, non possono che basarsi sul contributo proveniente da altre discipline scientifiche. Nell'attuale mondo interconnesso e fortemente digitalizzato, non è certo più possibile fare riferimento ai soli poteri legittimati dalle costituzioni nazionali per individuare i soggetti che possono mettere a rischio i diritti fondamentali; com'è stato scritto, è necessario, piuttosto, delineare una «mappa» dei «nuovi sovrani globali», i quali «riescono – di fatto, più che di diritto – a partecipare e/o a imporre decisioni politicamente rilevanti in ambito planetario (dunque sia nazionale sia sovranazionale)»[20]. In tale «mappa» rientrano soggetti pubblici e privati, come ordinamenti sovranazionali, agenzie di *rating*, organizzazioni non governative ecc.[21]. I diritti fondamentali, che compongono una categoria in continua trasformazione ed evoluzione, appaiono minacciati non soltanto dai governi nazionali ma anche da poteri trasversali di natura privata. L'interesse del costituzionalista, pertanto, non può essere limitato soltanto allo studio dei poteri tradizionali (quelli pubblici e interni alla dimensione statale), ma deve estendersi anche a tutti i nuovi e nuovissimi poteri, idonei a costituire minacce per i diritti fondamentali. In tale prospettiva, non potrebbero considerarsi estranei all'ambito di interesse della scienza costituzionalistica, per esempio, i rischi determinati da uno sfruttamento irresponsabile delle risorse naturali da parte dei grandi soggetti privati attivi sul mercato globale o quelli derivanti dalla pervasività delle nuove tecnologie digitali.

Il carattere ibrido della scienza costituzionalistica fa sì che i fatti entrino in diverso modo e a vario titolo negli studi del settore. In un mio precedente scritto ho proposto una classificazione delle opere scientifiche di diritto costituzionale in base al loro diverso oggetto[22], distinguendo, in particolare, tra studi che si occupano di concetti giuridici; contributi che trattano questioni interpretative inerenti a enunciati normativi; scritti che analizzano le relazioni tra istituzioni giuridiche e fenomeni sociali, politici, economici

---

[18] S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in ID., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978, 116.

[19] Così A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2003, 2.

[20] G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari 2013, 50.

[21] Ivi, 50 s.

[22] Cfr. *Come lavora un costituzionalista?* cit., spec. 528 ss.

(migrazioni, crisi economico-finanziarie, tutela ambientale ecc.); studi che si occupano di riforme legislative o costituzionali al vaglio degli organi di produzione normativa. A tali categorie si può affiancare, inoltre, un ulteriore gruppo di scritti (in verità, non molti), che approfondiscono i profili metodologici ed epistemologici della scienza costituzionalistica.

La classificazione proposta non deve essere intesa in modo eccessivamente rigido, poiché ogni lavoro può essere collocato anche in più d'una delle suddette categorie, laddove affronti tematiche alle stesse riconducibili. Quel che, però, rileva maggiormente sottolineare è che i fatti entrano in modalità diverse nei ragionamenti sviluppati nell'ambito dei differenti tipi di studi: se, infatti, negli scritti relativi ai concetti giuridici, essi compaiono soprattutto, se non esclusivamente, "filtrati" dagli schemi formali del diritto, ossia sotto forma di "fattispecie", negli altri (e soprattutto in quelli che affrontano i rapporti tra istituzioni e fenomeni sociali, politici ed economici e, ancor più, in quelli che si occupano di riforme), si riscontra una notevole quantità di riferimenti a fatti non tipizzati o comunque ai dati trattati con gli strumenti propri di discipline non giuridiche. In tali ultimi tipi di ricerche, com'è evidente, il controllo empirico acquista un peso decisivo.

Affinché, dunque, lo studio del diritto costituzionale possa dirsi scientifico è necessario che proceda attraverso congetture falsificabili, il che, in verità, non sempre avviene. Così, per esempio, com'è stato osservato, l'affermazione dell'esistenza di "consuetudini costituzionali facoltizzanti", idonee, in tesi, a consentire determinati comportamenti istituzionali, senza prescriverli come obbligatori, non corrisponderebbe a un asserto falsificabile non presentando i requisiti della scientificità[23]. Qualunque comportamento, infatti, risulterebbe sufficiente a dimostrare tale asserzione, che quindi non sarebbe "falsificabile". Osservazioni analoghe possono farsi riguardo alla categoria delle convenzioni costituzionali, la cui violazione sarebbe paradossalmente idonea a dimostrare la loro stessa inesistenza[24].

3. *Interdisciplinarità, transdisciplinarità, metadisciplinarietà e* Open Science

Da quanto fin qui detto emerge chiaramente come l'apertura sia un dato connotativo essenziale della scienza costituzionalistica.

Come si è avuto modo di accennare, tuttavia, ulteriori fattori che oggi accentuano la predisposizione della disciplina ad accogliere i contributi provenienti da altri campi del sapere sono, da un lato, la vocazione sempre più interdisciplinare e persino transdisciplinare degli studi costituzionalistici e, dall'altro, l'influenza del movimento dell'*Open Science*.

Per quanto riguarda il primo fattore, sono note sia la progressiva affermazione dell'approccio interdisciplinare, rispetto al metodo meramente multidisciplinare, coinvolgente differenti discipline senza alcuna integrazione tra le stesse (gli studiosi dei vari ambiti analizzano, in questi casi, la questione in esame in modo indipendente gli uni dagli altri), sia la spinta verso un'impostazione transdisciplinare delle ricerche.

---

[23] Cfr., in tal senso, R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale dell'AIC, Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Jovene, Napoli 2015, 47 e, *amplius*, ID., *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 41 ss.

[24] Cfr., in tal senso, L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 1984, 219 ss.; ID., *Le crisi di governo tra regole costituzionali e "regolarità" della politica*, in AA.VV., *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Atti di un convegno, Catanzaro 22 e 23 ottobre 1999, a cura di L. VENTURA, Giappichelli, Torino 2001, 92.

Per "interdisciplinarità" si intende «la rete dei rapporti di complementarità, di integrazione e di interazione per cui discipline diverse convergono in principî comuni sia nel metodo della ricerca sia nell'ambito della costruzione teorica; anche, l'insieme delle somiglianze, delle analogie e dei parallelismi fra discipline scientifiche, programmi di ricerca, tecnologie, che tende ad avvicinare e unificare le parti isolate e i momenti frammentarî dell'odierno sapere specialistico. Sul piano soggettivo, l'atteggiamento intellettuale e la ricerca concettuale orientati verso la promozione e la definizione di ciò che collega le scienze tradizionali e le più recenti specializzazioni in un sapere unitario, che d'altra parte accoglie e valorizza la molteplicità e varietà delle conoscenze acquisite nella storia delle culture e delle civiltà, e soprattutto nel progresso del sapere scientifico»[25].

L'approccio interdisciplinare, com'è stato notato, tende a sostituire a «una prospettiva di studio unidimensionale, funzionalmente idonea a semplificare e omogeneizzare le conoscenze» un diverso «approccio multidimensionale», che riconosce l'esistenza di «meccanismi plurali di analisi e di interpretazione di configurazioni complesse che ruotano o ricomprendono l'oggetto di studio»[26]. Una siffatta prospettiva risulta indispensabile, per esempio, nell'analisi delle riforme istituzionali, laddove appare necessario mettere in correlazione la ricostruzione storica dell'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento giuridico considerato con le analisi degli scienziati politici relative alle forme di Stato e di governo[27].

Si può notare, al riguardo, che i cultori di scienze giuridiche, e soprattutto i costituzionalisti, sono inclini a condurre i propri studi per lo più individualmente e non in gruppi di ricerca di carattere interdisciplinare, anche se cominciano a registrarsi segnali di mutamenti di tendenza, anche perché ambiti di studio che, di recente, hanno assunto una notevole rilevanza, come, ad esempio, quelli della sostenibilità ambientale e della transizione ecologica, spingono verso una maggiore integrazione tra i saperi. Come ha scritto Edgar Morin, la suddivisione in discipline non ha soltanto una rilevanza storica ma anche, e soprattutto, una indiscussa, persistente utilità: «La fecondità della disciplina nella storia della scienza è stata dimostrata; da una parte opera la delimitazione di un dominio di competenza, senza il quale la conoscenza diventerebbe inafferrabile; dall'altra parte essa svela, estrae o costruisce un oggetto non banale per lo studio scientifico»[28].

Ciò nondimeno, i rischi della distinzione del sapere in discipline sono quelli della iper-specializzazione dello studioso e della "cosificazione" degli oggetti studiati, che si rischia di dimenticare sono sempre tratti da un più ampio contesto[29].

L'eccessiva concentrazione sulle discipline, in definitiva, può far dimenticare che sono i *problemi* a dover essere risolti e che spesso questi presentano un tale grado di complessità da richiedere il contestuale apporto di discipline diverse, non già in una prospettiva interdisciplinare, ma addirittura transdisciplinare, tale da trascendere del tutto i confini tra settori del sapere.

Come ricorda ancora Morin, l'evoluzione della scienza si è spesso giovata del passaggio di schemi cognitivi da un campo all'altro; idee e paradigmi hanno attraversato, in vari casi,

---

[25] Cfr. in *Treccani* on line.

[26] Così R. SCARCIGLIA, *Brevi riflessioni su interdisciplinarità, scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Queste istituzioni*, 1/2022, 93.

[27] *Ibid.*

[28] Cfr. E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero* (1999), trad. it. di S. Lazzari, Raffaello Cortina Editore, Milano 2000, 112.

[29] *Ibid.*

diversi ambiti disciplinari, assumendo anche connotazioni improprie, e siffatte transizioni si sono dimostrate, poi, particolarmente feconde. Alla luce di tali esperienze, appare importante "ecologizzare" le discipline, ossia «tener conto di tutto ciò che vi è di contestuale, ivi comprese le condizioni culturali e sociali» e, quindi, «vedere in quale ambiente nascono, pongono problemi, si sclerotizzano, si metamorfosano». Occorre, in buona sostanza, anche l'adozione di un punto di vista «metadisciplinare», volto a conservare le discipline ma a considerarle, appunto, come saperi *aperti*[30].

Un ulteriore impulso volto all'apertura della scienza costituzionalistica (ma non solo) deriva, infine, dal movimento dell'*Open Science*, inteso, per mutuare le parole usate dalla Commissione europea nelle Raccomandazioni 2018/790 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione, come quell'approccio «basato sulla cooperazione e sulle nuove modalità per diffondere la conoscenza, migliorare l'accessibilità e la riusabilità dei risultati della ricerca mediante l'utilizzo di tecnologie digitali e nuovi strumenti di collaborazione»[31].

Si tratta di una diversa forma di apertura, declinabile più come una spinta alla democratizzazione dell'attività di ricerca, che, in tale prospettiva, dovrebbe svolgersi nella condivisione di dati, procedure e risultati degli studi svolti. Un approccio che, com'è evidente, appare di particolare interesse per l'ambito del diritto costituzionale, considerata l'utilità di una divulgazione dei risultati delle ricerche condotte in tale settore per lo sviluppo e il progresso delle istituzioni liberaldemocratiche.

4. *Quali conseguenze sul piano dello studio dei (vecchi e nuovi) poteri e diritti?*

Quali conclusioni trarre dal riconoscimento della natura aperta, sotto i diversi profili indicati, della scienza costituzionalistica?

La prima è che per dare contenuto alle sue stesse categorie basilari (a cominciare da quella dei poteri e a quella dei diritti), tale scienza non può fare a meno degli apporti di altre discipline, meglio attrezzate ad analizzare elementi e contesti fattuali. Il che vale non soltanto per i "nuovi" poteri e diritti ma anche per quelli "vecchi", che trovano svolgimento ed esercizio in contesti differenti da quelli in cui sono nati o sono originariamente emersi, ambiti in continua trasformazione ed evoluzione.

Prendendo in considerazione i settori più sensibili, come quelli della bioetica, della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi e della dimensione tecnologica, e sia che si considerino le situazioni giuridiche soggettive esercitabili in tali ambiti come "nuovi" diritti, sia che le si intenda come vecchi diritti in nuovi contesti[32], la loro identificazione richiede sempre il contributo di altre discipline. In particolare, è la formulazione di asserti confutabili, e dunque scientifici, concernenti la vigenza o la connotazione di poteri e diritti a esigere il riferimento ad altre scienze. La prima, essenziale apertura epistemologica della scienza costituzionalistica presuppone, pertanto, l'adozione di un approccio interdisciplinare e, a fronte, di problemi caratterizzati da un elevato livello di complessità di una prospettiva transdisciplinare e metadisciplinare. La democratizzazione delle attività di ricerca assicurato

[30] Ivi, 123 s.

[31] Raccomandazione (Ue) 2018/790 della Commissione del 25 aprile 2018 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione.

[32] Cfr., sul punto, con particolare riguardo ai diritti esercitati nella sfera delle nuove tecnologie, A. IANNUZZI, F. LAVIOLA, *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e uguaglianza*, in *Dir. cost.*, 1/2023, 9 ss.

dall'*Open Science* tende ad agevolare, infine, la permanenza delle condizioni necessarie affinché possa continuare a svilupparsi sempre più il salutare dialogo tra scienza costituzionalistica ed altre branche del sapere.

L'interrelazione tra discipline consente, inoltre, di rispondere a istanze sempre più spesso mosse anche ai cultori della scienza costituzionalistica, come quelle di carattere predittivo. Si pensi, per tutte, alle richieste inerenti alle analisi d'impatto delle proposte di riforme incidenti sulla forma di governo.

Il costituzionalista non può certo lanciarsi nella formulazione di quelle che Popper chiamava «profezie storiche incondizionate»[33]; può, tuttavia, delineare *previsioni scientifiche controllabili*, tentando di definire le *ripercussioni normative non intenzionali che possono seguire agli interventi normativi intenzionali*[34]. Per farlo deve, però, unire le proprie forze a quelle delle "scienze del fatto", focalizzando l'attenzione sulla risoluzione dei problemi, piuttosto che sui muri eretti a difesa dei diversi campi disciplinari.

[33] Sulla distinzione tra «previsione scientifica» e «profezia storica incondizionata», cfr. K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni*, cit., 575 ss.

[34] Si riprende, qui, adattandola una tesi dello stesso Popper, in base alla quale il compito principale delle scienze sociali teoriche sarebbe quello di «*delineare le ripercussioni sociali, non intenzionali, che seguono alle azioni umane intenzionali*» (*Congetture e confutazioni*, cit., 580 s.).

ANTONIO RUGGERI*

Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (*rectius*, squilibri) istituzionali**

SOMMARIO: 1. Il rapporto complesso, di mutua implicazione, che si intrattiene tra i termini qui oggetto di studio e i punti che saranno nel corso di quest'ultimo toccati. – 2. La cornice teorica entro la quale s'inscrive il tema oggi trattato, avuto specifico riguardo alla nozione di "diritto fondamentale" ed al ruolo di centrale rilievo giocato in ordine alla sua concreta ricognizione dai giudici, specie per effetto del "dialogo" che tra gli stessi incessantemente si svolge e rinnova. – 3. La struttura internamente composita dei diritti, il carattere "intercostituzionale" della Costituzione (e delle altre Carte) e l'impossibilità di separare in modo netto, per l'aspetto culturale, i diritti internazionali e sovranazionali da quelli nazionali. – 4. Nuovi diritti per nuove tecniche decisorie, e viceversa (con specifico riguardo alla tecnica della decisione in due tempi inaugurata in *Cappato* ed all'innaturale conversione della Corte in un decisore politico). – 5. Nuovi equilibri e squilibri istituzionali, nel tempo a noi più vicino (in ispecie, in relazione alle emergenze), e la centralità del ruolo esercitato dai giudici a presidio dei diritti. – 6. Quali diritti e quali sviluppi delle relazioni istituzionali per il prossimo futuro?

ABSTRACT: ***The paper highlights how the recognition of new fundamental rights often goes hand in hand with the invention of new decision-making techniques by judges, especially by the Constitutional Court, resulting in new institutional balances (or, rather, imbalances), arising from the confusion between the activity of guarantee and the activity of political direction, with consequent, serious damage to the idea of the Constitution, as admirably carved in Article 16 of the Declaration of Rights of 1789. One wonders, finally, whether, as this state of affairs persists (or, worse, further aggravates), constitutional rights can be imagined without … a Constitution.***

1. *Il rapporto complesso, di mutua implicazione, che si intrattiene tra i termini qui oggetto di studio e i punti che saranno nel corso di quest'ultimo toccati*

Tra i termini di cui si compone il titolo dello studio i cui esiti passo subito a rappresentare s'intrattiene un rapporto complesso, di mutua ed inscindibile implicazione, con riflessi immediati tanto sulla forma di governo quanto (e prima ancora) sulla forma di Stato, nei limiti in cui l'una possa tenersi fino in fondo nettamente distinta dall'altra[1]. È, infatti, di tutta evidenza che il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, per un verso, presuppone un terreno arato e reso fertile sul quale il seme che li fa crescere e fiorire può essere piantato e coltivato come si deve: fuor di metafora, implica una conformazione dell'ordinamento (e, perciò, della forma di Stato) ispirata ai valori delle liberal-democrazie. Ed è bensì vero che – come si è fatto altrove notare – diritti fondamentali (ad es., quelli alla salute, al lavoro o all'abitazione) possono aversi anche in contesti politico-istituzionali illiberali; ciò che, però, fa

* Professore Emerito di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Messina.

** ** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] … della qual cosa, per vero, è lecito dubitare, secondo quanto si è, peraltro, da ultimo fatto notare da più studiosi in occasione del Conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2023.

in questi difetto è l'*insieme* dei diritti in parola, con specifico riguardo al campo della partecipazione politica.

Per un altro verso, poi, i diritti stessi, laddove (non meramente riconosciuti sulla carta bensì) effettivamente goduti, concorrono per la loro parte, in rilevante misura, a dare alimento e sostegno alla forma di Stato che, proprio per effetto dell'azione costante e vigorosa dagli stessi esercitata, ha modo di rigenerarsi senza sosta ed assicurare così l'integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo, a beneficio delle generazioni che verranno.

Va, inoltre, subito osservato che tra i diritti e le tecniche decisorie, in ispecie – come si dirà a momenti – di quelle poste in essere nei luoghi in cui si amministra giustizia, si intrattiene e svolge un rapporto di reciproco condizionamento, nuovi diritti venendo alla luce grazie alla invenzione e sperimentazione di tecniche inusuali, così come queste, per la loro parte, essendo incoraggiate a formarsi sotto la pressione che viene dal corpo sociale in seno al quale si manifestano, a volte con particolare vigore, taluni bisogni largamente ed intensamente avvertiti la cui salvaguardia è a viva voce reclamata da larghi strati del corpo stesso.

Infine, è d'immediata percezione che la messa in atto delle tecniche suddette comporta spostamenti a volte significativi nell'assetto delle relazioni istituzionali (e, dunque, negli svolgimenti storico-concreti delle dinamiche della forma di governo e, per taluni aspetti di non secondario rilievo, della stessa forma di Stato), secondo quanto peraltro si tenterà di mostrare a momenti.

Ora, la relazione complessiva che viene a determinarsi tra i termini suddetti è di tale complessità ed ampiezza di campo, prendendo forma ed incessantemente rinnovandosi in modi continuamente cangianti, da rendere assai problematico ricercarne sintesi espressive almeno in parte appaganti e farne quindi oggetto di chiara ed esaustiva rappresentazione; quanto meno, di sicuro ciò va ben oltre le esigue forze di cui dispongo ed anche del tempo oggi concessomi per dirne sia pure con larga approssimazione.

Mi limiterò, pertanto, a toccare solo quattro punti sui quali, a mia opinione, si pongono le questioni maggiormente spinose e rilevanti, fermando qui su di esse rapidamente l'attenzione e ripromettendomi di farne quindi oggetto di ulteriore e più approfondito studio in altre sedi di riflessione scientifica.

Dirò, dunque, in primo luogo, di alcune questioni di ordine teorico-generale a finalità d'inquadramento del tema assegnatomi, intrattenendomi succintamente su taluni concetti sui quali far poggiare l'analisi successiva. Passerò, quindi, a trattare dei modi con cui viene a conformarsi la struttura dei diritti e la emersione degli stessi, specie per effetto del c.d. "dialogo" tra le Corti. In terzo luogo, mi soffermerò sull'incidenza esercitata dalle tecniche suddette sugli sviluppi più recenti delle relazioni istituzionali. Infine, accennerò agli scenari che potrebbero al riguardo delinearsi per queste ultime e per l'intero ordinamento nel prossimo futuro.

2. *La cornice teorica entro la quale s'inscrive il tema oggi trattato, avuto specifico riguardo alla nozione di "diritto fondamentale" ed al ruolo di centrale rilievo giocato in ordine alla sua concreta ricognizione dai giudici, specie per effetto del "dialogo" che tra gli stessi incessantemente si svolge e rinnova*

Sul primo punto non occorre qui far luogo ad un lungo discorso, malgrado ad esso facciano capo questioni di particolare impegno teorico, dal momento che su di esse ho già

avuto modo di anticipare per più aspetti altrove il mio punto di vista, al quale faccio dunque ora richiamo unicamente per ciò che è di specifico interesse per l'analisi successiva.

La prima di tali questioni attiene all'idea stessa di diritto fondamentale: un sintagma – come si sa – diffusamente circolante *ab antiquo*, la cui essenza si considera ormai essere sufficientemente indagata con esiti largamente condivisi[2]. Eppure, la circostanza stessa per cui solo alcuni diritti sono provvisti della etichetta in parola fa pensare che accanto agli stessi possano darsene altri che ne sono privi; ciò che obbliga subito a chiedersi in cosa propriamente consista l'attributo della "fondamentalità" e come possa aversene il riconoscimento.

Assai di recente, mi sono dichiarato[3] dell'avviso che ragionare al piano teorico-astratto sulla questione in parola possa non portare frutti utili alla pratica giuridica ed alle sue più pressanti esigenze e che piuttosto giovi descrivere le più salienti movenze di alcuni diritti (a partire proprio da quelli nominati in Costituzione o in altri documenti materialmente costituzionali, quali le Carte internazionali dei diritti) che, per il fatto appunto di essere dotati di esplicito riconoscimento al massimo grado di positività giuridica, si presumono essere tutti provvisti dell'attributo suddetto. Viene, infatti, assai arduo immaginare che, all'interno della cerchia dei diritti cui danno voce tali Carte, solo un pugno di essi possa fregiarsi del titolo in parola, restando dunque misteriosa la ragione per cui si sarebbe fatta luogo ad una disciplina essenziale di diritti tutti costituzionali, solo alcuni dei quali tuttavia ponendosi come autenticamente ed esclusivamente fondamentali.

Se, dunque, per i diritti nominati la questione della loro identificazione non ha, a conti fatti, motivo di essere, rimane invece aperta per i diritti innominati, muovendosi qui dall'assunto che, in virtù del disposto di cui all'art. 2 della Carta, il catalogo costituzionale non sia da considerare "chiuso" ai soli diritti della prima specie. Come, però, far luogo ad una loro ricognizione che non risulti frutto di mera autorità da parte delle sedi istituzionali in cui prenda forma?

Ebbene, se è vero che i diritti di cui qui si discorre, come si è tentato di mostrare altrove[4], sono bisogni elementari della persona umana il cui appagamento è condizione di un'esistenza – come dice la Carta – "libera e dignitosa", se ne ha che è al corpo sociale che occorre guardare al fine di stabilire quali siano i bisogni da esso più diffusamente ed intensamente avvertiti. I diritti, infatti, vengono spontaneamente a formazione negli strati più profondi del corpo stesso, spettando quindi alle istituzioni (si vedrà ora a quali) portarli ad emersione e darne la opportuna razionalizzazione.

Si tratta, in altri termini, di far capo a talune *consuetudini culturali di riconoscimento* – come a me piace chiamarle – radicate nella comunità cui occorre dar voce, facendone quindi oggetto di adeguata disciplina. Una disciplina che, a mia opinione, dovrebbe aversi in prima battuta con fonte di rango costituzionale (che, dunque, dovrebbe utilizzarsi altresì per portare ad effetto in ambito interno le Carte dei diritti aventi origine esterna[5]), sì da dar modo ai diritti in parola di partecipare ad armi pari con i diritti nominati ad operazioni di bilanciamento secondo i casi. E, invero, è alquanto singolare che, in una vicenda processuale

[2] Se n'è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?* Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. BALDINI, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

[3] … nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, relaz. al convegno su *Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma Tre, 9-10 novembre 2023.

[4] … in *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, Intervento al convegno su *Cos'è un diritto fondamentale?* cit., 337 ss., e in altri scritti.

[5] Ciò che – come si sa – non si è avuto e non si ha, determinandosi quindi taluni gravi inconvenienti, a partire da quello di cui subito di seguito indicato nel testo.

data, un diritto avente base positiva in una legge comune possa avere la meglio o, come che sia, patire un non minore sacrificio allo scontro con diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione.

Non indugio, ad ogni buon conto, ora sulla questione, vuoi per non intrattenermi troppo su aspetti già in altri luoghi indagati e vuoi (e soprattutto) per il fatto che il rilievo critico ora avanzato si scontra contro il muro granitico di un'esperienza – come si sa – di altro segno; e non ha, dunque, molto senso (forse, non ne ha alcuno…) tornare ad insistere su ciò che avrebbe dovuto essere e che non è stato e non è. Peraltro, la stessa legislazione comune è vistosamente venuta meno al compito della razionalizzazione in parola[6], rendendo così ancora una volta eloquente testimonianza di quella crisi annosa ed ingravescente della rappresentanza politica di cui si hanno ormai innumerevoli ed inquietanti segni e della quale si è in parimenti innumerevoli sedi variamente discusso[7].

Di qui, la "supplenza" o la "delega" – come pure con una qualche improprietà suole essere chiamata – fatta ai giudici, a *tutti* i giudici (sovranazionali e nazionali, comuni e costituzionali) al fine di colmare siffatta carenza: una carenza – com'è chiaro – intollerabile, sol che si pensi che, difettando il riconoscimento dei diritti fondamentali (pur se circoscritto appunto ai "nuovi"), viene per ciò stesso a patire un *vulnus* irreparabile la Costituzione, della quale i diritti stessi sono – piace a me dire – il cuore pulsante, giusta la definizione datane nel disposto, insuperabile per sintesi ed efficacia espressiva, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Questa vicenda è assai nota e non giova ora indugiare ulteriormente a darne la rappresentazione. Merita, tuttavia, il cenno appena fattovi, dal momento che sta proprio qui

---

[6] … tant'è che si è talvolta assistito alla messa in atto di pratiche di normazione, anche assai discutibili, poste in essere in via "sussidiaria" da parte delle Regioni e volte a colmare le lacune della disciplina statale, in ragione delle peculiari esigenze dei territori e delle comunità in essi stanziate (in generale, sul ruolo esercitato dalle Regioni a salvaguardia dei diritti fondamentali, v., almeno, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI E L. TRUCCO, Giappichelli, Torino 2014). Da ultimo, si ha notizia di uno schema-tipo di legge regionale, predisposto dall'Associazione Luca Coscioni, avente ad oggetto l'assistenza sanitaria regionale al suicidio medicalmente assistito, in attuazione di quanto stabilito da Corte cost. n. 242 del 2019, che tuttavia si presenta di dubbia conformità a Costituzione interferendo con ambiti la cui regolamentazione è esclusivamente rimessa alla legge statale [v., al riguardo, i rilievi mossi da M. RONCO - D. MENORELLO, *"Legge Cappato": la scorciatoia regionale è incostituzionale*, in *Centro studi R. Livatino*, 30 ottobre 2023, e, pure ivi, F. PIERGENTILI, *L'ordinamento civile come profilo di incostituzionalità di una legge regionale sul suicidio assistito: le ragioni imperative di uguaglianza e l'uniformità di trattamento*, 6 novembre 2023; più articolato, invece, il giudizio di P.F. BRESCIANI, *Si può regionalizzare il fine vita? Note minime sull'idea di attuare la sent. n. 242 del 2019 con leggi regionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2023, 29 settembre 2023, 127 ss. V., inoltre, M.G. NACCI, *Il contributo delle Regioni alla garanzia di una morte dignitosa. Note a margine di due iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in AA.VV., *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, a cura di T. Cerruti, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, 153 ss.].

Anche, poi, ad ammettere che qui si versi in ambito di potestà concorrente, singolare appare la circostanza per cui, in difetto dei principi fondamentali posti ovvero desumibili dalle leggi statali, gli stessi siano desunti dalla pronunzia della Corte sopra richiamata: quasi che essa possa appunto fare le veci di una legge-quadro statale…

[7] *Ex plurimis*, di recente, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss.; i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2/2022, e gli altri al convegno AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., nonché, volendo, anche il mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine*, 2021/I, 124 ss.

la radice da cui si alimentano taluni squilibri istituzionali, dei quali si dirà più avanti: squilibri quindi accentuatisi per effetto di taluni mutamenti di contesto (e, segnatamente, a seguito della emersione di plurime e concorrenti emergenze) ed in conseguenza dell'adozione di tecniche decisorie da parte dei giudici col tempo viepiù affinate ed incisive.

Vanno, ad ogni buon conto, fatte subito alcune avvertenze per ciò che attiene al ruolo dei giudici ed ai modi con i quali essi hanno fatto (e fanno) valere il *munus* di cui sono dotati al servizio dei maggiori bisogni del corpo sociale. La prima è che, grazie al fattivo impegno svolto da parte delle sedi in cui si amministra giustizia ed al "dialogo" che tra le stesse ormai pressoché quotidianamente s'intrattiene, si ha modo di dare voce a quelle consuetudini culturali, cui si faceva poc'anzi cenno, senza soverchie incertezze di lettura. È vero che gli orientamenti della giurisprudenza non sono scevri di oscillazioni, a volte anche vistose; è, però, chiaro che altro è il riconoscimento che si abbia da parte di una sola autorità istituzionale, foss'anche dotato dei maggiori consensi (quali appunto si hanno in occasione del varo di leggi costituzionali, specie se venute alla luce a larga o larghissima maggioranza), ed altra cosa quello su cui si registri la sostanziale convergenza di più sedi istituzionali, tanto più poi se competenti ad esercitare funzioni almeno in parte diverse (come si ha per i giudici comuni e quelli costituzionali) e non di rado dislocate a piani istituzionali parimenti diversi (quali le Corti europee e quelle nazionali).

Allo stesso tempo (e il punto è di particolare rilievo), è proprio grazie al "dialogo" in parola che prende forma una sorta di mutuo, circolare controllo esercitato dagli uni nei riguardi degli altri giudici, tanto più significativo e gravido di implicazioni in relazione ai giudici di ultima istanza (e, in ispecie, al giudice costituzionale) avverso le cui decisioni non è ammessa alcuna impugnazione. Un controllo il cui rilievo, dunque, si coglie ed apprezza specificamente al piano culturale, ciascuna Corte avendo consapevolezza di dover pur sempre fare i conti con le altre e, perciò, di doversi con esse misurare in un "gioco" senza fine, nell'intento di ricercare sintesi ottimali tra i beni della vita evocati in campo dai casi e darne quindi l'adeguato appagamento.

Va, inoltre, osservato che, anche secondo modello (perlomeno per come ai miei occhi appare), ugualmente non si sarebbe potuto né un domani si potrebbe fare a meno del ruolo di non secondario rilievo dei giudici, in più occasioni e sotto più forme[8]. E ciò, sol che si pensi che agli stessi, per un verso, è conferito il compito, di particolare delicatezza, di aprire le porte del giudizio di costituzionalità in relazione a disposti di legge sospetti di invalidità per lesione dei diritti, come pure di dare quindi "seguito" ai verdetti emessi dalla Consulta ovvero a quelli adottati dalle Corti europee[9]. Per un altro verso, spetta poi ai giudici stessi di esperire il tentativo di interpretazione conforme dei testi di legge, nelle sue plurime ed articolate espressioni, e dunque a Costituzione, a diritto internazionale (in ispecie alle Carte dei diritti), a diritto sovranazionale[10], nonché di far luogo alle opportune specificazioni-

[8] Ne ha, ancora da ultimo, ribadito con particolare vigore il rilievo R.G. CONTI, *Atto politico vs giustizia "politica". Quale bilanciamento con i diritti fondamentali?* in *Giustizia Insieme*, 2 novembre 2023.

[9] Con specifico riguardo al "seguito" dato alle pronunzie della Consulta, dopo i noti studi di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio* a quo *(Un'indagine sul "seguito" delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 685 ss., e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 200 ss., v., ora, in prospettiva comparata, G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell'esecuzione costituzionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2023.

[10] Il punto è ampiamente rimarcato da tempo: tra i molti altri, v. G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2016/II, 293 ss.; M.

attuazioni dei disposti normativi variamente riguardanti i diritti. E non è inopportuno al riguardo notare che il mero fatto per cui le leggi dispongono in via astratta fa sì che le stesse non possano apprestare la dovuta salvaguardia ai diritti, quale appunto si ha per effetto dell'adattamento delle previsioni legislative ai peculiari connotati dei casi. È pur vero, però, che siffatta opera di flessibilizzazione – come la si è altrove chiamata[11] –, per necessaria che sia, si realizza non di rado a mezzo di tecniche decisorie che – piaccia o no – comportano uno scostamento, ora più ed ora meno vistoso, delle pronunzie che se ne avvalgono dall'alveo entro cui la giurisdizione dovrebbe, per modello, mantenersi, determinandosi in tal modo il

---

LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Ann*., IX (2016), 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. BRONZINI e R. COSIO, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*[4], II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, v. A. BERNARDI, Presentazione. *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura dello stesso B., JOVENE, Napoli 2015, VII ss., e, pure ivi, V. MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, 391 ss., nonché V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss.; D. PIERANTONI, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie del Giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in *Nomos*, 2/2023. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i "diritti a somma zero"*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. BERGONZINI - A. COSSIRI - G. DI COSIMO, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, alla giurisprudenza eurounitaria, per tutti, v. V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. FERRARO e C. IANNONE, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. Infime, riferimenti a riguardo degli usi fattisi della tecnica in parola nella giurisprudenza costituzionale possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[7], Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.

[11] … nel mio *Un* rebus *irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e…* impossibili *(appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2023, 27 ottobre 2023, 318 ss. Nella dottrina anteriore, v., almeno, A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da* quaestiones*: a proposito di automatismi legislativi*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. ROMBOLI, Giappichelli, Torino 2017, 497 ss., e L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

sostanziale snaturamento della funzione e degli organi che la esercitano, ormai in buona sostanza omologatisi ai decisori politici.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora discussa; e su di esso, a motivo del rilievo che riveste ai fini della ricostruzione che si va ora facendo, si dovrà tornare al tempo giusto.

3. *La struttura internamente composita dei diritti, il carattere "intercostituzionale" della Costituzione (e delle altre Carte) e l'impossibilità di separare in modo netto, per l'aspetto culturale, i diritti internazionali e sovranazionali da quelli nazionali*

La questione della struttura dei diritti, della quale si passa subito a dire, rimanda alla più generale questione concernente i modi con cui si svolgono le relazioni tra gli ordinamenti, riguardate dallo specifico, particolarmente illuminante angolo visuale del "dialogo" tra le Corti, cui si è sopra fatto cenno.

Vado subito al cuore del problema, rilevando che è impossibile separare in modo netto i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati in ambito internazionale e sovranazionale da quelli salvaguardati in ambito interno. È chiaro (e qui, ovviamente, non si nega) che un medesimo diritto, per il fatto stesso di essere fatto oggetto di una disciplina sua propria in un certo ordinamento o sistema normativo[12] ovvero di un peculiare riconoscimento da questa o quella sede giurisdizionale, viene ad acquistare una parimenti peculiare, complessiva conformazione che lo distingue da quelle che si hanno in altri luoghi istituzionali. Non si trascurino, poi, taluni fattori di contesto che giocano essi pure nel senso di connotare la protezione accordata al singolo diritto ed a tutti nel loro fare "sistema". Va, infatti, tenuto presente che è proprio il sistema dei diritti tutelati in un dato ordinamento a presentarsi comunque, in maggiore o minore misura, diverso da altri pure appartenenti alla medesima famiglia delle liberal-democrazie.

Si aggiunga, inoltre, la circostanza per cui diversi sono i modi di accesso, le tecniche decisorie, gli stili argomentativi, e via dicendo, propri di ciascuna sede giurisdizionale; e, ancora una volta, tutto ciò lascia comunque un segno su forme e sostanza della tutela.

Insomma, al piano processuale si apprezzano non poche né poco significative differenze nel passaggio dall'una all'altra delle sedi in parola. Se ne ha, peraltro, riscontro persino nel corso di una medesima vicenda processuale, per quanto il punto sia ad oggi stranamente non in modo fermo fissato.

Si pensi, ad es., a taluni slittamenti semantici che si registrano nell'interpretazione degli enunciati delle Carte dei diritti (Costituzione inclusa) nel passaggio dal verdetto di un giudice materialmente costituzionale (tale intendendo – come si diceva – anche un giudice europeo, in occasione della salvaguardia accordata ad un diritto) a quello di un giudice comune chiamato a dare "seguito" al primo. Non di rado, insomma, si assiste alla sia pur involontaria manipolazione delle stesse pronunzie di questa o quella Corte da parte degli operatori chiamati a darvi esecuzione (che, poi, talora è piuttosto una vera e propria attuazione che si realizza a mezzo della produzione di regole specificative di indicazioni di principio contenute

[12] Faccio uso solo qui del sintagma in parola, che per speditezza della esposizione non ripeterò più, unicamente per il fatto che, a dire della giurisprudenza costituzionale quale inaugurata con le famose sentenze "gemelle" del 2007, non sarebbe appropriato discorrere in termini di "ordinamento" in relazione alla protezione assicurata ai diritti dalla CEDU, malgrado – come si sa – quest'ultima faccia capo al Consiglio d'Europa. Attorno ad un siffatto modo di vedere le cose si sono registrate notazioni critiche di vario segno, alle quali nondimeno non può ora farsi alcun cenno.

nelle prime e, perciò, espressive di, un ora più ed ora meno, largo ed incisivo apprezzamento discrezionale).

Fermo tutto ciò, è pur vero – qui è il punto che merita di essere rimarcato – che, per effetto del "dialogo" intergiurisprudenziale, viene a determinarsi un flusso ininterrotto e viepiù consistente di materiali culturali che si portano da un ordinamento all'altro e sovente, poi, al primo ritornano, con un moto circolare che si ricarica da se medesimo senza sosta. Le tradizioni costituzionali comuni – per fare ora solo il primo esempio che viene in mente – rendono una eloquente testimonianza di questo *trend* che ha, peraltro, plurime e varie forme che lo rendono manifesto ed avvalorano. Si tratta, infatti, come si sa, di materiali culturali attinti dagli ordinamenti nazionali, laddove storicamente si è avuta la fioritura della pianta dei diritti, che, una volta originalmente rielaborati ed adattati alle peculiari esigenze dell'ordinamento (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, tornano quindi negli ambienti di origine veicolati dagli atti sovranazionali che ivi esprimono la loro pur varia *vis* prescrittiva, atti ai quali è quindi data ora applicazione ed ora attuazione in sede interna. E, poiché nel circolo ermeneutico la stessa Costituzione e, *mutatis mutandis*, le Carte dei diritti (in ispecie, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo) vanno incontro a continui adattamenti semantici alla luce di ciò che dispongono le fonti e gli atti in genere che ad esse funzionalmente si raccordano, se ne ha che, anche per quest'aspetto, non secondaria è l'incidenza culturale esercitata dall'uno nei riguardi dell'altro documento normativo. D'altronde, la duttilità strutturale dei loro enunciati è – come si sa –, dove più dove meno, accentuata, agevolando pertanto la mutua fecondazione degli stessi, alla quale una spinta vigorosa è impressa – perlomeno secondo modello – dal principio fondamentale di apertura che è affermato nel nostro così come nell'ordinamento dell'Unione (artt. 10, 11 e 117, I c., Cost. e 4.2 TUE)[13]. Un principio che, ancora per una volta per il carattere circolare che connota le relazioni tra i principi fondamentali, ciascuno dei quali avendo senso unicamente nel suo fare "sistema" con i restanti, presenta, a un tempo carattere di *fine* e di *mezzo*: è l'una cosa, sol che si pensi che la sua enunciazione ha la *ratio* giustificativa e la più qualificante espressione nel suo porsi in decisa contestazione di un passato segnato dalla sterile, autoreferenziale chiusura in se stesso dello Stato nazionale, da cui si è alimentata l'insana ideologia che ha causato l'immane tragedia della seconda grande guerra. È, al contempo, l'altra cosa vuoi perché la salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni richiede di necessità la limitazione della sovranità dello Stato e vuoi perché è anche di qui che passa l'ottimale salvaguardia della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla –, risultante dai valori transepocali, seppur – ahimè – non autenticamente universali, di libertà ed eguaglianza.

Va, infatti, tenuto presente che il "dialogo" tra le Corti, al di là dei divergenti orientamenti e a volte dei conflitti anche aspri registratisi tra queste ultime, ha nel complesso portato ad un vistoso innalzamento del livello di tutela dei diritti visti nel loro insieme, proprio grazie al condizionamento culturale che le Corti stesse si danno a vicenda.

Se, dunque, la questione della salvaguardia dei diritti è ambientata al piano culturale e si volge lo sguardo al "diritto vivente", per i modi con cui i giudici danno voce alle Carte e ne

[13] L'apertura agli ordinamenti nazionali è, nondimeno, marcata anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, rendendosi quindi vistosa nei numerosi casi in cui si fa appello al margine di apprezzamento [riferimenti, di recente, in G. RICCARDI, *Il margine di apprezzamento*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, II.I, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Principi e orientamenti*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 77 ss., e T. CATALANO, *Obblighi degli Stati in materia di abusi sessuali su minori e margine di apprezzamento: il caso D.K. c. Italia*, di prossima pubblicazione in Ordine internazionale e diritti umani, 5/2023, 15 dicembre 2023].

assicurano l'implementazione nell'esperienza, si ha conferma del carattere "intercostituzionale" – come si è ritenuto altrove di chiamarlo – della Costituzione e, generalizzando, di ogni Carta dei diritti[14]. Ed è perciò che la loro ricognizione semantica è pur sempre il frutto di suggestioni ed indicazioni culturali di varia provenienza che sono quindi sollecitate a confrontarsi e, tendenzialmente, ad incontrarsi, fino in circostanze viepiù ricorrenti ad integrarsi a vicenda, secondo quanto è peraltro rilevato in una ispirata, risalente pronunzia della Consulta, la n. 388 del 1999, cui ho fatto più volte richiamo nelle mie riflessioni sul tema ora da un peculiare angolo visuale riconsiderato[15].

Il vero è, però, che la piena integrazione delle Carte rimane pur sempre una meta verso la quale risolutamente tendere; non può, nondimeno, dubitarsi che il processo volto al suo conseguimento sia già particolarmente avanzato: negarne la esistenza equivarrebbe, dunque, a dare una distorta rappresentazione della realtà che, tuttavia, esibisce non poche né lievi oscillazioni ed anche talune non rimosse, gravi contraddizioni. Ciò che può dirsi ormai provato è che non può al presente predicarsi la netta distinzione degli ordinamenti che piuttosto si presentano di già in una sensibile misura integrati. Come si è fatto in altri luoghi notare, essi somigliano agli anelli di una stessa "catena", che hanno una parte comune, mobile, ora più ed ora meno estesa, e parti ancora separate. Questa immagine, poi, si riflette sugli atti costitutivi degli ordinamenti stessi: se ne ha, infatti, fedele rappresentazione ogni qualvolta un atto dell'Unione, normativo o giurisprudenziale che sia, viene seguito da altri atti adottati in ambito interno, ciascuno dei quali è, sì, idoneo a produrre un proprio effetto e però – ciò che più importa – tutti assieme concorrono a dar vita ad un effetto unitario, che è appunto quello della intera "catena" da essi composta.

---

[14] Ho discorso del carattere in parola più volte, a partire da *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss. Su di esso, v., ora i rilievi che sono in F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna University Press, Bologna 2023, e A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?* relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., spec. § 15, rilievi che nulla però tolgono al fatto in sé (ed al valore che esso rappresenta) della viepiù consistente e feconda circolazione di materiali e suggestioni culturali da un ordinamento all'altro, con ciò che essa significa per l'interpretazione costituzionale e le forme del suo inveramento nell'esperienza (v., infatti, quanto se ne dice subito nel testo).

[15] La giurisprudenza costituzionale ha, peraltro, più volte fatto richiamo alla indicazione teorica della pronunzia appena indicata nel testo (ad es., in Corte cost. nn. 84 del 2021, 54, 145 e 198 del 2022); il punto è, però, che non vi si è dato il giusto, lineare seguito, dal momento che la sistemazione orizzontale delle Carte fattasi al *piano della teoria della interpretazione* è contraddetta – come si sa – da una piramidale al *piano della teoria delle fonti*, assumendosi che ogni Carta di origine esterna sia pur sempre tenuta – quale meno (la Carta di Nizza-Strasburgo) e quale più (la CEDU e, con ogni probabilità, ogni altra Carta) – a prestare ossequio alla Costituzione: ora, dunque, ai soli principi fondamentali ed ora, invece, ad ogni norma costituzionale. Si viene, pertanto, a determinare una sorta di "graduatoria" delle Carte stesse quanto alla loro *vis* prescrittiva che – a tacer d'altro –, per un verso, fa a pugni con la loro pari natura materialmente costituzionale e, per un altro verso, non tiene conto del fatto che, per l'aspetto strutturale, tali documenti normativi, per ciò che dicono e per come lo dicono, sono naturalmente portati a confrontarsi unicamente con enunciati espresslvi dei principi suddetti o, come che sia, con altri da questi "coperti".

Se, dunque, è pur vero che tutte le Carte (e, in genere, le fonti) aventi origine esterna possono spiegare effetti in ambito interno solo in quanto provviste di "copertura" costituzionale, è parimenti vero che ciò che conta è l'indeclinabile vocazione delle stesse ad integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi, senza che abbia pertanto rilievo alcuno la loro (supposta) sistemazione piramidale. Se ne ha, peraltro, conferma dalla mutua cooperazione che si intrattiene tra le Corti, della quale si ha tra l'altro riscontro dagli incontri informali dalle stesse organizzati allo scopo di confrontarsi su questioni particolarmente spinose di comune interesse. Qui, comunque, non mi soffermerò oltre ora sulle irrisolte aporie di costruzione sopra accennate, avendo più volte manifestato il mio punto di vista assai critico al riguardo.

Questa vicenda, che quotidianamente prende forma ed incessantemente si rinnova nelle aule in cui si amministra giustizia, può cogliersi ed apprezzarsi appieno nella sua oggettiva consistenza unicamente al piano culturale, al quale peraltro non di rado è assai disagevole stabilire quale Carta o Corte più dia e quale più riceva nel circolo ermeneutico in cui tutte, per loro indeclinabile vocazione, si immettono. Talvolta, però, si sa con certezza come stanno al riguardo le cose, secondo quanto – per fare ora solo un paio di esempi – ha confermato la vicenda del sovraffollamento carcerario ovvero quella del riconoscimento delle origini biologiche della prole, in relazione alle quali l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea è stata marcata, davvero risolutiva, consigliando quindi il nostro giudice delle leggi a mutare radicalmente avviso[16].

È così, insomma, che va gradatamente formandosi uno *jus commune europaeum* e, a un tempo, rinnovandosi profondamente il diritto nazionale. Ad ogni buon conto, può già al presente dirsi che, riguardati dalla prospettiva delle relazioni tra gli ordinamenti ed alla luce del processo di mutua integrazione degli stessi al piano culturale prima (e più ancora) che a quello positivo, i *diritti nazionali sono anche sovranazionali, e viceversa*[17].

4. *Nuovi diritti per nuove tecniche decisorie, e viceversa (con specifico riguardo alla tecnica della decisione in due tempi inaugurata in* Cappato *ed all'innaturale conversione della Corte in un decisore politico)*

Si deve, dunque, in buona sostanza, alla intraprendenza dei giudici la salvaguardia assicurata ai diritti, vecchi o nuovi che siano. È un dato, questo, di comune esperienza che emerge con singolare evidenza, al di là poi delle forme di cui la protezione stessa si rivesta e della intensità assunta in taluni contesti ed in relazione a taluni diritti.

Merita, ad ogni buon conto, di essere rimarcata la circostanza per cui la invenzione di nuovi diritti è andata di pari passo a quella di nuove tecniche decisorie. La cosa si riscontra, ancora una volta, con circolarità di tratti e di effetti: quelli, infatti, sono non di rado veicolati da queste, e viceversa, queste dovendosi proprio alla pressione di taluni bisogni elementari della persona che vigorosamente sollecitano la loro emersione dagli strati più profondi del corpo sociale, per far luogo alla quale si rende necessaria la messa a punto di inusuali tecniche decisorie. In realtà, a volte se ne fa a meno, facendo leva sulla formidabile duttilità strutturale di cui sono dotate talune tecniche ormai da tempo sperimentate, ad es. quella della interpretazione conforme. Non può, nondimeno, farsi passare sotto silenzio che se ne sono fatti (e se ne fanno) non poche volte usi forzosi ed impropri. Il vero è che non sempre le tecniche interpretative, tra le quali appunto quella da ultimo menzionata, sono messe in atto a modo, così come non sempre i testi di legge e gli stessi parametri costituzionali sono intesi rispettando gli argini segnati dalla lettera degli enunciati.

Di contro, abbiamo avuto (ed abbiamo) operazioni di flessibilizzazione dei disposti normativi, ora a mezzo di aggiunte e manipolazioni in genere testuali ed ora per il tramite

[16] D'altronde, non è senza significato che alla giurisprudenza in parola si faccia di continuo richiamo dalla Corte costituzionale come pure da un numero viepiù crescente di giudici comuni, secondo quanto è ad es. avvalorato dalle pratiche viepiù ricorrenti di flessibilizzazione dei testi di legge, sulle quali si ragiona nel mio *Un* rebus *irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e…* impossibili, cit., ed indicazioni ivi.

[17] Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, nel mio *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, cit., spec. ult. §.

del rifacimento dei testi per via interpretativa, che si sono portate (e si portano) ben oltre la soglia segnata, pur con una certa approssimazione, dalla scrittura dei testi stessi; e talora siffatte operazioni, al di là delle critiche anche penetranti ricevute dagli annotatori delle pronunzie che vi fanno luogo, si consolidano e divengono irremovibili (ad es., perché venute ad esistenza per mano di un organo avverso le cui decisioni non può farsi alcuna impugnazione).

Si presti, ad es., ancora una volta attenzione alle tecniche decisorie forgiate dalla Consulta.

In fondo, se ci si pensa, è ancora più "sincera", se così può dirsi, quella giurisprudenza che, riconoscendo di non poter riconciliare per via interpretativa oggetto e parametro, neppure dunque a mezzo di una profonda operazione di scavo all'interno della sostanza normativa racchiusa negli enunciati, esce allo scoperto e mette a punto una tecnica inusuale, come ha fatto non molto tempo addietro con *Cappato*.

La tecnica delle decisioni in due tempi – se posso esprimermi con cruda franchezza – è, al piano della teoria giuridica, priva di senso alcuno. Chiamiamo, piuttosto, le cose con il loro giusto nome: è una soluzione gravida di valenza politica, per il cui tramite la Corte esperisce un disperato tentativo di smuovere i decisori politici dal loro annoso letargo, offrendo loro l'ultima[18] opportunità di rimediare ai guasti esibiti dalla disciplina sottoposta a giudizio. Non mi avventuro qui ad esprimere alcun commento al piano politico a riguardo di siffatta esperienza; posso solo dire di comprendere le ragioni che inducono la Corte a fare il passo che fa, non però a darne la giustificazione. Singolare, per vero, ai miei occhi appare la circostanza per cui una disciplina normativa in un primo momento considerata insuscettibile d'immediata manipolazione, vi vada invece successivamente soggetta: le "rime obbligate" che ostano all'una cosa escono, infatti, di scena, così come peraltro preannunziato dalla stessa Corte: con un andamento – come si vede – a scomparsa, azionato da un meccanismo nascosto, ben oliato ne suoi movimenti ma azionato da mani sbagliate.

Delle due, infatti, l'una: o il rifacimento della normativa è – a torto o a ragione – valutato come possibile, secondo quanto attesta la decisione di fine partita; ed allora non si capisce perché non vi si faccia subito luogo, tanto più che, pur a seguito dello stesso, nulla osta all'ulteriore intervento regolatore da parte del legislatore, fermo restando il doveroso rispetto del giudicato costituzionale. Oppure il rifacimento stesso non è possibile; ed allora non può aversi né prima né dopo. *Tertium non datur*.

Quest'aporia logica di costruzione rimane insuperata nella giurisprudenza con cui le rime suddette sono state convertite da "obbligate" in "possibili"[19], al di là degli sforzi prodotti da una sensibile dottrina per darne la giustificazione.

---

[18] … che, però, non sempre è davvero tale, nulla escludendo un'ulteriore dilazione del tempo concesso al legislatore per far luogo al suo auspicato intervento.

[19] Questa l'etichetta ormai in uso [riferimenti in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine*, 2021/III, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss.]. Di "versi sciolti" preferisce dire D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da*

Ora, è vero che la Corte ha – come suol dirsi – una doppia "anima", giurisdizionale e politica[20]; ed è anche vero che nessuno è mai riuscito a stabilire in siffatto *mix* quanto pesi l'una e quanto l'altra componente. Si tratta, infatti, di "ingredienti" – se così vogliamo chiamarli – che si mescolano inscindibilmente tra di loro in dosaggi vari a seconda delle circostanze e degli interessi di volta in volta evocati in campo dai casi; e sarebbe, perciò, chiaramente ingenuo ed oggettivamente forzoso tenerli innaturalmente separati, tracciando una sorta di linea ideale di confine tra di essi buona per ogni evenienza.

Parimenti vero è, tuttavia, che la Costituzione non consente alla Corte di commutarsi in un decisore politico *tout court*, dismettendo – ché di questo, a conti fatti, si tratta – le vesti del giudice per indossare quelle proprie degli organi della direzione politica[21].

Qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa.

La Corte non sembra farsi alcun problema di trasformarsi camaleonticamente alla bisogna in un decisore politico, non si fa insomma questione dell'abbandono del principio della separazione dei poteri conseguente ad un siffatto operare. Eppure, è di lampante evidenza che il mantenimento del principio in parola, sia pure nella forma temperata che, da noi come altrove, per Costituzione assume, è condizione vitale della sopravvivenza della Costituzione stessa e, con essa, della democrazia che – piaccia o no – ha ancora nella rappresentanza politica il perno fisso attorno al quale ruotano le sue più salienti espressioni, al punto di potersi seguitare ad affermare che la democrazia o è rappresentativa oppure semplicemente non è.

Diciamo le cose come stanno. Non è affatto indifferente – come la Corte ha dato ad intendere in *Cappato* – che una nuova disciplina veda la luce in questo o quel luogo istituzionale, che sia cioè opera, in prima battuta (e preferibilmente), per mano delle assemblee rappresentative ovvero, in seconda, di un giudice sia pure del tutto peculiare, qual è appunto la stessa Corte. Come si è fatto notare da un'accreditata dottrina[22], ogni cosa ha il proprio posto e lì (e *solo* lì) deve appunto stare.

Il risvolto della invenzione di nuovi diritti è, dunque, dato da nuovi equilibri o – per dir meglio, alla luce delle esperienze qui evocate – squilibri istituzionali che comportano il costo insopportabile di uno scostamento viepiù marcato e vistoso dall'alveo tracciato nella Carta per lo svolgimento delle dinamiche istituzionali. Ed è allora chiaro che ad essere in gioco non è la sola forma di governo ma, di più, la stessa forma di Stato, dal momento che la torsione registratasi al piano delle relazioni istituzionali ha immediati e rilevanti riflessi sul versante dei rapporti tra l'apparato governante nel suo insieme e la comunità governata.

---

creatività eccessiva a felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss. Al diverso linguaggio adoperato, nondimeno, non corrisponde, a conti fatti, una diversa sostanza delle cose.

[20] Per tutti, AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit.

[21] Non a caso, d'altronde, la Corte è andata nel tempo a noi più vicino alla ricerca di fonti di legittimazione analoghe a quelle di cui si avvalgono i decisori politici, ad es. intrattenendo inusuali rapporti con la pubblica opinione attraverso le visite alle scuole o alle carceri [su ciò, dopo gli interventi al Seminario su *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, organizzato da *Quad. cost.*, Bologna 25 novembre 2022, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2023, v., ora, G. AMATO - D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Feltrinelli, Milano 2023]; della qual cosa, per vero, si fatica a comprendere la utilità per ciò che attiene all'esercizio del *munus* alla Corte stessa spettante, ove si consideri che gli elementi di conoscenza al riguardo indispensabili possono essere acquisiti a mezzo dei poteri istruttori di cui essa è dotata.

[22] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, cit.

5. *Nuovi equilibri e squilibri istituzionali, nel tempo a noi più vicino (in ispecie, in relazione alle emergenze), e la centralità del ruolo esercitato dai giudici a presidio dei diritti*

Il *trend* qui sommariamente rappresentato nei suoi tratti essenziali ha, poi, ricevuto un'ulteriore accelerazione nel tempo a noi più vicino per effetto del manifestarsi di plurime ed ingravescenti emergenze che hanno lasciato (e seguitano a lasciare) un segno marcato sia sull'una che sull'altra delle forme suddette.

Particolarmente istruttiva appare essere la vicenda registratasi in occasione della recente pandemia da covid-19 che ha comportato un complessivo sconvolgimento della vita di relazione in seno alla società come pure al livello istituzionale[23]. È chiaro che ciò che vale in situazioni di una sia pur relativa quiete non può valere negli stati di crisi. Dovrebbe, però, essere vero anche l'inverso; e qui il timore è che taluni metodi e pratiche di governo, cui si è fatto luogo in congiunture di emergenza, seguitino per forza d'inerzia a trasmettersi pur laddove il quadro risulti complessivamente mutato[24].

La giurisprudenza – come si sa – ha ripetutamente insistito a riguardo del bisogno che le discipline positive si mantengano costantemente rispettose del canone della ragionevolezza e, perciò, della adeguatezza delle norme alla situazione di fatto che ne giustifica l'adozione[25]: un canone che, però, nella sua strutturale vaghezza ed idoneità a mutare camaleonticamente pelle di continuo, appare essere estremamente sfuggente, sì da risultare assai arduo dare la dimostrazione dei suoi non lineari, forzosi utilizzi. Si dispone, ad ogni buon conto, di alcuni indizi che avvalorano l'esistenza delle torsioni in parola, il più significativo dei quali è, a mia opinione, dato dal ricorrere di atteggiamenti diffusi sia tra gli operatori che (e soprattutto) in seno al corpo sociale di resistenza nei riguardi di taluni verdetti dei giudici, per ciò che nel merito stabiliscono e/o per le tecniche di giudizio messe in atto in vista della loro emanazione. Come si è tentato di mostrare altrove, si hanno, insomma, talora delle manipolazioni delle… *manipolazioni* che non restano senza significato

[23] Basti solo porre mente, a quest'ultimo riguardo, all'uso abnorme fattosi dei decreti del Presidente del Consiglio, tant'è che su di essi si è prontamente appuntata l'attenzione di una nutrita schiera di studiosi che ne ha fatto oggetto di esame anche con contributi di respiro monografico [v., dunque, M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022, e L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; altri riferimenti, ora, in A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss.].

[24] Lo stesso è da dire in relazione a talune pratiche sociali viepiù diffuse: ad es., per ciò che attiene all'utilizzo dei mezzi informatici cui si è dovuto fare ricorso in occasione della pandemia da covid-19 praticamente in ogni campo della vita sociale e che potrebbe perdurare, così come per vero per taluni aspetti perdura, pur dopo il venir meno della emergenza.

[25] Riferimenti a riguardo degli orientamenti manifestati dalla Consulta sono in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[7], cit., 143 ss. e 154 ss. Altre indicazioni possono, ora, aversi dai numerosi commenti alla discussa sent. n. 110 del 2023, tra i quali quelli di S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consulta OnLine*, 2023/III, spec. 835 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, P.C., *Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del* drafting *legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023),* 2023/II, 461 ss.; L. DI MAJO, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, 715 ss., e M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, 726 ss.; v., inoltre, G. DONATO - C. LOTTA, *L'irragionevolezza della «radicale oscurità» legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, 1/2023, 165 ss. In termini generali, da ultimo, R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.

ed inducono, dunque, ad una disincantata riflessione circa il modo complessivo con cui talune vicende si svolgono e pervengono a conclusione.

Si pensi, per fare qui solo un esempio, a ciò che si è avuto in occasione del sindacato sulla disciplina che ha introdotto la c.d. *Robin tax*, di cui a Corte cost. n. 15 del 2015[26], laddove una inopinata delimitazione temporale degli effetti delle proprie decisioni operata dal giudice costituzionale, in palese disprezzo della regola al riguardo fissata nell'art. 136 della Carta, ha sollevato resistenze diffuse da parte dei giudici comuni. Purtroppo, non si dispone a tutt'oggi di strumenti sicuri che consentano di "pesare" l'esatta consistenza del fenomeno che, nondimeno, non ha di certo avuto dimensioni di secondario rilievo.

Questa vicenda, unitamente a molte altre cui potrebbe parimenti farsi richiamo, rende, ancora una volta, sicura testimonianza della centralità di posto detenuto dai giudici comuni in seno alle istituzioni in cui si articola la Repubblica. Molte volte l'attenzione è naturalmente attratta dalla Corte quale organo competente ad assicurare il rispetto della Costituzione e l'equilibrio tra gli organi e gli enti di cui si compone l'ordinamento. È giusto che sia così; non è giusto, di contro, che l'attenzione stessa si appunti esclusivamente sulla Consulta, sol che si pensi che, per un verso, sono proprio i giudici comuni ad aprire le porte della Consulta stessa, per riprendere la fortunata immagine di P. Calamandrei, e dunque a delineare i contorni della questione su cui il giudice costituzionale è chiamato a pronunziarsi; per un altro verso, poi, sono sempre i giudici a portare ad effetto i verdetti della Corte, e nulla esclude che – come si diceva – in siffatto, ultimo tratto di strada, la vicenda possa prendere una piega seppur in parte diversa da quella stabilita dalla Corte stessa.

Mutatis mutandis, qualcosa di simile si ha anche sul versante dei rapporti con le Corti europee, in ispecie con la Corte dell'Unione, ad es. laddove interpellata in via pregiudiziale. Ancora una volta, infatti, fermarsi unicamente alla pronunzia emessa dal giudice sovranazionale non appare essere risolutivo, senza che si sia altresì verificato quale impatto la stessa abbia avuto sulle pratiche a venire in ambito interno; quanto meno, dovrebbe prestarsi attenzione alla decisione emessa dall'autorità interpellante, presentandosi oggettivamente disagevole un monitoraggio effettuato a tappeto nelle sedi in cui acquista rilievo la medesima questione.

Non si sottovaluti, poi, la possibilità che, nel corso di una stessa vicenda processuale, possano aversi plurime manipolazioni che si rendano palesi con un andamento – come dire? – a *zig-zag*. Così, ad es., laddove una questione pregiudiziale sia posta dalla Corte di cassazione[27] o dalla Corte costituzionale che, ricevuta la risposta attesa dalla Corte dell'Unione, non vi si conformi a pieno, ricevendo però ulteriori correzioni da parte dei giudici comuni (magari, al fine di riportare la vicenda sul suo giusto binario). Non sempre, insomma, il passaggio dalla Consulta si dimostra essere la scelta più azzeccata e congrua alle complessive esigenze del caso: un aspetto questo – a me pare – poco valutato dai benevoli *laudatores* della soluzione patrocinata dalla nota sent. n. 269 del 2017; e non posso qui trattenermi dal rilevare, ancora una volta, di passaggio la stranezza della soluzione

[26] Tra i numerosi commenti a questa discussa vicenda, v., almeno, quelli che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.*, nonché G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 59 ss., e A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.

[27] … magari – perché no? – oggi, a seguito della riforma Cartabia, dietro rinvio pregiudiziale esperito dai giudici di merito alla stessa Corte (sul nuovo istituto si è da ultimo intrattenuto con opportuni rilievi R. CONTI, *I diritti fondamentali tra giurisdizioni europee e nazionali*, relaz. al Convegno su *Giustizia senza frontiere. Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, cit.).

caldeggiata dallo stesso giudice delle leggi nelle pronunzie posteriormente adottate con le quali ha rimesso per intero ai giudici comuni la scelta in merito alla priorità da accordare alla pregiudiziale "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria) ovvero a quella costituzionale, senza tener conto del fatto che, laddove nutrano il dubbio circa il retto significato del disposto eurounitario, gli operatori nazionali non possono, per logica conseguenza, neppure sollevare una questione di costituzionalità che variamente lo coinvolga (in via ordinaria, quale parametro; eccezionalmente quale oggetto, in quanto veicolato in ambito interno dalla legge di esecuzione, ove se ne sospetti la violazione dei "controlimiti").

Dovrebbero, poi, farsi oggetto di osservazione i casi definiti dai giudici comuni senza l'interpello della Corte dell'Unione o della Corte costituzionale. È questa, però, come si sa, un'autentica montagna sommersa, le cui dimensioni risultano incommensurabili, dal momento che, al tirar delle somme, le questioni sottoposte a monitoraggio sono proprio quelle che, per l'uno o l'altro verso, sollecitano l'entrata in campo delle Corti suddette ora *singulatim* ed ora congiuntamente.

6. *Quali diritti e quali sviluppi delle relazioni istituzionali per il prossimo futuro?*

Stando le cose così come sono qui viste, occorre da ultimo chiedersi quali scenari potrebbero delinearsi nel prossimo futuro per i diritti fondamentali e quali gli sviluppi delle relazioni istituzionali, nei limiti in cui il tempo presente, gravato – come si è accennato – da plurime e soffocanti emergenze, consenta di affacciare talune, pur approssimative, previsioni al riguardo.

Ancora una volta, il giudizio finale appare essere internamente articolato e composito.

Si pensi, ad es., al rilievo già al presente assunto dallo sviluppo della scienza e della tecnologia che, con il suo impetuoso avanzare, di sicuro sarà ancora maggiore già nel prossimo avvenire. Ebbene, senza ripetere qui cose a tutti note, è sufficiente segnalare la crescente incidenza che esse – nel bene come nel male – avranno nei riguardi dei diritti fondamentali come pure per le relazioni istituzionali (e, dunque, sia per la forma di governo che per la forma di Stato).

La pandemia da covid-19 ci consegna un insegnamento da tenere in gran conto. Ha dato modo all'intera umanità di sopravvivere ed alle relazioni sociali ed istituzionali di seguitare a svolgersi, sia pure con forzosi adattamenti e costi particolarmente gravosi, grazie al ricorso agli strumenti informatici (si pensi solo alla teledidattica, al telelavoro, alla telemedicina); allo stesso tempo, ha però comportato problemi non da poco per ciò che concerne il fisiologico esercizio delle funzioni di alcuni organi, a partire proprio dalle assemblee rappresentative.

In generale, poi, è risaputo che le macchine possono offrire benefici considerevoli ai diritti, specie ad alcuni, e, però, anche recare guasti incalcolabili, come opportunamente messo in luce dagli studi che a ritmo incalzante si vanno facendo sull'intelligenza artificiale.

Per ciò, poi, che specificamente attiene al versante delle relazioni istituzionali, l'esito di maggior significato dell'analisi svolta è nel senso di una viepiù marcata confusione dei ruoli, tanto tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia quanto in seno ai primi, segnatamente per effetto della sostanziale, crescente emarginazione delle assemblee rappresentative dal circuito decisionale.

Sappiamo tutti che della rappresentanza politica non può comunque farsi a meno, venendo altrimenti per ciò stesso meno – come si è dietro rilevato – la democrazia e,

dunque, la stessa Costituzione, nell'accezione d'ispirazione liberale. Ebbene, fino a quando non sarà inventato il modo di salvaguardare queste ultime senza necessità di ricorso alla prima (e, francamente, non riesco ad immaginare come ciò possa aversi), dobbiamo fare di tutto per offrire alla rappresentanza politica l'opportunità di risollevarsi, almeno in parte, dallo stato di degrado culturale – come lo si è altrove qualificato[28] – in cui versa. Un obiettivo, questo, sicuramente assai arduo da raggiungere (ammesso che ciò si renda davvero possibile…) e, comunque, bisognoso di tempi lunghi, molto lunghi, e di uno scrupoloso e faticoso lavorio operato su più fronti.

Si tratta, infatti, di far luogo ad un complessivo rivolgimento della struttura sociale, nell'intento di allentare almeno, se non pure di sciogliere del tutto, alcuni nodi soffocanti disseminati al suo interno. E, poiché – come si è veduto – la questione è di ordine culturale, molto possono (e devono) allo scopo fare gli operatori del mondo della scuola e della cultura in genere, a partire da coloro che sono impegnati nei primi gradi degli studi.

Allo stesso tempo, come vado dicendo da tempo, occorre far luogo ad un complessivo rifacimento sia delle *regole* che delle *regolarità* della politica (che, peraltro, laddove rifatte a modo, possono darsi mutuo sostegno ed alimento).

Ora, non è di qui far luogo alla riconsiderazione dell'annoso e, a dirla tutta, stucchevole tema delle riforme, a riguardo del quale peraltro ho, ancora non molto tempo addietro, avuto modo di manifestare il mio punto di vista[29]. Mi limito solo a rilevare come, al di là della linearità e potenziale incisività di taluni disegni (connotati, questi, a mia opinione largamente carenti), è singolare che si pensi di porre mano alle modifiche della Carta senza, allo stesso tempo, rivedere sia pure in parte metodi e pratiche di fare politica, nel quadro di una complessiva riconformazione del sistema dei partiti[30], e – ciò che ancora di più importa – di dare almeno avvio a quell'opera di rifacimento del tessuto sociale che è condizione della riuscita degli interventi al piano istituzionale. Un edificio non si fa di certo cominciando dal tetto bensì dalle fondamenta e solo dopo aver spianato come si deve il terreno su cui sarà eretto.

Chiudo, ponendo taluni quesiti senza dar loro risposta, considerandola implicita nell'esame fin qui condotto.

Il primo. Cosa mai può indurre ad un sia pur cauto ottimismo per ciò che attiene al recupero della tipizzazione dei ruoli istituzionali per effetto del varo di una nuova forma di governo? Certo, i rapporti tra Governo (e, in ispecie, Presidente del Consiglio) e Capo dello Stato muteranno sensibilmente (a mio modo di vedere, *in peius*, in conseguenza del sostanziale svuotamento di funzioni patito dal secondo) ma siamo ugualmente sicuri che non si assisterà più a forme, sia pur nuove, di "supplenza" da parte di questo nei confronti di

---

[28] … nel mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in Liber amicorum *Guerino D'Ignazio*, nonché in Ordine internazionale e diritti umani, 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.

[29] V., dunque, volendo, il mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* in Osservatorio sulle fonti, 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss. Un'autentica alluvione di scritti si è poi riversata in capo alla riforma istituzionale predisposta dal Governo Meloni, ancora prima che si avviasse il confronto in Parlamento sulla stessa, decantandosene dagli uni le lodi sperticate e denunziandone dagli altri i rischi micidiali che fa correre all'intero impianto ordinamentale. Di tutto ciò, nondimeno, non può ora farsi parola alcuna.

[30] Così, per fare ora solo un esempio, nessuna garanzia di stabilità politica (che, comunque, non equivale di certo a buon governo) può venire dalla elezione diretta del *Premier* – il punto di forza del disegno di riforma Meloni –, sol che si pensi che i Governi seguiteranno verosimilmente ad essere tutti di coalizione, con la conseguenza che il venir meno della stessa (ad es., per il disimpegno di uno dei partiti che la compongono) porterà comunque fatalmente diritto all'apertura di una crisi di governo.

quello? E – ciò che ha ancora maggior rilievo – siamo sicuri che non assisteremo più ad anomale commistioni di ruoli al piano dei rapporti tra gli organi di garanzia e gli organi della direzione politica? Temo, anzi, che i giudici ancora di più si troveranno impegnati a far luogo ad una diuturna, faticosa e non poco travagliata opera di riscrittura dei testi di legge varati dalla maggioranza di turno e di contenimento in *genere* di talune espressioni fin troppo esuberanti – se così vogliamo eufemisticamente chiamarle – dei decisori politici.

Il secondo (e ancora più rilevante del primo). Se è vero, com'è vero, che la tipizzazione dei ruoli che dà sostanza al principio della separazione dei poteri è stata storicamente pensata a salvaguardia dei diritti fondamentali, venendo meno la prima cosa ne sarà dei diritti fondamentali e, per ciò stesso, della Costituzione? Come potrà seguitare ad incedere nel suo pur non sempre lineare, comunque sofferto, cammino lo Stato costituzionale, una volta azzoppato di una delle gambe su cui, secondo la mirabile formula scolpita nel già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, si regge? Non verrà, dunque, per ciò solo meno anche l'altra, relativa ai diritti? Sono, forse, immaginabili, infatti, *diritti costituzionali senza… Costituzione*?

Insomma, il rischio che molti paventano e che anch'io non mi nascondo è quello di una possibile involuzione autoritaria dell'ordinamento[31]; ed è bene segnalare che la riscrittura della Carta, vigorosamente patrocinata dall'attuale maggioranza politica e volta ad introdurre il c.d. premierato, in una sua pur peculiare accezione, potrebbe agevolare quest'esito infausto laddove dovesse implementarsi nell'esperienza in una forma distorta, foriera di guasti istituzionali ed ordinamentali cui non si saprebbe poi se e come vi si possa porre rimedio[32].

Vico ci ha insegnato che la storia ciclicamente si ripete. La miscela micidiale risultante da un populismo esasperato ed un nazionalismo becero ed aggressivo che proiettano la loro ombra sul sofferto tempo presente ci ammonisce a non abbassare la guardia ma, all'inverso, ad essere viepiù vigili e pronti a fare in ogni tempo fronte ad eventi devianti dal solco costituzionale e dall'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta.

[31] Su ciò, per tutti, AA.VV., *Crisi dello Stato e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. PANZERA - A. RAUTI - C. SALAZAR - A. SPADARO, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

[32] Ragguagli al riguardo, volendo, nel mio *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bIvio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria,* in *Consulta OnLine*, 2023/III, 1009 ss.

Parte II
Ordinamento costituzionale
e tutela dei diritti fondamentali in Italia

Salvatore Aleo
Complessità reale e culturale, forma della legge, prassi giudiziarie

Guido Corso
Diritti fondamentali e pubblica amministrazione

Alberto Randazzo
Libertà di culto e nuove tecnologie, con particolare riferimento alla religione cattolica (una doppia prospettiva, statale ed ecclesiale)

Giuseppe Vecchio
Tutele dei minorenni e Stato sociale di diritto

SALVATORE ALEO[*]

Complessità reale e culturale, forma della legge, prassi giudiziarie[**]

SOMMARIO: Sommario: 1. La complessità come ambito della spiegazione della crisi della forma di legge nella società contemporanea. L'epistemologia della complessità, per un cambio di paradigma. – 2. Un laboratorio paradigmatico: la problematica della responsabilità sanitaria nella giurisprudenza penale e civile.

ABSTRACT: ***The first part of the essay concerns the current conditions of the form of law, aims to have methodological relevance and contains criminal notions and references due to the author's skills. The second part of the essay represents a laboratory of jurisprudential observation.***

Among the reasons for the crisis of the form of law, the reference to complexity is significant: real and cultural complexity of society, of regulated phenomena, of the functions of the State, in general of the cognitive structure.

The complex forms of regulated phenomena, detected in their concrete social and historical dimension, induce notions (especially of responsibility) that are difficult to typify. The notions relating to organized crime can be considered emblematic.

From these considerations the author deduces criticisms of the traditional notion of causality, the preference for functionalist analyses and the relevance of systems theory and organization theory for the contributions they can provide in the argumentation of legal evaluations and judicial decisions.

The second part of the essay concerns the forcing in the field of healthcare liability: a subject that can be understood as an interesting and paradigmatic laboratory in relation to jurisprudential practices, recently also concerning neuroscience, and to the contributions of the doctrine. It must be considered that the relevance of the topic also determined the enactment of two laws in 2012 and 2017 to regulate and limit healthcare liability.

1. *La complessità come ambito della spiegazione della crisi della forma di legge nella società contemporanea*. *L'epistemologia della complessità, per un cambio di paradigma*

La prima parte di questo intervento riguarda le condizioni e gli esiti attuali della forma di legge, vuole avere rilievo soprattutto metodologico e la prevalenza delle nozioni e dei riferimenti penalistici dipende ovviamente dalle competenze dell'autore. La seconda parte intende rappresentare un laboratorio di osservazione giurisprudenziale.

Fra le ragioni della crisi della forma di legge è ragionevole e significativo il riferimento alla complessità. Complessità reale e culturale: della società, dei fenomeni regolati, delle funzioni stesse dello Stato, in generale dell'assetto conoscitivo.

Complesso, in generale, può essere fatto equivalere a (i risultati de) l'analisi multifattoriale e contestuale, contestuale in senso spaziale e temporale, quindi dinamico[1].

Nella complessità può essere indicato un limite di funzionalità della legge, in confronto alla semplificazione – e alla pretesa di semplificazione – illuministica.

---

[*] Professore Ordinario di Diritto Penale in quiescenza, Università degli Studi di Catania.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] W. WEAVER, *Science and complexity*, in *American Scientist*, 1948, vol. 36, n. 4, 536-544, trad. it. rinvenibile su Internet.

Innanzitutto può osservarsi come nella società democratica, pluralistica, siano difficili e instabili gli accordi, le intese, sui contenuti, come sugli stessi valori, soprattutto sulle articolazioni e implementazioni di questi: la forma di legge è compromissoria, incerta e facilmente deperibile. In secondo luogo, a differenza delle funzioni definitorie dello Stato liberale, essenzialmente regolative e prevalentemente inibitorie, affidate alla forma stessa della legge, di cui il giudice è concepito come funzionario, le funzioni proprie dello Stato sociale, di segno positivo e propulsivo, appaiono scarsamente tipizzabili e affidate in concreto agli operatori: la legge stabilisce obiettivi e procedimenti. Ancora, le forme complesse dei fenomeni regolati, appresi (rilevati) nella loro dimensione sociale e storica concreta, inducono nozioni (segnatamente di responsabilità) scarsamente tipizzabili. Emblematiche possono essere considerate le nozioni relative alla criminalità organizzata.

Già la nozione di concorso nel reato appare carente di tassatività e determinatezza; e tutti i tentativi di tipizzazione della problematica e della disciplina del concorso di persone sono falliti o sono stati superati storicamente: infatti si può contribuire (a un accadimento) in un numero infinito di modi possibili e il contributo (del singolo) può essere a sua volta utilizzato (dai concorrenti) in un numero infinito di modi possibili. Il problema appare esasperato nelle nozioni di partecipazione o appartenenza all'associazione delittuosa e vieppiù di concorso eventuale o esterno nel delitto associativo.

A ben vedere, anche le nozioni di causa e di colpa possono essere considerate incerte. Ma la nostra cultura crede di possederle. In particolare, la causa esprime la pretesa di definizione di una soglia semantica: senza A, non B; da cui dovrebbe potersi trarre certezza. Altra certezza dovrebbe potersi trarre dal rifermento alle leggi di natura: la dimensione nomologica della causalità.

Sulla crisi dell'astrattezza e generalità della legge influisce pure la dimensione monopolistica dell'economia, sinteticamente, i monopoli a) intervengono nel processo di formazione della legge, b) gestiscono le dinamiche contrattuali e c) sono molto più forti nei processi.

Nella società contemporanea, da un canto, emerge il problema della rappresentazione democratica nella regolazione e disciplina giuridica, dall'altro, crescono gli spazi di discrezionalità nell'amministrazione della giustizia.

La dialettica fra le Corti, nazionali e sovranazionali, contribuisce alla tutela dei diritti e alla produzione di incertezze del diritto.

In generale, può dirsi, tendono a ridursi le differenze fra i sistemi di *civil law* e di *common law*. Storicamente, può dirsi ancora, la mancata codificazione del sistema inglese può avere pure spiegazione storica nel migliore avvenuto funzionamento delle corti, dei collegi giudicanti.

Il titolo della traduzione italiana di un libro della Delmas-Marty è *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, con riferimento appunto alle forme di tutela multilivello. Ma questo è il sottotitolo dell'edizione francese, intitolata *Le flou du droit*, che può essere la vaghezza del diritto[2]. Il filtro flou in fotografia serve a sbiadire le immagini, i contorni.

In tutte le forme complesse, sbiadiscono i nessi causali. E l'epistemologia della complessità implica la coscienza dei limiti delle spiegazioni causali.

La Delmas Marty indica la principale garanzia nella stessa complessità dei meccanismi. Ma ciò costituisce certo per il sistema giuridico problemi di efficienza e di velocità/durata dei procedimenti.

[2] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, trad. it., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992.

Le carenze di tassatività e determinatezza della forma e delle nozioni della legge possono essere considerate, invero, corollari della stessa complessità dei dati oggetto di rappresentazione normativa. E allora il problema può essere rappresentato e affrontato in termini di attraversamento della epistemologia della complessità.

La nozione di criminalità organizzata è stata espressa dalla cultura sociale generale e recepita dalla cultura giuridica e penalistica. Un dato di fatto abbastanza significativo è che coloro che si occupano di criminalità organizzata poco sanno di teoria dell'organizzazione.

Come la causalità è stata nozione essenziale della cultura moderna, la crisi ovvero la consapevolezza dei limiti della causalità può essere considerata espressione altrettanto essenziale della post-modernità[3] e la nozione di organizzazione appare centrale e trasversale della cultura contemporanea.

È molto interessante che negli anni sessanta del secolo scorso due studiosi di discipline affatto diverse abbiano fatto percorsi abbastanza simili, muovendo dai limiti della causalità, più in generale della logica binaria, e giungendo alla costruzione della teoria dei sistemi. I sistemi viventi, von Bertalanffy, biologo austriaco[4], i sistemi sociali, Luhmann[5].

Possiamo definire in generale il sistema come un insieme di elementi considerati in correlazione fra di loro e alla stregua di un contesto, spaziale (l'ambiente) e temporale (la storia)[6].

L'incertezza connota, intanto, le scienze fisiche e della natura. I giuristi cercano certezze nelle scienze cosiddette esatte, mentre gli studiosi di queste scienze vincono i premi Nobel con la teoria del caos e fanno i convegni sulla politicità della (loro) scienza.

Scossoni prodigiosi alle fondamenta stesse delle scienze hard sono stati quelli della teoria della relatività, ristretta e generale, e poi della meccanica quantistica, segnatamente del principio di indeterminazione di Heisenberg: di una particella subatomica non si possono determinare simultaneamente la posizione e l'impulso, perché (essenzialmente) l'atto della misurazione perturba il campo e quindi l'oggetto misurato.

La causalità è stata fortemente criticata da Mach e da Russell, e sostituita con la nozione matematica di funzione[7]. La nozione di funzione è singolarmente più debole di quella di

---

[3] J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Les Editions de Minuit, Paris, 1979, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1981, 1985, 2012.

[4] L. VON BERTALANFFY, *Robots, Men and Minds. Psychology in the Modern World*, George Braziller, New York, 1967, trad. it., *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, ISEDI (Istituto Editoriale Internazionale), Milano, 1971, *General* System Theory, George Braziller, New York, 1968, trad. it., *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, ili (Istituto Librario Internazionale), Milano, 1971.

[5] N. LUHMANN, *Funktion und Kausalität*, 1962, *Funktionale Methode und Systemtheorie*, 1964, in *Soziologische Aufklärung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1970, trad. it., *Funzione e causalità*, *Metodo funzionale e teoria dei sistemi*, in *Illuminismo sociologico*, il Saggiatore, Milano, 1983, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1984, trad. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna, 1990.

[6] Può v. P. DELATTRE, *Theorie des systèmes et épistemologie*, 1982, trad. it., *Teoria dei sistemi ed epistemologia. Metodi e concetti utilizzati nelle diverse discipline scientifiche*, Einaudi, Torino, 1984. Dello stesso A. può v. la voce *Funzione* dell'*Enciclopedia* Einaudi, Torino, vol. VI, 1979, 415 ss.

[7] Sul pensiero di Mach, in particolare sulla «polemica contro il concetto di causalità» e la «sua sostituzione con il concetto di funzione», va visto il testo di R. MUSIL, *Beitrag zur Beurteilung der Lehren Machs*, trad. it., *Sulle teorie di Mach*, Adelphi, Milano, 1973, 1993, la tesi di dottorato in filosofia che lo scrittore ventottenne, già ingegnere, discusse all'Università di Berlino il 14 marzo del 1908.

B. RUSSELL, *Mysticism and Logic and Other Essays*, trad. it., *Misticismo e logica*, Longanesi, Milano, 1980, TEA, 1993, *Sul concetto di causa* (1912), 170: «Secondo me, la legge di causalità, come molto di ciò che viene apprezzato dai filosofi, è il relitto di un'età tramontata e sopravvive, come la monarchia, soltanto perché si suppone erroneamente che non arrechi danno»; 183: «Indubbiamente il motivo per cui la vecchia "legge di

causa: non è determinante; ma è espressione di un'analisi più ricca: multifattoriale e contestuale. La nozione di funzione è stata poi essenziale in sociologia (Durkheim e poi lo strutturalfunzionalismo) ed è diventata chiave di lettura della teoria dei sistemi. Seguendo Radcliffe-Brown (tra i fondatori dell'indirizzo funzionalistico in antropologia sociale) possiamo considerare la funzione come il contributo di una parte a un tutto, dinamico[8]. La nozione di funzione ha una connotazione di stabilità, dell'analisi: della relazione dell'analisi con il campo analizzato; non è una relazione fra eventi, ma fra grandezze: è una relazione di co-variazione fra grandezze.

Von Bertalanffy ha posto in evidenza come il problema dei tre corpi sia irresolubile secondo le regole della fisica classica e ha posto in evidenza in generale i limiti della logica binaria, semplificatrice: vero/falso, dentro/fuori, causa/effetto, colpevole/innocente. Luhmann ha sostenuto che tutte le spiegazioni causali sono suscettibili di rappresentazione funzionale, mentre non è vero il reciproco, perché vi sono rappresentazioni funzionali che non sono suscettibili di spiegazione causale.

La causalità tende a definire le condizioni di verificabilità degli eventi, la funzione è essenzialmente descrittiva. La scienza tende a sostituire come proprio oggetto la verità da scoprire con il problema da risolvere. La causalità, in quanto diventa storicamente probabilistica (von Buri, biologo), quindi contestuale (Carnap), soprattutto nella concezione modale (Salmon[9]), finisce per risolversi nell'analisi funzionalistica. Così, segnatamente, nell'analisi della funzione svolta dalla norma violata.

Coase, economista inglese naturalizzato statunitense, premio Nobel per l'economia nel 1991, con scritti di teoria dell'organizzazione a partire dagli anni trenta, ha definito l'organizzazione come il trasferimento dentro la struttura dell'impresa delle transazioni tipiche del mercato[10]; l'organizzazione, a differenza dell'organismo, che funziona da solo, è

---

causalità" ha continuato così a lungo a pervadere i libri dei filosofi è semplicemente questo: l'idea di una funzione non è familiare alla maggior parte di loro, e quindi esse ricercano una formula indebitamente semplificata»

[8] A. R. RADCLIFFE-BROWN, *Structure and function in primitive society*, 1952, Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 1967, trad. it., *Struttura e funziona nella società primitive*, Jaca Book, Milano, 1968, 16: «Secondo la definizione che qui ne abbiamo dato, "funzione" è il contributo che un'attività parziale dà all'attività totale di cui fa parte. La funzione di un particolare costume sociale è il contributo che esso dà alla vita sociale in quanto funzionamento dell'intero sistema sociale». Ivi, 13-15: «Il concetto di funzione applicato alle società umane si basa su una analogia tra vita sociale e vita organica. L'identificazione di questa analogia e di alcune sue implicazioni non è nuova. Nel diciannovesimo secolo insieme al concetto di funzione e al termine stesso essa compare spesso in filosofia e in sociologia. Da quanto mi risulta, la prima formulazione sistematica del concetto, riferito a uno studio strettamente scientifico della società, fu quella di Émile DURKHEIM nel 1895 (*Règles de la Méthode Sociologique*)». «La definizione di Durkheim dice che la "funzione" di una istituzione sociale è la corrispondenza che esiste tra essa e i bisogni (*besoins* in francese) dell'organismo sociale. Questa definizione va sviluppata». (…) «Possiamo dire che la funzione di un processo fisiologico ricorrente è perciò una corrispondenza tra questo e i bisogni (le condizioni necessarie di esistenza) dell'organismo». (…) «La vita sociale della comunità si può definire il *funzionamento* della struttura sociale. La *funzione* di ogni attività ricorrente, quale può essere la punizione di un crimine o una cerimonia funebre, è il ruolo che essa svolge nella vita sociale intesa come totalità e perciò il contributo che dà al mantenimento della continuità strutturale». «Il concetto di funzione, come si viene chiarendo, implica perciò la nozione di una *struttura* costituita da una *serie di rapporti* tra *singoli elementi*, *la continuità* della struttura essendo assicurata da un *processo vitale* che è l'insieme delle *attività* delle unità costitutive».

[9] W. C. SALMON, *Four Decades of Scientific Explanation*, Regents of the University of Minnesota, USA, 1989, 1990, trad. it., *40 anni di spiegazione scientifica. Scienza e filosofia 1948-1987*, Franco Muzzio, Padova, 1992.

[10] R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica* (n. s.), 1937, n. 4, trad. it., *La natura dell'impresa*, *in Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, 2006, 73 ss.

costituita da «isole di potere cosciente»[11], soggetti liberi di scelte, e può essere quindi definita come l'insieme delle convenzioni di carattere generale che tengono luogo degli accordi caso per caso. L'organizzazione non può essere ridotta alla dimensione formale dell'accordo, essendo costituita dalla effettività delle relazioni funzionali, dentro un sistema.

È certo molto interessante che le voci *Organizzazione*, *Sistema* e *Ordine/disordine* dell'*Enciclopedia* Einaudi siano state redatte da un fisico, Prigogine, russo naturalizzato belga, premio Nobel per la chimica nel 1977, redatte insieme con la sua assistente filosofa Stengers[12]. Prigogine ha esplorato la complessità definendo la teoria delle strutture dissipative: i vortici, che dissipano energia; ha ribaltato i termini del rapporto ordine/disordine: il vortice, tradizionalmente visto come un disordine nel mondo ordinato, è stato concepito da Prigogine come una forma di autoorganizzazione della materia nel caos del mondo influenzata dalle delimitazioni dell'ambiente. Nozione essenziale dell'analisi di Prigogine è la biforcazione, come la situazione di equiprobabilità del verificarsi di eventi diversi al verificarsi di un dato evento. Esempio può essere quello di una valanga che scivola lungo un crinale: se cade da una parte, travolge un villaggio e coinvolge persone; se scivola dall'altra, ostruisce il corso di un fiume e produce siccità a valle. Così la fisica ha assunto il segno del tempo.

È interessante il fatto che le nozioni di sistema e di organizzazione tendano sostanzialmente a coincidere nelle scienze hard e tendano piuttosto a differenziarsi, progressivamente, nella transizione verso le scienze umane: fino alla distinzione più netta in economia, sociologia e psicologia. Ciò può essere spiegato col fatto che la biforcazione più pura che esiste in natura sia la libertà di scelta dell'individuo, impredicibile nella misura maggiore.

La teoria del caos è nata… per caso. Lorenz, meteorologo al MIT, introduceva dati relativi alle condizioni meteorologiche nel suo computer Royal McBee. Un giorno del 1961 andò a prendersi un caffè e quando tornò, dopo un'ora, credette a un guasto del computer, trovandosi di fronte a grandissime oscillazioni dei grafici, determinate da una piccolissima differenza delle condizioni iniziali: aveva trascritto numeri con tre decimali, mentre nella

---

[11] Ivi, 74-75; 75-76: «Perché vi sono queste "isole di potere cosciente"? Al di fuori dell'impresa, il movimento dei prezzi dirige l'attività produttiva, che è coordinata attraverso una serie di transazioni sul mercato. Dentro l'impresa queste transazioni vengono eliminate e alla complicata struttura delle transazioni sul mercato viene sostituito l'imprenditore-coordinatore che dirige l'attività produttiva»; 80: «Si può riassumere questa parte del ragionamento dicendo che il funzionamento di un mercato ha un costo e che, creando un'organizzazione e permettendo a una certa autorità (un "imprenditore") di allocare le risorse, vengono risparmiati i costi del mercato. L'imprenditore deve svolgere la sua funzione a un costo più basso di quello che nasce dal ricorso al mercato, perché qualora egli non possa ottenere i fattori di produzione a un prezzo minore rispetto alle transazioni di mercato, è sempre possibile tornare a farvi ricorso»

[12] I. PRIGOGINE e I. STENGERS, voci *Ordine/disordine*, *Organizzazione*, *Sistema*, in *Enciclopedia* Einaudi, rispettivamente, vol. X, 1980, 87 ss., 178 ss., vol. XII, 1981, 993 ss.

Di PRIGOGINE e STENGERS possono v. anche *La Nouvelle Alliance. Métamorphose de la science*, Gallimard, Paris, 1980, trad. it., *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Einaudi, Torino, 1981, 1993, 1999, *Order Out of Chaos. Man's New Dialogue with Nature*, Bantam Books, Toronto - New York - London - Sydney, 1984, *Entre le temps et l'éternité*, Fayard, Paris, 1988, trad. it., *Tra il tempo e l'eternità*, Boringhieri, Torino, 1989, Bollati Boringhieri, Torino, 2014.

Di PRIGOGINE possono v. *From Being to Becoming. Time and Complexity in the Phisical Sciences*, 1978, W. H. FREAMAN, San Francisco, 1980, trad. it., *Dall'essere al divenire. Tempo e complessità nelle scienze fisiche*, Einaudi, Torino, 1986, *La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de la nature*, Odile Jacob, Paris, 1996, trad. it., *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997, 2014, *Le leggi del caos*, Laterza, Milano, 1993, 2006.

memoria del computer erano registrati sei decimali[13]. Anni dopo, in un seminario del 1979, espresse l'immagine che il battito di ali di una farfalla in Brasile possa produrre un cambiamento delle condizioni iniziali che una settimana dopo potrebbe scatenare un tornado nel Texas: donde il nome di "effetto farfalla"[14].

L'epistemologia della complessità, l'analisi funzionalistica e la teoria dei sistemi e la teoria dell'organizzazione possono costituire contributi essenziali e fondamenti dell'argomentazione delle valutazioni giuridiche e decisioni giudiziarie, aumentarne la controllabilità, l'efficacia persuasiva, ridurne l'incertezza. Ciò può riguardare, da un canto, le nozioni di responsabilità, dall'altro, il funzionamento stesso e l'organizzazione degli uffici, delle strutture operative. Occorre passare in generale dalla coscienza della complessità al governo della complessità, con i metodi dell'analisi multifattoriale e funzionalistica. Il problema principale sembra quindi il progresso della conoscenza.

L'analisi precedente riguarda e deve riguardare in modo precipuo la problematica delle garanzie: nonché i livelli di prova e di argomentazione, la cultura e la collegialità dei giudici. Corollari della concezione del giudice bocca della legge possono essere considerati sia il giudice monocratico che l'obbligatorietà dell'azione penale. Spingendoci più avanti, possiamo ritenere che la discrezionalità dell'azione penale sia strumento di maggiore velocità dei procedimenti, induca prassi come il patteggiamento, la collaborazione con la giustizia, il dialogo e la conciliazione tra le parti, il risarcimento e la riparazione.

Alcune osservazioni particolari a proposito del concorso esterno nei delitti associativi possono essere considerate paradigmatiche delle problematiche qui complessivamente rappresentate.

Non è vero che il concorso esterno sia di creazione giurisprudenziale. Esisteva nel codice napoleonico, nel codice sardo e in quello sardo-italiano, e la nozione è stata poi generalizzata nel codice Zanardelli e nel codice Rocco, così come quella di associazione per delinquere.

La nozione di concorso esterno appare essenziale nella realtà delle relazioni di complicità con i fenomeni criminosi organizzati.

La medesima non è tipizzabile perché il contributo può essere di un numero infinito di modi possibili, e usato e quindi valorato in un numero infinito di modi possibili, non preventivabile perché affidato alla fantasia dei protagonisti («isole di potere cosciente», soggetti liberi di scelte).

Il contributo di partecipazione all'associazione è apprezzabile (e verificabile) in termini di relazione funzionale stabile con la struttura e attività dell'associazione. Il concorso esterno è apprezzabile (e verificabile) in termini di relazione funzionale della prestazione con effetti di stabilità sull'esistenza e attività dell'associazione considerata in generale[15].

Spesso si fa rilevare, precipuamente a proposito dei limiti della forma di legge, il modesto livello culturale della nostra classe politica. La classe politica è espressione delle condizioni generali del Paese. E, a proposito di rappresentazione democratica nella regolazione e disciplina giuridica, occorre considerare che la gente desidera e chiede vendetta,

---

[13] J. GLEICK, *Chaos. Making a New Science*, Viking Penguin, New York, 1987, trad. it., *Caos. La nascita di una nuova scienza*, Rizzoli, Milano, 1989, 2006, 20-21. E. LORENZ, *Deterministic Nonperiodic Flow*, in *Journal of the Atmospheric Sciences*, 20, 1963, 130-141.

[14] J. GLEICK, *Caos*, cit., 15 ss.

[15] Ho affrontato questi temi nel volume *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 1999, 2ª ed., 2005, 3ª ed., 2009.

retribuzione del male col male. È molto molto più sofisticato e difficile l'approccio ragionevolmente e più sapientemente preventivo, di messa in sicurezza del Paese.

Da un canto sarà interessante interrogarsi su se sia peggio la legge Spazzacorrotti o il pacchetto sicurezza attualmente in via di approvazione. D'altro canto, deve constatarsi come dopo l'approvazione del c.d. Codice Rosso del 2019 e la sua recente riforma di settembre 2023 i delitti di femminicidio non siano diminuiti.

2. *Un laboratorio paradigmatico: la problematica della responsabilità sanitaria nella giurisprudenza penale e civile*

Istintivamente, mi verrebbe da dire che mi fido di più della giurisprudenza, e della dottrina. La seconda parte del mio intervento finisce per smentirmi. Riguarda le forzature in materia di responsabilità sanitaria. Può essere inteso come un laboratorio interessante nonché paradigmatico relativo alle prassi giurisprudenziali e ai contributi della dottrina.

Forzatura generale è costituita dalla straordinaria rilevanza del penale e della cultura penalistica in un settore – la responsabilità sanitaria – da cui il penale dovrebbe essere addirittura estraneo. Infatti, il medico agisce comunque per favorire la salute e la guarigione del paziente, anche quando motivato dai più bassi sentimenti speculativi e di carriera.

È amplissimo, recentemente, il numero di contributi scientifici penalistici in materia di responsabilità del medico.

Può essere considerato assai significativo che nei giudizi in sede civile di responsabilità medica le nozioni essenziali di causalità e colpa siano quelle desunte dal codice penale e dalla cultura penalistica.

Una forzatura difficile da comprendere riguarda, viceversa, la reiterata non applicazione in sede penale dell'art. 2236 del codice civile, dettato dal legislatore del 1942 per garantire ai professionisti, innanzitutto e soprattutto i medici, condizioni di necessaria serenità nel lavoro. Ciò, secondo l'argomentazione della differenza dei settori e l'autonomia delle discipline. Invece, l'ordinamento giuridico è unico; il diritto penale costituisce in generale un'*extrema* ratio, dovrebbe restare invero estraneo o marginale alla materia della responsabilità sanitaria, la responsabilità penale costituisce un cerchio concentrico ristretto in confronto a quella civile, dovrebbe perciò ritenersi applicabile la norma di garanzia dell'art. 2236 c.c. *a fortiori* al diritto penale. Per il medico, che garantisce la salute dei cittadini.

Che il medico garantisce la salute dei cittadini, diritto fondamentale, è stato addirittura argomento usato per sostenere, nella giurisprudenza di legittimità, il maggior rigore della relativa responsabilità. La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, fondata sull'aumento ovvero sulla mancata diminuzione del rischio dell'evento, concepita dalla dottrina tedesca per incrementare il requisito della *condicio sine qua non* nella definizione della causalità, è stata invece adottata in luogo della *condicio sine qua non*. È essenziale l'osservazione che la giurisprudenza abbia cercato i numeri della definizione del coefficiente di rischio (probabilità del settanta, cinquanta, trenta per cento, apprezzabile possibilità) necessario e sufficiente a costituire la causalità della condotta medica errata rispetto all'evento infausto verificatosi. Equivoco colossale in giurisprudenza e in dottrina riguarda la confusione ovvero difficile distinzione fra la probabilità di verificarsi dell'evento alle

condizioni date e la provabilità[16] come coefficiente di affidabilità del giudizio. Entrambi i problemi precedenti sono stati risolti con la sentenza Franzese[17].

La tendenza alla contrattualizzazione della responsabilità civile dei sanitari è dipesa innanzitutto e soprattutto da ragioni economiche e di mercato, su cui non è questo il luogo per soffermarsi. L'affermazione giurisprudenziale della natura contrattuale della responsabilità in campo sanitario è servita anche a compensare lo svantaggio del paziente sul piano probatorio rispetto al medico e alla struttura (principio di prossimità della prova). Tuttavia, appare come vistosa forzatura l'argomento a sostegno del contatto sociale. Soprattutto in quanto usato quasi essenzialmente per il medico.

Il principio sacrosanto del consenso informato, ovvero il diritto all'informazione e la libertà di non voler essere curato, ha finito col generare diversi mostri, di opposta fattura. Da un lato, la configurazione dei delitti di violenza privata, lesioni volontarie, omicidio preterintenzionale, per le prestazioni realizzate in assenza del consenso. Dall'altro, la drammatizzazione del consenso, e delle informazioni fornite al paziente, come strumento ritenuto di difesa da parte dei sanitari, in documenti copiosissimi che il paziente non legge e neppure capisce.

Da qualche parte ho pure letto l'ipotesi di configurazione dell'omicidio volontario con dolo eventuale, per il medico che agisca a rischio di cagionare la morte del paziente. In generale io ritengo il dolo eventuale (la configurazione del delitto doloso a titolo di dolo eventuale e la relativa costruzione) una forzatura del sistema, questa sì, da parte della giurisprudenza, e della dottrina.

In generale, la giurisprudenza ha finito per fare, e soprattutto ha ritenuto di fare, controlli di qualità sull'attività dei sanitari, nonché invece opportuni controlli di legalità.

Problema specifico riguarda la controllabilità empirica dei giudizi di colpa. La colpa è una nozione eminentemente normativa e può essere definita in generale come la difformità del comportamento tenuto dal soggetto rispetto al comportamento che può considerarsi doveroso, in quel tipo di situazione, per evitare il verificarsi di un evento dannoso o pericoloso, del tipo di quello verificatosi: doveroso in quanto imposto da una norma (colpa specifica) o dagli usi, cioè normale (colpa generica: l'uomo medio): il comportamento tenuto dalla maggioranza dei soggetti dello stesso tipo in una situazione dello stesso tipo di quella oggetto del giudizio (l'*homo eiusdem condicionis*). Violazione, dunque, di una regola cautelare. La misura della difformità può essere considerata criterio di misura della colpa, precipua rispetto a quella del danno possibile e della probabilità di verificarsi di questo, nella situazione data. In tal modo, può dirsi definito, in termini sociologici, un criterio di verificabilità empirica del giudizio di colpa. Diversamente, la colpa è ciò che ritiene e decide il giudice.

Nella colpa professionale non è diverso il criterio di accertamento, è specifico il campo del riferimento e del confronto: coloro che esercitano la medesima professione (l'*homo eiusdem professionis*).

L'ordine logico della teoria della responsabilità è inteso tradizionalmente: evento, condotta, rapporto di causalità, colpevolezza. Nello studio della responsabilità sanitaria emerge abbastanza chiaramente come, invece, la nozione di causalità sia succedanea di

[16] L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford University Press, Oxford - New York, 1977, Clarendon Press, Oxford, 2011. Di questo A. v. anche *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford University Press, 1989, trad. it., *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, Milano, 1998.

[17] Cass. pen. sez. un. 30328/2002.

quella di colpa: se il medico ha sbagliato, può dirsi che l'evento sia conseguenza della sua azione od omissione, errata. Se il medico non ha commesso alcun errore, ha agito correttamente, l'evento non potrà essere considerato e definito dipendente dalla sua condotta. Così, si parla, ragionevolmente, di causalità della colpa.

In effetti, l'approccio così definito può essere allargato e generalizzato. Può vedersi come la causalità sia diversa fra diritto penale (il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, perché è lo Stato che punisce una persona) e diritto civile (è sufficiente la probabilità maggiore della contraria, perché si tratta della controversia fra due soggetti, a dimensione in ultima analisi economica, ed è preferibile dare ragione a chi ce l'ha più probabilmente che no, ovvero dell'altro, piuttosto che denegare giustizia); sia diversa fra azione (di carattere generale) e omissione (relativa e circoscritta alla violazione di un dovere funzionale); sia diversa fra condotta dolosa e condotta colposa: il dolo ha un significato di disvalore molto elevato e si accontenta di un coefficiente di probabilità di verificarsi dell'evento anche modesto: il soggetto spara a distanza enorme rispetto alla portata dell'arma e provoca la morte; la colpa richiede un coefficiente di probabilità di verificarsi dell'evento molto più elevato.

Ho fatto altre volte l'esempio del prof. Aleo che giunge al pronto soccorso di sabato notte, perché si sente male, e trova un medico che lo stima molto, il quale ne vanta i meriti con la propria assistente, e lo rassicura, ritenendo la situazione non grave, e lo consiglia di andare a casa e tornare il lunedì mattina, per fare gli accertamenti più opportuni. Se il prof. Aleo la notte muore nel suo letto a casa propria, sarà molto molto difficile sostenere e dimostrare che se fosse stato ricoverato non sarebbe morto, nel letto dell'ospedale. Salve ovviamente situazioni particolari di cui non sembra rilevante tener conto, che non servono a smentire il ragionamento. Si consideri ora l'ipotesi che lo stesso prof. Aleo giunga nello stesso pronto soccorso, ugualmente di sabato notte, e trovi un medico che lo conosce ma lo disprezza, perché quello ha bocciato due volte sua figlia, all'università e agli esami di avvocato, e gli dice le stesse parole rassicuranti, ma questa volta – aggiungiamo – con voce melliflua, e – per ciò che riguarda il piano probatorio – confida alla propria assistente il dubbio che chissà se possa arrivarci, il prof. Aleo, fino a lunedì. Nel caso di morte del prof. Aleo la notte nel suo letto di casa, sarà molto difficile per il sanitario difendersi dall'accusa di omicidio volontario.

Mi preme informare il lettore e mi costa ammettere di essere rimasto deluso quando ho scoperto che l'anteriorità logica della colpa rispetto alla causalità è stata sostenuta nientedimeno da Kelsen, il quale ha ripreso Jaeger, filologo grecista tedesco, nel porre in evidenza come il concetto greco «di causa (*aitía*) … in origine faceva tutt'uno con quello di colpa e fu dapprima trasferito dalla responsabilità giuridica alla causalità fisica»[18] e nel

[18] H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, 1943, trad. it., *Società e natura. Ricerca sociologica*, Einaudi, Torino, 1953, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, nel cap. V intitolato «La legge di causalità e il principio del contrappasso nella filosofia naturalistica greca». Ivi, 567 n. 97: «La parola *aitía*, che appare per la prima volta in Pindaro e in Eschilo, qui significa "colpa". Ma nell'introduzione alle *Storie* di Erodoto significa "causa". In Omero non si trova il sostantivo *aitía*, ma l'aggettivo *aítios*, e il verbo *aitiáomai*; il primo significa "colpevole", il secondo "accusare, addebitare". È probabile che questa parola si ricolleghi all'antica parola indiana *ainas*, che significa "sacrilegio", "colpa", o "peccato" (cfr. L. MEYER, *Handbuch der griechischen Etymologie*, 1901, II, 80-81). W. JAEGER, *Paideia: la formazione dell'uomo greco*, trad. it. dalla II ed. tedesca del 1936, 257, scrive che il concetto greco "di causa (*aitía*) … in origine faceva tutt'uno con quello di colpa e fu dapprima trasferito dalla responsabilità giuridica alla causalità fisica. Questo processo mentale è strettamente connesso con l'analoga applicazione agli eventi naturali del gruppo dei concetti *kosmos-dike-tisis*, tolto dal campo giuridico"» (W. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, 1933, Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig, 1944, Oxford University Press, New York, 1945, trad. it., *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, 1933, 1944, Bompiani, Milano 2003, 2011, 302).

connettere la causalità con il contrappasso, in ultima analisi con la logica – innanzitutto quale giustificazione – della vendetta. Così, esattamente all'incontrario del debito che i giuristi ritengono di avere nei confronti delle scienze della natura, è la nozione stessa di legge di natura a essere stata – originariamente – indotta e ricavata dalla legge sociale, e dalla credenza religiosa. È il linguaggio delle scienze naturali debitore del linguaggio del diritto, della religione e delle credenze superstiziose. *Society and Nature* è il titolo del libro americano di Kelsen, *A Sociological Inquiry* il sottotitolo.

La causalità esprime puramente e semplicemente l'argomentazione e lo sforzo di legittimazione del bisogno di trovare un colpevole. Riguarda eminentemente gli eventi infausti.

Engisch, in un saggio sulla causalità del 1931[19], ritenne fondamento della nozione di causalità la conformità della successione con una legge naturale, la «regolarità della successione dei fenomeni» (in proposito citando Mill), la nozione quindi di «condizione regolare». Su questo saggio Stella ha costruito la sua analisi su *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, del 1975[20], che tanto ha condizionato la nostra dottrina e giurisprudenza. Ma già nel 1965 Engisch aveva rivisto profondamente le sue posizioni, tornando su «La causalità nel diritto» nel quinto capitolo di un libro sulla concezione del mondo dei giuristi[21]; sottolineando come Mach abbia «tentato di sostituire il concetto di causa con il concetto matematico di funzione»; esprimendo considerazioni assai vicine a quelle di Kelsen. In modo particolare, sulla *condicio sine qua non*: «l'ostinazione con cui ci si aggrappa alla formula della *condicio sine qua non* e il discernimento frattanto raggiunto nella differenziazione dei singoli concetti scientifici di causalità mi spingono a ritenere che forse nella formula della c.s.q.n. si nasconda un punto di vista specificamente giuridico che è il motivo per cui la causalità entra in scena proprio in questa veste. Infatti, la radice della formula della c.s.q.n. consiste nell'esigenza di rendere qualcuno responsabile di un evento nocivo sul piano giuridico-penale e su quello giuridico-civile, e quindi nell'esigenza di reagire al concetto di causa connesso con l'agire umano. Se noi interpretiamo questo istinto di reagire nel suo aspetto pragmatico, cioè nel suo aspetto di soddisfazione morale sul piano giuridico-penale, allora il ragionamento è il seguente: se si è verificato un evento biasimevole (l'uccisione di un uomo, il danneggiamento di una cosa, ecc.), insorgono dolore, ribellione, aggressività, rabbia, e in un certo qual modo si maledice l'evento. Se questo non fosse accaduto! Subito insorgono le domande: in quale caso non sarebbe accaduto ciò? Come si sarebbe potuto evitare l'accadimento? E queste domande lasciano spazio subito a un'ulteriore domanda: perché si è verificato l'evento? In tal modo la questione della causalità si presenta nella seguente veste: quando non si sarebbe verificato l'evento? Questa domanda, che spinge il desideroso di vendetta alla ricerca di una condotta umana, senza la quale non si sarebbe verificato l'evento, riceve la sua risposta conseguentemente alla formula della *condicio sine qua non*, che obbliga a considerare causale un determinato comportamento umano, cioè senza il quale l'evento in questione non si sarebbe verificato. Caratterizza questa formula anche il fatto che essa punta di volta in volta su singole condizioni, e cioè in particolar modo sui modi umani di comportarsi in quanto singole condizioni – siano queste procurate anche da numerose altre condizioni –, mentre lo sguardo freddo dello studioso disinteressato dei nessi di causalità tende maggiormente a

[19] K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal des strafrechtlichen Tatbestande*, Mohr, Tubingen, 1931.

[20] F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Giuffrè, Milano, 1975, 2ª ed., 2000.

[21] K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Winter-Universitäts Verlag, Heidelberg, 1965.

scoprire la totalità delle condizioni, che partecipano, secondo regole empiriche, alla realizzazione di un evento; la qual cosa ha spinto Mill a formulare il concetto della causa totale (la causa è la totalità, la somma di tutte le condizioni positive e negative, connesse con l'evento secondo regole empiriche). Anche in questo caso risulta evidente, quindi, una certa particolarità del concetto giuridico di causa; non bisogna negare però che si tratta di una particolarità che si imbatte in tendenze grossolane, ampiamente diffuse. Ciò non desta meraviglia nella misura in cui l'esigenza di vendetta è un'esigenza diffusa fra gli uomini e riceve dal giurista soltanto la necessaria e precisa configurazione. Il passaggio tanto problematico, ma consueto nella scienza del diritto, dalla causa totale a una singola condotta umana, quale condicio sine qua non, evidenzia ancora una volta in modo marcato la divergenza della causalità dell'equivalenza dal concetto delle scienze naturali. Se io volessi scoprire in base al principio *causa aequat effectum* la totale quantità di energia che partecipa a un determinato effetto, allora in ogni caso non posso accontentarmi della rilevazione di un singolo tipo di condotta umana, che eventualmente ha fornito un singolo contributo di energia – che può essere stato anche irrilevante – e certamente non è causale per l'"evento" quale *condicio sine qua non*»[22].

Le leggi Balduzzi (2012) e Gelli-Bianco (2017) hanno introdotto in modo significativo il riferimento alle linee guida e buone pratiche accreditate dalle società scientifiche per la determinazione della colpa, prevedendo pure, rispettivamente, l'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve e della punibilità a titolo di colpa per imperizia del medico che vi si sia attenuto.

Le linee guida sono state inizialmente concepite dagli studiosi e dalle società scientifiche per ottimizzare, mediante standardizzazione, le prestazioni, poi sono state adottate e stimolate dalle aziende farmaceutiche per diffondere i loro prodotti, altresì sono state adottate e implementate dalle aziende sanitarie per razionalizzare e organizzare le prestazioni, anche e precipuamente nel rapporto tra costi e benefici. Nella legge Balduzzi le linee guida sono quelle che il giudice ovvero il perito deve individuare nella letteratura e nelle prassi mediche. Nella legge Gelli-Bianco sono innanzitutto quelle sancite e formalizzate («definite e pubblicate ai sensi di legge») da un apposito sistema nazionale ministeriale da realizzarsi a costo zero: e che ovviamente non è stato realizzato. Tuttavia la logica del riferimento alle linee guida è quella di definire un quadro sostanziale normativo di sostegno e corroborazione dei giudizi di colpa in campo sanitario. È ovvio che in tal quadro i medici terranno anche conto nella definizione delle linee guida delle loro esigenze difensive e di garanzia. E tuttavia le linee guida, il riferimento normativo a queste, sono stati abbastanza svalutati sia in giurisprudenza che in dottrina: che in tal modo eludono – ci sembra essenziale – il problema centrale della verifica empirica dei giudizi di colpa, che restano affidati ai soggetti dei giudizi; giudizi, che spesso sono sostanzialmente tautologici, desunti, *ex post*, dall'essersi verificato l'evento infausto e pure dall'evento infausto verificatosi.

La contraddizione rinvenibile nella legge Gelli-Bianco (art. 6) che «l'evento si sia verificato a causa di imperizia […] quando sono rispettate le linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto», da doversi escludere in tali casi la punibilità, è stata risolta da una sentenza

[22] Mi avvalgo della traduzione fatta per me a suo tempo dalla prof. Concetta Visalli, nei cui confronti conservo ovviamente gratitudine. Ho affrontato questi temi prima nel volume *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 2ª ed., 2009, e poi in quello *Pensiero causale e pensare complesso*. *Contributo di un penalista*, Pacini, Pisa, 2020.

creatrice della Corte di cassazione a sezioni unite penali del 2018 che il medico, che abbia agito nel rispetto delle linee guida, sia responsabile solo per colpa grave da imperizia nell'esecuzione della condotta, «tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico»[23].

Ritorna così in campo penale lo spirito e il senso dell'art. 2236 c.c.

Giova ricordare che nella legge di conversione del decreto legge di scudo penale per il Covid è stata prevista la limitazione della responsabilità dei «fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza» ai soli casi di colpa grave.

Sarebbe opportuno (ragionevole perché giusto ed efficace) adottare questo criterio in forma generalissima per tutti coloro che esercitano funzioni di garanzia: la cui colpa dipenda appunto da violazioni correlate agli obblighi di garanzia. La limitazione all'imperizia, pur fondata e comprensibile in linea di principio, incontra due obiezioni, valide soprattutto, o in maggior misura, e in concreto, in sede penale: la difficoltà di distinguere, vieppiù in concreto, fra imperizia, imprudenza e negligenza; il rischio che la limitazione dell'esclusione all'imperizia spinga – data soprattutto la difficoltà così indicata – alla concreta configurazione processuale della colpa per imprudenza o negligenza.

Problema di carattere generale è ovviamente la mancanza di competenza medica dei giuristi. I giudizi restano affidati ai periti e consulenti: che – a parte il problema stesso della competenza – sono condizionati inevitabilmente, da diversi fattori, che attengono alla differenza dei ruoli, alle posizioni e ambizioni professionali, fattori peraltro che possono considerarsi tutti comprensibili. I giuristi, e i giudici, non sono culturalmente in grado di controllare e falsificare adeguatamente il giudizio tecnico degli esperti.

Una parentesi interessante e significativa riguarda l'uso che è stato fatto negli anni recenti delle neuroscienze nel processo penale.

In linea di principio le neuroscienze aprono scenari importantissimi per le problematiche fondamentali del diritto penale. Sia sufficiente indicare la scoperta che gli atti della volontà consistenti in movimenti corporei (le «intenzioni motrici», secondo la definizione di Changeux e Ricoeur, v. appena avanti) corrispondono con fenomeni (impulsi ovvero reazioni) elettrici e chimici nel cervello registrabili con la tecnica della tomografia e quindi osservabili dall'uomo. Può farsi per questo riferimento a Edelman, biologo statunitense premio Nobel per la medicina[24], e a Changeux, neuroradiologo francese[25].

Ciò vale a corroborare l'idea di chi scrive che il dolo sia un evento interno al soggetto, oggetto quindi propriamente di prova, mentre la colpa sia un criterio essenzialmente normativo affidato alla valutazione del soggetto del giudizio, oggetto quindi più propriamente di argomentazione. E, per questo, necessita di un quadro di riferimento e di verifica empirica.

---

[23] Cass. pen. sez. un. 8770/2018.

[24] G. M. EDELMAN, *Neural Darwinism. The Theory o Neuronal Group Selection*, Basic Books, New York, 1987, trad. it., *Darwinismo neurale. La teoria della selezione dei gruppi neuronali*, Einaudi, Torino, 1995, *Bright Air, Brilliant Fire. On the Matter of the Mind, Basic Books*, New York, 1992, trad. it., *Sulla materia della mente*, Adelphi, Milano, 1993, *Wider Than the Sky. The Phenomenal Gift of Consciousness*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 2004, trad. it., *Più grande del cielo. Lo straordinario dono fenomenico della coscienza*, Einaudi, Torino, 2004.

[25] J.-P. CHANGEUX, *L'homme neuronal*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1983, trad. it., *L'uomo neuronale*, Feltrinelli, Milano, 1983, J.-P. CHANGEUX e P. RICOEUR, *La nature et la règle*, Odile Jacob, Paris, 1998, trad. it., *La natura e la regola. Alle radici del pensiero*, Rafaello Cortina, Milano, 1999.

La dimensione innanzitutto scientifica delle precedenti acquisizioni incontra ovviamente il limite di ordine pratico che il soggetto che agisce, mentre agisce, non è attaccato a una macchina tomografica in grado di registrare le sue dinamiche cerebrali.

Nel nostro processo penale le neuroscienze sono entrate, sostanzialmente, a due titoli, a iniziativa dello stesso docente di neuropsicologia forense. In un famoso caso, per sostenere la presenza del cromosoma dell'aggressività (il gene MAOA-L) in un soggetto imputato e condannato in primo grado per un bruttissimo omicidio volontario. Nella sentenza di secondo grado è riconosciuta in modo affatto apodittico la presenza nell'imputato del cromosoma dell'aggressività sostenuta dal consulente della difesa e d'altro canto sono contenute svariate considerazioni sociologiche sul disadattamento culturale dell'imputato marocchino, cui un giovane sudamericano aveva dato del "frocio" perché aveva gli occhi truccati con il *kajal*.

In altri casi, la vittima o l'imputato sono stati sottoposti a un esame di registrazione delle reazioni emotive a stimoli visivi prodotti dal computer, per verificare la velocità di reazione, maggiore nel caso che il soggetto dica la verità, minore se dica il falso (perché in tal caso il soggetto ha dovuto superare un conflitto cognitivo). Questo tipo di esame (I.A.T., *Implicit Association Test*) è stato in precedenza sperimentato per verificare le reazioni ad aspetti possibilmente oggetti di pregiudizio, di sentimenti gradevoli, per lo studio delle fobie. Nei nostri processi il test è stato sottoposto a una donna accusata di avere, in occasioni diverse, sottratto ingenti somme alla società di famiglia cercando di far ricadere sulla sorella le colpe del dissesto, sequestrato e ucciso la sorella bruciandone il corpo, prodotto una situazione di incapacità di intendere e di volere del padre somministrandogli farmaci, cercato di far esplodere l'autovettura su cui erano saliti i genitori, dando fuoco a uno straccio messo al posto del tappo della benzina, cercato di strangolare la madre con una cintura di pelle. A questa donna, di cui è stata esaminata la struttura dei lobi frontali con tecnica Voxel-Based-Morphometry, è stato riconosciuto il vizio parziale di mente equivalente con le aggravanti. Il test è stato pure sottoposto: a una studentessa minorenne vittima di atti di libidine da parte del commercialista nel cui studio stava svolgendo uno stage; a un pediatra sessantaquattrenne consulente di una scuola elementare, arrestato in flagranza, a seguito di esposti presentati da genitori, sospettato per diversi episodi, ripreso da una telecamera installata dagli investigatori mentre compiva atti sessuali su una bambina di tre anni, peraltro al fine di sostenere il legame dell'orientamento pedofilo con un tumore della base cranica; a un condannato per concorso in omicidio, maturato in un contesto criminale, il quale non avrebbe recato in ipotesi traccia mnestica dell'episodio delittuoso[26].

Chiusa la parentesi, in conclusione, mi permetto di suggerire, molto sinteticamente, la creazione di un organismo regionale amministrativo di valutazione degli eventi avversi nell'attività sanitaria, composto da medici delle diverse specialità (a seconda dei casi), medici legali, giuristi esperti nella materia, magistrati in pensione, che possa svolgere un ruolo di mediazione, conciliazione, monitoraggio, orientamento delle scelte sia transattive sia giudiziarie.

[26] Ho sviluppato quest'analisi in un saggio, cui rinvio il lettore, su *Diritto penale e neuroscienze. Recenti modi di fare diritto*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2020, n. 2, 171 ss., poi in *Tutela sociale della salute e funzione penale*, Pacini, Pisa, 2023.

GUIDO CORSO[*]

Diritti fondamentali e pubblica amministrazione[**]

SOMMARIO: 1. Una mano che prende, una mano che dà. – 2. La riserva di giurisdizione e la riduzione dei poteri dell'amministrazione. – 3. Funzioni amministrative travestite da funzioni giurisdizionali: le misure di prevenzione. – 4. Una libertà dimidiata: la libertà economica. – 5. La mano che dà: i diritti sociali e il ruolo dell'amministrazione.

ABSTRACT: ***Moving from German philosopher Peter Sloterdijk's book, the Taking Hand and the Giving side", the essay describes these two main attitudes of the government vis a vis the citizens. The taking hand concerns not solely the tax systems but civil liberties as well. It is argued that economic liberties are the most affected. The Givin side concerns social rights, which unlike liberties imply substantial costs. These costs have to be bore by taxpayers and thus by citizens at large. The result is that the Taking Hand exceeds that Giving Side.***

1. *Una mano che prende, una mano che dà*

In un saggio di alcuni anni fa il filosofo tedesco Peter Sloterdijk descrive in questo modo il rapporto tra il cittadino e lo Stato. Lo Stato ha una mano che prende e una mano che dà: prende una parte cospicua della ricchezza che i cittadini producono nell'anno, e da una serie di prestazioni nella veste di Stato redistributore, nello svolgimento della sua missione di "redistribuzione autoritario – caritativa", espressione questa che l'autore mutua dall'economista Röepke. Il saggio si intitola appunto "La mano che prende e la mano che dà (Die nehemende Hand und gebende Seite), Raffaello Cortina-Editore, 2012.

Possiamo avvalerci di questa metafora anche per descrivere il rapporto che lo Stato, inteso come il complesso dei pubblici poteri, intrattiene con i diritti fondamentali: rilevando che nell'ambito dei poteri pubblici è la pubblica amministrazione che ha le mani più grandi, sia quella che prende sia quella che dà. Più grandi delle mani del legislatore, più grandi delle mani dei giudici.

Quello che l'amministrazione prende non è solo la ricchezza prelevata come tributi: è il tema di Sloterdijk. Essa prende pezzi cospicui di libertà a mezzo di divieti, obblighi, monopoli, regimi autorizzativi ecc., previsti dalla legislazione.

Alla mano che prende sono esposte soprattutto le libertà civili – ossia i diritti fondamentali originali e la libertà economica: mentre la mano che dà è usata per soddisfare i diritti fondamentali di seconda generazione, ossia i diritti sociali.

La pubblica amministrazione ha quindi un volto duplice: per un verso costituisce un limite all'esercizio delle libertà, per altro verso opera come strumento per la soddisfazione dei diritti (i diritti sociali).

È ovvio che l'ampiezza di quello che la mano prende varia con i regimi politici.

La mano dello Stato ha preso una grande quantità di libertà, sottraendola al cittadino, durante il regime fascista.

---

[*] Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi "Roma Tre".

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

Un repertorio indicativo è il t.u. di p.s. del 1931, nella sua versione originaria: prima che intervenissero a rimaneggiarlo drasticamente, la Corte costituzionale e poi il legislatore.

Occorreva avvisare l'autorità di p.s. con un anticipo di tre giorni prima di tenere una riunione in luogo aperto al pubblico: o anche per una riunione privata che "per lo scopo o per l'oggetto di essa, ha carattere di riunione non privata" (art. 18).

La riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico, in cui "avvengono manifestazioni o grida sediziose o lesive del prestigio dell'autorità, può essere disciolta": è manifestazione sediziosa quella in cui "vengono esposte bandiere o emblemi che sono simbolo di sovversione sociale o di rivolta" o la semplice "esposizione di distintivi di associazioni faziose", artt. 20 e 21.

Delle cerimonie religiose da tenere fuori dai luoghi di culto doveva essere dato avviso almeno tre giorni prima al questore, che poteva vietarle per ragioni di ordine pubblico (art. 25).

La licenza del questore era necessaria per le rappresentazioni teatrali o cinematografiche in luogo pubblico o aperto al pubblico, ma anche per le feste da ballo negli stessi luoghi (art. 68). E occorreva pure per distribuire o mettere in circolazione in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni (art. 113).

Vietato era comunque fabbricare, introdurre nel territorio dello Stato, acquistare, detenere, distribuire o mettere in circolazione scritti, disegni, immagini o altri oggetti di qualsiasi specie, contrari agli ordinamenti politici, sociali od economici costituiti nello Stato o lesivi del prestigio dello Stato o dell'autorità o offensivi del sentimento nazionale del pudore o della pubblica decenza (art. 112).

2. *La riserva di giurisdizione e la riduzione dei poteri dell'amministrazione*

Come hanno reagito i padri costituenti nello sforzo di allentare la stretta di questa mano?

In tre modi.

Gli artt. 13-21 Cost. garantiscono le libertà civili con il principio di legalità. Sono ammesse limitazioni solo nei "casi" che la legge prevede, indicando anche i "modi", ossia i procedimenti che si chiudono con i provvedimenti abilitati a restringere le libertà. Per la maggioranza delle libertà civili la costituzione abbina alla riserva di legge la riserva di giurisdizione. Solo l'autorità giudiziaria può imporre restrizioni quando ricorrono i casi che la legge prevede, e può farlo solo nei "modi" che la stessa legge prescrive.

Questo vale per la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà e la segretezza delle comunicazioni, la libertà di associazione, la libertà religiosa, la libertà di espressione. Sono ambiti nei quali l'autorità di p.s. può intervenire solo in casi straordinari di necessità e urgenza, tassativamente indicati dalla legge, con provvedimenti la cui efficacia è subordinata alla convalida da parte dell'autorità giudiziaria entro un massimo di novantasei ore (così lo schema delineato dall'art. 13 Cost.).

Quando vige la sola riserva di legge, non associata alla riserva di giurisdizione – la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), la libertà di iniziativa economica privata (art. 41, comma 1) vi è spazio per misure dell'autorità amministrativa. Nei primi due casi (circolazione e riunione), provvedimenti dell'autorità di polizia.

Alla riserva di legge in materia di libertà fondamentali, alla riserva di giurisdizione per la maggior parte di esse, la costituzione aggiunge un terzo e innovativo istituto per ridurre la presa della mano che prende: la giurisdizione di costituzionalità.

Il principio di legalità non basta. Anche la legge può essere oppressiva. E se lo è, e comunque in tutti i casi in cui essa contrasta con la Costituzione, il giudice delle leggi, che venga adito nei modi previsti dalla legge costituzionale sul processo davanti alla Corte, può annullarla.

3. *Funzioni amministrative travestite da funzioni giurisdizionali: le misure di prevenzione*

Basta questo – in particolare, il divieto di intervenire sulle libertà coperte da riserva di giurisdizione se non nei casi eccezionali di necessità e urgenza – per assicurare alle libertà civili, alla maggior parte di esse, uno scudo protettivo? Bastano questi congegni per tranquillizzare i cittadini, convincerli che la presa della mano non è troppo stretta?

Ho qualche dubbio. E li sottopongo a chi ascolta, prendendo in considerazione cinque situazioni diverse.

Innanzitutto, ci sono comportamenti umani che corrispondono all'esercizio simultaneo di due libertà, una coperta da riserva di giurisdizione e l'altra no. La libertà di culto, ad es., è coperta da riserva di giurisdizione, ma quando viene esercitata in modo collettivo – una messa, un raduno in moschea – coinvolge anche la libertà di riunione. E quest'ultima può essere limitata o impedita dall'autorità di polizia se ricorrono i presupposti indicati dall'art. 17 Cost.

La libertà di associazione, coperta da riserva di giurisdizione tutela una relazione ideale fra le persone: ma le persone, in quanto soci, di solito si riuniscono e quindi esercitano una libertà- che può essere limitata dall'autorità di polizia.

Vi è una seconda ipotesi.

Alcuni comportamenti sono ai confini tra due libertà, una coperta da riserva di giurisdizione e l'altra no.

La questione è sorta specialmente nei rapporti tra libertà personale e libertà di circolazione

Il foglio di via obbligatorio, che impone al destinatario di recarsi al luogo di residenza e gli vieta di ritornare per tre anni nel comune da cui è stato allontanato (art. 2 d.lgs.vo n. 159/2011) dà luogo ad una restrizione della libertà di circolazione o limita anche la libertà personale?

La Corte costituzionale, anche in relazione a misure analoghe, ha escluso che in questi casi sia in questione la libertà personale; e lo stesso ha più volte affermato la Corte europea dei diritti dell'Uomo. La quale, tuttavia, in un caso è pervenuta ad una conclusione opposta: quando il ricorrente, sospettato di appartenere ad una "banda di mafiosi", è stato costretto dal Questore a vivere nell'isola dell'Asinara, all'interno di una zona di 2,5 km. quadrati, sottoposto ad una sorveglianza asfissiante, nell'impossibilità di intrattenere rapporti sociali. In un'ipotesi del genere il ricorrente deve ritenersi privato della libertà personale (art. 5 CEDU) e non della sola libertà di circolazione (art. 2 protocollo n. 4: Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, serie A. n. 39).

Un terzo caso.

La Corte costituzionale ha annullato come costituzionalmente illegittimo due disposizioni contenute in una legge della Regione Lombardia che subordina l'apertura di nuovi luoghi di culto alla previa approvazione del piano per le attrezzature religiose, e stabiliscono che detto piano può essere adottato solo unitamente al piano di governo del territorio: per la formulazione del quale non è stabilito alcun termine. Secondo la corte (sent. n. 251/2019), la

legge regionale limita la libertà religiosa, rinviando sine die la possibilità di edificare nuovi edifici di culto (nella specie le moschee).

Un percorso tortuoso nel quale la libertà religiosa viene limitata a mezzo dei poteri di pianificazione territoriale.

Una quarta fattispecie è venuta al centro dell'attenzione più di recente.

Accogliendo il ricorso per conflitto di attribuzione proposto dal Senato contro la Procura della Repubblica di Firenze che aveva acquisito messaggi whatsapp, e-mail ed estratto conto del senatore Renzi, senza autorizzazione della Camera di appartenenza (art. 68 Cost.), la Corte costituzionale ha statuito che detto materiale non può essere qualificato come semplice documentazione suscettibile di apprensione, ma costituisce comunicazione tutelata dall'art. 15 Cost. Anzi è oggi la forma di comunicazione di gran lunga prevalente, visto che la corrispondenza cartacea è relegata ai margini (sent. n. 170/2023).

Una ultima considerazione.

L'assetto che alle misure di polizia dava il t.u.p.s. del 1931, tuttora in vigore, fu smantellata, sotto il profilo delle competenze, dalle prime sentenze della Corte costituzionale. L'esecuzione coattiva dell'ordine di rimpatrio e l'ammonizione, di competenza del questore, furono dichiarate incompatibili con la riserva di giurisdizione stabilita dall'art. 13 Cost. sulla libertà personale (sent.ze nn. 2 e 11/1956).

Il legislatore si adeguò prontamente, trasferendo la competenza all'autorità giudiziaria (l. n. 1423/1956, oggi assorbita dal c.d. codice antimafia, d.lgs.vo n. 159/2011 e rimaneggiata da successive pronunce della Corte costituzionale).

La domanda che fu sollevata allora, e continua ad essere posta anche oggi, è sempre la stessa. Basta che le misure di prevenzione siano adottate da un giudice per ritenere risolto ogni problema di costituzionalità?

Esse hanno un presupposto comune: vanno applicate a soggetti indiziati di una serie di reati o con precedenti penali, che siano pericolosi per la sicurezza pubblica (artt. 4 e 6 d.lgs.vo n. 159/2011 cit.). È un giudice (il Tribunale per le misure di prevenzione) che applica la misura della sorveglianza speciale, con divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quello di residenza, o con obbligo di soggiorno nel comune di residenza (art. 6, commi 2 e 3).

Ad onte dei ripetuti salvataggi che al sistema ha assicurato la Corte costituzionale, io credo che la legge non garantisca il rispetto dei principî dettati, in materia di diritto penale e processo penale, dagli artt. 25, 27, 111 commi terzo, quarto e quinto, e 112 Cost.

Tenuto conto del carattere affittivo della sorveglianza speciale (semplice, con divieto di soggiorno o con obbligo di soggiorno), a me pare che essa non possa essere applicata in assenza del "fatto" che, debitamente accertate, giustifica la "punizione" ai sensi dell'art. 25, comma 2; applicata in contrasto con la presunzione di colpevolezza che viene meno solo in conseguenza di una condanna definitiva (per un "fatto" accertato, art. 27); e in sostanziale violazione del principio del contraddittorio, principio che assicura all'accusato il diritto di conoscere "la natura e i motivi dell'accusa" (art. 111, comma 3), e quindi, ancora una volta, il "fatto" di cui viene accusato.

La misura di prevenzione "squalifica socialmente una persona senza squalificare prima un fatto". Così scrive il giudice Pinto de Albuquerque nella sua dissenting opinion alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2018 (De Tommaso c. Italia): e lo fa citando Leopoldo Elia.

Il giudice europeo ha criticato in modo particolare l'abbinamento del processo di prevenzione al processo penale, a carico dello stesso soggetto, l'interscambiabilità tra misure di prevenzione e misure cautelari, l'utilizzo del processo di prevenzione in funzione di

patteggiamento "endoprocessuale": che ha "potenziato l'ascendente tattico della polizia" per esercitare "pressione su un imputato presumibilmente innocente affinché collaborasse nell'ambito del procedimento penale in corso" (così il punto 7 della dissenting opinion di Pinto de Albuquerque).

Per quanto criticata dei giudici dissenzienti (Pinto de Alberquerque e Kures), la sentenza De Tommaso ha aperto uno spiraglio nella giurisprudenza costituzionale italiana, come attesto dalla sentenza n. 24/2019.

L'altro prodotto del sistema di prevenzione è l'interdittiva prefettizia. Qui è il carattere personale della responsabilità (art. 27 comma 1, Cost.) che viene messo in discussione. L'interdittiva, che preclude all'impresa di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione, viene disposta in presenza di "eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi della società o impresa" (art. 84, comma 3, d.lgs. n. 159/2011).

L'infiltrazione eventuale, – o meglio i tentativi eventuali di infiltrazione mafiosa – l'impresa li subisce, non li attua. L'imprenditore viene sanzionato non per quello che ha fatto, ma per quello che si presume abbia subìto, ossia in conseguenza di un comportamento altrui.

Anche qui la Corte costituzionale ha avallato l'istituto sia pure con qualche distinguo (sentenze n. 57/2020 e n. 180/2022).

4. *Una libertà dimidiata: la libertà economica*

C'è una libertà che i padri costituenti non hanno incluso nell'elenco delle libertà fondamentali contenute negli artt. 13-.21, ma hanno collocato tra le disposizioni del titolo II (rapporti etico-sociali). È la libertà economica, che pure come libertà viene qualificata ("l'iniziativa economica privata è libera" art. 41, comma 1). Qui la presa della mano dello Stato è particolarmente forte: incoraggiato dalle clausole dei successivi due commi, che stabiliscono limiti alla iniziativa economica privata (art. 41, comma 2), la assoggettano a programmi e controlli, e la strumentalizzano a fini sociali (art. 41, comma 3).

L'Italia è tra i paesi occidentali quello in cui è tuttora più estesa l'attività economica "pubblica" (art. 41, comma 3) e soprattutto più esteso al complesso dei "programmi e controlli". Figura al 53mo posto fra i paesi del mondo secondo l'Index of Economic Freedom 2023.

Tutto questo si verifica sebbene il paese faccia parte di una Unione Europea che è anche un "mercato interno" ossia uno "spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali" (art. 26 par. 2 TFUE), vigono le "regole di concorrenza (artt. 101 ss.) e la politica economica e monetaria sono ispirate "al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" (art. 119). Non va dimenticato che la direttiva servizi del Parlamento europeo e del Consiglio (2006/123/CE del 12 dicembre 2006) consente di subordinare un'attività di servizio (e quindi di un'attività economica) ad un regime di autorizzativo solo se questo "è giustificato da un motivo imperativo di interesse generale" (art. 9 par. 1 lett. b). Se questa regola fosse applicata con rigore centinaia di regimi autorizzativi, che danno luogo ad una restrizione dell'iniziativa economica privata, verrebbero squalificati e andrebbero soppressi.

5. *La mano che dà: i diritti sociali e il ruolo dell'amministrazione*

Chiuso il discorso sulla mano che prende, guardiamo adesso la mano che dà.

La Costituzione garantisce cure gratuite agli indigenti (art. 32); assicura ai lavoratori il diritto alla previdenza sociale (art. 38 comma 2); richiede che agli inabili al lavoro, privi di mezzi, vengano procurati i mezzi necessari per vivere (art. 38 comma 1): garantisce istruzione gratuita per otto anni (art. 34). Garantisce, cioè, il diritto alla salute, il diritto alla previdenza, il diritto all'assistenza, il diritto all'istruzione. Sono i c.d. diritti sociali che fanno capo non all'uomo in quanto uomo – come i diritti di libertà, ma all'uomo in quanto *socius* di una comunità che, mossa da solidarietà (art. 2), procura i mezzi perché i diritti sociali possano essere soddisfatti.

A differenza dei diritti di libertà, che non costano, perché il loro esercizio è rimesso al titolare, il quale pretende solo che lo Stato non interferisca su di esso, i diritti sociali hanno un costo: sono, come dice la Corte costituzionale, diritti finanziariamente condizionati. Questa distinzione viene negata da molti costituzionalisti i quali rilevano che anche le libertà hanno un costo, misurato dalla spesa necessario per mantenere gli apparati di polizia o assicurare il funzionamento del sistema giudiziario penale. È vero però che la spesa, in questi casi, non è quella richiesta per l'esercizio del diritto di libertà, ma è quella che si rende necessaria per riparare (e prevenire) la sua lesione. Il costo a carico della collettività è richiesto non quando il diritto di libertà viene esercitato, ma quando viene leso.

Che i diritti sociali abbiano un costo ha alcune implicazioni che si riverberano sul loro stato.

I diritti sociali non sono diritti dell'uomo o diritti umani: sono diritti del cittadino alla cui soddisfazione concorre il complesso dei concittadini. Sono diritti che presuppongono uno Stato che li soddisfa a mezzo del prelievo fiscale e non può farsi carico delle esigenze dei non cittadini, o meglio di coloro che non vivono e non producono, cittadini e stranieri, sul territorio nazionale. L'immigrato ha diritti sociali in ragione del fatto che lavora e produce come i cittadini.

I diritti sociali, in secondo luogo non hanno un contenuto, o meglio una misura predeterminata.

La misura della loro soddisfazione dipende dalla quantità delle risorse che la comunità disposta, o è in grado, di mettere a disposizione per tale soddisfazione.

I diritti sociali, ed è questa la terza caratteristica, sono tendenzialmente in competizione fra loro.

Poiché la massa di risorse complessivamente disponibili per l'attuazione dei diritti sociali non è illimitata, è inevitabile che la soddisfazione di un diritto sociale avvenga a spese di un altro.

È noto che lo Stato sociale italiano è molto generoso con i pensionati, rispetto agli altri Stati dell'Unione europea, e molto meno generoso per l'assistenza alle madri e all'infanzia. La lotta, ingaggiata da alcune forze politiche, per la riduzione dell'età per il pensionamento, con conseguente aumento della spesa pensionistica, porterebbe, se vincente, ad una riduzione delle risorse destinate ad altri diritti sociali.

Accanto alla competizione fra i gruppi sociali che aspirano ognuno ad una crescita delle risorse destinate a soddisfare il diritto che a loro più preme, c'è la competizione generale che divide la società tra coloro che reclamo un'attuazione più piena dei diritti sociali e coloro che devono approntare le risorse per tale attuazione: due gruppi sociali che in parte coincidono, ma solo in parte, considerato che i cittadini che dichiarano un reddito annuo non superiore a

25.000 euro non pagano tasse o ne pagano poche: ed è una massa che comprende più della metà degli italiani.

C'è, infine, una quarta caratteristica dei diritti sociali.

In linea con il suo impianto pluralistico, la Costituzione prevede che alla soddisfazione dei diritti sociali concorrono, con i pubblici poteri, i soggetti privati.

L'assistenza privata è libera (art. 38 ult. comma); enti e privati hanno il diritto di istituire scuole (art. 33 comma 3); è prevista una previdenza complementare e integrativa (art. 117, comma 3, Cost.); si dà per scontata l'esistenza di una medicina privata, dal momento che la gratuità delle cure è assicurata solo agli indigenti (art. 32) - anche se il sistema sanitario istituito dal legislatore (l. 833/1978) è molto più generoso, almeno in origine, di quello delineato dalla Costituzione (art. 1 l. 833/1978).

In una società in cui è richiesto ai cittadini l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), i cittadini sono chiamati a concorrere con i pubblici poteri alla soddisfazione dei diritti sociali.

I diritti sociali – ed è questo che giustifica l'interessamento di un amministrativista – danno luogo a pretese che vengono soddisfatte con prestazioni amministrative: le cure offerte dagli ospedali pubblici e dalla sanità privata convenzionata col pubblico (e alimentata, quindi, da risorse pubbliche); le prestazioni previdenziali offerte dall'INPS e dagli altri istituti previdenziali; l'insegnamento impartito dalle scuole pubbliche e dalle università pubbliche; l'assistenza prestata dagli enti del terzo settore ecc.

I mezzi di tutela? Sono quelli previsti per la tutela dei diritti di credito quando la pretesa viene fatta valere davanti al giudice civile o al giudice del lavoro perché è a loro che spetta la giurisdizione. Nei casi, probabilmente più numerosi in cui la giurisdizione è del giudice amministrativo, la protezione è offerta dalle azioni di annullamento – annullamento del provvedimento che rigetta la domanda di prestazione – o dall'azione avverso il silenzio, quando l'amministrazione rimane inerte.

ALBERTO RANDAZZO[*]

Libertà di culto e nuove tecnologie, con particolare riferimento alla religione cattolica (una doppia prospettiva, statale ed ecclesiale)[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La libertà di culto secondo il modello costituzionale. Cenni. – 3. Il rilievo delle nuove tecnologie in tema di libertà di culto, riferita alla religione cattolica, nella prospettiva costituzionale. – 3.1. La prospettiva costituzionale: potenzialità e criticità. – 3.2. La prospettiva ecclesiale. – 3.3. Cenni al contenuto della libertà religiosa (e, quindi, di culto) nella prospettiva ecclesiale. – 3.4. Le potenzialità delle nuove tecnologie nell'esercizio della libertà religiosa (e, quindi, di culto) alla luce della Sacra Scrittura e del Magistero della Chiesa. – 3.5. Le criticità delle nuove (e vecchie) tecnologie nell'esercizio della libertà religiosa (e, quindi, di culto) alla luce della Sacra Scrittura e del Magistero della Chiesa. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: ***As it is known, during the period of COVID-19 crisis, there has been a huge use of new technologies and a significative improvement of these means. Indeed, the latters have been able satisfy the daily needs of each of us. However, at the same time, such a massive use of NT has enhanced the gap between "online relationship life" and the "offline" one. The latter, of course, increased a lot. Therefore, NT have been crucial for the exercise of fundamental rights during COVID-19 crisis since they have been severely restricted during that period. Even if such a topic cannot be easily analyzed, it is necessary to ask ourselves whether the "virtual" space can allow the exercise and protection of rights or if such prerogatives can only be exercised and granted in a "physical" space.***

Specifically, the aim of the essay is to focus on the freedom of worship and particularly on the exercise of this freedom in relation to che Catholic religion. Indeed, when Churches were closed because of pandemic the freedom of worship has been exercised in the "net" (a word that has a very strong evangelical meaning) seemed to be an (almost) absolute novelty. Putting aside the reflections related to the legitimacy of restrictive measure that have been adopted all over the world during the COVID-19 crisis, it is necessary to reflect on the adequacy of the use of NT for the exercise of religious freedoms. Particularly, the attention will be focused on the compatibility of such measures with art. 19 of Italian Constitution.

The issue will be analyzed from a constitutional and ecclesiastical perspective in order to understand how the exercise of religious freedom can coexist with the use of NT. Indeed, both perspectives will be necessary in order to avoid having a partial and insufficient approach to these issues.

1. *Premessa*

Non v'è dubbio che le nuove tecnologie e, quindi, il progresso scientifico possano trovare garanzia (e fondamento) all'interno della Carta costituzionale. A tal proposito, si potrebbe distinguere una copertura "diffusa" ed una "specifica" (che rileva, cioè, per i profili e le materie che, di volta in volta, si prendono in considerazione). La prima è da rintracciare, in

[*] Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Messina.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

particolare, nel combinato disposto degli artt. 2, 4, 9, 33, 117, III comma, previsioni costituzionali che si interessano variamente della "materia" in parola, offrendo tutela ai diritti, valorizzando ed esplicitando nella Carta il rilievo del progresso, della ricerca (e della scienza) e precisando a chi spetta la competenza legislativa al riguardo. Per ragioni di spazio, non è possibile indugiare sul punto e scendere nel dettaglio, ma non sembra neanche necessario farlo, trattandosi di questioni alquanto note.

È altresì sotto gli occhi di tutti l'incidenza che le nuove tecnologie e il progresso scientifico, in generale, hanno esercitato sulle modalità di esercizio (e sulla tutela) dei diritti fondamentali e su quelle di ottemperanza dei doveri costituzionali. In particolare, per ciò che a noi specificamente interessa, la "rete" ha consentito agli esseri umani – non senza costi specialmente sul piano della *privacy* – di sviluppare la propria personalità (anche) esercitando le libertà (positive e negative) non necessariamente nell'ambito di luoghi "fisici", ma virtuali. In tal modo, pertanto, gli "spazi telematici" sono divenuti "luoghi" (o, forse, sarebbe meglio dire "non luoghi", secondo la celebre definizione di Augè)[1] nuovi entro i quali (e grazie ai quali) quei diritti possono trovare effettiva esplicazione; in altri termini, costituiscono nuove opportunità, occasioni, modalità prima sconosciute per l'esercizio dei diritti in questo tempo.

Anche lo spazio virtuale può essere considerato uno spazio, un "territorio"[2] che oggi si abita e si frequenta sempre di più. È esperienza comune, peraltro agevolmente dimostrabile, che nell'epoca che viviamo sia maggiore il tempo che si trascorre *online* anziché *offline*, "scivolando" di continuo dall'una all'altra dimensione e, pertanto, generando, in fin dei conti, un "piano parallelo dell'esistenza"[3]; in altre parole, si assiste ad una "dicotomia tra il mondo *online* e quello *offline*", al tempo stesso "paralleli, ma differenti"[4] nei quali scorre la nostra vita.

Diversi anni fa, Bauman ha stimato che ognuno di noi trascorresse tra le 6 e le 7 ore e mezza in "rete"[5]. Con molta probabilità, adesso, se si facesse nuovamente questa verifica, ci si accorgerebbe che il tempo *online* è aumentato.

È allora chiaro che questa commistione tra reale e virtuale interpelli e abbia ricadute sui diritti e sui doveri riconosciuti (esplicitamente o implicitamente) nella Carta. Prima di proseguire, occorre chiederci se (ed in che misura) gli uni possano (e debbano) essere esercitati e gli altri possano (e debbano) essere adempiuti solo entro luoghi "fisici". Come si evince da quanto accennato poco sopra, a questa domanda non si può che dare una risposta negativa. Per entrambi la "rete", con le sue potenzialità e le sue insidie, come ora si vedrà, si presenta un "terreno" fertile e non recintato nel quale fiorire.

A ciò si aggiunga che un'interpretazione evolutiva della Costituzione, resa possibile anche dalla portata "elastica" delle previsioni di principio in essa contenuta, consente di offrire spazio e quindi copertura fra le trame della Carta anche a tali forme nuove di esercizio dei diritti o di adempimento di doveri. Com'è chiaro, i *framers* non potevano prevedere internet,

---

[1] M. AUGÉ, *Nonluoghi*, Milano 2018.

[2] Potrebbe essere definito tale se per territorio si intende uno "spazio *delimitato* (da un qualunque *potere*)", secondo le parole usate da I. MASSA PINTO, (voce) *Territorio e Potere*, in AA.VV., *Potere e Costituzione*, in *Enc. dir. I tematici*, V, diretto da M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Milano 2023, 1211. In argomento, cfr. C. NAPOLI, *Territorio, globalizzazione, spazi virtuali*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, a cura di P. Costanzo, P. Magarò e L. Trucco, Napoli 2022.

[3] M. BALL, *Metaverso. Cosa significa, chi lo controllerà e perché sta rivoluzionando le nostre vite*, Milano 2022, 39.

[4] Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, Milano 2014, 27 s.

[5] Z. BAUMAN, *La vita tra reale e virtuale*, cit., 28; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari 2019, 5.

ma ciò non esclude che quest'ultimo – come detto – possa trovare un fondamento costituzionale (appunto, "specifico") sulla base dei suoi diversi utilizzi. A titolo esemplificativo, si pensi al concetto di "corrispondenza" (*ex* art. 15 Cost.); non c'è dubbio che oggi – a Costituzione invariata – si possa ritenere tale anche una mail o un messaggio di Whatsa Allo stesso modo, non v'è dubbio che l'espressione "ogni altro mezzo di diffusione" (*ex* art. 21 Cost.) possa oggi riferirsi ai "*social network*". Molti altri esempi potrebbero farsi, ma quanto ora accennato sembra sufficiente a mettere in luce l'intrinseco dinamismo dal quale è "attraversata" la Costituzione, tangibile testimonianza – in fin dei conti – della connaturata vocazione della Carta ad essere un "processo"[6] e, come tale, ad essere in grado di adattarsi ed evolversi nel tempo.

Rimanendo al piano dei diritti (o, meglio, delle ricadute che su questi ultimi hanno le nuove tecnologie) e non potendo in questa sede indagare *funditus* il tema, occorre adesso delimitare (e chiarire) l'oggetto di queste poche pagine. L'analisi che adesso ci si propone di svolgere mira ad indagare se e quanto il progresso tecnologico abbia inciso sulla libertà di culto, come delineata dalla Costituzione e dalla giurisprudenza della Consulta[7]. Com'è a tutti noto, tra le libertà costituzionalmente garantite, la libertà in parola è riconducibile a quella religiosa (art. 19 Cost.), una delle più antiche (la prima ad essere rivendicata nei confronti dello Stato)[8]; prima di proseguire, pare opportuno ricordarne i "contorni".

2. *La libertà di culto secondo il modello costituzionale. Cenni*

La libertà sancita nell'art. 19 Cost., in estrema sintesi, comporta la possibilità di esercitare una serie di diritti connotati religiosamente[9].

Sebbene siano cose note, vale la pena ricordare che nella previsione ora richiamata rientra la libertà di credere e di non credere; se si crede, l'art. 19 Cost. tutela (e quindi offre) la possibilità di professare la propria fede religiosa e quindi esercitare il culto in pubblico o in privato, in forma individuale e collettiva. Tra gli altri diritti che discendono dall'art. 19 Cost. si configura anche quello ad avere la disponibilità di un immobile (un luogo di culto) nel quale esercitare tale libertà[10]. Sul punto, si tornerà a breve. Occorre precisare, inoltre, che quelle in discorso, come si sa, sono "possibilità" date non solo ai singoli ma anche alle formazioni sociali a carattere religioso (cfr. l'art. 2, ma anche gli artt. 7 e 8 Cost.)[11], delle quali fanno parte soggetti che, in forma associata, esercitano tale libertà[12].

Com'è chiaro, si tratta di un modello che si pone in antitesi rispetto al passato, consentendo spazi di libertà (peraltro, riconosciuti a tutte le confessioni religiose, *ex* art. 8 Cost.) che sono serventi, in definitiva, nei riguardi dello sviluppo della persona umana. A

---

[6] A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998.

[7] Per ragioni di spazio, infatti, non si faranno riferimenti alle fonti del diritto sovra- e internazionale che pure, com'è ovvio, rilevano in materia.

[8] F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1977, 297; M. RICCA, *sub* Art. 19, in *Comm. Cost.*, a cura di A. Celotto-R. Bifulco-M. Olivetti, vol. I, Torino 2006, 421.

[9] M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 424.

[10] N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il* diritto costituzionale *ad un edificio di culto*, in *federalismi.it*, n. 24/2015, spec. 5.

[11] Cfr. F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, cit., 259.

[12] Sul punto, tra le fonti della Chiesa, cfr., ad es., CONCILIO VATICANO II, *Dignitatis humanae*, Roma 1965, 4.

quest'ultimo proposito, occorre rilevare che molte altre libertà, tra quelle garantite dalla Carta, sono collegate a quella religiosa, tanto che l'esercizio delle prime può tradursi in modi di esplicazione della seconda[13] in quanto consente al singolo di "estrinsecare la propria personalità religiosa in molteplici direzioni"[14]. Non c'è dubbio, poi, che il rilievo costituzionale della libertà di religione, nelle sue varie forme di esercizio, è figlio, *in primis*, del riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza[15].

Già da queste prime considerazioni si può intuire come il mezzo telematico non restringa (e, men che meno, ostacoli) le diverse facoltà riconducibili alla libertà religiosa, anzi – almeno a prima vista – le faciliti ossia le renda più agevolmente esercitabili.

Al fine di poter rispondere alla domanda di ricerca sottesa a questo studio, volta a verificare – come detto – se e quanto le nuove tecnologie incidano sulla libertà di culto, occorre provare a definire quest'ultima (quale esplicazione – o, se si preferisce, specificazione – della libertà religiosa), in modo da chiarirne la portata. Rimandando ad altra sede per un'analisi più dettagliata, adesso pare sufficiente rilevare che al riguardo il dettato costituzionale non dice molto. Viene in aiuto, come spesso accade, la giurisprudenza costituzionale.

Come ha precisato la Consulta, "della libertà di religione il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale"[16]. Infatti, "la libertà religiosa è considerata come un diritto soggettivo dei singoli e dei gruppi sociali – garantito nel suo *pratico estrinsecarsi* – alla professione di fede religiosa, alla propaganda in materia religiosa e all'esercizio privato e pubblico del culto"[17]. In tale senso, quindi, "le attività di culto […] rappresentano un'estrinsecazione del diritto fondamentale ed inviolabile della libertà religiosa espressamente enunciata nell'art. 19 della Costituzione"[18]; la libertà di culto, infatti, è da intendersi come "pura manifestazione di fede religiosa"[19]. In un'altra occasione, richiamando la sent. n. 59 del 1958, il giudice delle leggi ha affermato che "la formula dell'art. 19 non potrebbe essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto"[20].

Com'è chiaro, diversi sono gli "spazi" (in senso fisico e metaforico) entro cui è possibile esercitare la libertà religiosa (e, quindi, il culto)[21]. A tal proposito, è da precisare che l'art. 1 del Concordato[22] non può comportare "limitazioni d'ordine territoriale all'esercizio del

---

[13] Si pensi alle libertà di manifestazione del pensiero, ma anche a quelle di riunione, di associazione, di circolazione (nel caso delle processioni), ecc.

[14] F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, cit., 259.

[15] F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, cit., 261. Cfr. M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 429 s.

[16] Corte cost. n. 254 del 2019, 6 del *cons. in dir*. In argomento, v. anche Corte cost., n. 63 del 2016: "Il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale della libertà di religione (art. 19) ed è, pertanto, riconosciuto egualmente a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, primo e secondo comma), a prescindere dalla stipulazione di una intesa con lo Stato. Come questa Corte ha recentemente ribadito, altro è la libertà religiosa, garantita a tutti senza distinzioni, altro è il regime pattizio (artt. 7 e 8, terzo comma, Cost.), che si basa sulla 'concorde volontà' del Governo e delle confessioni religiose di regolare specifici aspetti del rapporto di queste ultime con l'ordinamento giuridico statale (sentenza n. 52 del 2016)" (p. 4.1 del *cons. in dir.*). Si vedano anche le sentt. n. 195 del 1993 (p. 6 del *cons. in dir.*) e n. 59 del 1958.

[17] F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1977, 241 (c. vo agg.).

[18] Corte cost., n. 195 del 1993, 3 del *cons. in dir.*

[19] Cfr. la Corte cost. n. 59 del 1958, richiamata dal Corte cost. n. 86 del 1985 (v. p. 3 del *cons. in dir.*).

[20] Corte cost. n. 195 del 1993, 6 del *cons. in dir.*

[21] Cfr. M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 436 ss.

[22] … sulla base del quale, "in considerazione del carattere sacro della Città Eterna, sede vescovile del Sommo Pontefice, centro del mondo cattolico e mèta di pellegrinaggi, il Governo italiano avrà cura di impedire in Roma tutto ciò che possa essere in contrasto col detto carattere".

diritto di libertà religiosa"[23]. Il rilievo del luogo di culto e quindi la necessaria territorialità dell'esercizio dello stesso appaiono evidenti ed erano stati dalla Corte ricondotti all'art. 19[24]. Come ha rilevato il giudice delle leggi nella sent. n. 254 del 2019, "la libertà di culto si traduce anche nel diritto di disporre di spazi adeguati per poterla concretamente esercitare (sentenza n. 67 del 2017)"; pertanto, da ciò deriva – prosegue la Corte – "un duplice dovere a carico delle autorità pubbliche cui spetta di regolare e gestire l'uso del territorio (essenzialmente le regioni e i comuni): in positivo – in applicazione del […] principio di laicità – esso implica che le amministrazioni competenti prevedano e mettano a disposizione spazi pubblici per le attività religiose; in negativo, impone che non si frappongano ostacoli ingiustificati all'esercizio del culto nei luoghi privati e che non si discriminino le confessioni nell'accesso agli spazi pubblici (sentenze n. 63 del 2016, n. 346 del 2002 e n. 195 del 1993)"[25]. La Corte, con la sent. n. 63 del 2016 appena richiamata, ha affermato che "la disponibilità di luoghi dedicati è condizione essenziale per l'effettivo esercizio della libertà di culto"[26].

Alla luce di quanto detto, appare chiara l'importanza della "dimensione fisica della libertà religiosa"[27], oltre che di quella metafisica a quest'ultima connaturata. L'edificio di culto, i ministri, ma anche – pensando alla religione cattolica – le due specie con le quali ci si comunica attraverso la c.d. transustanziazione[28] mettono in "collegamento" diretto il fedele con la dimensione divina, appunto "metafisica"[29]. In altre parole, come si vedrà meglio a breve, la "fisicità" diventa un elemento indispensabile per l'esercizio della libertà di culto.

3. *Il rilievo delle nuove tecnologie in tema di libertà di culto, riferita alla religione cattolica, nella prospettiva costituzionale*

Fatte queste premesse e sulla base di esse, è ora possibile meglio riflettere sull'incidenza delle nuove tecnologie nell'esercizio della libertà di culto. Una indagine come questa richiederebbe una differenziata analisi in base alla confessione religiosa (e quindi al credo) di riferimento[30]. Tuttavia, il poco spazio a mia disposizione non lo consente e, pertanto, si è scelto di trattare questo tema dalla prospettiva della religione cattolica.

---

[23] F. FINOCCHIARO, *sub* Art. 19, cit., 244.

[24] V., ad es., la sent. n. 59 del 1958.

[25] P. 6 del *cons. in dir.*

[26] V. p. 5.2, ma anche p. 6 del *cons. in dir.*

[27] N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica*, cit.

[28] Catechismo della Chiesa Cattolica, to 1376: "Il Concilio di Trento riassume la fede cattolica dichiarando: 'Poiché il Cristo, nostro Redentore, ha detto che ciò che offriva sotto la specie del pane era veramente il suo Corpo, nella Chiesa di Dio vi fu sempre la convinzione, e questo santo Concilio lo dichiara ora di nuovo, che con la consacrazione del pane e del vino si opera la conversione di tutta la sostanza del pane nella sostanza del Corpo del Cristo, nostro Signore, e di tutta la sostanza del vino nella sostanza del suo Sangue. Questa conversione, quindi, in modo conveniente e appropriato è chiamata dalla santa Chiesa cattolica *transustanziazione*'".

[29] Cfr., per certi versi, N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica*, cit., 3.

[30] Come ha affermato la Corte, infatti, "l'esercizio pubblico e comunitario del culto […] va dunque tutelato, e va assicurato ugualmente a tutte le confessioni religiose, a prescindere dall'avvenuta stipulazione o meno dell'intesa con lo Stato e dalla loro condizione di minoranza (sentenze n. 63 del 2016, n. 195 del 1993 e n. 59 del 1958)" (Corte cost. n. 254 del 2019, 6 del *cons. in dir.*).

Il problema che si pone, però, è quello di comprendere se e quanto (ossia in modo compiuto o solo in parte) la libertà di culto si possa esercitare "virtualmente", al fine di vagliare il "ruolo" (e, quindi, le potenzialità) delle nuove tecnologie in materia.

Non c'è dubbio che la pandemia che abbiamo drammaticamente vissuto abbia fatto fare un "salto" in avanti al processo (già in corso e inarrestabile) di avanzamento del progresso scientifico, offrendo all'umanità talune opportunità fino a poco tempo prima sconosciute. Si sono infatti messe a punto nuove tecnologie che hanno favorito l'esercizio di diritti *online* e facilitato una serie di attività che non si potevano svolgere in presenza. Così facendo, in fin dei conti, il dramma collettivo che è stato vissuto è apparso maggiormente sopportabile.

Anche la libertà di culto, per ciò che qui ci occupa, come si sa, è stata esercitata sulla "rete"; tuttavia, per provare a rispondere alla domanda di ricerca che sta alla base di queste pagine, occorre chiarire che il dettato costituzionale deve necessariamente confrontarsi con i precetti dettati dalla singola confessione religiosa presa in considerazione. In altre parole, un conto è quanto rende (astrattamente) possibile la Carta ed altro è quanto prescrivono le fonti che sono alla base di un determinato credo; se non si fa luogo a tale distinzione, non è possibile accertare se quanto la Costituzione prevede e consente sia, in concreto, praticabile.

Ecco perché si avverte l'esigenza di affrontare questo tema da un doppio angolo visuale: quello dello Stato e quello della Chiesa (in questo caso) e, in generale ed in altre occasioni (e sedi), della singola confessione religiosa. Pertanto, qui, si metteranno a confronto la prospettiva costituzionale (fin qui adottata) con quella scritturistica e magisteriale (ecclesiale). Questa analisi si propone di mettere in evidenza profili di potenzialità e di criticità, gli uni e gli altri apparendo degni di nota per lo studio che si sta conducendo.

Prima di procedere, però, giova precisare che la mia competenza si arresta all'ambito giuridico e non teologico, campo di studio – però – per il quale ho sempre nutrito un particolare interesse.

3.1. *Potenzialità e criticità nella "prospettiva" costituzionale*

Muovendo (anzi, proseguendo) dalla prospettiva della Costituzione italiana, è possibile mettere in luce talune potenzialità che emergono dal testo del '48, come interpretato evolutivamente; il linguaggio costituzionale, come detto, è elastico, consentendo di ospitare al suo interno contenuti pure non esplicitati.

L'art. 19 Cost., infatti, affermando che "tutti hanno il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma"[31], di certo, offre la possibilità che tale professione avvenga anche tramite la "forma" virtuale, apre cioè la strada all'utilizzo delle nuove tecnologie nell'esercizio del culto, sia in forma individuale che collettiva (si pensi ad un sito o ad una pagina "*social*" di un'associazione religiosa). Le tecnologie possono essere strumenti preziosi, ad es., per fare "propaganda" (v. art. 19 Cost.)[32] e proseliti; questi ultimi, infatti, volendo utilizzare il linguaggio "*social*", sono identificabili in modo nuovo con i c.d. "*followers*", coloro che "seguono" un *account* (si pensi che papa Francesco ne ha più di 5 milioni). In generale, non v'è dubbio che il *web* contribuisca a rendere più visibile (ed efficace) il messaggio delle religioni[33], gli strumenti tecnologici, com'è chiaro, divenendo

[31] Sulla portata del termine "professare", v. M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 434.

[32] M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 434 s.; A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale. Diritto e religioni nell'iperuranio del web*, Napoli 2023, 92.

[33] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 18

formidabili "amplificatori" per esercitare il culto attraverso la manifestazione (più o meno) pubblica della propria fede, *ex* art. 19 Cost. La "rete" diviene, quindi, "luogo" di annuncio, di testimonianza e di formazione spirituale. Sul punto si tornerà.

Non mancano, poi, talune criticità che vengono alla luce nello sforzo di conciliare (o, se si preferisce, rendere compatibili) le nuove tecnologie con la libertà di culto.

Al di là di un generale problema di "giustiziabilità" ed effettività dei diritti fondamentali se e quando esercitati in "rete", che – come si sa – è "governata" da soggetti privati, con specifico riguardo alla libertà di culto, ci si chiede se le nuove tecnologie consentano di professare "liberamente"[34] (*ex* art. 19 Cost.) la propria fede. Non v'è dubbio, infatti, che un limite all'esercizio della libertà in discorso (ma anche delle altre) è dato dal fenomeno del *digital divide*, che alla sua base può avere motivi di ordine tecnico, economico e culturale e che si pone come un generale ostacolo al c.d. diritto di accesso ad internet. A quest'ultimo proposito, pur non essendo possibile soffermarsi per non divagare rispetto al precipuo oggetto di indagine, sia solo consentito rammentare che la dottrina appare divisa tra coloro che ritengono che quello ora richiamato sia configurabile come un "autonomo" diritto e coloro, tra i quali chi scrive, che sono dell'idea che l'accesso ad internet, a prescindere dal fatto che sia qualificabile come un "diritto", sia piuttosto da considerare come funzionale all'esercizio di tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti. In ogni caso, non c'è dubbio che con la rilevante questione del *digital divide* deve necessariamente fare i conti il dettato (anche) della previsione costituzionale in discorso. Se è vero, come ora accennato, che tale problema costituisce un ostacolo al pieno esercizio (e, quindi, al godimento) di tutte le libertà, sembra che per quella di culto il sacrificio al quale va incontro chi subisce il "divario digitale" sia particolarmente gravoso, se si considera – com'è pacifico e come già rilevato – che tale libertà è strettamente e particolarmente collegata al pieno sviluppo della persona umana e alla sua dignità. Alla luce di quanto detto, si evince pertanto che non "tutti" (come recita la Carta) hanno le stesse possibilità nell'esercizio della libertà religiosa per via telematica, con l'ulteriore e conseguente rischio di discriminazione e diseguaglianza. Si ha la conferma, quindi, che la compiuta applicazione dell'art. 19 Cost. incontra taluni ostacoli, adottando una prospettiva meramente "statale" (e, specificamente, costituzionale). Come si vedrà i problemi sembrano aumentare se si adotta la prospettiva ecclesiale.

Altro profilo meritevole di attenzione, collegato a quanto detto fin qui, è il rilievo della libertà che si deve garantire ai singoli e alle formazioni a carattere religioso nell'esercizio del culto, preservando gli uni e le altre da condizionamenti di sorta. Se questo tema, come si sa, riguarda l'esercizio di tutte le libertà (*in primis*, quella della manifestazione del pensiero), nel caso qui in esame, la minaccia rappresentata dalla profilazione dei dati[35] appare, ancora una volta, più pericolosa per l'autodeterminazione perché in "gioco" c'è la libertà di coscienza, "sacrario dell'uomo"[36] che dovrebbe rimanere inaccessibile.

Inoltre, a causa delle *filter bubbles*, che consentono di stare a contatto con le persone con le quali sui *social* si hanno più interazioni, si rischia di dare vita a fenomeni settari (in tutti i campi e, quindi, anche – o soprattutto – in quello religioso) che possono condurre ad estremismi ed all'isolamento degli "internauti", il tutto a discapito del principio pluralista, che – a causa di tale diffuso fenomeno – viene non poco sacrificato.

---

[34] Su tale avverbio, cfr. M. RICCA, *sub* Art. 19, cit., 433.

[35] Cfr. G. MOBILIO, *La profilazione algoritmica e le nuove insidie alla libertà di religione*, in *Il Dir. eccl.*, n. 1-2/2023, 148 ss. Di converso, però, non si può negare che la profilazione dei dati consente anche di proporre, ad es., sui *social*, contenuti di tipo religioso a chi solitamente pubblica o visita contenuti di questa natura.

[36] … come leggiamo al p.to 1795 del Catechismo della Chiesa Cattolica.

Si pensi poi al delicato tema della *privacy* che, come sappiamo, è uno dei primi valori ad essere minacciati nell'ambiente virtuale. Anche in questo caso, si ha l'impressione che il sacrificio alla quale si sottopone la libertà in parola sia di particolare entità, se si pensa che i convincimenti religiosi attengono a quei dati sensibili (anzi, sensibilissimi) per i quali si dovrebbe apprestare una particolare tutela[37]. Proprio sul piano della riservatezza si corre il rischio di dare luogo ad ulteriori cause di discriminazione e di diseguaglianze[38].

A quanto detto si aggiunga che talune questioni problematiche sembra sollevare il limite (com'è noto, l'unico espresso) rappresentato dal divieto di compiere riti contrari al buon costume, specie se ci si chiede se quest'ultimo, che esprime un concetto elastico e cangiante, possa (o debba) essere inteso in maniera diversa in "rete". Inoltre, occorre chiedersi se ed in che misura il controllo relativo al rispetto del suddetto limite possa essere affidato alle società private che gestiscono i *social network* ed in che rapporto esse si pongano con lo Stato. Quest'ultimo non può (e non deve) certo abdicare al proprio ruolo, che svolge attraverso gli organi di garanzia, di "custode della Costituzione"[39], non essendo possibile lasciare alla discrezionalità di soggetti diversi da esso il compito di impedire che la libertà di culto sia esercitata in modo contrario alla Carta. Peraltro, il limite del buon costume (per i riti), come si sa, non può essere considerato esaustivo essendovene altri impliciti a presidio della libertà sancita dall'art. 19 Cost. (si pensi, ad es., anche all'ordine pubblico e all'onore)[40]. A maggior ragione, pertanto, sembra arduo individuare chi possa (anzi, debba) impedire l'esercizio della libertà religiosa in modo non consentito dall'ordinamento. Certo è che le *policies* che regolamentano l'uso delle piattaforme *social* e dei siti in genere non sembrano strumenti in grado di offrire una garanzia sufficiente e completa.

In particolare, occorre chiedersi se su internet si possa considerare adeguatamente tutelato, sia sul piano amministrativistico[41] che penalistico[42], il sentimento religioso; quest'ultimo, oggi, corre pericoli nuovi (e ulteriori) a motivo delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie. Si pensi, ad es., al fatto che, come si sa, con l'intelligenza artificiale si possono oggi riprodurre immagini e voci (anche) dei *leader* religiosi, con tutte le minacce che si corrono se le possibilità offerte dalle nuove tecnologie vengono usate per trasmettere e diffondere un messaggio distorto o, addirittura, falso in difformità ad un determinato credo. Ad essere più precisi, il rischio è che si usi (e si abusi di) un sistema come *ChatGPT* per ingannare gli utenti del *web*; sono purtroppo frequenti i casi di *deepfake* ossia di video, foto e audio falsi e creati *ad hoc* con l'ausilio dell'intelligenza artificiale per condizionare un ignaro destinatario dell'informazione in modo da creare in lui adesione o, al contrario, stigma rispetto al contenuto che gli si propone (ad es., papa Francesco è stato ritratto – artificialmente – con indosso un piumino bianco di una costosa marca)[43]. Com'è chiaro le ricadute che si hanno sul piano religioso, per ciò che qui ci occupa, sono notevoli; in tal

[37] V. Decreto generale della CEI del 24 maggio 2018, ma anche il Regolamento n. 2016/679 (il c.d. GDPR). In argomento, tra i tanti, cfr. A. GUAZZAROTTI, *sub* Art. 19, in *Comm. Cost.*, a cura di S. Bartole-R. Bin, Padova 2008, 153; G. MOBILIO, *La profilazione algoritmica*, cit., 158, ma *passim*.

[38] G. MOBILIO, *La profilazione algoritmica*, cit., 163; I. VALENZI, *Libertà religiosa e intelligenza artificiale*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, n. 2/2020, 357.

[39] Il pensiero va, chiaramente, a C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano 1981.

[40] A. GUAZZAROTTI, *sub* Art. 19, cit., 154 s.

[41] Al riguardo, si pensi alle sanzioni amministrative che sono previste nei confronti di offende in vario modo (con parole o azioni) le "Divinità" delle varie religioni (v. Corte cost. n. 440 del 1995).

[42] In argomento, v. A. GUAZZAROTTI, *sub* Art. 19, cit., 152; A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 108 s.

[43] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 63 ss.

modo, infatti, si possono fare artatamente proseliti o critici di una confessione religiosa. Tuttavia, quella in discorso è solo l'ultima "frontiera", ma come già accennato la libertà di culto (e, più in generale, di religione) appare insidiata anche da tradizionali e meno recenti usi della tecnologia.

Alla luce di quanto detto, è possibile osservare che se è vero che il modello costituzionale consente (e, per certi versi, favorisce) l'esercizio della libertà di culto attraverso l'uso delle nuove tecnologie (non essendo necessariamente richiesto dalla Carta un luogo "fisico" per l'esercizio della stessa), è anche vero che tale libertà non può essere garantita ed esercitata in modo compiuto sia per i motivi che si sono adesso fugacemente esposti, ma soprattutto per ragioni diverse da quelle ora enunciate e riconducibili all'"ordine", per richiamare l'art. 7 Cost., della Chiesa, alla cui "sfera di competenza" occorre adesso guardare al fine di prendere atto di alcuni imprescindibili "connotati" che sono da essa richiesti per l'esercizio del culto. È arrivato quindi il momento di spostare l'analisi sull'altro profilo al quale si accennava poco sopra e trattare il tema dal punto di vista "ecclesiale", alla luce del codice di diritto canonico, del Concilio Vaticano II e, in generale, del Magistero della Chiesa (intesa, in questo caso, nell'antica accezione di "gerarchia").

Per ovvie ragioni, non sembra possibile soffermarsi oltre modo sul punto, che però è necessario trattare se non si vuole evitare di avere una visione parziale della questione che qui si sta indagando. In altre parole, se talune potenzialità e criticità sono comuni all'esercizio del culto di tutte le religioni, ve ne sono alcune che sono invece strettamente connesse alla singola confessione religiosa e ai suoi precetti che, per chi professa quel credo, com'è chiaro, costituiscono vincolanti indicazioni di comportamento.

3.2. *La prospettiva ecclesiale*

Preliminarmente, occorre chiarire che, lungi dall'essere in contrasto, fede e scienza (e, quindi, internet e, in generale, nuove forme di comunicazione) appaiono compatibili, sebbene a certe condizioni. Il tema è di particolare interesse e meritevole di approfondimento, ma per la sua ampiezza e complessità non può essere di certo trattato in questa sede, anche perché esula dall'oggetto dell'indagine[44]. A titolo meramente esemplificativo, sembra opportuno richiamare Giovanni Paolo II che affermò che "la scienza e la tecnologia sono un prodotto meraviglioso della creatività umana che è un dono di Dio"[45]. Questa affermazione del Pontefice è sufficiente – nella sua essenzialità – a chiarire la relazione che unisce fede e scienza; com'è stato osservato, d'altra parte, "il cristianesimo è fondamentalmente un evento comunicativo"[46].

Ciò non toglie, però, che la critica al "paradigma tecnocratico" è sempre stata forte da parte della Chiesa; anche di recente, essa è presente nell'Esortazione apostolica *Laudate Deum*, dove il suddetto paradigma, "che si nutre mostruosamente di se stesso"[47], è stato considerato causa del "degrado ambientale"[48].

---

[44] Se si vuole, si accenna al tema nel mio, *Fede e internet. Prime notazioni*, in *Tuttavia*, 25 novembre 2021, e al sito web dell'Azione Cattolica Italiana , 30 novembre 2021.

[45] GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai rappresentanti della scienza, della cultura e degli alti studi nell'Università delle Nazioni Unite*, Hiroshima 1981, ora richiamato da FRANCESCO, *Laudato si'*, Roma 2015, 102.

[46] A. SPADARO, *Cyberteologia. Pensare il Cristianesimo al tempo della rete*, Milano 2013 (rist.), 21.

[47] FRANCESCO, *Laudate Deum*, Roma 2023, 21.

[48] FRANCESCO, *Laudate Deum*, Roma 2023, 20. Sul pericolo rappresentato dallo scientismo cfr., ad es., GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*, Roma 1988, 88; FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, Roma 2013, 242.

Quanto ora detto è, appunto, solo un cenno che però pare sufficiente a mettere in luce la compatibilità del progresso scientifico (che nell'ottica di un credente è dono di Dio e, quindi, parte integrante della creazione) con la fede. Spostando l'attenzione dal piano astratto (o teorico, se si preferisce), che è pur sempre imprescindibile, a quello pratico (e concreto), occorre rilevare che è l'uso che si fa delle nuove tecnologie, in questo o in altro campo d'esperienza, a dovere essere sottoposto a verifica al fine di valutarne la validità.

3.3. *Cenni al contenuto della libertà religiosa (e, quindi, di culto) nella prospettiva ecclesiale*

Sembra adesso opportuno accennare alla libertà religiosa (e, quindi, di culto) come considerata dal Magistero della Chiesa. Si ha conferma che tale libertà, anche nella prospettiva ecclesiale, trova il proprio fondamento nel riconoscimento e nella tutela della dignità e si pone a mezzo per l'esplicazione dello sviluppo della persona umana e della sua personalità[49]. Come ha scritto Paolo VI, "tutti gli esseri umani sono tenuti a cercare la verità, specialmente in ciò che concerne Dio e la sua Chiesa, e sono tenuti ad aderire alla verità man mano che la conoscono e a rimanerle fedeli"[50]. Tale ricerca, in fin dei conti, è possibile in forza della libertà religiosa (e, quindi, attraverso il culto); sebbene quest'ultima anche per la Chiesa possa essere soggetta a "giusti limiti"[51], al tempo stesso, richiede di non essere ostacolata. Infatti, il "contenuto [della suddetta libertà] è che gli esseri umani devono essere immuni dalla coercizione da parte dei singoli individui, di gruppi sociali e di qualsivoglia potere umano, così che in materia religiosa nessuno sia forzato ad agire contro la sua coscienza né sia impedito, entro debiti limiti, di agire in conformità ad essa: privatamente o pubblicamente, in forma individuale o associata"[52].

A quanto detto, si aggiunga che, nella prospettiva di fede, il culto non si presenta solo come oggetto di un diritto (ossia, nella sua accezione di libertà), ma anche di un dovere. Tra i "dieci comandamenti", ossia le dodici tavole consegnate a Mosè sul Sinai, vi è infatti, come si sa, quello di "santificare le feste" e considerare solo Dio come Colui che deve essere destinatario del culto[53]. Si consideri, poi, che "il più grande e il primo dei comandamenti"[54] è, com'è noto, quello dell'amore verso Dio e verso il prossimo[55].

---

[49] *Ex multis*, v. PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, Roma 1965, 2, 9; v. anche PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio di Dottrina sociale della Chiesa*, Stato del Vaticano 2004, 421.

[50] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 1. L'obbligo morale che hanno tutti gli esseri umani di cercare la "verità", nella prospettiva della Chiesa cattolica, comporta anche quello di "aderire alla verità una volta conosciuta e ad ordinare tutta la loro vita secondo le sue esigenze" (2). Ciò, con ogni evidenza, è possibile solo se in un ordinamento è tutelata la libertà religiosa.

[51] PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio*, cit., 422 (c.vo test.), ove si legge che tali "*giusti limiti* […] devono essere determinati per ogni situazione sociale con la prudenza politica, secondo le esigenze del bene comune, e ratificati dall'autorità civile mediante norme giuridiche conformi all'ordine morale oggettivo". Si veda anche PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 7.

[52] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 2.

[53] Cfr. Es 20, 1-17 e De 5, 2-22.

[54] Mt 22, 38.

[55] Questo brano è riportato in tutti i Vangeli sinottici. Si riporta qui, ad es., la versione di Marco (12, 28-31), che propone proprio la liturgia del giorno in cui si scrive: "Allora si accostò uno degli scribi che li aveva uditi discutere, e, visto come aveva loro ben risposto, gli domandò: 'Qual è il primo di tutti i comandamenti?'. Gesù rispose: 'Il primo è: Ascolta, Israele. Il Signore Dio nostro è l'unico Signore; amerai dunque il Signore Dio tuo con tutto il tuo cuore, con tutta la tua mente e con tutta la tua forza. E il secondo è questo: Amerai il prossimo tuo come te stesso. Non c'è altro comandamento più importante di questi".

A ciò si aggiunga che "il discepolo ha verso Cristo Maestro il dovere grave di conoscere sempre meglio la verità da lui ricevuta, di annunciarla fedelmente e di difenderla con fierezza, non utilizzando mai mezzi contrari allo spirito evangelico"[56].

Sul punto, non è possibile soffermarsi oltre, ma quanto detto può essere utile a farsi un'idea della concezione della libertà religiosa (e di culto) come "emerge" dalle fonti scritturistiche e magisteriali. A questo punto, è possibile cogliere talune potenzialità delle nuove tecnologie, muovendo da quanto ora accennato.

3.4. *Le potenzialità delle nuove tecnologie nell'esercizio della libertà religiosa (e, quindi, di culto) alla luce della Sacra Scrittura e del Magistero della Chiesa.*

Non v'è dubbio che nella ricerca della verità insita nell'uomo e nella donna, che sta alla base della libertà religiosa, il culto rappresenti l'occasione e, al tempo stesso, il mezzo funzionale alla ricerca stessa. A tal proposito, com'è ovvio, internet (e le nuove tecnologie in senso ampio) possono costituire uno strumento prezioso, attraverso i siti a ciò dedicati (*in primis*, quello della Santa Sede, ma si pensi anche alle tante riviste *online* e ai *blog*, ad esempio). Si sa che compito del cristiano è mettere in pratica la Parola di Dio[57], ma ciò passa dall'ascolto e quindi dalla conoscenza della stessa e della Sacra Scrittura e del Magistero della Chiesa che se ne fa il primo e principale interprete. Ecco perché i credenti sono chiamati ad un impegno, che parte dall'ascolto, sul piano formativo. Come si legge, "ognuno ha il dovere e il diritto di cercare la verità in materia religiosa, utilizzando mezzi idonei per formarsi giudizi di coscienza retti e veri secondo prudenza"[58], una ricerca da condurre "con l'aiuto dell'insegnamento o dell'educazione"[59].

A ciò si aggiunga che la Chiesa, quale realtà composta da pastori, religiosi e laici, è chiamata all'annuncio[60] (azione che, con ogni evidenza, presuppone la conoscenza), non solo attraverso la parola ma soprattutto con la testimonianza di vita[61], alla quale i cristiani sono esortati, ad es., attraverso l'immagine del "sale" e della "luce" [62]. Come si accennava poco sopra, anche le piattaforme virtuali possono essere "luoghi" di testimonianza, che è proprio ciò che rende i credenti *credibili*, per richiamare una nota frase di Rosario Livatino. Peraltro, come ha osservato Paolo VI, "l'uomo contemporaneo ascolta più volentieri i testimoni che i maestri […] o se ascolta i maestri lo fa perché sono dei testimoni"[63].

---

[56] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 14.

[57] Tra i molti riferimenti che si potrebbero fare, v., almeno, Lc 11, 28, ove si legge: "Beati piuttosto coloro che ascoltano la parola di Dio e la osservano".

[58] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 3.

[59] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 3. Tra i "mezzi idonei" si può senz'altro annoverare anche quelli tecnologici (e quindi la "rete").

[60] Sul punto, cfr., ad es., Is 40,9 e 61,1; Ger 1,7; Gio 3,2; Mt 28, 19-20; Mc 5,19 e 16,15; Lc 9,2 e 60; Gv 20,21; At 5,42; 2Tm 4,2. Come affermato da PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 14, la Chiesa, "per obbedire al Divino mandato: 'Istruite tutte le genti' (Mt 28,19), è tenuta ad operare instancabilmente 'affinché la parola di Dio corra e sia glorificata' (2 Ts 3,1)". È infatti missione della Chiesa, quale interprete dei sentimenti di Cristo, favorire la salvezza delle anime attraverso la conoscenza di Dio.

[61] PAOLO VI, *Evangelii nuntiandi*, Roma 1975, 41 (ma v. anche 21 e 76). Cfr. pure CONCILIO VATICANO II, *Apostolicam actuositatem*, Roma 1965, 3, 6, ma *passim*. "Il *dovere* di annunciare e testimoniare il Vangelo" è sancito, ad es., dal PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio*, cit., 538, che richiama 1Cor 9,16 (ma v. anche i p.ti 544 ss. e 570).

[62] Cfr. Mt 5, 13-16.

[63] PAOLO VI, Evangelii nuntiandi, cit., 41.

In definitiva e in estrema sintesi, non v'è dubbio che – nel tempo che viviamo – le nuove tecnologie appaiano strumento prezioso di conoscenza (che deriva dell'ascolto), di annuncio, di insegnamento e di testimonianza della Parola di Dio nonché di diffusione degli insegnamenti della Chiesa, "azioni" che appaiono tutte strettamente collegate. D'altra parte, i *social media* possono costituire strumento prezioso di realizzazione della "stessa natura sociale dell'essere umano [che] esige che egli esprima esternamente gli atti interni di religione, comunichi con altri in materia religiosa e professi la propria religione in modo comunitario"[64].

A quanto detto si aggiunga che le nuove (e le vecchie) tecnologie possono aiutare a pregare[65], com'è accaduto durante il periodo pandemico; si pensi alle celebrazioni eucaristiche e ai vari altri momenti di preghiera in *streaming*, che di certo hanno consentito ai credenti di vivere momenti di intensa spiritualità[66] e, come detto, trovare un po' di conforto in quel tempo drammatico.

Tuttavia, al cospetto delle non poche potenzialità ora messe in luce, seppure esemplificando al massimo, non mancano altrettante criticità, sulle quali ora si appunterà maggiormente l'attenzione.

La "digitalizzazione della religiosità", infatti, può agevolare il fedele sul piano della ritualità ma può minare la "partecipazione spirituale"[67] e, soprattutto, la "dimensione sacramentale" e, quindi, l'"incontro" con Cristo nel pane e nel vino[68].

Si ha pertanto conferma che il culto, nella sua doppia veste di diritto e (almeno per i cristiani) di dovere, può essere esercitato e adempiuto (secondo l'accezione che si adotta) ma non in modo pieno. Quanto ora detto può apparire un profilo "formale" rispetto a quello "sostanziale" prima enunciato. Tuttavia, come si può agevolmente comprendere, i due aspetti sono strettamente collegati e si condizionano reciprocamente.

3.5. *Le criticità delle nuove (e vecchie) tecnologie nell'esercizio della libertà religiosa (e, quindi, di culto) alla luce della Sacra Scrittura e del Magistero della Chiesa*

Come si diceva, le nuove tecnologie con le note modalità di profilazione algoritmica possono condizionare la libertà di religione e, con questa, la libera ricerca della verità. Infatti, "l'esercizio della religione, per sua stessa natura, consiste anzitutto in atti interni volontari e liberi, con i quali l'essere umano si dirige immediatamente verso Dio" e presuppone, come detto, la libertà di coscienza[69].

La questione si complica non poco in riferimento alla celebrazione e alla somministrazione dei sacramenti. Come detto, la crisi sanitaria ha reso necessaria una pastorale digitale che ha consentito ai fedeli di avere l'assistenza spirituale in quel difficile frangente, per alcuni ancora più doloroso a causa di una maggiore e diretta sofferenza patita. In quella fase, è emerso uno spirito di iniziativa che ha messo in luce una "creatività

[64] PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 3.

[65] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 55 s. Si pensi alle "app" a contenuto religioso, compresa quella che aiuta a pregare il Santo Rosario.

[66] Viene alla mente lo straordinario momento del 27 marzo 2020, quando papa Francesco – in una piazza S. Pietro deserta e bagnata dalla pioggia – ha fatto vivere al mondo intero un momento di intensa preghiera che è rimasto nei cuori e nelle menti di credenti e non credenti.

[67] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 16.

[68] Cfr. BENEDETTO XVI, *Deus caritas est*, Roma 2005, 1, ma *passim*.

[69] Cfr. PAOLO VI, *Dignitatis humanae*, cit., 3 (dal quale i riferimenti testuali sono tratti).

missionaria"[70], resa possibile proprio dagli strumenti tecnologici. Volgendo anche lo sguardo alle formazioni sociali, aspetto assai rilevante se si considera la già citata doppia dimensione attuativa (individuale e collettiva) della libertà in discorso, le associazioni (anche) di natura religiosa, grazie ad internet, hanno potuto in qualche modo continuare la propria attività e tenere i contatti e curare le relazioni con (e fra) gli aderenti. Con molta probabilità, se non ci fossero state tali possibilità l'associazionismo cattolico, seppure uscito molto fiaccato dalla pandemia, sarebbe stato colpito più gravemente, magari con la chiusura di qualche aggregazione ecclesiale.

Non c'è dubbio che sia stata la necessità a spingere verso una "pastorale digitale", in considerazione del fatto che la libertà religiosa (e, quindi, di culto) è stata sottoposta ad un ragionevole bilanciamento con il diritto alla salute. Ciò non può (e non deve) sorprendere perché, come si sa, tutti i diritti fondamentali si bilanciano e non è configurabile una gerarchia tra gli stessi (come dire, non esiste un diritto "più fondamentale" di un altro). Non mi soffermo, perché non è oggetto di questo studio, sulle modalità con le quali si è operato il bilanciamento in parola e sugli esiti che quest'ultimo ha avuto[71]. Ciò che invece interessa chiedersi è fino a che punto i sacramenti possono essere somministrati via etere. Si pensi, in particolare, a quelli "reiterabili" (Eucarestia e Riconciliazione). Questo appare il punto cruciale di tutto il ragionamento o, se si preferisce, l'ostacolo insormontabile che si frappone tra le nuove tecnologie e la libertà di culto. In altre parole, nella ordinarietà della vita quotidiana, e cioè fuori da situazioni di eccezionalità, quale "valore" hanno la S. Messa e la Confessione quando vengono celebrate televisivamente o telematicamente? Occorre distinguere le due "situazioni".

In merito alla celebrazione eucaristica, è necessario precisare che in questa circostanza il culto è "associato" e non individuale[72], il che è in linea con la considerazione – anche di Francesco – che "nessuno si salva da solo"[73]. Non si può trascurare il fatto che la "familiarità con il Signore, dei cristiani, è sempre comunitaria. Sì, è intima, è personale ma *in comunità*. Una familiarità senza comunità, una familiarità senza il Pane, una familiarità senza la Chiesa, senza il popolo, senza i sacramenti è pericolosa"[74]. Il Pontefice ha raccontato che un Vescovo aveva sconsigliato di celebrare la Messa in una piazza S. Pietro vuota al fine di non correre il

[70] FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, cit., 28.

[71] In argomento, cfr., ad es., E. CASTORINA, *Questioni di diritto costituzionale nell'epidemia globale*, Torino 2023, che tratta "il contrasto alla pandemia e la libertà di culto" nel II capitolo (27 ss.).

[72] D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus. Un "rinnovato" diritto canonico per una "nuova" realtà*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, fasc. spec. 2021, 226. L'A. afferma anche che "l'esigenza del culto associato costituisce un elemento centrale per la vita del fedele" (223). "La pandemia ha dimostrato come l'azione della Chiesa superi i segni fisici anche se l'esigenza del culto associato costituisce un elemento centrale per la vita del fedele" (223).

[73] FRANCESCO, *Momento straordinario di preghiera in tempo di pandemia*, Roma 27 marzo 2020 (reperibile in vatican.va).

[74] FRANCESCO, *Omelia*, 17 aprile 2020 (reperibile su vatican.va). Significativamente il Pontefice ha affermato: "qualcuno mi ha fatto riflettere sul pericolo che questo momento che stiamo vivendo, questa pandemia che ha fatto che tutti ci comunicassimo anche religiosamente attraverso i media, attraverso i mezzi di comunicazione, anche questa Messa, siamo tutti comunicanti, ma non insieme, spiritualmente insieme. Il popolo è piccolo. C'è un grande popolo: stiamo insieme, ma non insieme. Anche il Sacramento: oggi ce l'avete, l'Eucaristia, ma la gente che è collegata con noi, soltanto la comunione spirituale. E questa non è la Chiesa: questa è la Chiesa di una situazione difficile, che il Signore permette, ma l'ideale della Chiesa è sempre con il popolo e con i sacramenti. Sempre".

rischio di "*viralizzare* la Chiesa", "*viralizzare* i sacramenti", "*viralizzare* il popolo di Dio", in quanto "la Chiesa, i sacramenti, il popolo di Dio sono concreti"[75].

Non si dimentichi, poi, che il codice di diritto canonico, al can. 932, richiede che "la celebrazione eucaristica venga compiuta nel luogo sacro, a meno che in un caso particolare la necessità non richieda altro; nel qual caso la celebrazione deve essere compiuta in un luogo decoroso". A quanto ora detto si potrebbe obiettare che le Messe, in tempo di crisi sanitaria, venivano regolarmente celebrate all'interno delle chiese (almeno, solitamente), ma spesso l'unico presente era il celebrante. Tuttavia, occorre osservare che il sacerdote officiante è solo colui che presiede la celebrazione, ma quest'ultima comprende anche la presenza del popolo. Non sono pochi, infatti, ad esprimere perplessità sulla Messa *sine populo*[76].

È opportuno precisare che alla Messa il popolo non "assiste" (come fa quando segue dalla tv o dal pc), ma "partecipa" in forza del sacerdozio comune che si ha per il Battesimo[77] che, in generale, fa sì che tutti i battezzati siano destinati "al culto della religione cristiana"[78].

Come ha scritto il Prefetto della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, card. Sarah, in una lettera del 15 agosto 2020, approvata da papa Francesco, "per quanto i mezzi di comunicazione svolgano un apprezzato servizio verso gli ammalati e coloro che sono impossibilitati a recarsi in chiesa, e hanno prestato un grande servizio nella trasmissione della Santa Messa nel tempo nel quale non c'era la possibilità di celebrare comunitariamente, nessuna trasmissione è equiparabile alla partecipazione personale o può sostituirla". Tuttavia, il tema che qui interessa non è tanto quello relativo alla "validità" formale della celebrazione, quanto quello della possibilità – per chi segue a distanza – di assolvere al dovere di culto e di nutrirsi realmente al Corpo e al Sangue di Cristo. Al riguardo, nella Lettera ora richiamata, si legge: "'Chi mangia la mia carne e beve il mio sangue rimane in me e io in lui' (Gv 6, 56). Questo contatto fisico con il Signore è vitale, indispensabile, insostituibile" e di certo – è possibile aggiungere – non si può avere tramite un computer o una televisione. Infatti, "l'Eucarestia, in obbedienza al comando 'mangiate' e 'bevete', comporta la comunione sacramentale al pane e al vino transustanziati nel corpo sacramentale"[79]. Laddove la comunione spirituale è necessaria, come nel caso della pandemia o, comunque, di forza maggiore (si pensi ai malati e agli anziani, in tempi di "normalità"), "*supplet Ecclesia*".

Infine, si ricordi la lettera della CEI, dell'8 maggio 2023, con la quale si chiedeva che si tornasse a celebrare in presenza, visto che l'OMS aveva dichiarato finita l'emergenza; in essa si legge: "riteniamo sia altresì opportuno che cessino, o quantomeno siano diminuite nel loro numero, le celebrazioni trasmesse in streaming"[80].

---

[75] … e aggiunge: "è vero che in questo momento dobbiamo fare questa familiarità con il Signore in questo modo, ma per uscire dal tunnel, non per rimanerci. E questa è la familiarità degli apostoli: non gnostica, non *viralizzata*, non egoistica per ognuno di loro, ma una familiarità concreta, nel popolo. La familiarità con il Signore nella vita quotidiana, la familiarità con il Signore nei sacramenti, in mezzo al popolo di Dio".

[76] Cfr., ad es., quanto si legge in *Il Regno*, 19/03/2020.

[77] Cfr. CONCILIO VATICANO II, *Lumen gentium*, Roma 1964, 11 e 31, ma anche ID., *Sacrosanctum Concilium*, Roma 1963, 14 e 30. Significativamente, al p.to 48 di quest'ultima fonte ecclesiale, tra l'altro, si legge: "la Chiesa si preoccupa vivamente che i fedeli non assistano come estranei o muti spettatori a questo mistero di fede, ma che, comprendendolo bene nei suoi riti e nelle sue preghiere, partecipino all'azione sacra consapevolmente, piamente e attivamente".

[78] CONCILIO VATICANO II, *Lumen gentium*, cit., 11.

[79] D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus*, cit., 205 s.

[80] La lettera è reperibile al sito web della Chiesa cattolica italiana.

In merito alla Riconciliazione, il codice di diritto canonico, al can. 964, prevede che "il luogo proprio per ricevere le confessioni sacramentali è la chiesa o l'oratorio" e aggiunge che, "relativamente alla sede per le confessioni, le norme vengano stabilite dalla Conferenza Episcopale, garantendo tuttavia che si trovino sempre in un luogo visibile i confessionali, provvisti di una grata fissa tra il penitente e il confessore, cosicché i fedeli che lo desiderano possano liberamente servirsene". Si raccomanda poi che "non si ricevano le confessioni fuori del confessionale, se non per giusta causa". Volgendo lo sguardo alla prassi, è possibile rilevare che quest'ultima norma, spesso, non viene applicata in modo rigido, essendo frequenti le confessioni fuori dal confessionale ed anche in sagrestia (sarebbe da comprendere se quest'ultima possa essere comunque considerata "chiesa") o all'aperto (ad es., durante i "campi" estivi). Non mi soffermo sulla "validità" (che pure mi sembra pacifica) di tali confessioni, non riconoscendomi la competenza per farlo.

Durante il periodo del Covid-19, si è ricordato inoltre che l'assoluzione collettiva può avvenire solo in casi eccezionali, come quello di grave necessità (v. can 961) o altri ancora[81]. Tuttavia, come si sa, sono stati escogitati modi alternativi, direi alquanto inusuali, di confessare (e confessarsi), ad es., attraverso i finestrini delle macchine dei penitenti (la c.d. *drive confession*). Qualcuno aveva anche suggerito la confessione tramite video o telefono e qualcuno ha confessato anche via *Whatsapp*, ma la Chiesa non ha previsto queste modalità per il sacramento della Riconciliazione, come si può vedere nella Nota sopra citata.

Infatti, un problema di non poco momento che si oppone allo svolgimento della confessione attraverso queste (nuove e vecchie) tecnologie è che, attraverso queste ultime, può essere insidiato il *sigillum confessionis* al quale è tenuto il ministro di culto, che però può essere sempre a rischio, anche se ci confessa in presenza. L'unica garanzia che esso sia preservato può essere data dalla consapevolezza della sacralità della confessione sia da parte del ministro che del penitente[82]. Tuttavia, pur sussistendo tale consapevolezza, la Riconciliazione "a distanza" non assicura la segretezza, che è un requisito indispensabile stante l'inviolabilità del "sigillo sacramentale" (*ex* can. 983). Non solo, infatti, accanto al confessore o al penitente, all'insaputa dell'uno o dell'altro, potrebbe esservi qualche altra persona, ma non si può totalmente escludere che l'*agorà* telematica non sia esposta ad orecchi indiscreti.

In ogni caso, al di là di queste considerazioni, la questione che è stata posta al tempo della pandemia non ha riguardato tanto il profilo relativo al "sigillo" ma quello della grazia del sacramento. Il Cardinale Penitenziere Maggiore Mauro Piacenza, intervistato sulla Confessione attraverso le nuove tecnologie, il 5 dicembre 2020, sulle pagine dell'Osservatore romano, ha osservato "la probabile invalidità della assoluzione impartita attraverso tali mezzi", rilevando che "manca infatti la presenza reale del penitente e non si verifica reale trasmissione delle parole della assoluzione; si tratta soltanto di vibrazioni elettriche che riproducono la parola umana"[83]. Si concordi o meno con quest'ultima considerazione, certo è che le difficoltà ad ammettere la Confessione "telematica" o "telefonica" non sono poche. Pertanto, le nuove tecnologie non sembrano idonee a consentire al credente di vivere in modo opportuno un aspetto così importante, come quello della Riconciliazione, della vita

[81] Si veda la "Nota della Penitenzieria Apostolica circa il Sacramento della Penitenza nell'attuale situazione di pandemia", 20.03.2020 (reperibile al sito web della Santa Sede).

[82] D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus*, cit., 213 s.

[83] *La misericordia a portata di mano*, in *L'Osservatore Romano*. Sul punto, v. anche G. DEL GUERCIO, *La confessione via whatsapp social network non è valida*, in *Aleteia*, 7/12/2020; D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus*, cit., 216.

sacramentale. Infatti, se la questione del luogo appare più discutibile o, comunque, come si è detto, in parte superata dalla prassi, sembra invece insormontabile l'ostacolo rappresentato dalla necessità della presenza fisica (e non virtuale) in uno stesso luogo di confessore e penitente.

4. *Conclusioni*

Messe in risalto le potenzialità e le criticità che accompagnano l'esercizio delle libertà di culto attraverso l'uso delle nuove tecnologie, è adesso possibile trarre qualche considerazione conclusiva. Il tema appare particolarmente rilevante, come detto, per la stretta connessione che presenta tale libertà con lo sviluppo della personalità (e, quindi, della persona) umana e per la costruzione della identità personale (alla quale è riconducibile l'"identità religiosa") che a sua volta deve fare i conti con quella digitale[84]. È allora possibile chiedersi se oggi possa parlarsi di "libertà di culto virtuale"[85]. Alla luce di quanto detto, si potrebbe rispondere: per certi versi, sì e, per altri, no.

Non c'è dubbio che, come abbiamo visto, le nuove tecnologie hanno provocato una "dematerializzazione dei luoghi di culto"[86], per ciò che qui specificamente interessa. Come si è visto, questo fenomeno consente di esercitare la libertà di culto fino ad un certo punto. Quest'ultima appare avvantaggiata dalla virtualità nella misura in cui le confessioni religiose, al pari delle "rete", non hanno una dimensione geografica determinata; infatti, "in un mondo […] che sfugge sempre più alla presa degli ordinamenti giuridici nazionali, trovano maggior vigore le regole religiose che, per loro natura, sfuggono ai confini geografici"[87].

L'analisi svolta induce a concludere che la libertà di culto è certamente esercitabile (anche se più difficilmente tutelabile) attraverso le nuove tecnologie; anzi, queste ultime devono essere usate dai cristiani, che non sono *del* mondo, ma sono *nel* mondo (come si evince dalla Lettera a Diogneto). Non si dimentichi che, secondo l'insegnamento conciliare, la Chiesa (pastori, religiosi e laici) è chiamata a saper leggere i "segni dei tempi"[88] al fine di riuscire ad incontrare l'uomo lì dove oggi si trova. In questo senso, allora, i credenti, non possono rinunciare a raggiungere giovani e adulti negli ambienti (anche virtuali) che oggi essi "abitano"; la "rete", infatti, diventa parte integrante del mondo che, per i credenti, è "luogo teologico" dove si incontra Dio. Se, adottando la concezione cristiana, si ritiene che laddove c'è l'uomo (e nell'uomo) è possibile trovare Dio, ben si comprende l'importanza di stare nell'agorà virtuale. Quest'ultima, infatti, può essere luogo nel quale fare apostolato ed evangelizzare, come si legge nel documento "La Chiesa e internet" del Pontificio Consiglio delle comunicazioni sociali[89]. La "rete", in fin dei conti, favorisce quell'andare in tutto il

---

[84] G. MOBILIO, *La profilazione algoritmica*, cit., 160.

[85] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 57. Si sono tralasciati volutamente alcune altre questioni, come ad es. quelle che porrà (e, in parte, pone) il Metaverso, che sarà abitato da "anime digitali", i nostri avatars (A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 19, 57 ss.). Tale nuova "frontiera" dovrebbe favorire la partecipazione (in modo più attivo rispetto a quanto consente la tv) soprattutto di chi è impossibilitato (specie, per motivi fisici) a recarsi in chiesa (su questo sta puntando la c.d. *VR Church*) o a fare pellegrinaggi (53). Vi sono poi gli aspetti legati alla c.d. "vita eterna digitale", che la tecnologia può dare l'illusione di promettere (20, 79 ss., ma *passim*).

[86] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 56.

[87] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 37

[88] Cfr., ad es., PAOLO VI, *Ecclesiam suam*, Roma 1964, 52; CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, Roma 1965, 4; FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, cit., 51. La base evangelica di tali riferimenti non può che essere Mt 16,3.

[89] PONTIFICIO CONSIGLIO DELLE COMUNICAZIONI SOCIALI, *La Chiesa e internet*, Città del Vaticano 2002, 4 s.

mondo a proclamare il Vangelo[90] che Gesù rivolge ai suoi apostoli e ai cristiani di tutti i tempi e, al tempo stesso, può aiutare il credente a comprendere la realtà e la sua fede (nonché il suo modo di vivere quest'ultima)[91]. Pertanto, se l'annuncio rimane sempre identico nei contenuti, è opportuno che i modi con i quali esso deve essere diffuso debbano – almeno in parte – adeguarsi al tempo che cambia[92]. Non può, quindi, venire mai meno il dialogo della Chiesa con il mondo della scienza[93], l'una e l'altra accomunate – nella concezione cristiana – da una medesima origine divina[94]. Per questa ragione, come ha osservato l'attuale Pontefice, "da quando internet è stato disponibile, la Chiesa ha sempre cercato di promuoverne l'uso a servizio dell'incontro tra le persone e della solidarietà tra tutti"[95]. Tuttavia, occorre chiedersi se i *munera ecclesiae* si possano esercitare anche per via telematica[96]. In particolare, il *munus sanctificandi* al quale è chiamata la Chiesa non può fare a meno di "segni sensibili"[97], che invece mancano nella "realtà" digitale. Così, mentre le comunità parrocchiali si spopolano sempre di più (c'è chi si è anche abituato ad "assistere" alla Messa da casa e non ha più cambiato abitudini), si sono formate comunità virtuali di fedeli. Tuttavia, per ragioni sulle quali non ci si può intrattenere ma che si possono ben immaginare, non si tratta di comunità nel senso vero e pieno del termine, ma di una massa indistinta di persone che in "comune" hanno taluni valori e che condividono uno spazio virtuale, ma che di certo non possono intessere quelle relazioni vere (appunto, "reali") che dovrebbero essere alla base di una comunità (altrettanto "reale"). È allora il caso di ribadire che la libertà di culto costituzionalmente sancita può essere esercitata dai cattolici fino ad un certo punto, dovendo "fare i conti" con l'insegnamento della Chiesa, il cui "ordine" non può essere insidiato dallo Stato (*ex* art. 7 Cost.). Infatti, sebbene nulla osti secondo il modello costituzionale all'esercizio della libertà di culto attraverso le nuove tecnologie, la questione principale che emerge quando si affronta il tema nella prospettiva ecclesiale, come detto, è quella relativa alla validità dei sacramenti[98], che – è a tutti noto – sono alla base della vita spirituale di un credente. Se è vero che la Chiesa "*semper reformanda est*"[99] è anche vero che qualunque riforma non potrà (e non dovrà) mai tradire il messaggio evangelico. Pertanto, almeno a prima vista, taluni limiti che presentano le nuove tecnologie in materia di libertà di culto, come detto, non appaiono facilmente superabili.

In definitiva, è possibile concludere con la mirabile sintesi espressa già nel 2002 dal Pontificio Consiglio delle comunicazioni sociali, nel documento "La Chiesa e internet" poco sopra richiamato: "la realtà virtuale del ciberspazio non [può] sostituire una comunità interpersonale autentica o la realtà dei Sacramenti e della Liturgia o l'annuncio diretto e immediato del Vangelo, può completarli, spingere le persone a vivere più pienamente la fede e arricchire la vita religiosa dei fruitori"[100]. Aggiungo, niente di più..

---

[90] Cfr. Mt 16,15.

[91] A. SPADARO, *Cyberteologia*, cit., 20.

[92] FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, cit., 11

[93] Cfr. FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, cit., 133

[94] Cfr. FRANCESCO, *Evangelii gaudium*, cit., 242.

[95] FRANCESCO, *Messaggio per la 53ma Giornata Mondiale delle comunicazioni sociali*, Vaticano 2019.

[96] Cfr. D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus*, cit., 199 ss.

[97] Cfr. can. 834; CONCILIO VATICANO II, *Sacrosanctum concilium*, cit., 7)

[98] A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 54.

[99] Sul punto, *ex multis*, si veda, almeno, D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus*, cit., 227, e, se si vuole, il mio *Fede e internet*, cit. In ogni caso, è possibile rilevare che il diritto canonico ha già diversi riferimenti sull'uso delle nuove tecnologie: sul punto, cfr. A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 77 s.

[100] Il documento è reperibile al sito web della Santa Sede. Sul punto, v. anche A. FUCCILLO, *Il* paradiso *digitale*, cit., 83 s.

GIUSEPPE VECCHIO*

Tutela dei minorenni e Stato sociale di diritto**

SOMMARIO: 1. Complessità delle relazioni della persona e semplificazione soggettiva. – 2. La persona minore d'età e il superamento della presunzione codicistica. – 3. L'evoluzione del sistema di tutele e l'insufficienza della giurisdizione ordinaria. – 4. Il giudice minorile e la specialità dei suoi poteri sui processi di sviluppo della personalità del minorenne. – 5. Il superamento dell'*ordinamento sociale* della famiglia e l'ampliamento delle funzioni del giudice minorile. – 6. Individualismo metodologico e crisi del processo di stabilizzazione dell'*ordinamento familiare*. – 7. Libertà di autodeterminazione dei singoli e prevalenza della competenza attrattiva del giudice ordinario. – 8. Evoluzione dello Stato di diritto e istituzioni di giuridificazione delle situazioni emergenti. – 9. La promozione dell'eguaglianza sostanziale e le metamorfosi del diritto. – 10. Diritti sociali costosi e diritti sociali non monetizzabili. – 11. Il sistema istituzionale di garanzia e la promozione di approcci integrali ai processi di formazione della personalità dei minorenni.

ABSTRACT: ***For about two decades, there has been a growing development of regulations establishing protective bodies in favor of individuals who exhibit aspects of vulnerability, within social relationships characterized by risks of asymmetries and inequalities. One of the most interesting areas for the development of reflection on the consistency and characteristics of the process is certainly that relating to the protection of the expectations of the development of minors' personalities. This contribution will reflect on the implications of this process within the framework of the welfare state.***

1. *Complessità delle relazioni della persona e semplificazione soggettiva*

Da circa due decenni si assiste al crescente sviluppo di normative che istituiscono Organismi di tutela a favore di persone che presentano aspetti di fragilità, nell'ambito di relazioni sociali caratterizzate da rischi di asimmetrie e diseguaglianze.

Uno degli ambiti più interessanti per lo sviluppo della riflessione sulla consistenza e le caratteristiche del processo è certamente quello relativo alla tutela delle aspettative di sviluppo della personalità dei minori d'età. L'ambito è caratterizzato dalla ormai ultracentenaria considerazione normativa del problema e dalla coesistenza di numerose istituzioni (giudiziarie e amministrative) che, spesso, sembrano procedere indipendentemente l'una dall'altra. Alle istituzioni tradizionali, da alcuni anni, si è aggiunto un sistema di istituzioni indipendenti, con una Autorità nazionale e una rete di Garanti regionali, le cui potenzialità non sembrano ancora sufficientemente definite e attivate.

Il processo sembra destinato a progredire, parallelamente all'emersione di relazioni rilevanti (perché nuove o perché precedentemente ritenute non rilevanti per il diritto)[1].

---

* Professore Ordinario di Diritto Privato in quiescenza, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*".

· Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 20 luglio 2012, n. 168 - *Regolamento recante l'organizzazione dell'Ufficio dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, la sede e la gestione delle spese, a norma dell'articolo 5, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 112*.

Può essere utile segnalare, inoltre, che, in molti casi, le leggi nazionali istitutive di specifici organismi di garanzia sono state anticipate sia da norme sovranazionali[2], sia da disposizioni regionali emanate in base a competenze specifiche, non sempre riferibili ai *diritti civili e sociali*[3]. Si tratta, ovviamente, di un significativo indicatore della sensibilità sociale diffusa rispetto ai problemi emergenti e dei relativi processi di istituzionalizzazione.

In presenza di un simile processo, si avverte la necessità di proporre una riflessione che si sviluppi (almeno) lungo due direttrici che vengono immediatamente in evidenza.

Da un lato, è opportuno riflettere sui processi che conducono alla formazione di nuove istituzioni come strumenti di garanzia e di tutela di situazioni precedentemente non considerate (o considerate solo marginalmente) dal sistema giuridico.

Ad un tempo, tuttavia, è necessario riflettere sulla stessa natura giuridica delle situazioni che, molto spesso, riconduciamo alla formula *diritti umani*, per cogliere il carattere innovativo dell'intervento sul piano generale del diritto e della sua strumentazione.

Nelle riflessioni correnti dei giuristi si riscontra con grande frequenza l'uso della formula *nuovi diritti* (spesso accompagnata dal riferimento a varie *generazioni* di diritti)[4]. Si deve osservare subito che non sembra ci sia una adeguata consapevolezza dell'uso del sintagma e, segnatamente, né dell'uso del termine diritto né dell'aggettivo nuovo nell'individuazione di situazioni e aspettative che la normativa tenta di regolare[5].

Il tema si presta, ovviamente, a molteplici letture ed è stato ed è oggetto di numerosi approfondimenti. Sembra, tuttavia, che sia possibile proporre ancora prospettive di ricerca che, in questa sede, possono essere solo anticipate limitatamente a profili limitati e circoscritti, anche se particolarmente significativi per lo sviluppo della regolazione registrato nel tempo.

Nel corso dell'ultimo secolo si è progressivamente affermata la consapevolezza dell'insufficienza della proclamazione del principio di eguaglianza formale e sono emerse

---

· Decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*, art. 12, *Consigliere di parità*.

· Decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, che ha istituito il *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.*

· Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 - *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).*

· *Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità in attuazione della delega conferita al Governo, ai sensi della legge 22 dicembre 2021, n. 227* (d.lgs. Approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 luglio 2023, ancora non emanato).

[2] *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Rome*, 4.XI.1950 ; *Convenzione europea sui diritti dell'uomo* (1952); *Convenzione relativa allo status dei rifugiati* (1951); *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (1969); *Patto internazionale sui diritti civili e politici* (1976; *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* (1976); *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*(1981); *Convenzione sui diritti dell'infanzia* (1990); *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (2000); *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità* (2007).

[3] A titolo d'esempio, è sufficiente ricordare le proposte di istituzione di un Garante nazionale per i diritti degli animali, già, di fatto, anticipate da iniziative delle Regioni (l. reg. Piemonte n 6 del 2010, art. 19 - Garante per i diritti degli animali; l. reg. Sicilia 3 agosto 2022, n. 15, Norme per la tutela degli animali e la prevenzione del randagismo; Campania, Garante regionale dei diritti degli animali di cui all'art. 24 della legge regionale 11 aprile 2019, n. 3) e degli enti locali.

[4] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1990.

[5] D. ZOLO, *Nuovi diritti e globalizzazione*, XXI Secolo in Treccani online, 2009.

crescenti istanze di tutele differenziate di situazioni soggettive contrassegnate da particolare debolezza nell'ambito della vita di relazione.

In particolare, si può segnalare l'emersione di alcuni significativi elementi di criticità riferibili all'affermazione dell'eguaglianza formale come finzione giuridica insuperabile, almeno, per una serie di situazioni della persona umana grandemente distanti dallo standard del soggetto ipotizzato dalla codificazione civile dell'Ottocento. L'attore della codificazione ottocentesca era il soggetto (anche se non menzionato), proiezione astratta dell'individuo standardizzato dalla cultura dominante: maschio, di età superiore ai ventun anni, non sottoposto a provvedimenti limitativi della capacità di disporre dei propri diritti, cittadino[6].

Lo schema soggettivo veniva utilizzato per assumere nell'ambito del diritto statale le relazioni umani considerate rilevanti (essenzialmente quelle patrimoniali) e lasciare alla regolazione sociale (meglio alle regolazioni non statali) tutte le altre relazioni.

Il modello era destinato, tuttavia, a un irreversibile processo di corruzione, direttamente connesso con lo sviluppo delle dinamiche innescate dalla stessa logica dell'eguaglianza e del suo supporto essenziale costituito dallo Stato di diritto (e dalla divisione dei poteri che lo definisce).

Durante tutto il XIX secolo, si svilupparono movimenti che rivendicavano l'introduzione di correttivi alla concezione dell'eguaglianza sottesa alla codificazione. Le donne, i lavoratori subordinati, ma anche ampie fasce di lavoratori autonomi, di migranti interni dalle campagne alle città rivendicavano l'accesso a condizioni di effettiva parità e l'affermazione di 'diritti' di struttura ben diversa da quelli del codice civile. In particolare, si rivendicava come 'diritto' la rimozione di una serie di 'ostacoli' che vanificavano l'eguaglianza proclamata e si chiedevano strumenti di riequilibrio per colmare differenze dipendenti dal genere, dall'età, dalle condizioni economiche e sociali, dall'appartenenza a minoranze di ogni tipo.

Tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento, il processo avviato dai movimenti di massa ha messo in crisi la concezione illuministica dei diritti e ha fatto emergere aspettative non riconducibili allo schema dichiarativo della giurisdizione e alla funzione del giudice come bocca della legge.

Una rilettura, anche superficiale, dei processi storici consente di osservare le insufficienze della concezione originaria dei diritti come forma unica del binomio esigenze-tutele, oltre che del binomio violazioni-tutele e di verificare la proliferazione di tecniche e istituzioni differenziate nell'ambito di processi che, in alcuni casi, mettono in discussione lo stesso principio della divisione dei poteri, la separazione pubblico-privato e, persino, il principio di unificazione nella forma del soggetto dell'agire umano (individuale e collettivo).

La rielaborazione delle tecniche di tutela, nel corso di più di un secolo, ha registrato, già nell'ambito delle relazioni economiche, la crisi della concezione contrattuale dei rapporti di lavoro, l'emersione delle tecniche di governo dell'economia per mezzo delle istituzioni monetarie e creditizie, la costruzione di complessi sistemi di tutela del mercato e della concorrenzialità.

Con un processo sostanzialmente parallelo, anche se segnato da tempi diversi, si sono sviluppate tecniche di tutela e riequilibrio delle diseguaglianze riferibili alle relazioni interpersonali.

La sostanziale differenza di ritmi nello sviluppo delle tecniche alternative allo schema ordinario del diritto può essere spiegata con la sopravvivenza di poteri sociali (esterni e paralleli allo Stato) che hanno garantito per lungo tempo la regolazione di relazioni di ordine

[6] P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene, 1975, rist .ESI, Napoli, 2018.

personalistico, di rilevanza economico-patrimoniale, ancorché significativa, comunque subordinata a valori e principi non mercantili. L'esempio più rilevante è quello della regolazione sociale (comprendendo in questo termine anche la regolazione degli ordinamenti religiosi) dei rapporti di famiglia. È appena il caso di ricordare la complessa vicenda dell'istituto matrimoniale dall'avvento del codice civile alla definizione del regime concordatario. D'altra parte, la complessa vicenda del diritto di famiglia nell'esperienza del diritto civile post-codicistico può essere riletta alla luce delle considerazioni della dottrina di inizio Novecento ispirata alla teoria della pluralità degli ordinamenti (Romano) e alle ricostruzioni pubblicistiche del regime familiare (Cicu)[7].

La sommaria indicazione di alcuni passaggi del processo evolutivo del diritto contemporaneo (nel senso utilizzato dagli storici per la scansione delle varie età) consente di formulare l'ipotesi che si sia sviluppata (e sia ancora in corso) una difficile partita di assunzione dell'intera complessità delle relazioni umane nell'ambito del diritto e con la sostanziale (tendenzialmente esclusiva) regolazione-mediazione dello Stato.

Il percorso di omologazione delle relazioni sociali nello schema esclusivo del diritto statuale, segnatamente nello schema del diritto soggettivo, seguito nella prima fase dell'età dei codici, tuttavia, incontrò, da subito, gravi difficoltà.

Si può ricordare, in primo luogo, la difficoltà di ricondurre allo schema del diritto soggettivo i rapporti fra Stato e cittadini, a cominciare dalla tutela dello stesso diritto di proprietà. È ben noto il fallimento del progetto contenuto nella *Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Legge sul contenzioso amministrativo*, All. E, in particolare, nella disposizione dell'art. 2.1. *Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*, a partire dagli stessi effetti limitativi dei poteri del giudice ordinario nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Al di là del progetto di definizione della divisione dei poteri tra giurisdizione e amministrazione, contenuto in quella norma, le maggiori difficoltà per l'affermazione del processo di riconduzione al modello inclusivo di ogni relazione nello schema dello Stato di diritto, tuttavia, vennero dal tentativo di assumere nello stesso schema le relazioni e i poteri che erano espressione delle varie forme di autorganizzazione sociale.

Da una parte, si registrava la resistenza di poteri sociali antichi e consolidati (per tutti si possono ricordare quelli delle istituzioni religiose e familiari) e quelli delle organizzazioni sociali di antico regime (corporazioni, opere pie, ecc.), con una rete di forti interazioni reciproche.

Dall'altra, si doveva registrare la crescente e impetuosa forza di nuove espressioni della società, dai movimenti cooperativistici alle organizzazioni di difesa dei lavoratori, dalle organizzazioni per la rivendicazione dei diritti delle donne (in primo luogo, del diritto al voto come consolidamento del diritto di cittadinanza) alle organizzazioni per l'affermazione del diritto-dovere all'istruzione, dalle organizzazioni per la tutela delle nascenti professioni intellettuali all'affermazione dei poteri delle grandi imprese industriali e finanziarie.

Il processo di superamento della concezione tradizionale dello Stato di diritto si era così rapidamente sviluppato, che, già nella *Prolusione pisana del 1909-1910,* Santi Romano

[7] V. FROSINI, *Il diritto di famigl XIV, 764; A II, I, 900; IV, I, 757ia nella teoria generale del diritto*, *Il Foro Italiano*, V 1977, 83-90. P. BARCELLONA, voce «*Famiglia* (dir. civ.)», in *Enc. Dir*., vol. XVI, Milano 1967, 779. RESCIGNO, voce «*Famiglia*», in *Enciclopedia italiana*, XIV, 764; A II, I, 900; IV, I, 757 (1992). P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale* - Vol. III - *Situazioni soggettive*, ESI, Napoli, 2020.

poteva denunciare la *crisi dello Stato moderno*. La *crisi* che veniva denunciata era quella del modello di divisione dei poteri e, soprattutto, della perdita di incisività dei singoli poteri statuali nei confronti di poteri emergenti. Questi ultimi, in particolare, tendevano a sostituirsi ai poteri tradizionali, senza particolare sensibilità per la distinzione (neppure al loro interno) fra funzioni normative, giustiziali o amministrative.

Lungo tutto il Novecento, si sono sperimentate soluzioni di vario tipo per superare lo schematismo della mediazione della complessità sociale da parte dello Stato liberale di diritto. Al di là delle contrapposizioni ideologiche, è possibile tentare letture capaci di evidenziare i profili di continuità (e anche quelli di cesura) nell'evoluzione istituzionale e, soprattutto, capaci di cogliere le difficoltà nell'articolazione del principio di eguaglianza (come mirabilmente rappresentate nell'art. 3 della Costituzione italiana).

2. *La persona minore d'età e il superamento della presunzione codicistica*

Una delle più significative semplificazioni introdotte dal legislatore codicistico rispetto alla complessità delle relazioni della vita reale, come si sa, è quella relativa alla capacità d'agire nei confronti delle persone di età minore a quella legislativamente determinata.

In questa riflessione, si punterà, dunque, l'attenzione sullo specifico profilo della garanzia dell'eguaglianza *senza distinzioni di (…) condizioni personali e sociali* a favore delle persone minori d'età, ovviamente, nella prospettiva di tutela dello sviluppo della personalità definita dall'art. 2 Cost. e dall'art. 3, comma 2, Cost., come specificata, peraltro, dalla *Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la Legge n. 176. È vero, infatti, che il Costituente non ha espressamente citato l'*età* fra i fattori rilevanti di diseguaglianza. È anche vero, tuttavia, che il riferimento alle *condizioni personali*, connesso con la previsione della tutela dei diritti inviolabili dell'*uomo* (e non solo del *cittadino*) e con la previsione del *compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana*, consente di ritenere che il legislatore ordinario debba provvedere a rimuovere anche le limitazioni dipendenti dall'età, specie quando la stessa si presenti come impedimento allo sviluppo della personalità in confronto con l'evoluzione delle condizioni sociali (cultura, lavoro, affetti, ecc.).

I riferimenti alla Costituzione e alla Convenzione ONU, ovviamente, non possono fare sottovalutare l'elaborazione del problema sin dall'inizio del Novecento e la sua rilevanza per gli ordinamenti occidentali (si pensi solo allo sviluppo del *Juvenile Justice Sistem* negli Stati Uniti di fine Ottocento e alle esperienze del *Children Act* britannico e della legge belga di inizio Novecento).

La concezione culturale individualistico-liberale del diritto ha espresso il modello di relazioni caratterizzato da un limitato impegno dello Stato e dal riconoscimento di uno spazio amplissimo, anche precipuamente di responsabilità, alla famiglia, nonché alle altre istituzioni sociali (in primo luogo quelle di derivazione religiosa o localistica), per ciò che concerne le funzioni attinenti alla vita. La storia della codificazione civile, lungo tutto l'arco dell'Ottocento, è storia di regolazione delle attività economiche (prima civili e poi, anche, commerciali), molto meno storia delle relazioni familiari, e per queste, essenzialmente, delle ricadute economiche rilevanti per la circolazione della ricchezza.

A partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento, tuttavia, la questione sociale emerse in tutta la sua drammaticità, come testimoniano gli interventi del Magistero della Chiesa con la *Rerum novarum*, la legislazione sociale crispina, l'affermazione dei movimenti delle donne e dei lavoratori.

I processi di inurbamento, in modo particolare, fecero emergere il problema della devianza minorile e, con esso, l'insufficienza del sistema giuridico liberale per trovare soluzioni alternative ai sistemi tradizionali[8].

Fino agli anni Venti del Novecento, si svolse un lungo dibattito, in sede scientifica e in sede parlamentare, per tentare di trovare una soluzione, anche confrontando i modelli britannico e belga, come pure il modello statunitense. Il dibattito italiano era il riflesso della nuova attenzione che il mondo occidentale prestava ai minorenni, anche come effetto delle atrocità della Grande Guerra e che produsse la Dichiarazione dei diritti del fanciullo (Dichiarazione di Ginevra 1924) della Lega delle Nazioni.

Il processo che ha segnato le forme di tutela dei minorenni in Italia va, dunque, inquadrato in una corretta prospettiva storica, con una particolare attenzione all'intero sistema istituzionale e agli effetti della sua articolazione nella definizione della natura e della struttura dei diritti di riferimento.

È nota la periodizzazione delle varie fasi della giustizia minorile in Italia, corrispondenti a interventi legislativi di svolta culturale e istituzionale e ai percorsi di elaborazione del diritto, tuttavia forse ancora non completamente compresi e ricostruiti. In particolare, non sembra ancora risolto il complesso problema della esatta configurazione delle aspettative di tutela dei minori d'età nella ripartizione e composizione tra aspettative di tutela dell'intangibilità della sfera personalissima e aspettative di prestazioni necessarie a mantenere, educare e istruire. Il nodo essenziale è quello della determinazione dell'equilibrio migliore (corrispondente al *best interest* della persona in formazione) tra potestà genitoriali e responsabilità pubblica nei confronti delle nuove generazioni.

3. *L'evoluzione del sistema di tutele e l'insufficienza della giurisdizione ordinaria*

Il processo di formazione della giustizia minorile deve essere riconsiderato, dunque, nel contesto sociale e istituzionale nel quale si è sviluppato e in relazione alla transizione da un sistema di diritti di concezione classica a un sistema orientato ad assumere nella regolazione pubblica e legale rapporti e situazioni precedentemente regolati da altri ordinamenti, primo fra tutti l'ordinamento familiare[9]. Per alcuni versi, e con la dovuta attenzione alle specifiche differenze di situazione, negli stessi anni era stata avviata una regolazione simile per i rapporti di lavoro, con l'istituzione di una apposita Magistratura del lavoro[10], prosecuzione dell'esperienza avviata con la legge sui probiviri del 15 giugno 1893, n. 295 e poi conclusasi con l'emanazione del codice di procedura civile[11], che unificò la giurisdizione articolando i

[8] *La delinquenza minorile secondo l'On. Vittorio Emanuele Orlando* (conferenza tenuta all'Istituto pedagogico forense di Milano), in *La scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale*, anno XX, n. 1/1910, 137 ss.

[9] È sufficiente ricordare ancora, *La delinquenza minorile*, cit. e le considerazioni ivi contenute sulla diversa rilevanza dei medesimi comportamenti in contesti diversi, come l'esempio dello 'sfregio' alla sorella.

[10] Legge 3-4-1926, n. 563 sulla *disciplina giuridica dei rapporti di lavoro; dichiarazione X della Carta del lavoro* (approvata dal Gran Consiglio fascista il 21-4- 1927).

[11] P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. Giur*., 1921, 224 ss.

riti. Analogo percorso può essere ricordato per la risoluzione dei conflitti relativi ai contratti agrari e alla legislazione antinfortunistica[12].

Il primo punto di riflessione è riferibile alla ricostruzione della stessa introduzione di un sistema giudiziario specializzato per le problematiche connesse ai problemi della minore età. Per quanto sia corretto qualificare la fase istitutiva della giustizia minorile come fase del *giudice controllore*, è necessario cogliere gli elementi innovativi e di contesto che possono porre la funzione di controllo in una luce parzialmente diversa da quella correntemente utilizzata da parte della dottrina[13].

Sotto il profilo storico-sociale, non c'è dubbio che l'istituzione di un giudice minorile, diverso per costituzione, struttura organizzativa, competenze e poteri dal giudice ordinario, costituisce un sintomo dell'assunzione di consapevolezza da parte dello Stato dell'insufficienza del modello di diritto liberale davanti all'evoluzione della società tradizionale verso la società di massa.

Il percorso fu particolarmente lungo e segnato da un confronto tra culture giuridiche i cui effetti si riflettono, ancora oggi, sulla concezione e sulla definizione dell'ambito di rilevanza del diritto minorile[14].

Nelle *Note illustrative del Regio Decreto 20 luglio 1934, n. 1404, su l'istituzione e il funzionamento del Tribunale per i minorenni*, a firma di Giovanni Novelli, veniva ripercorsa l'intera vicenda dei tentativi di costituzione di un sistema di giustizia minorile, dei fallimenti dei progetti, dei rapporti con le istituzioni di servizio sociale promosse negli anni '20, come forma di aggregazione e nazionalizzazione delle preesistenti istituzioni caritatevoli.

Al di là dei progetti di regolazione (alcuni neppure approdati in Parlamento, come il progetto Quarta-Vacca, altri discussi ma non approvati, come quelli Giolitti, Ferri, Ollandini), è opportuno segnalare iniziative organizzative degli uffici giudiziari promosse direttamente dai Ministri.

---

[12] F. CARNELUTTI, *Per la riforma della legge sugli infortuni industriali*, *Riv. Dir. Comm*. 1920, I, 173 e ss. $ 39. *Quando ho combattuto il proposito di istituire per le controversie in tema di infortuni un organo giudicante speciale, osservando che queste controversie sono oramai regolate da un diritto saldamente costituito, non da un diritto in formazione, rispetto al quale si manifesta la, particolare attività della giurisdizione speciale, ho detto una cosa che è vera in parto soltanto, perché ho considerato soltanto una tra le ragioni, le quali possiamo determinare la specialità dell'organo chiamato a giudicare. Una più profonda meditazione mi ha facilmente persuaso, invece, che una speciale composizione dell'organo in ordine a determinati gruppi omogenei di controversie, la cui rilevanza giustifichi politicamente la deroga alla legge comune, può essere altresì determinata dal fatto che normalmente la risoluzione di tali .controversie richieda nel giudice accanto alle cognizioni giuridiche altre cognizioni tecniche, che il giudice comune non può possedere almeno in quel grado, che è necessario per sicura decisione. Il problema della giurisdizione speciale si connette per questo lato, al problema della perizia, anzi è tutt'uno 'con questo. La preparazione culturale del giudice ordinario è, tradizionalmente, richiesta soltanto nel campo del diritto: viceversa per la risoluzione di qualunque controversia, occorre non soltanto la conoscenza delle regole del diritto, ma quella ancora di regole di esperienza, nei campi più svariati. Se queste appartengono alla esperienza comune, è sufficiente alla decisione la ordinaria coltura del giudice; se appartengono a un determinato tipo di esperienza tecnica, conviene che le attitudini e le conoscenze normali del giudice, quali sono necessarie a percepire o a valutare i fatti della causa, siano integrate dall'intervento del perito. Ora se, con riguardo alla indisciplinabile varietà delle regole di esperienza, la cui applicazione può essere necessaria per la decisione delle controversie comuni, apparisce praticamente inevitabile la scelta del perito di caso in caso, quando invece, rispetto a tale rilevante nucleo di controversie dello stesso tipo, sia prevedibile la applicazione di regole di esperienza appartenenti ad alcune materie determinate, apparisce certo meglio rispondente alle esigenze della amministrazione della giustizia la sostituzione al perito scelto di caso in caso di un perito, che chiamerei stabile. eletto Con più sicuro procedimento ed elevato a dignità di giudice*

[13] L. FADIGA, *Il giudice dei minori. I nostri ragazzi di fronte alla giustizia*, il Mulino, Bologna, 2010.

[14] L. FADIGA, *Il mestiere di giudice minorile*, *Rassegna bibliografica*, n. 2/2009.

Nel 1908, V. E. Orlando provava a costruire un nuovo modello di intervento dei giudici nella complessa vicenda della delinquenza minorile. Veniva emanata una circolare che forniva orientamenti ai giudici che avrebbero dovuto curare processi con imputati minorenni[15].

Nel 1929, A. Rocco emanava la Circolare N 223 *Delinquenza minorile Magistrati per i minorenni* del 24 settembre 1929 che proponeva l'istituzione di sezioni composte con giudici che fossero in possesso anche di una formazione culturale specifica in scienze sociali, mediche, psicologiche.

Solo nel 1934, con l'emanazione del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, convertito in legge 27 maggio 1935, n. 835, *Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*, si perveniva alla formazione di un organo giudicante collegiale, composto da giudici togati e da esperti in discipline sociali

Le opinioni di coloro che hanno scritto la storia della giustizia minorile, in linea di massima, concordano sul riconoscimento del carattere autoritario dell'indirizzo di Rocco e, spesso, sottovalutano la portata innovativa di quella linea di pensiero rispetto al modello di rapporti fra diritti e ordinamenti giudiziari del regime liberale.

Si può ritenere che le valutazioni di autoritarismo dell'intervento di Rocco (e della successiva legislazione formalizzata con ministro De Francisci) siano riconducibili a molteplici letture, ciascuna fondata su specifiche concezioni culturali e giuridiche.

Alcune letture sembrano derivare la qualifica di autoritario dell'intervento di riforma, principalmente, dal fatto che sia stato promosso dal regime fascista, probabilmente non considerando alcune caratteristiche differenziali dei diversi contesti di emanazione dei vari provvedimenti e, soprattutto, la sopravvivenza di molti di quegli interventi alla caduta di quel regime e all'avvento dell'ordine costituzionale[16]. In tal modo, ovviamente, si può correre il rischio di sottovalutare utili spunti interpretativi delle metamorfosi del diritto intervenute a inizio secolo[17].

Altre letture, invece, consentono di approfondire significativi aspetti tecnici della riforma elaborata tra il 1929 (circolare Rocco) e il 1934 (r.d. legge De Francisci).

È vero che l'intero sistema era principalmente orientato al controllo della devianza. Era questa la giustificazione del dibattito scientifico e parlamentare che si era sviluppato dagli ultimi anni dell'Ottocento fino al fallimento del progetto[18]. È anche vero che già dall'inizio del Novecento si affermava (senza pervenire a efficaci risultati legislativi) la necessità di interventi preventivi, anche se ci si preoccupava di distinguere[19] il ruolo del diritto e della giustizia da quello delle scienze sociali e degli interventi educativi[20].

Ma è proprio rispetto al fatto che il modello fosse orientato (concepito, e quindi costruito, rispetto) al controllo della devianza che deve considerarsi attentamente e valutarsi peculiarmente la qualificazione dello stesso come *autoritario*. Solo a questa condizione è

---

[15] Circolare V.E. Orlando 11 maggio 1908, in *Rivista di diritto penitenziario* 1934, v. II, pp 802 e ss.

[16] C. CECCHELLA *Il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie della legge delega di riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 3/2021 239 e ss.

[17] F. COLAO, *Il diritto per i minori, i diritti dei minori. itinerari nell'Italia del Novecento*, in *Italian Review of Legal History*, 5 (2019), n. 10, 318-383.

[18] F. DALMAZZO, *Il problema legislativo dell'assistenza ai minorenni abbandonati, Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, Vol. 95, Fasc. 362 (febbraio 1923), 122-135.

[19] G. NOVELLI, *Note illustrative del regio decreto 20 luglio 1934, n. 1404 - su L'istituzione ed il funzionamento del Tribunale per i minorenn*i -, in *Riv. dir. pen*., 1934, 802 e ss.

[20] M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*. *Scritti editi e inediti* (1972-2007). Milano, 2009, Giuffrè Editore, 965 ss.

possibile cogliere il senso dell'intervento e non correre il rischio di considerarlo autoritario solo perché promanante da un regime non democratico. La delinquenza minorile costituiva l'indicatore più significativo del processo di scomposizione della società tradizionale e, con essa, della crisi delle istituzioni non statali (forse meglio: *prestatali*) che avevano retto le relazioni interpersonali secondo criteri di autorità compensata da forme di affettività (ovviamente ben lontane da quelle che caratterizzano la nostra esperienza contemporanea).

Per cogliere a pieno il problema dell'incidenza dei rapporti autoritari nelle relazioni familiari (e soprattutto educative) può essere utile richiamare l'attenzione sulla concezione dei *mezzi di correzione*[21] e sul problema del loro *abuso*[22].

In questa prospettiva, le preoccupazioni della cultura giuridica dell'inizio del secolo XX erano quelle di sostituire all'autorità familiare rimedi autoritari di tipo pubblicistico, forse, più precisamente, riferibili alla comunità nazionale.

Il percorso di trasformazione e regolamentazione dal modello autoritario dei processi educativi dell'ordinamento familiare privato al modello autoritario pubblico fu coerente con il generale processo di pubblicizzazione-nazionalizzazione che si sviluppò dalla legislazione crispina all'emanazione delle leggi del periodo 1925-35.

Da una parte, il carattere autoritario del modello di giustizia minorile altro non era se non la manifestazione ultima del processo di nazionalizzazione delle relazioni sociali che costituiva attuazione del processo di pubblicizzazione avviato dallo Stato crispino.

Dall'altra, bisogna essere prudenti rispetto a qualunque lettura del percorso istitutivo della giustizia minorile che non presti la necessaria attenzione al collegamento fra la costituzione di una specifica autorità giudiziaria, l'originalità del regime giuridico delle persone minori d'età e l'organizzazione nazionale di un sistema di assistenza (economica, educativa, sanitaria…)[23].

4. *Il giudice minorile e la specialità dei suoi poteri sui processi di sviluppo della personalità del minorenne*

All'esito del pluridecennale percorso si pervenne al regio decreto-legge 20 luglio 1934 n. 1404, recante "*Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni*", convertito in legge 27 maggio 1935, n. 835, poi modificato dal regio decreto-legge 15 novembre 1938, n. 1802, a sua volta convertito in legge 16 gennaio 1939, n. 90.

La soluzione legislativa che istituiva il tribunale dei minorenni, ovviamente, come tutte le riforme del periodo storico nel quale fu adottata, si prestava (e si presta, tuttora) a letture diverse (e in parte contrapposte).

Al di là delle varie letture possibili sui ruoli che può assumere il giudice minorile, si deve osservare che la stessa possibilità di qualificarlo come *giudice controllore, giudice educatore, giudice promotore*[24] costituisce un significativo indicatore della novità rappresentata

[21] *Relazione a S.M. il re del ministro guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Stamperia Reale, D. Ripamonti, 1889 146 e ss.

[22] V. E. ORLANDO, cit.

[23] Legge 10 dicembre 1925, n. 2277, modificata con regio decreto-legge 21 ottobre 1926, n. 1904, *Modifiche alla legge 10 dicembre 1925, n. 2277, sulla protezione e l'assistenza della maternità e dell'infanzia*. convertito dalla l. 5 gennaio 1928, n. 239 (in *G.U.* 28/02/1928, n. 49): "*invigila l'applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari in vigore per la protezione della maternità e dell'infanzia; promuove per il miglioramento fisico e morale dei fanciulli e degli adolescenti, quando ne ravvisi l'opportunità, la riforma di tali disposizioni*".

[24] L. Fadiga, *Il mestiere di giudice minorile*, Rassegna bibliografica infanzia e adolescenza, 2.2009

dall'istituzione nel panorama giuridico: il giudice 'ordinario' (nella concezione liberale) non deve svolgere altro ruolo se non quello di bocca della legge ovvero di 'regolatore' (del traffico). Si tratta, invero, delle funzioni tipiche e definitorie dello Stato 'sociale' di diritto.

D'altra parte, al fine di cogliere la novità dell'istituzione del giudice minorile, con le caratteristiche di composizione e di funzione che gli sono state attribuite dalla norma del 1934, non si può sottovalutare la significativa sopravvivenza dello specifico modello, anche attraverso profondi mutamenti di ordine costituzionale.

La stessa riforma istitutiva del tribunale della famiglia, pur con la nuova articolazione del collegio e della ridefinizione del ruolo degli esperti, non ha potuto fare a meno di riconoscere la complessità del giudizio in materia di diritti della persona e la sua sostanziale non assimilabilità con il giudizio ordinario.

Elemento fondamentale per la corretta ricostruzione della struttura della giustizia minorile è, in ogni caso, il rapporto che lega, sin dall'origine[25], l'esercizio della funzione giurisdizionale al sistema di servizi sociali che deve prevenire il rischio di comportamenti lesivi posti in essere dai minorenni o a danno di minorenni e supportare il percorso individuato dal giudice per il recupero del danno concretizzatosi. Il rapporto fra servizi sociali

[25] Legge 10 dicembre 1925, n. 2277, *Protezione e assistenza della maternità e dell'infanzia*:

Art. 4. *L'Opera Nazionale provvede, sia direttamente, sia per mezzo dei suoi organi provinciali e comunali, con le modalità stabilite nel regolamento, alla protezione e all'assistenza dalle gestanti e delle madri bisognose o abbandonate; dei bambini lattanti e divezzi sino al quinto anno, appartenenti a famiglie bisognose, dei fanciulli fisicamente o psichicamente anormali, e dei minori materialmente o moralmente abbandonati, traviati o delinquenti, sino all'età di anni diciotto compiuti. Con le provvidenze dirette a questi scopi l'Opera Nazionale integra le opere già esistenti di protezione della maternità e della infanzia e ne favorisce le iniziative*.

Favorisce inoltre la diffusione delle norme e dei metodi scientifici d'igiene prenatale e infantile nelle famiglie e negli istituti, anche mediante l'istituzione di ambulatori per la sorveglianza e la cura delle donne gestanti specialmente in riguardo alla sifilide; di scuole teorico-pratiche di puericoltura e corsi popolari d'igiene materna e infantile; organizza, d'accordo con le Amministrazioni delle Provincie, con i Consorzi provinciali antitubercolari, istituiti dalla legge 24 luglio 1919, n. 1382, con le altre istituzioni menzionate nei Regi decreti 30 dicembre 1923, nn. 2839 e 2889, nonché con gli ufficiali sanitari dei singoli Comuni e con le autorità scolastiche, l'opera di profilassi antitubercolare dell'infanzia e la lotta contro le altre malattie infantili; invigila l'applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari in vigore per la protezione della maternità e dell'infanzia; promuove per il miglioramento fisico e morale dei fanciulli e degli adolescenti, quando ne ravvisi l'opportunità, la riforma di tali disposizioni.

Art. 5. *L'Opera Nazionale è investita di un potere di vigilanza e di controllo, su tutte le istituzioni pubbliche e private per l'assistenza e protezione della maternità e dell'infanzia, e nello esercizio di tale potere, ha la facoltà di provocare dalle competenti autorità governative i provvedimenti d'ufficio eventualmente necessari, e di promuovere, in particolar modo la sospensione e lo scioglimento delle Amministrazioni delle istituzioni pubbliche e la chiusura degli istituti pubblici e privati.*

Restano ferme le disposizioni della legge 17 luglio 1890, n. 6972, e del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 2841, relative alla tutela e alla vigilanza governativa sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Art. 6. *Nell'esplicazione dei suoi compiti integratIvi, l'Opera Nazionale ha la facoltà:*

a) di fondare istituzioni di assistenza materna, casse di maternità, opere ausiliarie dei brefotrofi per la tutela delle madri bisognose e abbandonate, che allattano la loro prole, ed altre istituzioni a favore della maternità e dell'infanzia, là dove l'assistenza risulti deficiente, o di promuoverne la fondazione;

b) di sovvenzionare le istituzioni che dispongano di inadeguate risorse patrimoniali;

c) di provvedere al coordinamento di tutte le istituzioni pubbliche e private per l'assistenza della maternità e dell'infanzia indirizzandone le attività secondo i più urgenti bisogni della popolazione locale e promuovendo all'uopo la revisione dei relativi statuti e regolamenti e, nei riguardi delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, ogni altra riforma consentita dalle leggi in vigore.

È prescritto il parere dell'Opera Nazionale per provvedere sulle domande di erezione in Ente morale e su tutte le proposte di riforma delle istituzioni pubbliche per l'assistenza della maternità e dell'infanzia.

(dell'Opera Nazionale per la Maternità e l'Infanzia) era consolidato dalla partecipazione della magistratura alla funzione di governo dell'ente[26].

Premessa questa considerazione, si può passare alla valutazione dei rapporti fra le varie specificazioni del modello della giustizia minorile.

La qualificazione del giudice minorile come giudice *controllore* corrisponde certamente alla logica autoritaria dell'epoca. Come abbiamo avuto modo di vedere precedentemente, tuttavia, la logica autoritaria dell'istituzione del giudice minorile può essere letta anche in una luce diversa da quella correntemente adottata. Come per molte alte riforme del periodo (si pensi alla riforma bancaria, all'istituzione delle partecipazioni statali, all'istituzione di sistemi sanitari, scolastici, di assistenza sociale pubblici), non può esserci dubbio che si trattò dell'introduzione di principi autoritativi (possiamo definirli, tecnicamente, antiliberali).

Ma sul giudice minorile convergono le funzioni – tipiche e peculiari della polizia, di natura prettamente amministrativa – di controllo dei minori irregolari nella condotta e nel carattere: essenzialmente riportare a casa, dai genitori, i minori 'scappati di casa' e rimetterli sotto la potestà genitoriale.

5. *Il superamento dell'ordinamento sociale della famiglia e l'ampliamento delle funzioni del giudice minorile*

La giustizia minorile non subì modifiche strutturali per effetto dell'entrata in vigore della Costituzione. Diversamente dalla magistratura del lavoro, che aveva subito prima gli effetti dell'assorbimento nell'ambito del codice di procedura civile (secondo la profezia di Calamandrei sulla capacità evolutiva del diritto e dei suoi strumenti nei confronti dei sistemi giustiziali particolari) e poi la crisi istituzionale della rappresentanza sindacale (per effetto dell'abrogazione del sistema corporativo e per la mancata attuazione dell'art. 39 Cost.), la giustizia minorile subì un processo di adeguamento delle procedure e degli strumenti di intervento nella direzione indicata dagli artt. 2, 3 e 27 Cost. L'elemento più significativo del processo si concretizzò con la legge 25 luglio 1956 n. 888 e, in particolare, con le norme che introducevano l'*affidamento del minore al servizio sociale minorile* in aggiunta all'internamento previsto dalla norma del 1934[27]. La norma, tuttavia, doveva ancora essere resa efficace con la regolazione di un sistema di servizi sociali dipendenti direttamente dal Ministero di Grazia e Giustizia[28]. Il sistema introdotto dal legislatore tra il 1956 e il 1963 dava

---

[26] R. D. 24 dicembre 1934, n. 2316, *Approvazione del testo unico delle leggi sulla protezione ed assistenza della maternità ed infanzia*:

Art. 8 (Art. 8 legge 10 dicembre 1925, n. 2277 - Art. 5 R. decreto-legge 21 ottobre 1926, n. 1904 - Art. 7 legge 13 aprile 1933, n. 298). - *In ogni Provincia i compiti dell'Opera nazionale sono attuati da una Federazione con sede nel comune capoluogo, costituita da tutte le istituzioni pubbliche e private aventi per fine la protezione e l'assistenza della maternità e dell'infanzia*.

La Federazione è retta da un Consiglio di 11 membri, compresi il presidente e il vice presidente, che sono di diritto, rispettivamente, il preside della Amministrazione provinciale o un rettore da lui delegato, e la fiduciaria provinciale dei Fasci femminili o una sua delegata.

Fanno parte di diritto del Consiglio:

1) il consigliere di prefettura preposto ai servizi dell'assistenza e beneficenza pubblica;

2) il medico provinciale;

3) il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato.

[27] Legge 25 luglio 1956 n. 888, art. 25, *Misure applicabili ai minori irregolari per condotta o per carattere*.

[28] Legge 16 luglio 1962, n. 1085, *Ordinamento degli uffici di servizio sociale e istituzione dei ruoli del personale del predetto servizio*.

risposta all'incombente crisi del servizio sociale dipendente dall'ONMI (che sarebbe stata sciolta dopo un decennio[29]) e strutturava lo stesso servizio sociale come strumento operativo del giudice.

In questo contesto, il ricorso diffuso alla qualificazione del giudice minorile come *giudice educatore* costituisce il riconoscimento di una innovazione di competenza e di strumenti rispetto al modello del 1934. Il giudice minorile *controllore*, probabilmente, non era, nelle intenzioni e nella cultura del legislatore del 1934, meno *educatore* del giudice minorile della riforma del 1956. Tuttavia, quel giudice *educava* con gli strumenti pedagogici e di indagine psicologica e sociale disponibili al suo tempo. Si pensi soltanto al fatto che la professione di assistente sociale venne riconosciuta (solo come qualifica in alcune aree di pubblico impiego e senza specifica formazione) solo nel 1963.

Il processo evolutivo della giustizia minorile proseguiva negli anni immediatamente successivi con l'attribuzione di competenze relative a nuovi istituti giuridici. La legge 5 giugno 1967 n. 431 *sull'adozione speciale*, seguita poi dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, di *riforma del diritto di famiglia,* e dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, *diritto del minore a una famiglia*, introdusse una nuova importante competenza per il giudice minorile in dipendenza del nuovo regime dell'*adozione speciale*.

È opportuno osservare che le funzioni del giudice minorile introdotte dalle leggi citate (affermate dalla prima e ampliate dalle successive) sono, innanzitutto, gli effetti della modifica del regime dell'adozione e, a seguire, del mutamento della concezione della famiglia e del suo regime giuridico. Nell'ambito del regime dell'adozione, all'adozione mirata a far conseguire un discendente si aggiunse un tipo di adozione volta a consentire a un minorenne l'inserimento in un nucleo familiare e la possibilità di sviluppare in quel contesto la propria personalità[30]. La legge era il primo intervento volto alla deistituzionalizzazione dei minorenni che potevano essere dichiarati in stato di adottabilità, ma era anche un segnale rilevante di evoluzione dei rapporti sociali e della transizione a una nuova concezione della famiglia, che si sarebbe consolidata, nel giro di pochi anni, nella radicale riforma del diritto di famiglia.

Ancora una volta, in linea con l'intero processo legislativo del Novecento, l'ordinamento statale si doveva confrontare con la crisi degli ordinamenti comunitari (come quello al quale si poteva ricondurre la famiglia di antico regime) e doveva trovare soluzione a problemi che non potevano essere facilmente compresi e risolti dal diritto moderno.

6. *Individualismo metodologico e crisi del processo di stabilizzazione dell'ordinamento familiare*

Non si deve dimenticare che il giudice minorile era stato istituito come elemento essenziale di controllo di un processo di pubblicizzazione-statalizzazione delle relazioni sociali e, segnatamente, delle stesse relazioni familiari.

L'articolato dibattito sulla natura giuridica pubblica o privata della famiglia che si era sviluppato nel primo trentennio del Novecento è testimonianza diretta del percorso legislativo e, soprattutto, dello sforzo di progressiva statalizzazione delle relazioni familiari

[29] Legge 23 dicembre 1975, n. 698 *Scioglimento e trasferimento delle funzioni dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia*

[30] Cass. Sezione I civ.; sentenza 5 gennaio 1972, n. 11, *Il Foro Italiano*, vol. 95, Parte Prima: Giurisprudenza Costituzionale e Civile (1972), 21/22-25/26

(come pure delle relazioni sindacali, delle organizzazioni assistenziali e, persino, delle stesse istituzioni religiose[31]).

L'esperienza successiva alla Costituzione vide emergere una concezione nuova della famiglia (anche per effetto dei processi demografici degli anni '50 e '60), tendenzialmente mononucleare e priva di quei ruoli di organizzazione sociale forte che la caratterizzavano fino alla fine dell'Ottocento. Il modello familiare di quei decenni si riduceva alla formalizzazione di una esperienza esclusivamente privata (nel senso comune del termine).

La configurazione di un modello debole di famiglia costituiva un profondo cambiamento di tendenza rispetto alla storia premoderna e ai tentativi di strutturazione pubblicistica del primo Novecento.

Nel contesto che si veniva a delineare, il giudice minorile era certamente l'organo giudiziario che poteva (almeno, meglio di altri) rispondere, per composizione culturale e per tecnica decisionale, alle nuove istanze di risoluzione dei conflitti che venivano all'attenzione del diritto. Ciononostante, si presentavano significativi elementi di criticità.

Sul piano delle risorse culturali e professionali, si dovevano registrare, almeno, due profili problematici.

Da una parte, il numero dei giudici dei tribunali dei minorenni era esiguo rispetto alle nuove esigenze; dall'altra, le nuove competenze attribuite esponevano il giudice dei minorenni a difficoltà cognitive (si pensi alle indagini di ordine sociale, psicologico, ecc. richieste), aggravate dalla insufficienza (numerica e organizzativa) delle risorse professionali di supporto.

Con la legge 9 marzo 1971, n. 35, di *Determinazione delle piante organiche dei magistrati addetti ai tribunali per i minorenni e alle procure della Repubblica presso gli stessi tribunali*, si tentò di dare una prima risposta, almeno, al problema del numero dei giudici minorili. La legge è importante sia per la definizione della pianta organica della magistratura addetta ai tribunali per i minorenni, sia per la determinazione della non utilizzabilità dei magistrati per i minorenni presso le sezioni e gli uffici ordinari di tribunale e procura.

Ancora più grave era il problema delle risorse professionali di supporto.

Il modello organizzativo della giustizia minorile, come era stato già anticipato dalla Circolare Rocco del 1929, era basato su un complesso rapporto fra competenza culturale del giudice addetto e sistema di *assistenza sociale* (non si parlava ancora di *servizio sociale*), rappresentato, almeno nelle intenzioni del legislatore, dall'Opera Nazionale per la Maternità e l'Infanzia, organismo dotato anche di poteri di vigilanza e controllo sulle istituzioni di assistenza e governato con il concorso della magistratura. Sussisteva, comunque, un sistema di poteri (ad es. artt. 319 e 359 c.c.) rispetto ai quali il giudice minorile esercitava una mera funzione di controllo.

Gli anni Sessanta e Settanta, oltre al tramonto sostanziale e formale dei poteri familiari, registrarono, da una parte, la crisi definitiva[32] e lo scioglimento dell'ONMI, con la dissoluzione di un organismo che rappresentava, comunque, un modello istituzionale omogeneo a livello nazionale e che avrebbe dovuto costituire supporto essenziale per la magistratura minorile. Dall'altra, negli stessi anni, si sviluppavano e consolidavano, sul piano scientifico e organizzativo, le professioni che dovevano rispondere ai nuovi bisogni di

[31] E. GENTILE, *Il culto del littorio. La sacralizzazione della politica nell'Italia fascista*, Laterza, 2009

[32] L'ONMI, nonostante le previsioni del legislatore che l'aveva istituita, non era riuscita a conseguire gli obiettivi previsti: A. BRESCI, *L'Opera nazionale maternità e infanzia nel ventennio fascista*, in *Italia contemporanea*, n. 193, 421-442. S. BARTOLONI, *L'Opera nazionale per la maternità e l'infanzia: cinquanta anni di vita, trenta anni di ricerche* in *Italia Contemporanea* 289/2019, pp 147-165

intervento determinati dalle trasformazioni sociali, in particolare le professioni di cura della persona e della relazionalità.

Il dissolvimento del sistema di assistenza sociale centralizzato (come si poteva definire, anche se in parte impropriamente l'ONMI) con il trasferimento delle competenze assistenziali alle regioni e agli enti locali[33] diede un notevole impulso all'attivazione del servizio sociale e, tuttavia, determinò la perdita di qualunque strumento di coordinamento e verifica. La regionalizzazione, lungi dal consentire il recupero delle inefficienze del coordinamento e delle funzioni di controllo che avevano caratterizzato la gestione dell'ONMI, contribuì a elevare il grado di differenziazione dei servizi erogati, fino a richiedere l'intervento del legislatore con la legge 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, che prevede, all'art. 22, la definizione dei livelli essenziali del prestazioni sociali, peraltro ancora non completata[34].

Le criticità andavano anche oltre.

Sul piano della ripartizione delle competenze fra giudice tutelare, tribunale ordinario e tribunale per i minorenni, l'introduzione delle nuove competenze del giudice minorile con la modifica dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile ad opera della riforma del diritto di famiglia apriva un complesso problema di sovrapposizione e conflitto fra il giudice minorile e i giudici competenti per i problemi di diritto di famiglia (anche in materia di diritti delle persone di minore età). Al di là del conflitto formale, ovviamente, veniva in risalto la potenziale differenza di tecnica decisionale tra un giudice a forte composizione tecnica e un giudice di formazione esclusivamente giuridica nel medesimo caso.

7. *Libertà di autodeterminazione dei singoli e prevalenza della competenza attrattiva del giudice ordinario*

Le criticità che si manifestarono nell'articolazione delle competenze giurisdizionali nell'ambito minorile e che si sono protratte per lungo tempo hanno espresso lo stato di crisi delle relazioni sociali fondate sulla famiglia e delle loro rappresentazioni giuridiche, ancor prima che lo stato di crisi dell'organizzazione giudiziaria e dei enti che con essa concorrono.

Il modello della giustizia minorile era fondato sulla scelta politica di contrastare il deterioramento delle relazioni sociali dipendente dalla crisi della famiglia patriarcale (tendenzialmente rurale) con l'istituzione coordinata (almeno nelle intenzioni) di una rete di supporto (pubblica e razionale sostitutiva delle iniziative caritatevoli e della rete ecclesiale) e di un sistema di (semplice) controllo giudiziale supportato da competenze specialistiche oltre che giuridiche.

I processi sociali dei decenni successivi all'introduzione del giudice minorile si svilupparono in una direzione radicalmente diversa da quella delineata dalla scelta politica del legislatore del 1929/34.

Nel corso di quattro decenni, l'idea di società fondata sul modello di famiglia stabile (almeno per indissolubilità legale), ancorché mononucleare e comunque patriarcale, si era irreversibilmente dissolto.

---

[33] L. 23 dicembre 1975, n. 698.*Scioglimento e trasferimento delle funzioni dell'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia*.

[34] Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *PIANO NAZIONALE DEGLI INTERVENTI E DEI SERVIZI SOCIALI* 2021-2023, agosto 2021.

Il sistema di reti sociali, nelle quali la famiglia era inserita e dalle quali aveva sostegno nelle situazioni di crisi, non riusciva più a svolgere funzioni concrete e non era stato ancora sostituito da uno nuovo. Da una parte, la tendenza alla pubblicizzazione, che era stata istituzionalizzata nella forma di ente pubblico con l'ONMI, evolveva verso l'attribuzione delle funzioni alle regioni e agli locali. Dall'altra, nello stesso contesto storico della pubblicizzazione dei servizi socio-sanitari, il legislatore era costretto a riconoscere il ruolo del volontariato come prima forma del privato-sociale che si sarebbe affermato negli anni successivi.

Il legislatore non era stato in grado di prevedere gli effetti sul sistema giudiziario delle riforme in materia di diritti civili e sociali che rispondevano ai nuovi assetti della società.

Il risultato fu quello di istituire un doppio canale giudiziario per i problemi della persona del minore d'età e per i problemi della crisi della famiglia, con una serie di aree di incertezza e di sovrapposizione. Una progressiva concezione individualistica dei rapporti familiari[35] spingeva, ovviamente, nella direzione della competenza del giudice ordinario, con meccanismi di giudizio orientati alla tutela delle libertà di autodeterminazione e alla lettura contrattualistica del regime coniugale[36]. Il modello culturale determinò l'affermazione della capacità attrattiva delle questioni riguardanti i minori nella competenza del giudice del conflitto familiare[37]. La soluzione veniva adottata dal legislatore nonostante la crisi del sistema di relazioni allargate aprisse la strada a interventi professionali sostitutivi delle reti informali, sempre più penetranti nella sfera dell'affettività e della personalità del minorenne, e spingesse all'allargamento delle competenze del giudice minorile, specie in tutti i casi di deistituzionalizzazione e di crisi delle relazioni parentali senza rottura del rapporto coniugale[38].

Dopo mezzo secolo di complessa vicenda di rapporti fra competenze processuali e di confronto fra fondamenti culturali dei sistemi decisionali, il modello del giudice minorile è stato rimesso seriamente in discussione dal Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, di *Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*.

Ci si sarebbe potuti aspettare la costituzione di un tribunale delle famiglie e delle persone tendenzialmente orientata all'estensione a tutta la materia del modello e dell'esperienza del tribunale dei minorenni. Diversamente, la soluzione adottata sembra andare nella direzione di un organo giudiziario ordinario con articolazione interna di composizione e di processo decisionale differenziati.

---

[35] M- SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali, Principi, regole, interpretazione. contratti e obbligazioni, famiglie e successioni* in *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, a cura di G. Conte e S. Landini, tomo ii, estratto, 5: mentre nella tradizione dell'istituzione, riflessa nella Costituzione, la famiglia si configurava in sé come società, addirittura titolare di diritti propri riconosciuti dallo Stato, ed era chiamata a svolgere una fondamentale funzione etico-sociale, anche a costo di diseguaglianze tra i soggetti coinvolti - il percorso sviluppatosi, con enorme rapidità specie negli ultimi anni, è nel senso di una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli indIvidui uti singuli, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale

[36] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 213-237.

[37] Art. 3, legge 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

[38] Corte di Cassazione, sez. VI civ., 1- 14 ottobre 2014, n. 21633.

8. *Evoluzione dello Stato di diritto e istituzioni di giuridificazione delle situazioni emergenti*

Le considerazioni che abbiamo svolto ci consentono di proporre una narrazione della vicenda dei diritti dei minorenni in una luce parzialmente diversa da quella consueta e, soprattutto, di valutarne le refluenze sulla concezione dello schema tradizionale dei diritti e delle istituzioni di tutela. Il processo che ha portato a qualificare diritti le esigenze di tutela delle persone alle quali l'ordinamento liberale non riconosceva un ruolo attivo nel sistema giuridico ha trovato un banco di prova particolarmente utile nelle relazioni dei minorenni. Si tratta di un processo di giuridificazione, cioè di rappresentazione secondo gli schemi del diritto statuale moderno, di ambiti vitali estranei all'originario modello codicistico.

Il processo, ovviamente, non poteva (e non può) limitarsi a tradurre nelle formule giuridiche codicistiche le relazioni che gli erano estranee. Si deve, piuttosto, prendere atto che l'estensione degli ambiti di rappresentazione giuridica ha imposto la revisione profonda della stessa nozione di diritto e la costruzione di istituzioni che ne possano esprimere la novità, pur salvaguardano i principi fondamentali dello Stato di diritto

La vicenda che si snoda sin dall'inizio del Novecento ha registrato la crisi dello Stato moderno e i tentativi di riaffermarne il ruolo nel confronto con ambiti di regolazione (ordinamenti pre- e post-moderni) che manifestavano la necessità di uscire dai rischi autoritari, ideologici, tradizionali.

Le difficoltà del diritto e, soprattutto, degli ordinamenti giudiziari nell'affrontare i problemi dei minorenni in una fase caratterizzata dalla crisi profonda dell'istituto familiare come struttura di protezione e di garanzia dello sviluppo della personalità, ovviamente, non si sono manifestati solo in Italia. Soprattutto, si è trovato nella necessità di ricorrere a forme sostitutive di protezione, il mondo occidentale, che ha vissuto con maggiore drammaticità le trasformazioni e le crisi dei sistemi familiari, caratterizzati come assetti sociali con caratteristiche di ordinamenti indipendenti.

Lo schema essenziale di derivazione giudaico-cristiana di famiglia nucleare monogamica inserita in reti polinucleari tipico dell'Occidente è sostanzialmente scomparso. Al suo posto si è affermata la famiglia mononucleare-monogamica, priva di tutte le relazioni di sostegno, conforme allo stile di vita borghese contemporaneo.

Per effetto della caduta dei legami sociali che integravano reti di aiuto reciproco, si è reso necessario, a partire dai livelli sovranazionali, promuovere forme di intervento pubblico capaci di integrare adeguati livelli di protezione con corrispondenti livelli di tutela delle libertà individuali.

Al modello tradizionale fondato su relazioni doverose si è sostituito, come in molti altri ambiti della vita di relazione, un nuovo modello fondato su aspettative tutelate che sono state definite diritti, anche se non sembrano assimilabili ai diritti codicistici.

Spesso si parla di nuovi diritti e si mischiano nella formula tutele rispondenti a esigenze della realtà materiale sconosciute al diritto della codificazione (come nel caso degli effetti delle nuove tecnologie), con esigenze scaturenti dalle nuove dimensioni dei mercati e dei processi di comunicazione globale, infine, con esigenze dipendenti dai nuovi assetti delle relazioni sociali e culturali[39].

Le esigenze di tutela dipendenti dai nuovi assetti delle relazioni sociali e culturali, probabilmente, sono quelle alle quali è stato ed è più difficile dare risposta istituzionale. Come abbiamo visto per le esigenze dei minorenni, si tratta di ambiti nei quali esistono già

[39] *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*. Studi a cura di L. Ferrara, D. Sorace ; Vol. III. *La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti, M. RENNA. Firenze : Firenze University Press, 2016.

esperienze di tutela molto articolate, anche se si sono dovute registrare sovrapposizioni e contraddizioni.

Per l'esattezza, nel caso dei minorenni, si sommano situazioni già qualificate come diritti da un secolo (anche se sottoposti alle forme di tutela specifiche della giustizia minorile, con il concorso delle istituzioni di assistenza) e situazioni che reclamano tutele perché più recentemente emerse per la crisi degli ordinamenti sociali familiari.

La rilevanza del tema è segnata da (almeno) due solenni atti della comunità internazionale: la dichiarazione della Società delle Nazioni (Ginevra 1924[40]) e la Convenzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 20 novembre 1989. Lo stesso intervallo temporale che intercorre fra i due atti consente di cogliere le dimensioni del problema e giustifica, in larga misura, le incertezze e le difficoltà che si incontrano ancora oggi quando si tenta di ridurre la complessità del problema alla logica formale delle tutele giuridiche tradizionali.

Ne può essere testimonianza la vicenda dell'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie[41], caratterizzata dal rischio di indebolire la funzione delle professionalità non giuridiche nell'ambito delle competenze civili già del Tribunale dei minorenni e dalla mancata estensione delle stesse alle competenze già del Tribunale ordinario.

L'istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, almeno allo stato di attuazione della norma, si presenta come un tentativo di riproposizione della prevalenza del giudice ordinario (e con essa della prevalenza di un modo di intendere le tutele) come unico organo capace di garantire terzietà e separazione dei poteri e, soprattutto, della esclusività della concezione del diritto dell'età codicistica.

L'aspetto problematico del percorso legislativo in fase di attuazione appare ancor più evidente se alla riflessione sul processo di formazione del giudice minorile e della sua connotazione come interprete della complessità delle relazioni umane e della irriducibilità delle stesse allo schema del diritto codicistico si aggiunge la riflessione sulle nuove tecniche di tutela consolidate negli atti sovranazionali.

---

[40] «*Secondo la presente Dichiarazione dei diritti del bambino, comunemente nota come Dichiarazione di Ginevra, gli uomini e le donne di tutte le Nazioni, riconoscendo che l'umanità deve al bambino quanto di meglio possiede, dichiarano e accettano come loro dovere che, oltre e prima di ogni considerazione di razza, nazionalità o credo:*

I. Al bambino si devono dare i mezzi necessari per il suo normale sviluppo, sia materiale che spirituale;

II. Il bambino che ha fame deve essere nutrito; il bambino malato deve essere curato; il bambino arretrato deve essere stimolato; il bambino delinquente deve essere recuperato; l'orfano e il trovatello devono essere ospitati e soccorsi;

III. Il bambino deve essere il primo a ricevere soccorso in tempo di difficoltà;

IV. Il bambino deve essere messo in condizione di guadagnarsi da vivere e deve essere protetto contro ogni forma di sfruttamento;

V. Il bambino deve essere allevato nella consapevolezza che le sue migliori qualità devono essere messe al servizio dei suoi fratelli.»

[41] Legge 26 novembre 2021, n. 206, *recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*. D. Lgsl.10 ottobre 2022, n. 149, *Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*.

Il punto centrale delle trasformazioni in corso sta nella considerazione delle previsioni di documenti ed elaborazioni di carattere sovranazionale[42] come i *Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)*[43] adottati dall'Assemblea Generale ONU il 16 dicembre 2020[44], e le *Istituzioni nazionali per i diritti umani forti ed efficaci sfide, pratiche promettenti e opportunità* dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali [45].

9. *La promozione dell'eguaglianza sostanziale e le metamorfosi del diritto*

L'insufficienza dello schema giuridico liberale tradizionale per la risoluzione dei problemi emergenti nelle società contemporanee è stata affrontata dalle istituzioni internazionali a testimonianza della dimensione teorica assunta e dell'esigenza di elaborare nuove tecniche e di sviluppare nuove istituzioni.

Nonostante si debba registrare una significativa incertezza (forse anche debolezza) delle indicazioni che vengono dai documenti internazionali, è possibile registrare il consolidamento di alcune linee di tendenza indicative della ricerca di nuovi sistemi regolazione, in una visione evolutiva dello Stato di diritto.

Il riferimento è, ovviamente, alle 'istituzioni nazionali di promozione e tutela dei diritti umani' previste dalla Risoluzione AG 48/134 del 20 dicembre 1993 e ai provvedimenti nazionali e sovranazionali che ne danno attuazione[46].

Già dalla denominazione delle istituzioni risulta evidente la complessità del progetto. Non si tratta di tutele basate esclusivamente su riconoscimenti e sanzioni successive alla violazione dell'aspettativa riconosciuta. Accanto al meccanismo sanzionatorio per la violazione di norme consolidate, viene prevista l'attivabilità di meccanismi di promozione rientranti nella competenza della stessa istituzione.

Allo stesso tempo, risulta di particolare importanza la previsione che le singole normative possano attribuire alle 'istituzioni nazionali di promozione e tutela'[47] competenze 'quasi giurisdizionali'[48], con potere di affrontare e decidere questioni relative a 'casi individuali'[49].

La novità del modello istituzionale disegnato e, ancor più, del modello di regolazione riferito ai diritti umani è tale che si è reso necessario costituire organismi specializzati per

---

[42] *Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Firmata a Roma il 4 novembre 1950; *American Convention On Human Rights "Pact Of San Jose, Costa Rica"* (B-32); *African Charter on Human and Peoples' Rights*, giugno 1981, Nairobi.

[43] General Assembly resolution 48/134.

[44] Ordine del giorno 72 b) *Promozione e protezione dei diritti umani: questioni in merito ai diritti umani, inclusi gli approcci alternatIvi per migliorare l'effettivo godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali*.

[45] Al sito web dell'Agenzia.

[46] N. RONZITTI, *Gli strumenti di tutela dei diritti umani: La risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*.

[47] *Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani* (1993.

[48] G. ARDITO, *La competenza para-giudiziaria delle istituzioni nazionali per i diritti umani: modelli e prassi in prospettiva comparata*; L. MANCA, *Sul rapporto tra istituzioni nazionali per la promozione e la tutela dei diritti umani e Comitato delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*; F. NEGOZIO *Il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani nella protezione di rifugiati e richiedenti asilo*; G. G. NUCERA *The Italian Authority for Children and Adolescents: An Assessment after a Decade of Act*Ivities; E. SANTIEMMA *Il ruolo delle istituzioni nazionali indipendenti sui diritti umani nella risposta alla pandemia di Covid-19*, in L. Manca (a cura di) *Le istituzioni nazionali per la promozione e la tutela dei diritti umani* ESI 2021

[49] E. L. CAMILLI, M. CLARICH, *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*.

l'applicazione e per la ricerca e costruzione concettuale delle tutele[50] come la *Commissione Interamericana per i Diritti Umani*, l'*Agenzia europea diritti umani*[51], la *Commissione africana dei diritti umani e dei popoli*[52]. Le istituzioni di area[53], anche se in contesti e con obiettivi immediati diversi, determinati dai contesti regionali e dai rispettivi livelli di tutela della dignità della persona umana, concorrono con gli organi giurisdizionali di area alla costruzione di forme di tutela ulteriori rispetto a quelle formalizzate dal diritto ottocentesco[54].

Ovviamente, si deve rilevare il profondo divario che segna le diverse concezioni dei diritti nelle varie aree geografiche e culturali e, soprattutto, la ricerca di nuovi diritti nelle aree industriali occidentali. Nonostante l'apparente omogeneità delle formule linguistiche utilizzate nelle Carte dei diritti delle varie aree nelle quali sono state emanate, non c'è alcun dubbio sulla diversa consistenza delle aspettative e delle tutele richieste ed esperibili tra aree che hanno sperimentato da secoli gli effetti della cultura della dignità individuale e dell'eguaglianza e aree che, invece, stentano ancora nell'affermazione dei valori della modernità occidentale.

Gli stessi richiami alle diverse antropologie risultano fortemente limitativi (in Africa) o, addirittura, ostativi (come in Asia, dove non è ancora possibile riscontrare alcuna istituzione di tutela internazionalmente riconosciuta) della costruzione di un sistema di diritti (umani e, ancor meno, sociali) riconducibile all'esperienza occidentale-europea. Lo stesso sistema istituzionale americano si deve misurare con le difficoltà derivanti dal diverso rispetto del principio di legalità tra gli Stati Uniti d'America e gli altri Stati americani, nonché dalla diversa concezione dei diritti all'interno degli S. U. (è sufficiente ricordare i diversi atteggiamenti rispetto alla pena di morte).

10. *Diritti sociali costosi e diritti sociali non monetizzabili*

Le considerazioni che precedono ci consentono di affermare che è in corso, a livello globale, una intensa ricerca sulle regole essenziali per garantire la convivenza pacifica e, almeno nei paesi che sperimentano da più tempo l'applicazione del principio di eguaglianza, sui sistemi istituzionali che garantiscono e promuovono l'eguaglianza sostanziale.

Il diverso grado di evoluzione dei sistemi di diritti impone di rilevare le differenze fra tecniche di tutele e corrispondenti istituzioni. In particolare, le 'istituzioni nazionali di promozione e tutela dei diritti umani' si articolano in forme particolarmente differenziate a

---

[50] P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San Josè*, in *Astrid*.

[51] Regolamento (CE) N. 168/2007 del Consiglio del 15 febbraio 2007 *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (Regolamento (UE) 2022/555 del Consiglio del 5 aprile 2022 recante modifica del regolamento (CE) n. 168/2007 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali)*.

[52] G. M. PALMIERI, *La Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e gli altri strumenti regionali di protezione dei diritti dell'uomo: profili comparatistici*, in Rivista di Studi Politici Internazionali, Vol. 57, No. 1 (225) (Gennaio-Marzo 1990), 61-73. G. PASCALE, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli interviene nell'ambito dell'affare libico. Il principio di complementarità per la prima volta applicato nei rapporti fra Corte e Commissione africana*, in *Diritti Comparati* del 30 gennaio 2012.

[53] Per l'Asia, si veda T. GROPPI, *Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in Politica del Diritto, 2006, 2, 187 e ss.

[54] *Globalizzazione e diritti, Il sistema americano di tutela dei diritti umani* (a cura di L. Cassetti); L. CASSETTI, *La "costruzione" dei diritti sociali nell'approccio della Corte interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della "comunicazione" giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 20 giugno 2014; G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*.

seconda delle diverse esigenze e, soprattutto, in relazione allo stato di consolidamento raggiunto dallo Stato di diritto.

In certe aree l'affermazione dei diritti corrisponde al contrasto alle situazioni caratterizzate dalla mancanza delle forme di tutela più elementari della fisicità (come l'*habeas corpus*); in altre si stanno, ancora, affermando le situazioni corrispondenti ai diritti di tradizione codicistica (si pensi solo al progressivo consolidamento del moderno diritto di proprietà); nelle aree di più consolidata cultura occidentale, lo sviluppo dello Stato di diritto, come forma tendenzialmente onnicomprensiva di tutte le regolazioni sociali, spinge alla ricerca di tutele e tecniche di promozione adeguate al carattere non (meramente) patrimoniale delle esigenze.

In particolare, in Europa, nell'America settentrionale e in alcune altre realtà più legate alla cultura occidentale (Australia, Paesi asiatici), il ruolo delle 'istituzioni nazionali di promozione e tutela dei diritti umani' si caratterizza sempre più come tecnica di tutela di esigenze connesse all'evoluzione della vita di relazione e, segnatamente, alle relazioni affettive e di cura.

In questo contesto, è certamente vero che una consistente parte delle esigenze dipendenti dalle nuove caratteristiche della vita di relazione esige l'impiego di risorse patrimonialmente rilevanti e l'intervento di attori pubblici in funzione di redistribuzione della ricchezza, dei costi e dei benefici[55]. È anche vero, tuttavia, che, sempre più spesso, alle esigenze economicamente soddisfacibili si sommano esigenze che possono trovare risposta solo con risorse immateriali difficilmente sostituibili per equivalente monetario[56].

L'effetto più rilevante del processo appena delineato è quello dell'evoluzione delle funzioni di regolazione e mediazione delle esigenze vitali e delle risposte istituzionali necessarie.

È vero che il diritto all'alimentazione, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla casa e così via possono trovare soddisfazione (in larga misura) con prestazioni economicamente rilevanti acquisite-erogate nell'ambito di rapporti di diritto amministrativo. È anche vero che c'era stato un periodo nel quale si era immaginato che il corretto funzionamento del mercato (grazie a qualche 'mano invisibile') potesse soddisfare le stesse esigenze e che, anche di recente, specie negli anni Novanta del secolo scorso, si tornati a pensare la stessa cosa.

La concezione dei diritti sociali come diritti dipendenti da prestazioni materiali erogate in regime di diritto pubblico e di solidarietà fiscale ha certamente ben espresso i processi di affermazione dell'eguaglianza sostanziale sviluppatisi, soprattutto, nel quarantennio successivo alla fine della Seconda Guerra Mondiale e alla formalizzazione costituzionale degli stati sociali di diritto.

Dalla fine del Novecento, tuttavia, (almeno) tre fattori hanno concorso a mettere in discussione la concezione statual-sociale e hanno stimolato la ricerca di soluzioni alternative.

In primo luogo, deve essere segnalata la crisi fiscale degli Stati sociali e i gravi effetti dell'inflazione sulle capacità di prestazioni di origine pubblica. La domanda di assistenza è

---

[55] A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Consulta OnLine*, 2015/II, 538; ID. *Editoriale. Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in *Diritti Regionali*, 23 aprile 2022

[56] Per il complesso problema del risarcimento della sofferenza dipendente da morte: Corte di cassazione, sez. III, sent. n. 26851/2023, Criteri di accertamento e liquidazione del danno nelle ipotesi di perdita della vita e di perdita di chance di sopravvivenza per evento dannoso riconducibile a condotta umana e causa naturale.

cresciuta in misura esponenziale e si è estesa ben oltre le dimensioni prevedibili fino agli anni Sessanta del secolo scorso.

In secondo luogo, si deve segnalare la trasformazione delle relazioni sociali tradizionali (specie delle relazioni familiari), come crisi delle risorse non patrimonialmente misurabili di cura della persona (dall'educazione-istruzione, all'assistenza personale e alla cura). Il superamento del modello familiare tradizionale, in particolare, apre scenari problematici mai sperimentati nel corso della storia. I minorenni (in tutte le diverse situazioni esistenziali nelle quali sia articola la fascia d'età formalizzata dalle norme codicistiche), gli anziani (non definibili formalmente da alcuna norma), le persone fragili (quelle che non riescono più a trovare protezione sociale e ad essere garantite nella loro aspettativa di eguaglianza) si trovano esposte a gravi rischi di emarginazione per la sostanziale scomparsa dell'istituzione sociale sulla quale puntava lo stesso legislatore costituente degli artt. 29-34.

In terzo luogo, in larga misura concorrente e codeterminata rispetto alle due indicazioni precedenti, va segnalata una evoluzione valoriale (formula che utilizziamo senza alcuna pretesa valutativa), come necessità di rimodulazione dei valori di riferimento della persona. La progressiva affermazione di un'antropologia individualistica ha messo in crisi il sistema di reti sociali che era sopravvissuto fino alla metà del Novecento, nonostante la massificazione dei rapporti sociali.

Le relazioni connesse alla vita del minorenne, specie quelle connesse con le sue esigenze affettive, tuttavia, rientrano proprio fra quelle difficilmente monetizzabili ed esigono sempre regimi di protezione informale, permanente ed affettiva. Alla crisi delle reti sociali e dei legami che le reggevano non si poteva rispondere con l'ampliamento delle forme di istituzionalizzazione. Sin dalla legge istitutiva dell'adozione speciale del 1967, poi consolidata con la legge 184 del 1983, il legislatore ha promosso la deistituzionalizzazione e la ricerca di rapporti familiari sostitutivi o integrativi di quelli della famiglia naturale.

Gli stessi percorsi di deistituzionalizzazione, tuttavia, hanno incontrato almeno due ordini di difficoltà: da un lato, la legge muoveva dal presupposto dell'esistenza di un numero di famiglie (tendenzialmente tradizionali) disponibili all'accoglienza del minore che non potesse essere mantenuto, educato e istruito nella propria famiglia naturale; dall'altro, la legge era essenzialmente orientata a favorire l'accoglienza di minori (tendenzialmente) in condizioni di straordinaria difficoltà.

Le trasformazioni sociali successive, tuttavia, hanno definito un diverso e più grave stato di trasformazione generalizzata delle funzioni familiari. Le singole famiglie subiscono da alcuni decenni gli effetti della insufficienza delle reti sociali spontanee. La stessa ipotesi di progressiva delega al sistema scolastico della funzione educativa di spettanza familiare non sembra avere conseguito risultati significativi. Il modello di alleanza famiglia-scuola, sotteso al regime del cd. *patto educativo di corresponsabilità*[57] sembra essere fallito e ridotto a vuoto adempimento burocratico. Di contro, i dati giudiziari sono particolarmente indicativi di una situazione caratterizzata da comportamenti problematici (se non penalmente rilevanti) di minori che pure sono inseriti in contesti familiari 'normali'.

I processi di trasformazione attraversano dunque le concezioni delle forme di tutela del minorenne (o del fanciullo, come recitano i documenti internazionali) basate sulle risorse sociali (sia quelle della famiglia tradizionale, sia quelle della carità istituzionalizzata) o sulle risorse pubbliche (come quelle dell'affidamento ai servi sociali). Dalla difficoltà non è facile uscire senza l'individuazione di un modello di distribuzione delle responsabilità per le nuove

[57] Decreto del Presidente della Repubblica 21 novembre 2007, n. 235

generazioni che sia condiviso e, almeno per una fase di avvio, governato da istituzioni che possano mediare, orientare e, se necessario, sanzionare.

È necessario procedere, seguendo e sviluppando gli orientamenti che vengono dalle Autorità sovranazionali, nella direzione della costruzione di istituzioni di garanzia, indipendenti dalle maggioranze politiche transitorie, dotate di legittimazione sociale e professionale, con poteri di intervento di carattere generale e di intervento in casi specifici.

È, ovviamente, un difficile problema teorico quello che deve essere affrontato ogni volta che si procede a interventi volti a definire un sistema di poteri idoneo a tutelare aspettative in forma 'promozionale' e non meramente 'difensiva'.

La storia recente delle istituzioni di garanzia diverse dal giudice ordinario, tuttavia, offre esempi significativi in diversi campi, anche se manca una ricostruzione capace di riunire le diverse esperienze secondo una visione organica e coerente.

La storia delle riforme istituzionali che hanno segnato l'avvento dello Stato sociale e i tentativi di intervento nel governo delle relazioni sociali come nel governo dell'economia consente di cogliere gli elementi essenziali per la possibile costruzione di un sistema di istituzioni di mediazione. Si deve rilevare, purtroppo, che la cultura giuridica dell'età repubblicana ha troppo spesso isolato, come segmenti 'sezionali', regimi di rapporti, modelli istituzionali, tecniche di prevenzione e risoluzione dei conflitti, strumenti di 'promozione' esistenti, riconducendoli ad una forzosa unità di sistema, semplificatoria, tendenzialmente liberale.

Se si guarda, invece, alla nascita e all'evoluzione dei modelli istituzionali nati tra gli anni Venti e Trenta del Novecento, con la consapevolezza che erano il frutto di una cultura sensibile alle trasformazioni sociali ed economiche, al di là della strumentale collocazione di regime, si possono trarre utili considerazioni.

Il processo istitutivo del sistema della giustizia minorile, con ogni probabilità, non è casualmente contemporaneo al processo istitutivo del sistema di governo dell'economia e, in particolare, del processo di governo del credito e della moneta.

In ambedue gli ambiti, il legislatore degli anni della grande crisi dimostrò di comprendere l'insufficienza del modello giuridico ottocentesco e avvertì la necessità di costituire istituzioni di garanzia delle nuove situazioni che richiedevano tutela. Agì promuovendo modelli di regolazione e decisione significativamente fondati su culture e competenze extragiuridiche (economiche in un caso, basate sulle scienze umane nell'altro), tentando comunque di garantire imparzialità ed autorevolezza di giudizio.

11. *Il sistema istituzionale di garanzia e la promozione di approcci integrali ai processi di formazione della personalità dei minorenni*

L'elaborazione istituzionale, dagli anni Novanta in poi, ha registrato molteplici tentativi di sviluppo di modelli di regolazione e risoluzione dei conflitti negli ambiti per i quali si è progressivamente evidenziata l'insufficienza dello schema del diritto tradizionale e le difficoltà operative di un sistema giudiziario alimentato dalla cultura (sempre più spesso autoreferenziale) dei giuristi.

Non è neppure il caso di enumerare le Autorità che vengono istituite per effetto dell'emersione di esigenze non risolubili dalla giustizia ordinaria. È necessario, invece, riflettere sulla difficoltà di inquadramento delle stesse nel sistema concettuale tradizionale. Per rendersi conto dei limiti concettuali che si impongono è sufficiente ricordare che la

maggior parte delle Autorità emanano provvedimenti che sono suscettibili di ricorso al giudice amministrativo pur avendo consistenza e forza di decisioni giustiziali o, addirittura, di fonte sostanziale di diritto.

Nel caso specifico del sistema di garanzia dell'infanzia e dell'adolescenza, poi, si è in presenza di un'Autorità centrale e di una rete di Garanti regionali dotati di poteri molto limitati, che possono essere considerati poteri di 'moral suasion' solo con un enorme sforzo di buona volontà.

Al confronto con i poteri di 'moral suasion' della Banca d'Italia o dell'ANAC, si coglie subito la differenza. La capacità di persuasione morale delle due istituzioni appena citate (e di molte altre al pari di esse, come l'Autorità per la tutela dei dati personali, l'Autorità per la Concorrenza, ecc.) è fondata sulla detenzione di poteri di regolazione e sanzione di immediata esperibilità, oltre che particolarmente incisivi. Diversamente, i poteri di 'moral suasion' del sistema di garanzia dell'infanzia e dell'adolescenza sono fondati su poteri di accesso ad atti, di denuncia ad autorità con poteri decisionali, di rapporto alle autorità politiche.

La complessità delle problematiche minorili non più essere lasciata alle competenze segmentarie di una pluralità di istituzioni. I problemi spaziano dalla stessa individuazione delle situazioni che richiedono protezione in base alla maturità relazionale dei singoli (sempre più difficilmente riconducibile a presunzioni formali di 'maggiore età' e forse neppure di fasce d'età), all'articolazione dei poteri di intervento fra magistratura minorile (o più esattamente 'della famiglia, dei minorenni e delle persone'), servizi sociali, sistema scolastico e (per diversi aspetti) sistema sanitario.

È necessario un coordinamento nazionale dei sistemi di tutela che sia in grado di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" e, in particolare, lo sviluppo delle persone minori d'età (infanzia e adolescenza). Le caratteristiche nuove della vita di relazione nelle varie fasce d'età inferiori ai diciotto anni impongono che le varie istituzioni di tutela delle aspettative (Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza, Rete dei Garanti regionali e possibili ulteriori articolazioni locali) cooperino nell'esercizio di forme di 'responsabilità sociale generazionale'.

In assenza di un efficace intervento legislativo di riforma e di riconoscimento della necessità di attribuire al sistema di garanzia dell'infanzia e dell'adolescenza poteri adeguati per lo svolgimento di funzioni di tutela effettiva, è opportuno promuovere l'utilizzazione e la valorizzazione di tutte le competenze già disponibili.

Il metodo che si può seguire è quello di valorizzare l'autonomia delle istituzioni di garanzia dell'infanzia e dell'adolescenza insieme all'autonomia delle istituzioni giudiziarie minorili e degli enti titolari (ai vari livelli) dei servizi sociali per promuovere la stipula di accordi convenzionali che impegnino ciascuna delle parti a coordinare l'esercizio delle proprie competenze sulla base di linee guida e di interpretazioni condivise.

Esistono già esperienze significative di rapporti convenzionali fra istituzioni di garanzia per l'infanzia e l'adolescenza, anche ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 11 della legge 7 aprile 2017, n. 47 per la formazione degli aspiranti tutori per minori stranieri non accompagnati, e, in particolare, protocolli per la diffusione della cultura della legalità, protocolli per il contrasto al bullismo, protocolli per il coordinamento degli interventi dei servizi sociali, scolastici, sanitari.

La maggior parte dei protocolli e degli accordi stipulati dalle istituzioni di garanzia dei minori, tuttavia, hanno ancora un carattere di promozione culturale che ne determina la

debolezza. È necessario, invece, che le istituzioni di garanzia si facciano promotrici di dichiarazioni di principi in ordine alla tutela delle aspettative; alle modalità di approccio delle varie istituzioni giudiziarie, di servizio sociale, scolastiche, sanitarie; alle tecniche professionali e alle possibili interpretazioni delle normative vigenti. Con una assunzione di responsabilità per la proposizione di linee guida, le istituzioni di garanzia, nell'ambito del coordinamento tra Autorità nazionale e Garanti regionali, possono essere protagoniste dell'elaborazione di una soft law che consenta di esprimere valutazioni motivate sui comportamenti delle singole istituzioni e, soprattutto, sulla capacità di sistema di porre al centro delle specifiche attività la persona del minorenne nella sua integralità e complessità.

Parte III
Le esperienze degli altri: nuovi problemi, nuovi diritti e nuove tecniche di tutela negli ordinamenti costituzionali europei

Emmanuel Cartier
A French Constitutional Perspective

Ulrike Haider Quercia
Il sistema austriaco di tutela dei diritti: tra storica frammentazione e costituzionalizzazione del diritto europeo

Renato Ibrido
Nuovi diritti e strumenti partecipativi: osservazioni minime

EMMANUEL CARTIER[*]

A French constitutional perspective[**]

SOMMARIO: 1. The introduction of the « QPC » as a new mechanism for protecting constitutional fundamental rights and freedoms in the French judicial architecture. – 1.1. The inadequacy of ordinary judicial mechanisms. - 1.2. The salutary introduction of an *ex post* review of the constitutionality of laws in 2010. – 2. The reinforcement of the reference standards of fundamental rights and freedoms in the field of environmental law by case law. – 2.1. The recent decisive opening up of constitutional litigation to effective environmental law. – 2.2. An efficient judicial dialogue between the Constitutional Council and the Council of State. – 3. The proactive role of civil society players via the third-party intervention procedure before the Constitutional Council

ABSTRACT: ***The French system for protecting fundamental rights relies not only on the courts, but also on other major institutions such as the Human Rights Defender. As for the courts, their role has constantly been strengthened in a context that was traditionally not conducive to them, due to the initial desire (dating back to the French Revolution, and even to the Ancien Régime itself) of the political authorities to confine them to a mechanical role. This strengthening of the role of the courts in the protection of fundamental rights has been supported by effective judicial procedures, which have been taken up in particular by certain civil actors who are perfectly equipped legally and motivated by a desire to see the rule of law triumph. These actors are certain non-governmental bodies (legal entities under private law) that represent collective interests and are able to mobilise the rights and freedoms associated with these interests. These actors, whose activities extend beyond the trial stage (they also intervene before the trial against the public authorities and on the ground, for the benefit of certain vulnerable individuals), have been able to mobilise the law and its instruments to respond to the most important challenges facing our democratic societies: terrorism, health and migration crises, the climate emergency and artificial intelligence. Their actions, backed up by those of judges (mainly administrative and constitutional), have created new institutional and legal balances marked by their originality.***

1. *The introduction of the « QPC » as a new mechanism for protecting constitutional fundamental rights and freedoms in the French judicial architecture*

The public authorities and, in particular, the legislator and the Administration, as the main makers of law, are also the main debtors of the rights and freedoms of those to whom the rules are binding, a fortiori in a democratic system. While the judge is often seen as the body that makes it possible to guarantee this legal and democratic requirement, other non-judicial actors play a significant role that is of less interest to the jurist because of the romano-european tradition of reducing the law and its observance to an essencialist analysis of case law (Jurisprudence), a vision that is paradoxically quite different from that held by the Anglo-Saxon world, which has never made it a « totem » while giving it an essential place without

[*] Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Lille.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

essentializing it, according both to its strong connexion with facts (the « case ») and to the deep individualisation of the judges, especially in the field of judicial review. Indeed, the protection of fundamental rights and freedoms is not just a matter for the courts. Other actors, more discreet and sometimes more effective for the holders of these rights, have a major role to play outside the sphere of the trial which, apart from the legal anomaly it reveals in respect for the rule of law by the public authorities, has a high cost to the litigant, not only financially but also in terms of time wich plays agains efficiency of judicial action. Moreover, the justice system is also not very accessible to most of the people and, moreover to vulnerable groups like disabled people, foreigners or the elderly, and sometimes women or children. According to that, the ombudsman model has spread widely across continental Europe like in France, Spain, Italy, United Kingdom, Romania, Poland, Tchek Republic, Netherlands, Estonia, and, Scandinavian countries and at the European level, following a 1991 Spanish proposal[1], and should be appreciated for its true value. For example, during the health crisis, the French « Human Rights Ombudsman » (called « Défenseur des Droits »), created by the 2008 constitutional amendment, completed by a 2011 organic/institutional Law, played a significant role with regard to vulnerable populations in retirement homes, jails and administrative detention centres, all of which were deeply impacted by administrative negligence or inadequate preventive measures that made their situation worse. The same applies to the poorest populations. Between 2019 and 2020, the Défenseur des Droits and its 570 regional delegates which offices are spred in 990 places were the subject of 96,894 complaints and 69,705 appeals, representing a 10% increase in the number of requests made to the institution. In 2021, it received almost 115,000 complaints, an increase of 18.6% compared with 2020. Between 2021 and 2022, they received 125.456 requests for assistance or advice, which was an increase of 8.72%[2]. In addition to the solutions provided to these individual requests, the french Defender of Rights has also ensured that the legislative and regulatory measures taken to fight the pandemic over these two years do not excessively infringe people's rights and freedoms and guarantee equal treatment, so that in all circumstances, respect for freedoms, whatever their legal basis (the constitution, international law or European law) remains the rule and restrictions the exception[3]. These figures testify the essential daily and concrete role of that institution as a real social watchman for the infridgmentss of rights and freedoms. Nevertheless, we will focus our presentation on the protection of constitutional rights and freedoms in the judicial sphere by highlighting three aspects that may be considered to have reinforced that protection in France during the recent period.

The first concerns the introduction in 2010 of an *ex post* constitutionality review mechanism (the priority question on constitutional issue) for the benefit of the Constitutional Council, whose composition and nature of reviewing have not, however, been changed. This mechanism complements not only the mechanism for *ex ante* constitutional review of laws which, contrary to all expectations, has developed in proportion to that of *ex post* review, but also the mechanism of « référé liberté » introduced in 2000 before the administrative court in the administrative field. It was deeply used during the crisis as during normal times (1).

[1] V. Le Médiateur européen et les Ombudsmän de la Communauté Européenne.
[2] See Annual reports
[3] See Opinion 20-03 & Opinion 20-10).

The second aspect is about the recent reinforcement by the courts, and especialy the Conseil constitutionnel, of the constitutional reference standards of fundamental rights and freedoms in the field of environmental law (2).

The third concerns the proactive role of civil society actors (NGO) via the third-party intervention procedure introduced before the Constitutional Council (3).

1.1. *The inadequacy of ordinary judicial mechanisms*

For a long time, France lagged behind/late in/to the constitutional protection of fundamental rights and freedoms, which mainly took the form of administrative litigation and stopped at the threshold of the law. The administrative court, like its judicial counterpart (even though the 1958 Constitution describes the judiciary authority as the "*guardian of individual freedom*"[4]), considered itself incompetent to review the constitutionality of laws, even from a pure formal point of view. The administrative courts are therefore content to ensure the constitutional protection of fundamental rights and freedoms solely in the context of litigation concerning administrative acts, provided that a law does not act as a "screen" between the Constitution and the administrative act. This appeared as a paradox because they were competent to mobilise the same rights and freedom against legislative provisions on the basis of european or international law.

In 2000, as part of its review of administrative acts, the administrative courts were given a new, dedicated procedural instrument to protect fundamental rights and freedoms, regardless of their normative basis (constitutional, legal or conventional): the « référé liberté », inspired from the amparo procedure but limited to administrative acts and directly ruled on by the administrative courts before wich it is used[5]. Under this emergency procedure before a single-judge panel, any person subject to the jurisdiction of the courts may appeal the administrative judge concerning a situation in which « *a serious and manifestly unlawful infringement of a fundamental right or freedom by the administration* » can be established in « a context of emergency »[6]. The judge then has 48 hours to rule on the conditions for admissibility of the appeal and, if necessary, to take any measures intended to put an end to the infringements found.

This procedure was the main means of legal action during the health crisis, with measures restricting freedom mainly taking the form of decrees issued by the Prime Minister and orders issued by the Minister of Health, prefects at departmental level or mayors at municipal level. During the first year of the health crisis, the Conseil d'État ruled on 647 appeals (more than 1000 during the two years of health crisis) challenging the government's management of the pandemic. It was called upon to verify whether the restrictions on freedoms imposed because of the health risk were justified. In 51 cases, it suspended measures taken by the Government or local authorities and/or ordered them to change their practices. In more than 200 cases, the State was reminded of its duties or the disputed measures were modified by the administration before the judge's decision[7], which testifies

[4] Article 66 C. 58.

[5] Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF*, 1er juillet 2000.

[6] Article L. 521-2 of the Code of Administrative Justice.

[7] V. *Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés*.

to the authority well understood by the administration of the Conseil d'Etat's decisions[8]. Of course, the ordinary courts (administrative as well as judicial) remain competent to set aside a statutory provision that infringes a right or freedom guaranteed by international or European law, in the name of the constitutional principle of the primacy of this right over the law[9]. Since its famous 1975 abortion sentence[10], the Constitutional Council has refused to include international and European standards in its review. It confines itself solely to reviewing the constitutionality of laws. This occasionally leads to contradictions between the case law of the Constitutional Council and that of the ordinary courts as regards the degree of protection afforded to a given right or freedom depending on whether it is subject to constitutional protection or protection under international or European law. The nature of the review (conventional and constitutional) in these two areas is also different, since constitutional review (both *ex post* and *ex ante*) is an objective and abstract review, whereas conventional review is concrete. This varies the degree of protection of rights and freedoms, since the intensity of the review is different in each case.

1.2 *The salutary introduction of an ex post review of the constitutionality of laws in 2010*

In 2010 (due to a 2008 constitutional amendement), the introduction of the Priority Question on Constitutional Issue (« QPC » in french) into the French judicial framework considerably reinforced the guarantee of rights and freedoms that can be derived from the constitution (and the bloc de constitutionnalité: the 1958 constitution and its 89 articles, as well as the three bodies of constitutional law referred to in its preamble: the Declaration of Human Rights of 1789, the Preamble of the Constitution of 1946 and the Charter for the Environment (since a 2005 constitutional amendement). This incidental procedure was designed to enable any litigant, in the course of legal proceedings pending before any court, to raise (exclusively, as the court itself is prohibited from raising a question) a question relating to the infridgment of "*a right or freedom guaranteed by the Constitution*" by a statutory provision applicable to the main litigation.

The question, which then has procedural priority over other means (in particular means based on the infridgement of international or European law), is filtered by the *ad quo* court who must decide, if the question meets the conditions required by an organic law, to transmit the question to the supreme court of the jurisdiction concerned (the Conseil d'Etat or the Cour de cassation), which alone is empowered to refer the QPC to the Conseil constitutionnel : a two filters system. If the Conseil constitutionnel confirms that a right or freedom guaranteed by the Constitution has been infridged, he may repeal the legislative provision and allow the applicant to benefit from its invalidation, as well as all litigants involved in ongoing legal proceedings linked with that provision. This is what the Conseil constitutionnel calls the "useful effect of the QPC", which in principle must benefit *at least* the author of the QPC (the applicant before the Conseil constitutionnel). This does not prevent the Constitutional Council from refusing this useful effect from time to time on the grounds that the consequences of immediate invalidation of the legislative provision would be « manifestly excessive », in view of the legislator's pursuit of objectives of constitutional value, such as safeguarding public order, prosecuting offenders or combating tax fraud (recognised as such by the Conseil constitutionnel itself). The Council maytherefore,

[8] P. CAILLE, *Ce que la crise sanitaire nous (re)dit du référé-liberté*, *CIvitas Europa*, 2020/2 (N° 45), 149-164.

[9] In accordance with article 55 of the Constitution.

[10] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

according to article 62 C., defer the date of repeal of the legislative provision that is the subject of its declaration of unconstitutionality for more than a year. This occures quite often in the field of Criminal procedure like Custody, and Tax Laws, Financial Laws, former Laws yet not in force but applicable to former situations with present consequences, like in the field of nationality, legacy or contract law. However, in that hypothesis, the litigant may hope that the judge *ad quo*, at a second stage, when the main proceedings are resumed (after the QPC procedure ends, before or after the step before the Conseil constitutionnel), will decide to set aside that legislative provision for the case in question on the grounds that it violates international or European law. However, the effect will not be as far-reaching as before the Constitutional Council, since the judge will simply be able to set aside the law in question for the case in question.

Statistics : (*)

An efficiency due to the quickness of the procedure (less than 8 months to get a sentence from the Council) and the erga omnes effects.

2. The *reinforcement of the reference standards of fundamental rights and freedoms in the field of environmental law by case law*

Since 2020, environmental issues have provided an opportunity to strengthen the effectiveness of the rights and freedoms included in the Charter of the Environment. This very important constitutional text was introduced into the french Constitution in 2005 and is composed with a long preamble [8 paragraphs] followed by 10 articles focucing on rights, duties, objectives and obligations, refering to the law to implement many of the rules or the principles declared. For a long time that part of the « bloc of constitutionality » had been confined to a virtual scope or limited to certain of its articles[11].

2.1 *The recent decisive opening up of constitutional litigation to effective environmental law*

Both the Constitutional Council and the Council of State seem to have recently discovered the wealth of normative content of this text, thanks to legal actions brought by certain proactive civilian actors, mainly NGOs and very well skilled lawyers acting in a *pro bono capacity* in the field of environement. This is the case for the NGO France Nature environnement and its different local branches, one of the leader in that field[12]. Some other civilan actors, comming from the other side of the environment field (lobbies of pesticid productors, led by economical interest) ve paradoxally contribute by their judicial action, to the affirmation of a stronger constitutional environmental law, Thus, in his decision 823 QPC of 31 January 2020, relating to the ban on the production, storage and circulation of certain phytosanitary products including out of the european market, the Council recognised, on the basis of paragraphs 4, 5, 8 and 8 of the Preamble of the Charter, that « *the protection of the environment* », as the « *common heritage of human beings* », was an « objective of constitutional value » and no longer a mere objective of general interest. Such an objective

[11] Especially article 7 on the right of participation, soon implemented both by the Council of State (at the administrative level) and by the Conseil constitutionnel (at the legislative level).

[12] Al sito web di *France Nature Environnement*.

of constitutional value does enable the legislative power to limit the exercise of other constitutionally guaranteed rights and freedoms and, in particular, entrepreneurial freedom, even with an unprecedented extraterritorial and extra-European scope. A few months ago, due to the impact of health crisis on french agriculture economy, the Conseil constitutionnel, in a decision 809 DC of 10 December 2020, while refusing to recognise a constitutional principle of non-regression in environmental matters (in this case, baning phytosanitary products which was provisionally suspended by the legislator), considered, on the basis of Article 1 of the Charter, that the rights and duties mentioned therein are binding on the legislature, declaring that it « may not deprive the right to live in a balanced environment that respects health of legal guarantees ». According to the Council, this right can only be limited in a way that is « proportionate to the objective pursued » and only by « other constitutional requirements or by a reason in the public interest ». It must also take into account « the duty to take part in preserving and improving the environment ». At the end of 2022, with regard to the construction of a new floating liquefied natural gas tanker port in Le Havre, in the framework of an ex ante constitutional review on a law reinforcing the power of purchase, the Council formulated a reservation of interpretation in unprecedented and promising terms, declaring that : « it results (...) from the preamble to the Charter of the Environment that the preservation of the environment must be sought in the same way as the other fundamental interests of the Nation and that choices intended to meet the needs of the present must not compromise the ability of future generations to meet their own needs ». This reservation makes it possible to limit, in the name of Article 1 of the Charter, the application of the provisions in question to the sole « case of a serious threat to the security of gas supply ». The constitutional court's assessment of the damage caused to the environment is thus no longer limited to the time of its referral, but looks to the future, to the damage caused by present-day decisions to individuals who are not yet born: the « future generations ». This approach to liability and related damage is therefore both transgenerational and *ex ante*. The connection with the judgement made one year ago by the German Federal Constitutional Court in its review of the October 2019 Climate Change Act is clear. On the basis of Article 20a of the German Constitution, the Court invalidated some of the provisions of this law insofar as it did not sufficiently reduce CO2 emissions after 2030 and therefore « compromised the freedom of future generations as guaranteed by fundamental rights ».

2.2. *An efficient judicial dialogue between the Constitutional Council and the Council of State*

After issuing a landmark ruling censuring the Government for failing to adopt sufficient measures to comply with the objectives it had set itself under the Paris Agreements, the Conseil d'État recognised, shortly after the Constitutional Council's Decision 843 DC, that « the right of everyone to live in a balanced environment that respects their health » was a « fundamental freedom » within the meaning of Article L. 521-2 of the Code of Administrative Justice relating to the « référé liberté »[13] which still be one of the most efficient judicial instrument against administration action or inaction in the field of rights and freedoms. While the instruments of environmental administrative litigation seem to be fully sharpened with this ruling, the Constitutional Council itself took another step forward in a recent QPC

[13] *Infra*.

decision (*1066 QPC of 26 October 2023* [*concerning deep geological disposal of radioactive waste]*). The Constitutional Council reaffirmed the necessity not *to* « compromise the ability of future generations and other peoples to meet their own needs », adding the sentence, beyon the Charter's letter, « while preserving their freedom of choice in this respect ». During this constitutional review, the French Constitutional Council nevertheless validated the legislative provisions in question on the basis that the legislator had provided sufficient guarantees and that the choice of deep geological disposal of radioactive waste was reversible (even for more than 100 years). Nevertheless, the rules are set and can be used at least as a dissuasive instrument before the legislator and the Government. Their implementation by the Conseil constitutionnel is nevertheless limited by the nature of the french ex post constitutional review - objective and abstract – and no doubt by his prudence due mainly to his political component which makes that hybrid institution a hybrid body between the schmittian and the kesenian conception of the guardian of the Constitution.

3. *The proactive role of civil society players via the third-party intervention procedure before the Constitutional Council*

The third-party intervention procedure (not to confund with amicus curiae) is one of the major innovations in constitutional litigation. Borrowed from the practice of « external interventions », which were accepted but belatedly formalised by the Constitutional Council in the context of the *ex ante* constitutional review, third-party interventions were accepted in a more official and, above all, transparent manner by the Constitutional Council in the context of the QPC. Above all, the Conseil opened up its court to these third parties who were allowed to intervene in support of or against a QPC brought by the parties to the constitutional proceedings. This wide opening is made possible by the sole requirement of a « special interest » (included in the internal ruling of the CC since 2011 after a praetorian recognition). The flexible interpretation of that condition by the CC is facilitated by the objective and abstract nature of the review carried out by the Constitutional Council (unlike the other European constitutional courts, particularly in Italy and Germany).

These third parties actions, promoted by the CC, has inforced the argumentative force of the authors of the QPC. These third-party interveners indeed are mainly made by pro-active french NGO (« associations ») perfectly trained in the defence of fundamental rights and freedoms, whose action is supported by highly competent and renowned lawyers using the *pro bono* route. The Council's great openness to third-party interventions also illustrates its desire to use this channel to obtain information that will enrich the case, in line with the *amicus curiae* approach, since the procedure is held within very short deadlines (3 months) that do not allow the Council to mobilise in-depth expertise on the case, particularly with regard to the appreciation to the impact of the legislative provisions in question on constitutional rights and freedoms or to the effects of immediately invalidation of the legislative provision in the event of a proven violation of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. Given the importance and reputation of certain associations, when they do not act directly as plaintiffs (they do it very often too), their third-party interventions give a QPC particular weight, visibility and force and constitute genuine support for the litigant author of the QPC.

While these advances in case law, combined with the introduction of the QPC (completing with the efficiency of the « référé liberté » before the administrative courts) are certain and

relatively convergent on both sides of the « Palais royal » (the building where the Conseil d'Etat and the Conseil constitutionnel sit), these advances are nonetheless fragile by nature. To date, they are the result of advances in case law fuelled by the activism of a section of civil society. They are therefore not the result of a law engraved at the highest level of the hierarchy of norms, but of the interpretation of texts that are sometimes drafted in vague or merely programmatic terms. In a peaceful democracy, real progress in the area of rights and freedoms must unquestionably result from the law and the Constitution, at the risk of being conditioned by the more or less progressive profile of judges, as shown by recent developments in the case law of the American Supreme Court or certain supreme or constitutional courts in Europe[14]. As well as fundamentalising environmental law, the constitutional corpus needs not only to secure these advances by making them more tangible and effective, but to reinforce them by making some of these principles less relatives and limited in their range by the judge interpretation. Once again, the judge is just one of the actor of the law making process, beside the legisative and executive powers, and probably not the most efficient when it comes to the practical, day-to-day issues facing fundamental rights and freedoms. We undoubtedly need to think about other complementary institutions and proceedings capable of meeting the challenges facing our ageing democratic societies (IA, terrorism, climate change, cybercriminality and all the charllenges linked to the numeric), which are becoming less and less closed off. Indeed, on one hand, if essentialising Justice in the judicial field does not appear to fit with the challenges that are facing our society (due to its ideological dimension and to its ignorance of efficiency in a modern democratic society characterized by its complexity), on the other hand, that essentialisation of Justice as a common value shared and respected by all public institutions seems to be more relevant, according both to the former challenges and to maintain the very existence of Society without wich there is no Law, according to the famous ancient latin addage « Ubi Societas, Ibi Jus ». In the french constitutional perpective, according to article 16 of the Declaration of Human Rights, « society » is the pre-condition (sine qua none) of the very definition of a Constitution, before the separation of powers and the guaranty of rights.

[14] Poland and Hungary, to name but the most emblematic of this regressive shift. V. J. VÖHLER, *Les 'affaires polonaises' et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'État de droit*, in *Europe des Droits & Libertés*, mars 2022/1, no. 5, 190-204.

ULRIKE HAIDER-QUERCIA*

Il sistema austriaco di tutela dei diritti: tra storica frammentazione e costituzionalizzazione del diritto europeo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'originale concezione kelseniana dei diritti e la sua disomogenea evoluzione nel contesto europeo. – 3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo come modernizzazione della disciplina dei diritti per la democratizzazione dell'ordinamento nel secondo dopoguerra. – 4. Il ruolo della Corte costituzionale per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. – 5. Evoluzioni recenti: l'avvio della costituzionalizzazione della Carta dei diritti dell'Unione europea in via giurisprudenziale. – 6. Conclusioni: triangolazione della disciplina dei diritti e il numero crescente di interpreti.

ABSTRACT: ***The Austrian system of protection of fundamental rights is more integrated into the European system than many other legal orders. This stems from the traditional structure of the Austrian constitution of 1920, which does not have its own catalogue of fundamental rights. In the course of ever closer European integration, a system of protection has therefore developed that is based on a complex triangulation between constitutional law, European Union law and the European Convention on Human Rights. This had increased not only the quantity of rights but also the number of subjects competent for their protection. This tends to lead to asymmetries of information, overlaps and competition between courts in rights jurisprudences, whose future developments are still uncertain.***

1. *Introduzione*

Il sistema austriaco di tutela dei diritti presenta alcune specificità derivanti dalla forma strutturale estremamente frammentata[1] che caratterizza la Costituzione sin dalla sua entrata in vigore nel 1920. In effetti, il testo centrale della Costituzione non contiene – a parte l'art. 7 che sancisce il principio di eguaglianza e l'art. 83 che garantisce il diritto al giudice naturale – un esaustivo catalogo dei diritti, per cui rinvia per la sua disciplina ad altre fonti anche esterne all'ordinamento[2]. Ciò ha comportato che la disciplina dei diritti risulta oggi definita da fonti di epoche e derivazioni diverse che si articola in una particolare combinazione tra diritto costituzionale, diritto convenzionale europeo e diritto dell'Unione europea[3].

Questa triangolazione della tutela dei diritti, per quanto caratterizza oggi la tutela dei diritti in generale[4], risulta particolarmente accentuata nell'ordinamento austriaco, il quale ha

* Professore Associato di Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] G. MORBIDELLI, *Costituzioni e costituzionalismo*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA e M. VOLPI, Diritto pubblico comparato, 2016, 170.

[2] Art. 147 Cost.

[3] G. DE VERGOTTINI, *Die historische Zersplitterung des Grundrechtskatalogs*, in M. Matzka, P. Hilpold e W. Hämmerle (a cura di), 100 Jahre Verfassung. 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), Wien, 2020, 229 ss.

[4] Per la tendenza osservabile in generale delle Costituzioni contemporanee di rinviare all'ordine internazionale e sovranazionale per la definizone e l'integrazione della disciplina dei diritti vedi per tutti F. VECCHIO, *Diritti e libertà fondamentali*, in T. Frosini (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, 232.

incorporato i diritti previsti dalle fonti sovranazionali (in particolare la Convenzione europea dei diritti) con rango di diritto costituzionale.

Se con ciò sono state colmate nel secondo dopoguerra le lacune dell'originale disciplina dei diritti della Costituzione del 1920, emerge oggi il problema di chi debba essere, sul piano giudiziario, il soggetto competente per l'interpretazione definitiva del contenuto dei diritti tutelati.

L'estrema stratificazione, criticata da decenni dalla dottrina, ha comportato tuttavia anche una apertura della disciplina dei diritti, che oggi riesce senza grandi ostacoli a coniugare i valori e le concezioni europee dei diritti con la tradizione formalistica e razionalizzata della Costituzione "a-valoriale" di Kelsen del 1920.

2. *L'originale concezione kelseniana dei diritti e la sua disomogenea evoluzione nel contesto europeo*

Nel 1920, quando fu approvata la Legge costituzionale federale (*Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG*), il riconoscimento dei diritti, e specialmente dei diritti sociali, in numerose Costituzioni dell'epoca fu una delle novità che caratterizzano quel periodo storico[5]. Per evidenziare questa conquista del costituzionalismo, solitamente si ricorda l'esempio della prima compiuta catalogizzazione dei diritti introdotta dalla Costituzione di Weimar (che entrò in vigore un anno prima della Legge costituzionale federale austriaca) in cui il regime dei diritti viene aggiornato alle esigenze dello stato sociale[6].

Diversa è stata la scelta costituzionale austriaca del 1920, che – sotto l'influenza delle teorie normativistiche kelseniane che non lasciano spazio per ideazioni naturalistiche dei diritti[7] - è una Costituzione sobria senza preambolo e catalogo di diritti. Qui si può osservare una forte razionalizzazione della forma di governo parlamentare con precise regole e procedure per i processi decisionali e il funzionamento delle istituzioni. Il titolo che non è stato integrato nel testo finale della Costituzione, a causa delle divergenti opinioni espresse dai costituenti sulla concezione dei diritti economici, sociali e culturali (il nocciolo del disaccordo tra i partiti politici riguardavano la concezione della proprietà e dei rapporti tra Stato e chiesa e la questione se prevedere diritti sociali[8]), è quello relativo al catalogo dei diritti fondamentali[9].

Si era invece concordato di mantenere in vigore il catalogo dei diritti generali dei cittadini sanciti dalla risalente Legge fondamentale dello Stato n. 142 del 1867 (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder*) che viene recepito dall'art. 149, § 1, del *B-VG* come legge costituzionale dell'ordinamento repubblicano e che - pur risalendo al periodo pre-costituzionale - a tutt'oggi costituisce una delle fonti più significative dei diritti in Austria.

Il *B-VG,* inoltre, ha recepito dal diritto internazionale gli artt. 62-69 del Trattato di Stato di Saint Germain, che hanno avuto un significato in particolare per la tutela delle minoranze

[5] G. DE VERGOTTINI, *Diritto pubblico comparato*, Padova, 2019, 327 ss.

[6] F. VECCHIO, *Diritti e libertà fondamentali*, cit., 226.

[7] C. M. PISKA, *Hans Kelsen – Leben, Werk und Aspekte seiner Rolle als Wegbereiter eines umfassenden verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, in R. Machacek, W.P. Pahr e G. Stadler (a cura di), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund und Menschenrechte in Österreich, Kehl e Strasburg, 1997, 964 ss.

[8] M. STELZER, *The Constitution of Austria. A contextual Analysis*, Oxford, 2011, 210.

[9] W. BERKA, *Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*, Wien, 1999, 34 s.

nazionali[10]. In questa occasione, si è verificata per la prima volta la trasformazione di una norma internazionale in diritto costituzionale[11].

Dopo il 1945, nella ricostruzione della sovranità internazionale dell'Austria in seguito alla sconfitta nella Seconda guerra mondiale, non è stato possibile revisionare la Legge dello Stato del 1867 che continua ad essere, pertanto, a tutt'oggi una delle centrali fonti della disciplina dei diritti in Austria.

Mancando una unica e omogenea fonte, l'attuale situazione di frammentazione dei diritti è stata descritta dalla dottrina come "conglomerato" di diritti[12] le cui enunciazioni si trovano sparse e senza uniforme organizzazione all'interno di fonti di epoche ed ordinamenti diversi e che in parte, per quanto riguarda il contenuto, si trovano in una posizione di sovrapposizione.

È per questa ragione che la revisione e una aggiornata e unitaria codificazione del catalogo dei diritti e libertà fondamentali costituisce uno degli aspetti più richiamati dalla dottrina per la riforma della Costituzione austriaca[13], necessità che aveva dato vita, negli anni '60, '70 e '80 ad una serie di commissioni per la revisione dei diritti fondamentali[14].

Le proposte evidenziate dalle commissioni di riforma hanno portato, tuttavia, solamente a riforme minori, tra le quali risulta particolarmente significativa la revisione del diritto alla libertà personale con una apposita legge costituzionale risalente al 1988[15].

La questione ha costituito infine la parte centrale della Convenzione di riforma della Costituzione nel 2003[16] che proponeva un titolo nuovo per la Costituzione comprendendo anche i diritti sociali[17].

Nel corso del tempo sono state adottate numerose leggi costituzionali, una ventina di leggi che integrano il catalogo dei diritti risalente al periodo pre-costituzionale[18]. Così, ad

---

[10] W. BERKA, *Die Grundrechte*,cit., 35.

[11] La possibilità di riconoscere rango di diritto costituzionale a norme di diritto internazionale è stata esplicitamente esclusa con la riforma della Costituzione del 2008. W. BERKA, VERFASSUNGSECHT, Wien, 2016, 86.

[12] La definizione fu creata da Robert Walter.

[13] G. DE VERGOTTINI, *Die historische Zersplitterung des Grundrechtskatalogs*, cit., 230.

[14] P. PERNTHALER, *Die Grundrechtsreform in Österreich*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 1, 1969, 31 ss.

[15] L'internazionalizzazione della protezione dei diritti umani nel secondo dopo guerra ha comportato ulteriori integrazioni del catalogo dei diritti dell'Austria, tra cui ad esempio la formalizzazione con rango costituzionale della tutela delle minoranze con gli artt. 7 e 8 del Trattato di Stato di Vienna del 1955.

[16] Le questioni sulle quali si continuano a manifestare le maggiori distanze tra i partiti politici nella concezione dei diritti, sono stati, anche in sede della Convenzione della Costituzione, i diritti sociali. Cfr. W. BERKA, *Die Grundrechte*, cit., 37.

[17] M. STELZER, cit., 210.

[18] Le attuali fonti dei diritti della Costituzione austriaca sono pertanto composti, in ordine cronologico, dalle seguenti leggi e disposizioni costituzionali: Legge di protezione del domicilio (*Gesetz zum Schutz des Hausrechtes*, *RGBL* 1862/88) recepita dall'art. 149 B-VG; Legge fondamentale dello Stato per i diritti generali dei cittadini (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger*, *RGBl* 1867/142) recepita dall'art. 149 B-VG; disposizioni sui diritti fondamentali della delibera dell'Assemblea nazionale provvisoria (*Grundrechtebestimmungen im Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung* 1918, *StGBl* 1918/3) recepite dall'art. 149 B-VG; le disposizioni sui diritti fondamentali nel Trattato di Stato di Vienna (*BGBl.* 1955/152), in particolare gli artt. 7 e 8; Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*BGB*l 1958/210) e i relativi protocolli aggiuntIvi; diritti delle minoranze nella legga sulle scuole delle minoranze in Carizia (*Minderheiten-Schulgesetz für Kärnten*, *BGBl* 1959/101); Legge costituzionale per l'attuazione dell'accordo internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (*BVG zur Durchführunng des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung*, *BGBl*. 1972/390); Legge costituzionale sulla garanzia d'indipendenza della televisione e della radio pubblica (*BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks*, *BGBl* 1974/396); la libertà di fondare partiti politici ai sensi dell'art. 1 della legge sui partiti politici (*Parteiengesetz*, *BGBl* 1975/404 ora *BGBl* I 2012/56); diritto alla *privacy* ai sensi dell'art.

esempio l'art. 1 della legge sulla protezione dei dati, che ha rango di diritto costituzionale sancendo il diritto fondamentale alla protezione dei dati[19]. Ad integrazione dell'art. 7 del *B-VG* (principio dell'eguaglianza), nel 1973 è stata incorporata con diritto costituzionale la Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale[20].

Si è pertanto ben radicato nella tradizione austriaca l'approccio sistematico istaurato sin dall'inizio dell'esperienza repubblicana di derogare all'idea della unitarietà dello strumento costituzionale e della garanzia dei diritti fondamentali, situazione che oggi costituisce una delle maggiori caratteristiche del diritto costituzionale austriaco che più di ogni altra Costituzione si trova ad essere frammentata in una serie di testi[21]. È questa l'originale concezione ad aver maggiormente determinato la successiva abitudine dell'ordinamento di gestire una disomogeneità di diritti e di fonti sviluppando una particolare capacità di apertura nei confronti del sistema giuridico europeo del secondo dopoguerra.

3. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo come modernizzazione della disciplina dei diritti per la democratizzazione dell'ordinamento nel secondo dopoguerra*

L'integrazione più significativa della disciplina dei diritti che ha avuto un impatto di modernizzazione e di apertura del sistema della tutela dei diritti in Austria, è costituita dalla recezione, con rango di diritto costituzionale, della CEDU nel 1964 (dotata di effetti giuridici retroattivi al 1958)[22]. Da quel momento il catalogo dei diritti della Convenzione gode nell'ordinamento austriaco rango costituzionale, è direttamente applicabile e costituisce oggi, insieme allo *Staatsgrundgesetz* del 1867 al quale viene equiparato in termini di rango, la principale (anche se non l'unica) fonte per i diritti e le libertà fondamentali in Austria.

L'allora scelta del legislatore costituzionale fu stimolata da alcune sentenze della Corte di Strasburgo, rispettivamente del 1961 e del 1963, che tuttavia non avevano previsto un obbligo in tale senso[23]. Con il recepimento come fonte costituzionale, la CEDU è diventata parte del catalogo interno dei diritti, e ciò ha portato in generale ad un ampliamento e ammodernamento del catalogo dei diritti austriaco adattandolo allo standard delle democrazie social-liberali del secondo dopoguerra. Da un punto di vista storico-costitutivo

---

1 della legge sulla protezione dei dati (Datenschutzgesetz 2000, *BGBl* 1978/565 ora *BG*Bl I 1999/165); artt. 12 e 44 della legge sulle estradizioni internazionali (*Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz*, *BGBl* 1979/529); diritto alla prestazione del servizio sociale ai sensi dell'art. 1 della legge sul servizio sociale (*ZIvildienstgesetz* 1986, BGBl. 1986/679); Legge costituzionale sulla protezione della libertà personale (*BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit*, *BGBl* 1988/684); i diritti delle minoranze nella legge sulle scuole delle minoranze nel Burgenland (*Minderheitenrechte im Minderheiten-Schulgesetz für das Burgenland*, *BGB*l 1994/641); il diritto costituzionalmente garantito alle donne di potere prestare il servizio militare (art. 9a, § 3, *B-VG*); Carta europea dei diritti (*GUUE* 2012 C 326, 391) e i diritti del fanciullo garantiti dalla legge costituzionale sui diritti del fanciullo (*BGBl* I 2011/4).

[19] *BGB*l 565/1978.

[20] Tali previsioni costituzionali hanno assunto un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte costituzionale relativamente agli stranieri, specialmente immigrati e aventi diritto d'asilo, che non possono invocare il principio dell'eguaglianza che per molto tempo era rimasto riservato solamente ai cittadini. K. KORINEK, *Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung*, in: S. Griller, K. Korinek e M. Potacs (a cura di), *Grundfragen und Probleme des öffentlichen Rechts. Festschrift für Heinz Peter Rill*, Wien, 2005, 183 ss.

[21] Su questo aspetto sia onsentito rinviare al mio saggio: *100 anni di stabile flessibilità: il modello di codificazione della Costituzione austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2019, 713 ss.

[22] Art. II Z 7 B-VG Novelle 1964, *BGB*l 59/1964 ora *BGB*l I 2/2008.

[23] W. BERKA, *op. ult. cit*., 38.

dell'ordinamento, viene spesso messo in rilievo come con tale fonte sovra costituzionale - ed in particolare in virtù degli artt. 2 e 3 (obbligo di rispetto dei diritti dell'uomo e della vita) e l'art. 8 che sancisce i diritti della personalità - è stato inserito in maniera formale ed esplicita il principio della dignità umana, che ha contribuito alla sua legittimazione nel secondo dopo guerra[24].

Ci sono stati anche ulteriori impatti rilevanti della CEDU sull'ordinamento interno. Così, in virtù del suo riconoscimento come fonte di rango costituzionale, i diritti sanciti nella Convenzione costituiscono diritti costituzionalmente garantiti e sono, pertanto, direttamente invocabili davanti alle giurisdizioni. È stata estesa, inoltre, la portata personale dei diritti, che con l'incorporazione nel diritto costituzionale hanno acquisto carattere universale, costituendo pertanto garanzie non più riconosciute ai soli cittadini, ma alla generalità della popolazione[25].

Anche nel diritto sostanziale, si sono verificate alcune riforme importanti di adattamento agli standard prescritti dalla CEDU. Così, ad esempio, l'art. 6 della CEDU che sancisce il diritto ad un equo processo ha comportato una graduale riforma del diritto processuale penale, e anche del sistema di tutela giurisdizionale di diritto pubblico[26], completata con la riforma costituzionale nel 2012 che ha instaurato un rinnovato sistema di giustizia amministrativa a due livelli[27].

4. *Il ruolo della Corte costituzionale per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti*

Anche in assenza di un catalogo omogeneo dei diritti, la Costituzione del 1920 è stata di grande importanza per l'evoluzione e la tutela dei diritti dato che ha assegnato alla Corte costituzionale di nuova istituzione la competenza di annullare atti e sentenze amministrative (art. 139 e 140) qualora il ricorrente lamenti di essere violato in un suo "diritto costituzionalmente garantito" (*verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht*). Qui si ricorda che il testo della Legge costituzionale federale non impiega il termine di diritto fondamentale e anche il diritto costituzionale in generale fa solo in pochissime occasioni utilizzo del termine diritti fondamentali, impiegando soprattutto quello dei "diritti costituzionalmente garantiti". Con quest'ultimo ci si riferisce ad un concetto più formale di diritti i cui contenuti giuridici sono costituzionalmente garantiti[28].

In termini materiali, la Costituzione del 1920 ha aggiunto poco rispetto a quanto è previsto dalla Legge dello Stato del 1867. È stato esplicitamente sancito il principio

[24] Questo è stato un passaggio significativo per la sua legittimazione dopo il 1945 in quanto, l'Austria, a differenza della Germania e dell'Italia, non si era dotata di una nuova Costituzione, ma aveva reinserito la Legge costituzionale federale del 1920 e le fonti dei diritti pre-repubblicani alle quali essa rinvia. U. HAIDER-QUERCIA, *I processi costituenti in Austria e Germania: due identità costituzionali separate ma unite dalla stabilità di governo*, in: F. Bonini e S. Guerrieri (a cura di), La scrittura della Costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale, Bologna, 2020, 77 ss. i

[25] W. BERKA, *op. ult. cit*., 35.

[26] C. HERBST, *Art. 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsverfahren*, in: R. Machacek, W.P. Pahr e G. Stadler (a cura di), cit., 661 ss.

[27] E. D'ORLANDO, *Il sistema austriaco di giustizia amministrativa: genesi ed evoluzione*, in: Percorsi costituzionali, 2019, 843 ss.

[28] Questo concetto non coincide del tutto con quello dei diritti fondamentali, comprendendo ogni posizione giuridica soggettiva sancita e tutelata dalla Costituzione. Così, ad esempio, il diritto strettamente personale di aderire ad una Camera di lavoro, per esempio, non costituisce un diritto fondamentale, ma essendo (per motivi di ripartizione dei poteri) previsto a livello costituzionale costituisce un diritto costituzionalmente garantito.

dell'eguaglianza (art. 7), per evidenziare che la Repubblica è costituita sull'eguaglianza dei cittadini e che ogni differenziazione sulla base dell'origine, del sesso, dello stato sociale e della religione è abolita[29]. Inoltre, è stato inserito, all'art. 83 della Costituzione federale, il diritto al giudice naturale garantito sia nei procedimenti davanti ai Tribunali ordinari sia davanti alle autorità amministrative quando esse decidono su casi individuali.

Entrambi i diritti citati hanno un ruolo importante nella giurisprudenza della Corte costituzionale, forse anche perché sono sanciti nel testo della Costituzione del 1920 e non in un documento esterno ad essa. In alcune sentenze, la Corte costituzionale ha sostenuto che il principio dell'eguaglianza costituisce non solo una parte importante del sistema dei diritti fondamentali, ma anche del principio democratico[30]. Il principio dell'eguaglianza sancito dall'art. 7 *B-VG* oggi costituisce il diritto maggiormente elaborato dalla giurisprudenza costituzionale ed estende un ambito di tutela che eccede quello previsto per il principio in oggetto nell'ambito della CEDU. Un esempio è la sentenza del 4 dicembre 2017[31] con la quale è stato introdotto il diritto al matrimonio anche tra persone dello stesso sesso sostanzialmente sulla base della concezione costituzionale del principio di eguaglianza e di non discriminazione.

All'inverso, nella giurisprudenza il ricorso ai diritti convenzionali, specialmente agli artt. 8 e 14 della CEDU, al diritto alla vita familiare e alla non discriminazione, sono stati impiegati dalla Corte per superare strutture consolidate nella società austriaca, inserendo elementi di non-discriminazione di singole persone o di gruppi, come è emerso nelle sentenze sulla posizione giuridica di figli naturali[32] o per la diminuzione di discriminazioni in termini di diritti e doveri collegati alle unioni tra persone dello stesso sesso o dei diritti e doveri tra loro[33].

L'effetto più specifico della costituzionalizzazione dei diritti della CEDU ha riguardato invece il metodo interpretativo impiegato dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, l'applicazione diretta della CEDU ha comportato una apertura delle tecniche interpretative impiegate dal *Verfassungsgerichshof* con una giurisprudenza sempre più estesa ai diritti fondamentali in cui sono state inserite le tecniche interpretative usate dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo, che danno attuazione alle garanzie sancite dalla Convenzione in una maniera anche evolutiva. Si è affermata l'idea che i tribunali non possono solo concretizzare ma anche interpretare in maniera innovativa/estensiva i diritti fondamentali[34].

Questo cambiamento si può osservare soprattutto a partire dagli anni '80 che segnano una apertura della giurisprudenza, verso una giurisprudenza evolutiva, accanto all'approccio interpretativo tradizionale normativistico, impiegato ancora parallelamente, e ciò ha avuto un impatto per l'evoluzione del ruolo sempre più pregnante della Corte costituzionale e il significato che oggi rivestono i diritti nell'ordinamento[35].

---

[29] Precede di pochi mesi la Costituzione del 1920, l'inserimento del diritto di voto universale che prevede il diritto elettorale attivo e passivo delle donne. A. GAMPER, *Ohne Unterschied des Geschlechtes – 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich*", Wien, 2020.

[30] Per tale motivo, una eventuale abolizione del principio dell'eguaglianza richiederebbe lo svolgimento di un referendum costituzionale previsto dalla Costituzione per la revisione totale della Costituzione che sussiste se viene modificato un principio fondamentale dell'ordinamento. Cfr. VfSlg 15373/1988.

[31] G258/201.

[32] Cfr. Sentenza del 9 marzo 2023 G 223/2022.

[33] B 518/11.

[34] M. STELZER, *Stand und Perspektiven des Grundrechtsschutzes*, in *Österreichische Parlamentarische Gesellschaft* (a cura di), *Festschrift aus Anlaß des 75. Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz*, Wien, 1997, 585 ss.

[35] C. GRABENWARTER, *100 anni di Costituzione federale e giustizia costituzionale in Austria*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2021, 626 s.

Così la Corte costituzionale non si è più limitata, come in passato, all'interpretazione del mero diritto formalistico-positivo, ma ha preso in considerazione (anche per i diritti riconosciuti nelle leggi risalenti al periodo monarchico) i vari principi contenuti nei diritti fondamentali[36].

Specialmente con le interpretazioni del principio dell'eguaglianza, ma anche con i diritti sanciti dalla CEDU, ha sviluppato un ruolo centrale per la tutela dei diritti (*Grundrechtegericht*) conferendo ai diritti oggi quel significato centrale, che per decenni è stato compresso dalle tecniche interpretative formalistiche (o positivistiche) esclusivamente impiegate fino a quel momento[37].

La costituzionalizzazione della CEDU ha quindi comportato una rinnovata concezione dei diritti da parte della giurisprudenza. Soprattutto per la Corte costituzionale i diritti – nonostante la loro disciplina stratificata tra norme di derivazione monarchica, costituzionale, internazionale ed europea –costituiscono oggi i parametri materiali più significativi per il controllo delle norme. Nelle più recenti evoluzioni della giurisprudenza si può osservare una tendenza non più così restrittiva come nel passato, e avviene con frequenza che la Corte misuri le decisioni del legislatore in ambiti politicamente sensibili sulla base delle garanzie dei diritti.

Ad un più centrale posizionamento dei diritti nell'ordinamento austriaco hanno contribuito, infine, anche i Tribunali ordinari che, in seguito al cambiamento interpretativo della Corte, hanno iniziato a ricorrere, anche nella risoluzione di questioni di natura civile e penale, a valutazioni in termini di diritti[38].

La Costituzione dei diritti austriaca non è solo il risultato di decenni di armonizzazione tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea (CEDU) che ha portato tanti aspetti innovativi (*Rechtssprechungsverbund*). Da un punto di vista strutturale si è rivelata una Costituzione orientata ad una concezione genuinamente europea dei diritti, concezione che, nel caso di discrepanze, è sempre prevalsa.

5. *Evoluzioni recenti: l'avvio della costituzionalizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in via giurisprudenziale*

L'attuale punto di arrivo dell'evoluzione dei diritti in Austria riguarda il processo di "costituzionalizzazione" della Carta europea dei diritti fondamentali che integra ulteriormente – per la sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea - i diritti costituzionalmente garantiti. La Carta dei diritti è stata ratificata da parte dell'Austria con il Trattato di Lisbona (art. 6, 1° TUE), ma non è stata riconosciuta – come è accaduto per la CEDU – con rango di diritto costituzionale.

Sin dall'adesione dell'Austria all'Unione europea il *Verfassungsgerichtshof* viene considerato tra le Corti costituzionali più aperte e più favorevoli nei confronti dell'integrazione europea, in quanto accetta senza riserva la priorità del diritto primario anche nei confronti del diritto costituzionale[39].

---

[36] M. STELZER, *Das Wesengehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Wien, New York, 209 ss.

[37] W. BERKA, *Lebendiges Verfassungsrecht: Verfassungsrechtsprechung im Diskurs*, Wien, 2021, 20 s.

[38] L. KHAHZADEH-LEILER, *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs*, Wien, 2011.

[39] C. GRABENWARTER, *Il significato della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione costituzionale europea: l'esperienza austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 2016, 451.

In questo atteggiamento si inserisce anche la sentenza di ampia portata del *VfGH* del 14 marzo 2012[40] che ha fortemente innovato il rapporto tra la Carta dei diritti e il sistema di tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

In tale sentenza il *VfGH* ha chiarito non solo il suo ruolo come giurisdizione centrale per la tutela dei diritti, ma ha riconosciuto ai diritti sanciti nella Carta europea valore di parametro di valutazione della legittimità costituzionale alla pari dei diritti costituzionalmente riconosciuti (ai sensi dell'art. 144 *B-VG*). I diritti della Carta possono pertanto essere invocati nei ricorsi diretti al *VfGH* avverso leggi e decreti amministrativi (ai sensi degli artt. 139 e 140 *B-VG*)[41].

Nella citata sentenza, il *VfGH* deduce – seguendo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea relativamente al principio di equivalenza – che i diritti garantiti direttamente dal diritto dell'Unione europea devono essere applicati anche nei procedimenti per i quali esistono diritti equiparabili derivanti dagli ordinamenti degli Stati membri[42]. Nell'ambito di applicazione del diritto europeo da parte delle autorità austriache, la Carta dei diritti fondamentali garantisce quei diritti che sono garantiti egualmente anche dall'ordinamento austriaco, per cui le garanzie dei diritti della Carta europea possono comportare l'annullamento di leggi e atti amministrativi.

Per poter costituire un parametro di valutazione devono sussistere quindi due condizioni, esplicitamente individuate dal *VfGH* nella citata sentenza. La prima riguarda il contenuto dei diritti invocati dalla Carta dei diritti fondamentali, che deve corrispondere a quello riconosciuto dai diritti costituzionalmente garantiti, mentre la seconda condizione si riferisce alla formulazione dei diritti della Carta, che deve corrispondere alla determinatezza (?) richiesta ai diritti garantiti dalla Costituzione austriaca.

Quali diritti siano tali da poter essere applicati sulla base della Carta dei diritti deve essere deciso caso per caso[43], come anche la rilevanza delle garanzie ulteriori rispetto al contesto costituzionale interno, in particolare il diritto di asilo riconosciuto dall'art. 18 e i diritti sociali.

La linea interpretativa qui sinteticamente delineata comporta che il *VfGH,* nella sua qualità di giurisdizione per la garanzia dei diritti, reclama la competenza di pronunciarsi su quei diritti della Carta europea che corrispondano per contenuto e ambito di tutela ai diritti tutelati dalla Costituzione austriaca. Questo anche perché altrimenti si contrasterebbe con il concetto di giustizia costituzionale accentrata delineato nel *B-VG* che riserva al *VfGH* il monopolio per il controllo e per l'abrogazione delle norme.

Il *VfGH* si è garantito, in questo modo, la possibilità di decidere su violazioni dei diritti sanciti dalla Carta nello stesso modo e con gli stessi effetti dei diritti fondamentali riconosciuti dal legislatore costituzionale nazionale[44].

---

[40] VfSlg 19.632/2012.

[41] *Ibid.*

[42] Altre Corti hanno seguito l'approccio interpretativo sviluppato dalla Corte di Vienna, tra cui il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte costituzionale italiana. Cfr. C. GRABENWARTER, *100 anni di Costituzione federale e giustizia costituzionale in Austria*, cit., 627.

[43] Così è stato affermato ad esempio che il diritto di accesso al tribunale, sancito dall'art. 47 CdD corrisponde nei contenuti e sfera di protezione al diritto all'equo processo dell'art. 6 CEDU. Per contro, è stato affermato che nell'ordinamento interno non esiste una garanzia equivalente al rispetto della pluralità delle culture, religioni e lingue sancito dall'art. 22 CdC e della tutela dell'ambiente prevista dall'art. 37 CdD, in quanto formulati come principi senza definizione di contenuto.

[44] C. GRABENWARTER, *Il significato della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione costituzionale europea: l'esperienza austriaca*, cit., 454 ss.

Da questa storica sentenza, sono passati ormai 10 anni e non si sono chiarite tutte le conseguenze di tale "costituzionalizzazione", né è intervenuto un rafforzamento (o una formalizzazione) della sentenza nel diritto positivo da parte del legislatore costituzionale.

Anche se la Carta dei diritti non ha (ancora) il rango riconosciuto alla Convenzione europea dei diritti, va tuttavia tenuta in considerazione la sua natura di prevalenza rispetto al diritto interno di cui è dotato il diritto dell'Unione europea in generale. In questa prospettiva si deve ricordare che non è stato ancora chiarito in maniera uniforme quale deve essere l'impatto della Carta europea dei diritti fondamentali per la giurisprudenza dei Tribunali ordinari. Questi ultimi, infatti, possono realizzare direttamente una tutela di tali diritti, anche nei confronti del legislatore, in quanto i Tribunali ordinari e amministrativi (di primo grado) possono decidere di non applicare una norma o un decreto amministrativo che si pone in contrasto con i diritti dell'Unione europea[45].

Molte delle possibili conseguenze connesse all'approccio seguito dal *VfGH* per integrare nell'ordinamento austriaco la Carta europea dei diritti fondamentali non sono ancora state chiarite, soprattutto per quanto riguarda gli altri tribunali (ordinari ed amministrativi) che sono tenuti a non applicare le leggi e i regolamenti nazionali che contraddicono un diritto fondamentale della Carta perché in conflitto con il diritto dell'Unione che prevale rispetto al diritto interno. Se non è chiaro il concreto ambito di applicazione di un diritto sancito dalla Carta europea, il Tribunale è tenuto, tuttavia, a sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea i dubbi sull'interpretazione della Carta nell'ambito di un procedimento per un rinvio pregiudiziale (art. 267 TUE).

Non c'è per contro certezza se esiste che esista invece anche un obbligo in capo ai tribunali di presentare un'istanza di controllo alla Corte costituzionale per abrogare leggi o decreti amministrativi che contraddicono la Carta europea dei diritti[46]. Questo aspetto si potrà evidenziare solamente nelle future evoluzioni giurisprudenziali.

6. *Conclusioni: triangolazione della disciplina dei diritti e il numero crescente di interpreti*

Le questioni dei diritti fondamentali oggi si svolgono in un triangolo tra la (frammentata) disciplina interna di diritti, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Carta che con il Trattato di Lisbona fa parte del diritto primario dell'Unione. Nell'ordinamento austriaco questa triangolazione della tutela dei diritti risulta essere particolarmente accentuata in quanto il legislatore ha riconosciuto rango costituzionale alla CEDU così come la giurisprudenza ha riconosciuto rilevanza costituzionale alla Carta dei diritti.

Nel sistema austriaco, la "toolbox" dei diritti si è quindi gradualmente estesa riconoscendo all'individuo la possibilità di invocare nell'ambito della tutela giurisdizionale diversi gradi di diritti, aspetto che consente una costante estensione dell'ambito di tutela materiale (e anche personale) dei diritti fondamentali. Questa dimensione acquisisce rilevanza non solo in virtù della costante integrazione anche formale dei cataloghi dei diritti

[45] M. HOLOUBEK, *Grundrechte im Mehrebenensystem*, in P. Bußjäger, A. Gamper e A. Kahl (a cura di), *100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext*, Wien, 2020, 164.

[46] W. BERKA, *Verfassungsrecht*, cit., 413.

costituzionali[47] e della Convenzione (attraverso i protocolli aggiuntivi) ma anche per l'evoluzione attraverso la giurisprudenza dei "diritti nuovi"[48]

A livello giuridico l'estrema stratificazione delle fonti dei diritti fondamentali comporta una maggiore complessità perché sono differenziati gli ambiti normativi e le fonti da cui scaturiscono i diritti invocabili davanti alle giurisdizioni è ciò può dare luogo ad applicazioni ed interpretazioni diverse, anche perché in ogni grado di tutela giuridica si può decidere quale delle garanzie messe a disposizione nei vari documenti utilizzare e in che modo.

La costituzionalizzazione della CEDU ha, da un punto di vista della struttura formale della Costituzione austriaca, contribuito ad ampliare l'originale frammentazione della disciplina che oggi si presenta di non sempre facile consultazione e applicazione, discostandosi fortemente, per i profili di codificazione, dai cataloghi dei diritti in altre democrazie europee.

Nella triangolazione della disciplina dei diritti tra Costituzione (frammentata), CEDU e Carta dei diritti dell'Unione, è aumentata non solo la quantità di diritti - e le parziali sovrapposizioni ma anche differenze - ma è aumentato anche il numero di soggetti competenti per la loro tutela: accanto al *VfGh,* la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte EDU, anche le giurisdizioni supreme specializzate (la Corte amministrativa e la Corte suprema) sono coinvolte nella garanzia dei diritti, e per quanto riguarda la Carta dei diritti dell'Unione europea anche le giurisdizioni ordinarie in generale. Ciò tende a portare ad asimmetrie di informazioni, sovrapposizioni e concorrenze tra Tribunali nelle giurisprudenze sui diritti, le cui future evoluzioni sono ancora aperte.

Per la Carta europea dei diritti vi è un collegamento specifico e formalizzato della giurisprudenza interna con la giurisprudenza dell'Unione europea attraverso il rinvio pregiudiziale. Ed è in questo aspetto che risiede la maggiore differenza con il sistema della CEDU in quanto nei meccanismi giurisdizionali dell'Unione europea, le giurisdizioni nazionali non sono più padrone di decidere sul percorso di realizzazione della tutela dei diritti. Inoltre, il diritto dell'Unione europea può sviluppare i propri effetti già in gradi inferiori, senza che una questione venga risolta attraverso gradi di giurisdizione superiori. I giudici ordinari ed amministrativi, infatti, possono decidere di non applicare il diritto interno se in contrasto con quello dell'UE, realizzando così una tutela più immediata rispetto a quella della Corte costituzionale nei confronti del legislatore e gli atti amministrativi.

Il problema che emerge è quindi stabilire quale sia il Tribunale competente in ultima istanza per la tutela giurisdizionale dei diritti, e quindi il vero *Grundrechtegericht* nell'attuale Unione costituzionale europea.

[47] Questo è stato il caso, ad esempio, dell'inserimento nel 1999 (BGBl. 165/1999) nell'art. 1 della legge sulla protezione dei dati (di rango di diritto costituzionale) del diritto alla *privacy*.

[48] Così, ad esempio, per il diritto alla autodeterminazione informativa che la Corte costituzionale ha iniziato a concepire a partire dalla sentenza VfSlg. 19.892/2014 e la sentenza che introduce il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso VfSlg. 20.225/2017.

RENATO IBRIDO*

Nuovi diritti e strumenti partecipativi: osservazioni minime**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. "Nuovi diritti": una categoria sfuggente. – 3. L'argomento del *consensus* dell'opinione pubblica. – 4. Parlamento e società civile. – 5. Verso una conclusione.

ABSTRACT: ***Moving from the "centre/periphery" cleavage developed by Jürgen Habermas, the essay stresses as an active and sincere commitment to interplay between Parliaments and civil society is a long-term institutional investment. In a time of growing judicial activism and executive dominance, this interplay – if properly managed – can contribute to enhance the role and legitimacy of democratically elected assemblies.***

Identifying the field of "new rights" as an interesting case-study, the essay analyses potentiality and limitations of participatory tools within parliamentary procedures.

1. *Premessa*

Il tema dei c.d. "nuovi diritti" presenta una notevole latitudine, sia dal punto di vista degli ambiti di tutela che potenzialmente potrebbero essere oggetto di analisi, sia in considerazione delle esperienze straniere e sovrannazionali che si prestano ad un utile confronto con il caso italiano[1].

Non potendo dunque essere esaustivi cercheremo di soffermarci su uno specifico nodo di riflessione, vale a dire il problema della diversa legittimazione dei "centri" istituzionali che potrebbero dare riconoscimento alle nuove domande di tutela provenienti dalla "periferia" dello spazio pubblico[2].

Secondo la tesi che si intende sostenere, i Parlamenti hanno subito uno slittamento verso posizioni sempre più laterali nel quadro di quello che può essere definito come il "sistema ordinamentale dei nuovi diritti". Già poste sotto pressione dallo strapotere degli esecutivi[3],

---

* Professore Associato di Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Firenze.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Sulla evoluzione storica dei diritti fondamentali, d'obbligo è il riferimento a P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006. In una prospettiva sincronica, cfr. altresì F. VECCHIO, Diritti e libertà fondamentali, in T.E. Frosini (a cura di), *Diritto pubblico comparato, Le democrazie stabilizzate*[2], Bologna, il Mulino, 2019, 211 ss.

[2] Come si vedrà, intendiamo qui i termini "centro" e "periferia" in senso fondamentalmente habermasiano: cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, tr. it.: *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996.

[3] Sulla c.d. "*executive dominance issue*" e le sue cause, D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *Modern Law Review*, 1, 2014, 1 ss. Sulla trasformazione del Parlamento in meta-legislatore, cfr. G. FILIPPETTA, *Governance plurale, controllo parlamentare e rappresentanza politica al tempo della globalizzazione*, in *DPCE*, 2, 2005, 791 ss.; ID., *Il controllo parlamentare e le trasformazioni della rappresentanza politica*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2014, 1 ss. spec. 5; S. FILIPPI – R. IBRIDO, *La funzione di indirizzo ed il rapporto con il tempo*, in *RDPE*, 1, 2019, 49 ss. Sui fenomeni di presidenzializzazione della politica, ossia sulla tendenza all'«accentuazione del potere e dell'autonomia dei *leader* politici sia all'interno dell'esecutivo, sia nell'ambito dei partiti, anche per effetto di processi elettorali e di comunicazione politica progressivamente sempre più centrati sulla *leadership*» (cfr. N. LUPO, *L'europeizzazione delle forme di governo degli stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido – N. Lupo (curr.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e stati membri*, Bologna, il Mulino, 2018, 175 ss.). Più in generale, sullo

le Assemblee legislative hanno ormai perso da tempo il ruolo di baricentro di tale sistema: in parte per responsabilità degli stessi Parlamenti, non sempre puntuali nell'adozione di misure legislative volte a adattare il disegno costituzionale in materia di diritti fondamentali al nuovo contesto tecnologico e sociale; in parte, tuttavia, a causa del rigonfiamento del fenomeno del *judicial activism*, il quale ha portato le corti ad appropriarsi di spazi che non competono né al potere giudiziario né agli organi di garanzia, così trascurando quelle "virtù passive" la cui importanza è stata richiamata da Alexander Bickel in un celebre volume[4].

E tuttavia, pur in presenza di testi costituzionali ancorati ad un mondo "analogico"[5], il pur comprensibile obiettivo di dare riconoscimento a nuove domande di tutela non può portare ad una sistematica alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri[6]. È necessario dunque ragionare sui percorsi che potrebbero stimolare il ritorno ad un più adeguato punto di equilibrio fra i due grandi contenuti materiali del diritto costituzionale richiamati dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri.

2. *"Nuovi diritti": una categoria sfuggente*

Prima di entrare nel vivo di tali temi occorre tornare su un punto preliminare. Il concetto di "nuovi diritti" si presta a notevoli incertezze sul piano interpretativo ed è dunque necessario delimitare il campo di indagine.

Come è noto si devono a Bobbio e a Marshall le principali periodizzazioni delle generazioni dei diritti fondamentali[7]. Dopo i diritti di prima generazione – coincidenti con i diritti negativi di difesa e un primo nucleo di diritti politici collegati allo *status* di proprietario – ed i diritti sociali di seconda generazione, dalla seconda metà del Novecento si sarebbe andata affermandosi una terza generazione di diritti, connotati da due caratteristiche fondamentali: da un lato la collocazione di tali posizioni in una fitta rete di interdipendenze interordinamentali (Cedu, Ue, diritto internazionale); dall'altro lato, l'emergere di uno spettro assai più ampio di ambiti di tutela rispetto al passato, a partire dall'ambiente e dalla protezione dei dati personali[8].

Peraltro, alcune periodizzazioni tendono a far slittare di almeno una generazione in avanti il concetto di nuovi diritti, individuando come autonoma categoria i diritti di quarta generazione, la quale si caratterizzerebbe per la speciale proiezione intergenerazionale di determinate aspettative alla luce delle inedite opportunità offerte dall'evoluzione

---

slittamento dei Parlamenti verso posizioni sempre più laterali, cfr. T.R. BURNS – S. ANDERSEN, *L'Unione e la politica postparlamentare*, in *il Mulino*, 3, 1998, 419 ss.

[4] A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*[2], New Haven and London, 1986. Su questo passaggio del pensiero di Bickel, cfr. anche M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2023, 116 ss.

[5] Sulla esigenza di "digitalizzare" testi costituzionali ancorati ad un mondo "analogico", cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*[2], Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

[6] Sulle alterazioni dell'ordine costituzionale dei poteri, cfr., da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023

[7] T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge, Cup, 1950; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990. Per una prospettiva meno incentrata sulle "generazioni" e maggiormente sulle "dimensioni" dei diritti fondamentali, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2016, 1 ss.

[8] Sul punto, cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, cit., 5 ss.

tecnologica[9]. Basti pensare, ad esempio, al delicatissimo tema dell'integrità del patrimonio genetico[10] e all'applicazione di biotecnologie riproduttive[11]. Tali diritti di quarta generazione sarebbero dunque accomunati dalla esigenza di un bilanciamento fra tali aspettative ed il principio di responsabilità, quest'ultimo inteso quale fulcro e valore cardine della nuova società tecnologica[12].

Queste periodizzazioni – pur diversamente modulate – sono state oggetto di critica da parte del pensiero femminista, il quale ritiene che la narrazione delle "generazioni dei diritti" sia stata plasmata intorno all'esperienza maschile[13]. Non è questa la sede per poter valutare la solidità di tale tesi, la quale peraltro finisce forse per sopravvalutare il peso di tali periodizzazioni, le quali sono prive di qualsiasi valore prescrittivo e che dunque risultano irrilevanti ai fini della interpretazione del diritto positivo vigente. Ad essa va peraltro riconosciuto il merito di aver richiamato l'attenzione sulla centralità della questione femminile nell'ambito dell'analisi dell'evoluzione storica dei diritti fondamentali, oltreché a segnalare, in chiave problematica, la persistenza di squilibri di genere nell'accesso tanto ai nuovi diritti quanto – e soprattutto – ai vecchi.

Un micro-capitolo di questa vicenda è ad esempio rappresentato dal tema degli equilibri di genere nelle procedure di nomina. Alla luce di un confronto con gli altri stati membri dell'Unione europea, un recente volume ha denunciato la persistente opacità dei procedimenti con i quali in Italia si perviene alla selezione dei componenti di autorità indipendenti e di organi di garanzia, sia a livello nazionale, sia regionale. Tali procedure non garantirebbero infatti l'eguaglianza di genere, o per l'assenza di adeguati meccanismi *gender balance* oppure per il loro sostanziale aggiramento determinato dalla mancanza di sistemi di controllo "forti"[14].

In questa sede il concetto di nuovi diritti non verrà ritagliato sulla base di una determinata periodizzazione (o "contro-periodizzazione"). Piuttosto – alla luce del filo rosso che abbiamo individuato in apertura di contributo – cercheremo di sviluppare alcune riflessioni in merito agli equilibri costituzionali che interessano il sistema ordinamentale dei nuovi diritti a partire dalla distinzione fra ambiti di tutela che già risultavano esplicitamente dal testo costituzionale e domande ulteriori di tutela emerse successivamente al momento della scrittura di una Costituzione[15].

---

[9] In argomento, cfr. G.F. FERRARI, *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 1137 ss. e spec. 1210 ss.; G. MORBIDELLI – M. VOLPI – G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale comparato*[2], Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

[10] Cfr. M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza solidarietà e responsabilità*, Napoli, Esi, 2019.

[11] Sul tema, cfr. A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Udine, Mimesis, 2020.

[12] Su tale principio, cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, Einaudi, 2009.

[13] A. DI MARTINO – E. OLIVITO, *Generazioni dei diritti e soggettività femminile: problemi e prospettive*, in Id. (cur.), *Generazioni dei diritti fondamentali e soggettività femminile*, Napoli, Esi, 2022, XI ss.

[14] G. Cerrina Feroni – T. Groppi (curr.), *Procedure di nomina ed equilibri di genere. Una prospettiva italiana e comparata*, Bologna, il Mulino, 2022.

[15] Una distinzione che – in relazione all'esperienza italiana – chiama in causa la questione delle diverse interpretazioni dell'art. 2 Cost. ("catalogo aperto" vs. "catalogo chiuso"). Per i due principali orientamenti, cfr. almeno A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro, 1975, 50 ss.; A. PACE, P*roblematica delle libertà costituzionali. Libertà (parte generale)*, Padova, Cedam, 1985, 3 ss.

3. *L'argomento del consensus dell'opinione pubblica*

Proprio queste nuove domande di tutela hanno rappresentato il baricentro delle trasformazioni che hanno investito gli equilibri interni al sistema ordinamentale dei diritti fondamentali, registrando l'intervento sempre più rilevante delle corti.

Peraltro, che siano le stesse corti ad avvertire una loro carenza di legittimazione nell'assumere un protagonismo così marcato nel quadro del sistema ordinamentale dei nuovi diritti appare evidente dal ricorso ad alcune strategie argomentative quanto meno eccentriche, le quali sembrerebbero manifestare un qualche "complesso di inferiorità" nell'esercizio di forme di attivismo giudiziario. Ci riferiamo in particolare al c.d. argomento del *consensus* dell'opinione pubblica, come misurato attraverso il richiamo di sondaggi e indagini demoscopiche.

Due decisioni appaiono sul punto paradigmatiche.

In occasione del caso *Oliari*, la Corte EDU ha rilevato che il mancato intervento del legislatore italiano in materia di riconoscimento delle unioni omosessuali disattende le indicazioni della «*national community, including the general Italian population* (…) *The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection*». Dunque, «*there exists a conflict between the social reality of the applicants, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory*».

In senso analogo, la sentenza 198/2012 del *Tribunal Constitucional* spagnolo ha richiamato alcuni sondaggi dai quali emergerebbe l'ampia accettazione da parte della società spagnola del matrimonio omosessuale, così ponendo l'accento sull'evoluzione dell'immagine tradizionale di matrimonio. Ad avviso del Tribunale costituzionale, benché i risultati delle indagini statistiche e demoscopiche menzionate nel testo della sentenza non siano di per sé un elemento in grado di determinare autonomamente la costituzionalità o l'incostituzionalità della legge sul matrimonio omosessuale, «*no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo*».

Non entriamo naturalmente nel merito di queste pronunce, le quali in questa sede interessano esclusivamente dal punto visuale del loro *iter* argomentativo. Sotto questo profilo, l'uso di sondaggi finisce a nostro avviso per mortificare il ruolo di una corte, trasformandola in mera portavoce della *vox populi*. Anche al netto di qualsiasi considerazione sulla affidabilità dei sondaggi nonché sulla volatilità degli umori dell'opinione pubblica, rimane il fatto che tale tecnica argomentativa finisce per tradire quella funzione *counter-majoritian* che pure dovrebbe identificare l'anima più profonda di un sistema di giustizia costituzionale[16].

Più in generale è lecito dubitare del fatto che un tribunale costituzionale sia il luogo più adeguato per riconnettere "centro" e "periferia" (intendiamo qui i due termini in senso habermasiano) nel quadro del sistema ordinamentale dei nuovi diritti. In che misura possa invece esserlo il Parlamento sarà il problema che affronteremo nelle pagine successive.

[16] Sull'argomento del *consensus* dell'opinione pubblica nell'ambito della giurisprudenza in materia di diritti delle persone omosessuali, si perdoni il rinvio a R. IBRIDO, *L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi*, in *Genius* 2, 2015, 58 ss.

4. *Parlamento e società civile*

Naturalmente, affinché possa essere ristabilito il corretto equilibrio nel quadro del sistema ordinamentale dei nuovi diritti non è sufficiente un passo indietro da parte delle corti. È altresì necessario un passo in avanti da parte del Parlamento. Certo: non si può pretendere di creare artificialmente le condizioni per un maggiore protagonismo del potere legislativo attraverso meri congegni di ingegneria costituzionale o regolamentare. Come ci ha insegnato Mirkine-Guetzévitch nel famoso saggio nel quale abiurò alle sue precedenti tesi sulla razionalizzazione, il diritto costituzionale non può essere utilizzato come una "scorciatoia" rispetto alla politica[17].

E tuttavia, pur con questa consapevolezza, alcune innovazioni – per quanto indubbiamente non risolutive – potrebbero quanto meno offrire dei segnali in controtendenza, accompagnando o stimolando un processo di cambiamento (*rectius*, di ritorno al normale ordine dei poteri). In particolare, l'innesto di elementi partecipativi all'interno dei Regolamenti delle Camere potrebbe rispondere proprio allo scopo di responsabilizzare il Parlamento rispetto alla esigenza di offrire un riconoscimento alle nuove domande di tutela che si affacciano nelle società contemporanee.

Come è stato osservato, uno dei maggiori lasciti della "grande riforma regolamentare" del 1971 è rappresentato dal tentativo di costruire canali procedurali di comunicazione fra Parlamento e cittadini[18]. In particolare, attraverso l'introduzione dell'istituto dell'indagine conoscitiva i Regolamenti delle Camere del 1971 hanno per la prima volta rotto il tradizionale isolamento del Parlamento rispetto alla società civile. Più di recente – a fronte dello scarso successo di petizioni e iniziative legislative popolari – è emersa la richiesta di ulteriori pratiche volte ad intensificare la partecipazione politica dei cittadini ai processi decisionali pubblici[19]. A livello parlamentare, tali domande hanno trovato per il momento risposta nello strumento delle consultazioni pubbliche, il quale mira a coinvolgere cittadini, potenziali destinatari delle norme e portatori di interesse (c.d. *stakeholders*) nella fase di valutazione legislativa *ex ante* o *ex post*[20].

Lo sviluppo tecnologico ha dato nuova linfa a questi meccanismi partecipativi anche nelle procedure di altri Parlamenti. Basti pensare, ad esempio, all'esperienza britannica dei c.d. *Digital debates*: al fine di incentivare un più ampio *public engagement*, a partire dal 2015 il Parlamento di Westminster ha introdotto una procedura di "dialogo digitale". Qualche giorno prima della discussione in Aula, il relatore o un gruppo di parlamentari conducono un dibattito sul tema di un determinato provvedimento, interagendo con gli utenti per un paio di ore.

---

[17] B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *L'échec du parlamentarisme "rationalisé"*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1, 1954, tr. it.: *Il fallimento del parlamentarismo razionalizzato*, in ID., *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, Lecce, Pensa, 2009, 203 ss.

[18] Sulla configurazione all'interno dei Regolamenti del 1971 di canali di accesso diretto del Parlamento alla società civile insiste in particolare E. GIANFRANCESCO, *Ciò che è vivo e ciò che è morto dei Regolamenti parlamentari del 1971*, in A. Manzella (cur.), *I Regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, cit., 135 ss. e spec. 139 ss. Sulla successiva evoluzione del rapporto Parlamento-società civile nel quadro dei Regolamenti delle Camere, cfr. D. PICCIONE, *Gli istituti di partecipazione nei regolamenti parlamentari all'avvio della XVII legislatura: cronaca di una riforma annunciata, ma ancora da meditare*, in *Osservatorio costituzionale*, 2013.

[19] Sul concreto rendimento dell'istituto dell'iniziativa legislativa popolare, cfr. P. Caretti – M. Morisi (curr.), *L'iniziativa legislativa popolare in prospettiva comparata*, in *Ricerca 2013 del Seminario Tosi*.

[20] Sull'istituto delle consultazioni pubbliche, cfr. P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rass. parl.*, 1, 2016, 29 ss. Si consideri altresì il dossier curato dal Senato della Repubblica dal titolo "*Le consultazioni dei cittadini e dei portatori di interesse*", 2007.

Tali contributi *online* vengono spesso richiamati in occasione del successivo dibattito parlamentare[21]. I contenuti del dibattito tendono a non rimanere lettera morta, ma generalmente confluiscono nella discussione in Aula, per quanto sia difficile misurarne l'effettivo peso rispetto alle successive deliberazioni parlamentari.

Le principali riserve che l'introduzione nei lavori parlamentari di strumenti partecipativi di questo tipo ha suscitato non ha riguardato tanto la loro opportunità o compatibilità con il quadro costituzionale. Tutto sommato esse non sembrano sbilanciare il rapporto fra democrazia rappresentativa ed altre forme di esercizio della sovranità[22]. Pur integrando i meccanismi della democrazia rappresentativa, tali strumenti di partecipazione rimangono aderenti alle tre grandi ragioni giustificative di questa modalità di esercizio della sovranità (ragioni sconosciute invece ai congegni binari di tipo "tutto-o-niente" tipici della democrazia diretta): l'opportunità di graduare l'intensità delle preferenze; l'esigenza di promuovere il negoziato politico come metodo normale di governo; la possibilità di realizzare convergenze intorno a soluzioni intermedie. A destare qualche perplessità è piuttosto il pericolo di *window dressing*: ossia il rischio di esibire strumentalmente parvenze di apertura del Parlamento alle istanze della società civile, le quali sono già in partenza destinate a rimanere ineffettive.

Proprio alla luce di tale pericolo, a nostro avviso l'introduzione nei Regolamenti parlamentari di canali partecipativi come i "*Digital Debates*" o le "consultazioni pubbliche" può risultare utile a due condizioni: in primo luogo, il coinvolgimento dei cittadini e dei portatori di interesse non deve portare a replicare argomenti già noti e al centro del dibattito fra le forze politiche. Esso serve piuttosto ad offrire al decisore politico esperienze, testimonianze, punti di vista ulteriori e dei quali difficilmente verrebbe a conoscenza con le normali procedure conoscitive. Una condizione che è senz'altro più facile da realizzare in relazione alla discussione di problemi molto concreti – legati alla qualità della vita delle persone e specialmente alle loro domande di tutela – piuttosto che in relazione a provvedimenti di taglio "macro" a livello ordinamentale.

Solo per fare qualche esempio, potrebbe risultare controproducente utilizzare strumenti di questo tipo in relazione alla riforma della legge elettorale, mentre al contrario essi potrebbero rivelarsi estremamente utili nell'ambito dell'*iter* di formazione dei provvedimenti legislativi in materia di diritti delle persone con disabilità[23].

La seconda condizione riguarda la capacità dei Parlamenti di mantenere un pieno controllo sulle piattaforme tecnologiche utilizzate per stimolare questi momenti di partecipazione. Da questo punto di vista, la scelta britannica di affidarsi ad una piattaforma privata (Twitter, ora X) risulta del tutto arbitraria. Essa finisce infatti per escludere dal dialogo tutti coloro i quali non sono iscritti a tale *social*, nonché a rimettere la selezione della platea di interlocutori alle linee guida e alle *policies* decise da un soggetto privato, il quale ha il potere discrezionale e unilaterale di dettare le condizioni (anche eventualmente economiche) per l'iscrizione alla piattaforma, nonché di oscurare, bannare e bloccare gli

[21] Cfr. C. LESTON-BANDEIRA – A. WALKER, *Parliament and Public Engagement*, in C. Leston-Bandeira – L. Thompson (curr.), *Exploring Parliament*, OUP, Oxford, 2018, 310 ss.

[22] Si tratta del c.d. problema della "neutralità costituzionale" dell'innovazione tecnologica nell'ambito delle procedure parlamentari, sul quale si perdoni il rinvio a R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, in Osservatorio delle fonti, 2. 2022, 291 ss.

[23] Sul tema dei diritti delle persone con disabilità, *ex multis*, cfr. G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, FrancoAngeli, 2020; D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità: i diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Torino, Giappichelli, 2023.

account. La creazione di "dialoghi digitali" fra parlamentari e società civile richiede invece la creazione di spazi digitali trasparenti, governati da regole pubblicistiche, nonché sicuri, nel senso di corredati da adeguate contromisure rispetto al rischio di manipolazioni del processo partecipatorio. Si deve trattare inoltre di spazi democratici e plurali, al fine di garantire un genuino scambio di opinioni e sensibilità politiche differenti scongiurando così il verificarsi – o forse sarebbe meglio dire l'acuirsi – del fenomeno della frammentazione dell'elettorato, che sempre più spesso tende a polarizzarsi attorno a vere e proprie "bolle" settoriali e autoreferenziali[24].

5. *Verso una conclusione*

Come è noto, lo schema "centro-periferia" rappresenta uno dei principali paradigmi elaborati nel quadro delle concezioni dello spazio pubblico proposte dalle teorie deliberativo-procedurali. Secondo queste impostazioni, al "centro" delle società pluralistiche si colloca la sfera degli apparati istituzionali ed in primo luogo le Assemblee legislative; la "periferia" è invece costituita da una galassia di associazioni, gruppi, iniziative civiche volte a dare voce a bisogni sociali, ad articolare interessi, a sollevare domande politiche. Benché le competenze di decisione rimangano ancorate al livello istituzionale, il "centro" del sistema conserva la sua legittimazione se e nella misura in cui sia sempre pronto a ricevere e rielaborare le istanze provenienti dalla "periferia" nonché a immetterle nell'ambito di procedure trasparenti e partecipate[25].

Ebbene, non è certo necessario aderire *in toto* a tali impostazioni per ritenere che il sistema ordinamentale dei nuovi diritti debba contemperare le pur comprensibili nuove aspettative di tutela con la tenuta del principio di separazione dei poteri. Per giungere a tale conclusione è sufficiente sgombrare il campo dall'equivoco che vede nella *output legitimacy* l'unica plausibile chiave di volta di una società democratica. Eppure, l'attivismo giudiziario in materia di diritti fondamentali – come dimostrano i goffi riferimenti all'argomento del *consensus* dell'opinione pubblica – finisce per poggiare proprio su questa malintesa "cultura del risultato".

Se è vero invece che la legittimazione di un ordinamento costituzionale dipende anche dalla qualità dei suoi processi decisionali – e quindi, fra l'altro, dalla capacità di riconnettere proceduralmente "centro" e "periferia" – una riforma dei Regolamenti delle Camere in senso partecipativo può essere a nostro avviso uno strumento utile per ampliare gli ambiti di tutela dei diritti attraverso il Parlamento anziché contro il Parlamento. Per quanto non si tratti certamente di un rimedio risolutivo, essa rappresenterebbe pur sempre un segnale in controtendenza rispetto alle attuali dinamiche in atto. Anche soltanto per questa ragione sarebbe utile incominciare a considerare il tema in tutta la sua serietà.

---

[24] D. PALANO, *Bubble Democracy. La fine del pubblico e la nuova polarizzazione*, Brescia, Scholé, 2020.

[25] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, M. SUHRKAMP, 1992, tr. it.: *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996. In argomento, cfr. P. RIDOLA, *Diritti di partecipazione e spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativ*a, Torino, Giappichelli, 303 ss. e spec. 306 ss.

Parte IV
La tutela dei diritti tra carte europee, corti sovranazionali e *governance* globale

Giovanna Chiappetta
Il riesame delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *status personae*

Antonella Galletti
Il Protocollo n. 16 alla CEDU: nuove prospettive per un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali e la mancata ratifica dell'Italia

Ida Angela Nicotra
L'impatto della digitalizzazione sulla pubblica amministrazione e sui diritti

Fausto Vecchio
L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello Stato costituzionale

GIOVANNA CHIAPPETTA*

Il riesame delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *status personae***

SOMMARIO: 1. Presentazione - 2. L'introduzione della revocatoria straordinaria a seguito della procedura di infrazione ex art. 46 CEDU - 3. Individuazione del potenziale ambito applicativo della riforma - 4. I diritti fondamentali dello statuto della persona-figlio ex artt. 2, 24 e 30 cost. e la categoria della filiazione dallo status incerto - 5. L'esperienza francese della revisione del giudicato in materia di diritti di stato delle persone - 6. Potenzialità applicative della revocatoria per violazioni dell'art. 8 CEDU incidenti su diritti della persona-figlio.

ABSTRACT: ***The essay analyzes the potential applications of the revision of a final judgment on violation of the European Convention on Human Rights provided by Art. 391-quater of the Italian Code of Civil Procedure in the field of 'status personae'.***

1. *Presentazione*

Le sentenze di condanna della Corte di Strasburgo possono incidere su questioni decise con sentenze nazionali (civili, penali o amministrative) passate in giudicato. In tali ambiti si è delineata un'antinomia tra gli obblighi convenzionali da rispettare e l'autorità del giudicato nazionale da conservare.

Nel processo penale è prevalsa l'istanza di giustizia del caso concreto rispetto alla immutabilità del precedente interno, stante l'incidenza della sentenza su diritti e libertà personali. Pertanto, si è ammessa la possibilità di revisione del giudicato interno fondata sulla sopravvenienza di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo[1]. La Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo e conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea.

Nel silenzio del legislatore, la Consulta (n. 123 del 2017, n. 19 del 2018 e n. 93 del 2018) ha escluso che per l'esecuzione del sopravvenuto "giudicato" della Corte di Strasburgo si potesse estendere l'istituto della revisione delle sentenze penali a quelle amministrative e civili[2]. La questione di legittimità costituzionale riguardava gli artt. 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui «non prevedono tra i casi di revocazione l'ipotesi in cui la revocazione si renda necessaria per consentire il riesame del merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per contrasto con l'art. 117 della Costituzione della Repubblica». L'ordinanza di rimessione riteneva potersi traslare al processo civile la soluzione adottata con la sentenza n. 113 del 2011 al processo penale con l'addizione di un'ulteriore ipotesi di revocazione per ottemperare al giudicato convenzionale.

La Consulta escludeva che l'art. 46, par. 1, CEDU ponesse l'obbligo di riapertura dei processi civili e amministrativi a seguito di sentenze di accertamento della violazione di diritti

* Professore Ordinario di Diritto Civile, Università della Calabria.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Corte cost. n. 113 del 2011.

[2] Corte cost. n. 93 del 2018.

garantiti dalla CEDU. La soluzione spettava al legislatore, in considerazione della differenza tra processi penali e civili e della necessità, con riferimento a questi ultimi, di tutelare i soggetti, diversi dal ricorrente a Strasburgo e dallo Stato, che, pur avendo preso parte al giudizio interno, non sono parti necessarie del giudizio convenzionale.

Data l'importanza del tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU anche al di fuori della materia penale, la Corte costituzionale auspicava l'intervento del legislatore conciliativo del diritto di azione delle parti vittoriose a Strasburgo con quello di difesa dei terzi.

Il d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 (contenente la riforma del processo civile) ha introdotto la revocatoria straordinaria del giudicato civile per contrarietà alla CEDU.

In linea con l'intervento legislativo francese del 2016 (legge di modernizzazione della giustizia del XXI secolo[3]), la revisione non ha portata generale ma è ammessa soltanto per le sentenze convenzionali rese sui diritti di stato delle persone.

Le disposizioni di rito (artt. 391 *quater* e 397 c.p.c.) stabiliscono le condizioni per poter richiedere la revisione di una sentenza civile definitiva. Possono essere impugnate per revocazione le sentenze passate in giudicato, sia esso formale o sostanziale[4] se: 1) la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona; 2) l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione.

Il ricorso può essere proposto nel termine di 60 giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione della sentenza della Corte di Strasburgo. Legittimato attivo è anche il procuratore generale presso la Corte di cassazione (art. 397 c.p.c.).

Inoltre, l'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede che non hanno partecipato al giudizio dinnanzi alla Corte europea. La riforma ha novellato la disciplina degli artt. 2652 e 2690, comma 1, c.c. sugli effetti prenotativi della trascrizione delle domande di revocazione. In particolare, sono stati aggiunti il punto 9 *bis* all'art. 2652 c.c. ed il 6 *bis* all'art. 2690 c.c. in relazione agli acquisti a titolo derivativo di beni immobili, di diritti reali immobiliari (e altre analoghe situazioni) e di beni mobili registrati. La tutela dei terzi rispetto agli effetti della sentenza di revocazione che l'accoglie nel merito richiede la priorità della trascrizione e la buona fede.

2. *L'introduzione della revocatoria straordinaria a seguito della procedura di infrazione ex art. 46 CEDU*

Giova ricordare che l'ipotesi di revocatoria in esame non era contemplata nei lavori della Commissione ma è d'iniziativa parlamentare[5].

L'introduzione della disciplina nell'ordinamento interno è la risposta alle violazioni riscontrate nella procedura di esecuzione *ex* art. 46 CEDU. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha dato l'avvio alla procedura (*ex* art. 46 CEDU) contro l'Italia per mancata attuazione di talune sentenze definitive della Corte di Strasburgo in violazione dell'art. 8 CEDU.

[3] L. 18 novembre 2016, n. 2016-1547.

[4] A. MERONE, *Revocatoria a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (artt. 391 quater, 397 c.p.c.; 2652, 2690 c.c,)*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, R. Tiscini (cur.), Pisa, 2023, 613.

[5] Per gli approfondimenti v. E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 217 ss.

Nella riunione dei diritti umani di marzo 2022[6] il Comitato ha esaminato sentenze in corso di esecuzione riguardanti diversi profili della vita dei minorenni e dei loro genitori: l'adozione piena. il diritto di visita dei genitori in caso di separazione o divorzio; le misure di affidamento extrafamiliare.

È relativamente alle sentenze di adozione piena dei minorenni in corso di esecuzione[7] che l'organo di controllo europeo ha sostenuto che le autorità nazionali non hanno messo in atto le misure necessarie per preservare il legame tra i ricorrenti e i loro figli. In particolare, le infrazioni rilevate riguardano profili fondamentali della procedura nazionale: la valutazione delle circostanze alla base della dichiarazione dello stato di abbandono dei minori di età, la condizione di vulnerabilità del genitore biologico, le differenze culturali nell'interpretazione del ruolo parentale dei genitori.

Un dato comune riscontrato nella maggior parte dei casi è la tempistica dei procedimenti. Il protrarsi per molti anni dei procedimenti di adozione 'piena' ed il mancato esperimento di misure volte a favorire il ricongiungimento dei minori ai genitori biologici avevano consolidato una situazione di fatto sorta sulla base di provvedimenti giudiziari nazionali sproporzionati in ordine all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione dello stato di abbandono e all'interruzione del diritto di visita. Tale restrizione ulteriore ha comportato il rischio di troncare le relazioni familiari che «con il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il minore e il genitore che non vive con lui»[8].

Tra le sentenze in esecuzione vi è quella resa dalla Corte di Strasburgo nel caso Zhou c. Italia (ricorso n. 33773/11, del 21 gennaio 2014), sentenza che ha consentito di sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 395 e 396 c.p.c. di cui alla decisione della Consulta n. 93 del 2018[9]. Nella specie, la parte ricorrente lamentava di aver subito la sospensione dei rapporti con il figlio e la perdita dello *status* (di madre) a seguito di una dichiarazione dello stato di abbandono in violazione dell'art. 8 CEDU[10]. La Corte rilevava che i motivi addotti dai giudici italiani per dichiarare lo stato di adottabilità del minore non corrispondessero alle circostanze «del tutto eccezionali» che avrebbero potuto giustificare la rottura del legame familiare. Inoltre, le autorità italiane, non avevano adottato le misure idonee e ragionevoli per mantenere i legami tra la ricorrente ed il figlio e garantire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. La Corte condannava per violazione dell'art. 8 CEDU il Governo al risarcimento dei danni morali a favore della parte ricorrente.

All'esito del giudizio europeo la sig. Zhou chiedeva ai giudici nazionali che venissero presi contatti con i genitori adottivi e con i servizi sociali perché e, nel rispetto dell'interesse del minore, si valutassero le possibili forme di attuazione della sentenza definitiva della Corte EDU contro l'Italia. La Corte di appello di Venezia adita, con ordinanza del 18 luglio 2016, n. 55,

---

[6] La procedura di infrazione di cui alle riunioni del Comitato dei Ministri n. 1428° dell'8-9 marzo 2022 (DH), H46-17 Gruppo Terna (Richiesta n. 21052/18) e R.V. e altri (Richiesta n. 37748/13) c. Italia.

[7] Zhou c. Italia, n. 33773/11, 21 gennaio 2014, S.H. c. Italia, n. 52557/14, 13 ottobre 2015 e Akinnibosun c. Italia, n. 9056/14, 16 luglio 2015; A.I. c. Italia n. 70896/17, 1° aprile 2022; D.M. e N. c. Italia, n. 60083/19, 20 gennaio 2022.

[8] A.I. c. Italia n. 70896/17, cit., § 65.

[9] Zhou c. Italia, cit.

[10] La Corte cost. con la sentenza n. 183 del 2023 ha offerto un'interpretazione adeguatrice alla Costituzione dell'art. 27, comma 3, della legge n. 184 del 1983, che consente, al giudice di valutare in concreto la sussistenza del preminente interesse del minore a mantenere talune positive relazioni socio-affettive con componenti della famiglia di origine. La cessazione dei rapporti con la famiglia biologica attiene di necessità e inderogabilmente al piano delle relazioni giuridico-formali. Quanto, invece, alla interruzione dei rapporti di natura socio-affettiva, la norma racchiude una presunzione solo *iuris tantum* che il distacco di fatto dalla famiglia d'origine realizzi l'interesse del minore.

sollevava la questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 395 e 396 cpc in relazione all'art. 117, comma 1, cost., nella parte nella quale non consentivano la revocazione di una sentenza civile per contrasto con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Consulta con la pronunzia di inammissibilità n. 93 del 2018 ribadiva quanto affermato nel precedente n. 123/2017 ossia l'inesistenza di un diritto alla riapertura del processo civile in base alla giurisprudenza della CEDU.

Le autorità italiane, in sede della precitata procedura di esecuzione ed in relazione ai casi di adozione piena suindicate, hanno fornito le informazioni riguardanti le misure da adottare per la soluzione del problema alla base delle violazioni riscontrate dalla Corte dei diritti dell'uomo. Nel bilancio d'azione[11] il governo ha indicato l'introduzione della revocatoria per rimediare alle violazioni di un diritto di status personale e familiare. La novella così introdotta converge con le indicazioni fornite dalla Corte di Strasburgo[12] in analoghe sentenze di adozione piena con la perdita dello status familiare (e del diritto ad avere rapporti affettivi tra figlio e genitrice biologica) nelle quali il giudice europeo ha indicato, in base alle circostanze concrete, la misura del riesame come la più adeguata per porre fine alla violazione dell'art. 8 CEDU. Come è facile intuire, il punto di forza della procedura di infrazione è l'aver instaurato il dialogo tra gli organi del Consiglio d'Europa ed il governo italiano che ha consentito l'individuazione delle misure da adottare per affrontare le criticità rilevate.

La necessità di procedere in tale direzione di riforma è emersa nei casi di adozione piena in violazione dell'art. 8 CEDU nei quali la parte ricorrente continuava a subire gravi conseguenze per il passaggio in giudicato della sentenza di adozione non sanate dall'equa soddisfazione. Il riesame o la riapertura della procedura in tempi brevi può rappresentare, valutate le circostanze del caso concreto, il rimedio adeguato per garantire la *restitutio in integrum* alla situazione violata della parte ricorrente. La misura generale così introdotta potrà evitare ulteriori simili violazioni, ed assicurare alla parte ricorrente, per quanto possibile, il ripristino dello *status quo ante* eliminando le conseguenze delle violazioni della CEDU. I diritti lesi godranno così di una protezione «non teorica o illusoria, ma concreta ed effettiva»[13].

Le tutele introdotte dalla riforma appaiono costituzionalmente e convenzionalmente 'necessarie' poiché dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona[14].

3. *Individuazione del potenziale ambito applicativo della riforma*

Per la proponibilità della revocatoria in esame le decisioni nazionali passate in giudicato devono aver pregiudicato un 'diritto di stato della persona' tutelato dalla CEDU o dai suoi Protocolli.

L'espressione ('diritti di stato delle persone') per il Consiglio Superiore della Magistratura «non può dirsi …di significato sufficientemente univoco e determinato, tale da poter essere

[11] Il piano d'azione è la relazione dello Stato sottoposto ad una procedura di esecuzione che espone le misure adottate per dare attuazione alle sentenze della Corte di Strasburgo.

[12] D.M. e N. c. Italia, ricorso n. 60083/19, sentenza definitiva del 20 aprile 2022, § 101.

[13] Corte EDU 9 ottobre 1979, caso Airey c. Irlanda, ricorso n. 6289/73. Sul principio di effettività delineato dalla Corte di Strasburgo, v. Corte EDU, 18 dicembre 1996, Loizidou c. Turchia, ricorso n. 15381/89, § 50.

[14] La Consulta qualifica talune leggi come costituzionalmente necessarie (sentenze nn. 16/1978; 35/1997; 49/2000; 45/2005). Si tratta di «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». La Corte di Strasburgo ha eretto l'effettività a principio tacito della CEDU. V. Raccomandazione R(2000) 2 sul riesame o la riapertura di alcuni casi a livello nazionale a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti umani.

propriamente utilizzata in una disposizione del Codice di rito. Altro infatti sono gli stati, altro i diritti»[15].

I commentatori della novella, con diverse argomentazioni, ne forniscono delle possibili interpretazioni: vi è chi propone di estendere la nozione ai diritti allo *status familiae* e *civitatis* «(di famiglia, quale il matrimonio, la filiazione, l'unione civile, ovvero di cittadinanza)»[16], collegandola all'art. 70, comma,1, n. 3, c.p.c. sull'intervento obbligatorio del PM; chi mette in luce che l'espressione «di certo non è riferibile ai diritti di stato di cittadino giacché il contenzioso afferisce alla giurisdizione amministrativa e le sentenze non sono revocabili ai sensi del nuovo art. 391 quater» ma alle situazioni giuridiche connesse allo stato di famiglia[17]; chi, ancora, lascia all'interprete l'individuazione della portata dell'espressione se con essa possa farsi riferimento alla lesione di tutti i diritti non patrimoniali protetti dalla CEDU o se il riferimento «individui uno specifico sottoinsieme della medesima area»[18].

La locuzione "diritti di stato delle persone" è ritenuta ambigua secondo le categorie di diritto sostanziale tradizionali[19]. Le interpretazioni offerte dalla dottrina intendono la condizione come riferita, innanzitutto, allo *status personae* e *familiae* e in via di interpretazione estensiva, anche allo *status civitatis* (delineato dalla Corte dei diritti dell'uomo nozioni di rifugiato, migrante e detenuto) [20].

Tuttavia, la nozione potrà comprendere i diritti di stato di «altro familiare» di cui all'art. 3, della direttiva 2004/38[21] nella quale rientra, secondo la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo[22] il minorenne in Kafala presso cittadini dell'Unione i quali si fanno carico del mantenimento, dell'istruzione e della protezione, in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del Paese d'origine del minore[23].

---

[15] V. Parere del CSM sul disegno di legge governativo n. 1662/2020 e sullo schema di decreto legislativo di riforma del processo civile, 30 e 31. G. Frezza, *"Diritti di stato della persona", trascrizione della domanda di revocazione ex art. 2652, comma 1, n. 9-bis e inapplicabilità della relativa disciplina*, in *Judicium*, 2023.

[16] Così testualmente, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, 2023, § 3; G. CARUSO, *La nuova ipotesi di revocazione ex art. 391 quater c.p.c.*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*

[17] A. MONDINI, *La nuova, limitata, ipotesi di revocazione straordinaria di decisioni contrarie alla CEDU*, in *Judicium*, 2023.

[18] A. MERONI, *Revocatoria a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p, 611 e M. Pagnotta, *La nuova ipotesi di revocazione della sentenza civile*, in *Judicium*, 2023.

[19] G. FREZZA, *"Diritti di stato della persona"*, cit.

[20] G. FREZZA, *"Diritti di stato della persona"*, cit.

[21] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, 77, e rettifica in GU 2004, L 229, 35).

[22] Grande Sezione della Corte di giustizia nel caso SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, Causa C-129/18, CGUE, sentenza del 26 marzo 2021.

[22] In particolare, al punto 27 della sentenza si legge che ai sensi del provvedimento giudiziario di Kafala algerina i coniugi si erano impegnati a «impartire alla minore…un'educazione secondo i precetti della religione islamica …trattarla come se fossero i genitori naturale». La Corte afferma che l'obiettivo della direttiva consiste nel «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», agevolando l'ingresso e il soggiorno delle persone che presentano vincoli familiari stretti e stabili con un cittadino dell'Unione in ragione di circostanze di fatto specifiche, quali una dipendenza economica, un'appartenenza al nucleo familiare o gravi motivi di salute.

[23] La Corte conclude che è compito delle autorità nazionali agevolare l'ingresso ed il soggiorno di un minore posto sotto la tutela di cittadini dell'Unione a titolo della kafala algerina in quanto 'altro familiare' di un cittadino dell'Unione, procedendo ad una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi presenti e, in particolare, dell'interesse

La locuzione diritti di stato può avere il significato di diritti della persona allo stato che descrive le situazioni soggettive inviolabili, complesse, a statuto normativo variabile riconosciute alla persona in considerazione della loro meritevolezza da valutarsi in via evolutiva nel tempo[24]. Statuto normativo personale, sintesi dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili di solidarietà, che possono godere nel tempo di una differente giustiziabilità ed azionabilità. Nel sistema italo-europeo, la nozione, a contenuto variabile, continua ad arricchirsi di nuove situazioni. Si può pensare, allo statuto del figlio nato da parto anonimo il quale non ha il diritto all'accertamento della maternità biologica. Al momento del parto e per consentire anche la tutela del neonato, si privilegia la scelta di anonimato della genitrice. Successivamente il bambino adottato può acquisire il diritto di conoscere la propria condizione, ed ancora, a tutela della sua identità genetica potrà chiedere la reversibilità del segreto nei confronti della famiglia di origine[25]. La situazione muta in caso di morte della partoriente rimasta anonima: il diritto di conoscere la condizione di figlio adottato si trasforma in diritto a conoscere le proprie origini genetiche nel rispetto delle situazioni vantate dai terzi. La Corte costituzionale (sentenza n. 278 del 2013) nel pronunciarsi sul diritto alla reversibilità del segreto, ha seguito il monito della Corte di Strasburgo (Caso Godelli c. Italia) ed ora il diritto alla conoscenza delle proprie origini è esteso al nato da tecniche di procreazioni eterologhe nei confronti dei donatori di gameti (Corte cost., n. 162 del 2014).

In considerazione delle possibili sopravvenienze meritevoli (come una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo per contrarietà alla CEDU), la situazione personale potrà subire modifiche in termini di prescrittibilità e/o giustiziabilità[26].

I diritti inviolabili dell'uomo *ex* art. 2 cost. così come la nozione di vita privata e familiare *ex* art. 8 CEDU beneficiano di una interpretazione 'evolutiva' ad opera della giurisprudenza nazionale ed europea.

La Corte di Strasburgo ha, infatti, adottato il c.d. metodo dell'autonomia delle nozioni convenzionali e dell'interpretazione evolutiva delle medesime nozioni[27]. Pertanto, la nozione 'diritti di stato delle persone' è dotata di un peculiare coefficiente di vaghezza o indeterminatezza per adattarsi all'evoluzione del sistema.

4. *I diritti fondamentali dello statuto della persona-figlio ex artt. 2, 24 e 30 cost. e la categoria della filiazione dallo status incerto*

È opinione condivisa in dottrina che l'espressione comprenda i diritti di *status* personali e familiari. In relazione allo *status filiationis*, statuto normativo riconosciuto alla persona-figlio

---

superiore del minore in questione. Tale valutazione deve prendere in considerazione anche gli eventuali rischi concreti e individualizzati che il minore interessato sia vittima di abuso, sfruttamento o tratta dei minori.

[24] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*, 4ª ed., Napoli, 2020, 247 ss.

[25] V., per l'adozione internazionale, l'art. 30 Convenzione Aja sull'adozione internazionale, che richiede alle autorità di ciascuno stato contraente di conservare le informazioni sulle origini del minorenne adottato.

[26] *Ibid.*, 2.

[27] Sui criteri interpretativi della Corte di Strasburgo, v. G. CHIAPPETTA, *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011, 1 ss.

Sul metodo della Corte di Strasburgo delle nozioni autonome si v. anche C. DE BERNARDINIS, *B. Juges ordinaires et droit européen*, in *Revue générale du droit*, 2021, numéro 55540.

a prescindere dal vincolo familiare[28] giova ricordare che nel sistema integrato dalle fonti e dalle giurisdizioni europee l'interpretazione dell'art. 30, comma 1, Cost. è mutata.

La Consulta ha messo in luce che i diritti del figlio (diritti di *status*) possono fondarsi sulla realtà biologica della procreazione o sulla solidarietà e sull'affetto consolidato con il genitore di fatto[29].

Conformemente le giurisdizioni europee configurano la responsabilità genitoriale anche sulla base di un rapporto familiare *de facto* (Corte di Strasburgo[30] e Corte del Lussemburgo[31]).

In particolare, la Consulta (sentenza n. 33 del 2021)[32], ha rilevato che, accertata l'esistenza del rapporto familiare di fatto consolidato tra il bambino nato da gestazione per altri con il genitore d'intenzione, è necessario «far valere i diritti delle minori: il

---

[28] Lo *status filiationis* è lo statuto normativo che riconosce o diritti e doveri di figlio a prescindere dal vincolo familiare, è uno statuto della persona-figlio, non uno *status familiae*.

[29] Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347. Si tratta di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita eterologa, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali: «è interesse del minore non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre; risponde a fondamentali principi costituzionali che ogni figlio abbia diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione (di intenzione); mentre nessun rapporto di paternità potrebbe essere instaurato col padre biologico».

[30] Definita «vita familiare di fatto» dalla Corte di Strasburgo a far data dalla sentenza del 27 aprile 2010, nel caso Moretti e Benedetti c. Italia, ricorso n. 16318/07. La Corte accoglie il ricorso presentato da due cittadini italiani per la tutela del legame instaurato con una bambina a seguito di un affidamento temporaneo. La Corte, considerando il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina, ha statuito, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU. Nel caso di specie i giudici rilevano in concreto la stabilità dei legami, tenendo conto del tempo vissuto dai ricorrenti con il bambino, la qualità delle relazioni affettive instaurate ed il ruolo da loro assunto nei confronti del minore. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto le relazioni 'familiari' *de facto* tra uno o più adulti ed un minore in assenza di legami biologici. La Corte EDU (Grande Camera) nella sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia del 24 gennaio 2017 ha, difatti, affermato che: «140. […] Il concetto di "famiglia" di cui all'articolo 8 riguarda le relazioni basate sul matrimonio ed anche altri legami "familiari" *de facto*». 148. 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'articolo 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. 151. 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. 153. 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».

[31] La Corte di giustizia, nel caso O. e S. del 6 dicembre 2012 C 357/11, ha riconosciuto il diritto al permesso di soggiorno al genitore sociale (extracomunitario) di un minore, cittadino europeo, al fine di salvaguardare l'unità familiare e di garantire al minore i diritti rilevanti dalla cittadinanza europea.

[32] Analogamente nella sentenza n. 32 del 2021 (§ 2.4.1.3): «La condizione di nati a seguito di PMA eterologa praticata in un altro paese, in conformità alla legge dello stesso, da una donna, che aveva intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, ha reso affatto evidente un vuoto di tutela»; altresì rilevando che pur «in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento [di quelli indicati nell'ordinanza di remissione] può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise».

mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise».

Sulla gestazione per altri la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha emanato il primo parere consultivo non vincolante ai sensi del Protocollo n. 16 della CEDU. Su richiesta della Cassazione francese[33] ed in relazione alla prima domanda di revocatoria in materia di stato a seguito della sentenza convenzionale Mennesson (Corte EDU 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11) il giudice europeo si esprime sulle questioni di principio relative all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 8 CEDU (come sancito dall'art. 1, § 1 del Protocollo n. 16). Come richiesto dall'art. 1, § 2, del Protocollo n. 16 addizionale alla CEDU, le questioni interpretative poste dalla Cassazione francese si inseriscono nel contesto della procedura riguardante i coniugi Mennesson. I quesiti hanno riguardato il rifiuto del riconoscimento del legame di filiazione di fatto tra il nato da surrogazione di maternità e la sig.ra Mennesson genitrice d'intenzione, designata nell'atto di nascita straniero come madre «legale». La questione del riconoscimento è stata sollevata in relazione dell'art. 8 CEDU a tutela del diritto al rispetto della vita privata del bambino. La Corte europea in data 10 aprile 2019 ha reso il primo parere considerando l'interesse superiore in concreto del bambino e l'estensione del margine di apprezzamento degli Stati membri.

Relativamente al primo aspetto, ha affermato che l'art. 8 della Convenzione non impone un'obbligazione generale per gli Stati di riconoscere *ab initio* un legame di filiazione tra il bambino ed il genitore d'intenzione. L'interesse superiore del bambino deve essere apprezzato in concreto e sulla base del legame affettivo ed effettivo che si è instaurato. Le autorità nazionali devono, quindi, valutare, alla luce delle circostanze particolari del caso «*si et quand ce lien s'est concrétisé*». È pertanto necessario esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai genitori nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro ed il minore. I giudici di Strasburgo non definiscono 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.

In breve, gli Stati sono obbligati ad offrire una possibilità «*d'un lien de filiation*» qualora, come nell'*affaire* Mennesson, si configuri un rapporto effettivo che richieda un riconoscimento nell'interesse del bambino. Sempre nell'interesse del bambino e stante il margine di apprezzamento in questa materia 'sensibile' e sulla quale manca il consenso europeo, lo Stato può scegliere lo strumento adeguato. Sarà l'autorità nazionale ad individuarlo e potrà essere la trascrizione dell'atto di nascita, l'adozione da parte del genitore d'intenzione, un provvedimento *ad hoc* che soddisfi l'interesse concreto del figlio a garantire i rapporti affettivi (art. 333 c.c.) o altra misura prevista dal diritto interno ritenuta idonea allo scopo in quanto efficace e di rapida attuazione.

La Corte di Strasburgo parla della possibilità di un rapporto di filiazione che deve essere riconosciuto al genitore di fatto, cioè dopo che si è instaurato un rapporto affettivo stabile. Tale "*lien*" non corrisponde ad un concetto giuridico ben definito, per come esso viene inteso nei Paesi di *Civil law*. La Corte adopera concetti autonomi e che mirano al riconoscimento dei diritti fondamentali propri dello *status personae* anche senza l'attribuzione formale dello *status filiationis* (*rectius*, non occorre riconoscere un altro *status filiationis*).

In questa prospettiva, ha ritenuto sussistente tale riconoscimento senza la costituzione di un legame giuridico di filiazione, ad esempio considerando adeguato l'affidamento

[33] V. la domanda di parere della Cassazione francese n. 638 del 5 ottobre 2018, in www.courdecassation.fr.

familiare temporaneo del bambino nato da surrogazione e i genitori d'intenzione (v. Valdis Fiolnisdottir e altri /Islanda)[34] o attraverso misure *ex* art. 333 c.c. volte a preservare il legame di fatto senza la costituzione giuridica del rapporto genitoriale (v. Corte EDU, decisioni Sophie Anouk Aspisi /Italia del 9 marzo 2023; Vittorio Carbonai/Italia del 12 gennaio 2023 e Valentina Bortolato/Italia del 2 febbraio 2023).

La Corte di Strasburgo ha, quindi, riconosciuto le relazioni 'familiari' *de facto* tra uno o più adulti ed un minore in assenza di legami biologici (*ex* art. 8 CEDU), lasciando al margine di discrezionalità nazionale la scelta della misura adeguata all'interesse di ciascun 'figlio', in base a tutte le circostanze concrete. Nel legame di fatto c'è il valore tutelato del diritto fondamentale del figlio, quindi, il riconoscimento del diritto inviolabile ha non ha bisogno di una norma fattispecie.

L'interpretazione convenzionale indica quale momento imprescindibile del riconoscimento di una relazione a tutela dei bambini, l'instaurazione della vita familiare effettiva. Lo strumento nazionale dovrà garantire al bambino i diritti di stato «*contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prende en charge*».

In sintesi, è necessario garantire al figlio uno strumento giuridico che può esperire per la continuazione dell'esercizio dei doveri di cura da parte di chi se ne sia assunto volontariamente la responsabilità.

L'interesse del minore va valutato in concreto e può attuarsi in diversi modi: con la riconoscibilità del rapporto di filiazione d'intenzione, oppure con l'irriconoscibilità di tale rapporto e la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono e l'apertura della procedura di adozione. Ciò sta a significare che occorre valutare se l'interesse integra o no la soglia minima di tutela del diritto inviolabile dello *status personae*. L'interesse del bambino potrà altresì essere tutelato anche con la responsabilità genitoriale *ex* art. 279, 580 e 594 c.c.[35] o con il ricorso ad altri strumenti. In ogni caso dovrà essere garantito al bambino il diritto a conoscere le proprie origini genetiche. La soluzione adeguata a ciascun caso concreto richiede la valutazione del rapporto genitoriale di fatto (che di fatto non è se si considera che nel fatto può essere contenuto il valore giuridico tale per cui esso stesso integra il diritto inviolabile), la condizione di ciascun bambino e degli altri interessi contrapposti.

Al fine di prevenire o limitare i danni derivanti dalla negata tutela delle relazioni genitoriali di fatto e pervenire ad una concreta tutela dei minori, è necessario ipotizzare un

[34] In particolare, non ha condannato l'operato delle autorità islandesi, che hanno rifiutato il riconoscimento di un bambino nato in California con la maternità surrogata e senza alcun legame genetico con la coppia di cittadine richiedenti. Le due donne, rientrate in Islanda con il neonato tre settimane dopo la nascita, avevano chiesto la cittadinanza islandese per il minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione della coppia. Il bambino, essendo nato da madre americana e vigendo in Islanda il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, è stato considerato minore non accompagnato e dato in affidamento alle due donne.

Il bambino è cresciuto con le due donne, che nel frattempo avevano entrambe un nuovo legame. Secondo la Corte europea, la sentenza della Corte islandese, avendo riconosciuto l'affidamento del minore alla coppia, ha adottato le misure necessarie «per salvaguardare la vita familiare delle ricorrenti».

[35] Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CHIAPPETTA, *L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione "incerta e/o sospesa"*, in *Dir. succ. fam.*, 2022, 1, 37 ss.; EAD., *Filiazione incerta o sospesa e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, in *Teoria e Prassi del Diritto*, 2022, 2, 511 ss.; EAD., *La sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Scalzo c. Italia del 6 dicembre 2022 e l'applicabilità degli artt. 279, 580 e 594 c.c. italiano*, in *lacittadinanzaeuropea online*, 2023, 1; EAD., *Le genitorialità sospese o incerte. La Kafala e la responsabilità dell'art. 279 c.c.*, in *Nuovi paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni*, V. Barba, E.W. Di Mauro, B. Concas e V. Ravagnani (curr.), Roma, 2023, 841 ss., spec. 857 ss.

riconoscimento giuridico dei diritti inviolabili allo stato di persona-figlio derivati dal rapporto con il genitore intenzionale.

La Corte europea lascia alla discrezionalità degli Stati la scelta della misura adeguata alla tutela di un legame familiare, da valutarsi caso per caso a seconda dell'intensità del legame stesso. L'autorità nazionale non deve prevedere una misura volta necessariamente alla costituzione formale dello stato di figlio, ma può anche garantire la continuazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale senza l'attribuzione del rapporto genitoriale. Ciò risponde alla necessità di offrire una possibilità di riconoscimento di un legame (diritti di stato) tra il bambino e chi ha esercitato la responsabilità o ha assunto volontariamente la medesima.

In questa direzione, come si è accennato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto adeguata finanche la misura dell'affidamento ai genitori d'intenzione della bambina nata da maternità surrogata nell'ipotesi di insussistenza di legame biologico con i medesimi.

Per la Corte la misura nazionale deve essere idonea a creare un legame idoneo a tutelare, nell'interesse del minorenne, il diritto ad un rapporto genitoriale e, in questo caso, lo Stato convenuto ha «agito a sua discrezione in questa materia, con l'obiettivo di proteggere il suo divieto di maternità surrogata». Qualora la misura statuale contenuta in una sentenza passata in giudicato dovesse essere giudicata dalla Corte di Strasburgo sproporzionata, lesiva dei diritti di stato personale, la parte lesa potrebbe agire con la revocatoria.

La Consulta[36] ha invitato il legislatore ad intervenire per regolamentare le questioni relative all'accertamento della verità biologica o al riconoscimento del rapporto affettivo familiare consolidato, e più in generale, dei diritti connessi a tali accertamenti, senza limitare in maniera sproporzionata gli altri diritti elevati al rango costituzionale. Essa ha ammesso che il processo che si svolge per la persona che desidera far accertare la propria identità, sia essa biologica[37] o *de facto*[38] rischia di comportare non soltanto una violazione del principio della durata ragionevole del processo, ma anche un ostacolo «all'esercizio del diritto di azione sancito dall'articolo 24 della Costituzione italiana», e ciò a maggior ragione nel caso di azioni volte alla protezione dei diritti fondamentali relativi allo status e all'identità personale. Emerge la potenziale portata plurioffensiva della violazione dei diritti di stato in relazione all'art. 8 CEDU quali quello di azione (24 cost.), all'identità personale (art. 2 cost.) e i diritti *ex* art. 30 cost.[39] (comprendente il diritto al mantenimento e quelli successori). Portata plurioffensiva che dipende dalla effettiva lesione che la violazione ha determinato ad interessi integranti diritti inviolabili della persona. È dato acquisito che tra essi possano esservi anche diritti patrimoniali (e successori[40]). Violazione che potrà ledere contestualmente sia i diritti di stato della parte ricorrente sia di chi ne subisce direttamente

[36] Corte cost. sentenze nn. 32 e 33 del 2021, n. 177 del 2022. Corte EDU, sentenza del 6 dicembre 2022, caso Scalzo c. Italia, ricorso n. 8790/21.

[37] Caso di chi ha acquisito uno status mediante la presunzione di paternità e per poter far accertare la paternità biologica deve agire con l'azione di disconoscimento di paternità e successivamente quella per la dichiarazione di paternità. Accertamento che rappresenta per la Consulta un fardello troppo pesante per i tempi ed i costi di un doppio processo; Corte cost., n. 177 del 2022, cit.

[38] Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, cit.

[39] Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, cit., nella quale Consulta ha riconosciuto al nato da procreazione eterologa nei confronti «di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità … non solo i diritti e doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima - in base all'art. 2 della Costituzione».

Sullo *status* sostanziale di figlio, v. i lavori citati *supra*, alla nota n. 33.

[40] Ciò dovrebbe comportare, però, che non tutti i diritti successori sono diritti fondamentali!

gli effetti della violazione, pur non essendo parte processuale a Strasburgo. A titolo esemplificativo, l'accertamento dello stato di abbandono in violazione dell'art. 8 CEDU determinerà la cessazione del rapporto giuridico-formale di filiazione e con esso la recisione delle relazioni parentali con la famiglia d'origine. Pur se parte ricorrente a Strasburgo è il genitore, la cessazione di tale rapporto potrà ledere i diritti personali e patrimoniali del figlio in stato di adozione, quelli del genitore e di altre persone.

5. *L'esperienza francese della revisione del giudicato in materia di diritti di stato delle persone*

Con riferimento ai casi convenzionali idonei a dare luogo alla richiesta di revocazione si può esaminare quanto è avvenuto in Francia.

Il legislatore francese (art. 42 *code de l'organitation judiciare* novellato dalla legge n. 2016-1546 del 18 novembre 2016 legge di modernizzazione della giustizia del XXI secolo) ha introdotto la revocatoria delle sentenze in materia di stato delle persone contrastanti con una decisione di condanna della Corte di Strasburgo. Nel 2018 la disciplina ha avuto la prima applicazione in casi di gestazione per altri. Le sentenze riesaminate riguardano i casi Mennesson[41] e Bouvet[42] per i quali la Francia era stata condannata dalla Corte europea per violazione dell'art. 8 CEDU avendo impedito il riconoscimento del rapporto di filiazione dei bambini nati da gestazione per altri nei confronti del padre biologico. Il rifiuto delle autorità interne, per scoraggiare il ricorso alla pratica vietata, è ritenuto dal giudice convenzionale sproporzionato ed incompatibile con il preminente interesse del figlio al rispetto della vita privata e familiare. Gli studiosi d'oltralpe hanno sottolineato che "*contrairement à une simple satisfaction équitable, le réexamen offre un remède aux enfants d'établir leur identité et les prémunir contre certains risques, notamment en matière successorale*"[43].

Di recente l'Italia è stata condannata per la stessa violazione riscontrata nei casi Mennesson e Bouvet. Nella sentenza (del 31 agosto 2023 nella causa C. c. Italia)[44] la Corte di Strasburgo ha affermato che l'art. 8 CEDU «richiede che il diritto interno offra una possibilità di riconoscimento del legame tra un minore nato da una GPA praticata all'estero e il padre intenzionale quando quest'ultimo è il padre biologico». La Corte ha concluso che vi è stata violazione del diritto al rispetto della vita privata della ricorrente *ex* art. 8 CEDU e che non vi è stata violazione dell'art. 8 nei confronti del padre genetico (§ 53). La ricorrente vincitrice a Strasburgo è la bambina apolide, nata nel 2019 da gestazione per altri. Il ricorso era stato presentato da coloro che nell'atto di nascita sono indicati come genitori.

Segnatamente, l'esperimento della revocatoria potrà riferirsi a tali sentenze nelle quali è stato negato il riconoscimento dello *status* conforme alla verità biologica. Il riesame potrà concludersi con una sentenza di accertamento dello *status*[45] che ha natura dichiarativa ed

[41] Corte EDU, Mennesson c. Francia, sentenza del 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11.

[42] Corte EDU, Foulon e Bouvet c. Francia, sentenza del 21 giugno 2016, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14.

[43] A.B. CAIRE, *Vers un réexamen des décisions civiles définitivement rendues en matiére d'etat des personnes après une condamnation de la Court européenne des droits de l'homme? Recueil Dalloz*, 2016, 2152; C. DELAHAS, *Le réexamen des affaires civiles à la suite d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme en matiére d'etat des personnes dans la loi "justice du XXIe siècle"*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2017-4, 56.

[44] Ricorso n. 47196/21.

[45] Cass. 4 novembre 2010, n. 22506; Cass. ordinanza 13 giugno 2022, n. 19009; Cass. 19 febbraio 2020, n. 3991. Allo *status* genitoriale si collega, con decorrenza dalla nascita del figlio, l'obbligazione di mantenimento,

effetti legali retroattivi *ex tunc*, con decorrenza dalla nascita del figlio. Con la conseguenza che il figlio o eventualmente il genitore che abbia assunto il mantenimento in via esclusiva, hanno diritto di ricevere quanto dovuto dal genitore per il mantenimento non effettuato. In caso di premorienza del genitore biologico l'accertamento dello *status* farà acquisire al figlio i diritti successori[46].

6. *Potenzialità applicative della revocatoria per violazioni dell'art. 8 CEDU incidenti su diritti della persona-figlio*

I casi Mennesson e Bouvet esaminati in via revocatoria dal giudice francese hanno riguardato i nati da gestazione per altri privati dello *status filiationis*. Tale c.d. categoria non comprende esclusivamente i nati dal ricorso alla tecnica vietata dalla l. 40 del 2004.

In passato la situazione ha riguardato i nati da relazione incestuose. La riforma del diritto di famiglia del '75 aveva mantenuto la scelta originaria del codice civile che li escludeva, salvi limitati casi, dal riconoscimento e dalla dichiarazione giudiziale di genitorialità. Dalla disciplina codicistica derivava una *capitis deminutio* perpetua ed irrimediabile, come conseguenza di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata nel lessico del legislatore, nell'espressione 'figli incestuosi' (punto 5 del considerato in diritto sentenza n. 494 del 2002). La Corte costituzionale (sentenza n. 494 del 2002) affermava che la Costituzione conosce all'art. 30, commi 1 e 3, solo due categorie di figli: quelli nati entro e quelli nati fuori del matrimonio, senza ulteriori distinzioni tra questi ultimi. Nella specie la Consulta attribuiva l'azione per la dichiarazione di paternità e maternità riconoscendo il diritto di azione del figlio, elemento costitutivo dell'identità della persona protetta dall'art. 2 cost. e dal principio personalistico che esso proclama. La declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 278, comma 1, e 251, comma 1, c.c. riconduceva all'art. 2 cost. il diritto di poter esperire l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità. Allo *status filiationis* è riconosciuta la natura di diritto inviolabile *ex* art. 2 cost., salvo ragioni contrarie al suo stesso interesse. Ciò comprova che i diritti inviolabili sono della persona, in quanto persona, non in quanto figlio nato da relazione incestuosa, nato dentro o fuori del matrimonio. La non azionabilità e l'irriconoscibilità ledeva il diritto inviolabile della persona-figlio.

Anche la necessità di un doppio processo può costituire un ostacolo di fatto per il riconoscimento della genitorialità biologica quando i procedimenti sono lunghi e costosi. La Corte di Strasburgo, nel caso Scalzo c. Italia[47], ha esaminato la situazione della ricorrente la quale, per un problema di incompatibilità dei rapporti di filiazione avendo lo *status* di figlia del marito della madre, si è trovata nell'impossibilità di ottenere il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore biologico mediante l'azione per la dichiarazione di

---

con la conseguenza che il figlio o eventualmente il genitore che abbiano assunto il mantenimento in via esclusiva, hanno diritto di ricevere la somma dovuta dal genitore per il mantenimento non effettuato.

[46] I diritti spettano alla persona-figlio anche qualora l'accertamento della filiazione avvenga a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità dopo la morte del testatore. La Cassazione, con la sentenza 21 maggio 2019, n. 13680, ha affermato in relazione all'art. 687 c.c.: la sopravvenienza di figli, idonea a giustificare la revoca del testamento, ricorre «anche quando venga esperita vittoriosamente nei confronti del testatore l'azione di accertamento della filiazione … senza che abbia alcun rilievo che la dichiarazione di paternità o la proposizione della relativa azione intervenga dopo la morte del de cuius, né che quest'ultimo, quando era in vita, non abbia voluto riconoscere il figlio, pur essendo a conoscenza della sua esistenza».

[47] Corte EDU, sentenza del 6 dicembre 2022, cit.

paternità. L'art. 253 c.c. subordina l'azione per la dichiarazione della paternità biologica al passaggio in giudicato della sentenza che dichiara il disconoscimento della paternità. La necessità di un doppio giudizio e la pendenza da oltre 12 anni del procedimento disconoscimento della paternità hanno determinato la lesione del diritto di azione (24 cost.) e contestualmente dell'identità personale e dei diritti successori della ricorrente. Infatti, la situazione di incertezza sulla identità personale rischia, nelle more dell'accertamento dello *status filiationis*, che gli eredi del padre biologico deceduto nel corso del lungo procedimento possano dissipare l'eredità[48]. La Corte considera che, nel caso di specie, l'interessata è mantenuta in uno stato di incertezza prolungata per quanto riguarda la sua identità personale. Lo svolgimento del procedimento lede in maniera sproporzionata il diritto al rispetto della sua vita privata. Essa ritiene, nelle circostanze del caso di specie, che le autorità italiane si siano sottratte all'obbligo positivo di garantire il diritto della ricorrente al 'rispetto' della sua vita privata. Di conseguenza rileva che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Se si condividono le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Consulta, convergenti con quelle della Corte dei diritti dell'uomo, talune sentenze interne passate in giudicato in violazione dell'art. 8 CEDU possono attribuire un potenziale ambito applicativo dell'art. 391 *quater* c.p.c.

Qualora dovesse condividersi l'interpretazione in questa sede proposta, la trascrizione della domanda di revocazione di tali sentenze potrebbe svolgere una funzione cautelare, prenotativa rispetto agli effetti della sentenza di revocazione che l'accoglie nel merito. L'art. 391 *quater*, ult. comma, c.p.c. stabilisce che l'accoglimento della revocatoria non può pregiudicare i diritti acquisiti dai terzi di buona fede.

Dovrà trattarsi di terzi «che, in buona fede, abbiano acquistato un diritto sulla base della decisione oggetto di impugnazione per revocazione». Così ad esempio, la sentenza interna potrà, mediante un'adozione piena 'sproporzionata', attribuire un nuovo *status filiationis* e recidere il rapporto giuridico con il genitore biologico[49]; la durata e la complessità della procedura interna potranno di fatto ostacolare il diritto di azione, ledere quello all'identità personale e determinare un'incertezza sullo stato familiare[50], o ancora, la sentenza interna potrà non riconoscere i diritti anche successori discendenti dall'esistenza del rapporto familiare *de facto*[51].

In questi casi la persona titolare dei diritti di stato, trovandosi nell'incertezza sulla identità personale e familiare, rischierebbe, nelle more della sentenza conclusiva della fase rescissoria del giudizio di impugnazione, che gli altri eredi del genitore (biologico o di fatto) deceduto possano trasferire a terzi i beni ereditari. La trascrizione della domanda di revocazione potrebbe tutelare, da un lato, i diritti di stato (anche successori) *ex* art. 8 CEDU e, dall'altro, i terzi potenziali acquirenti dagli eredi. I terzi dopo la trascrizione della domanda di revocazione potranno decidere di acquistare i beni sub condizione risolutiva dell'accoglimento dell'impugnazione che accerterà lo *status* personale e familiare.

---

[48] Così si legge al paragrafo 53 della sentenza: La ricorrente rammenta inoltre che, quando il suo status di figlia naturale sarà accertato, gli eredi del suo padre biologico avranno già dissipato tutto il patrimonio e venduto tutti i beni che le sarebbero dovuti.

[49] V. Corte cost. n. 177 del 2022; Corte EDU, C. c. Italia, sentenza del 31 agosto 2023, ricorso n. 47196/21.

[50] Corte EDU, caso Scalzo c. Italia, cit.

[51] Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021; Corte cost. n. 183 del 2023. Cass. 4 novembre 2010, n. 22506; Cass. ordinanza 13 giugno 2022, n. 19009; Cass. 19 febbraio 2020, n. 3991.

Il giudice del riesame dovrà valutare la situazione sostanziale lesa in conflitto con quella vantata dai terzi. Una valutazione di prevalenza e compatibilità da effettuare secondo ragionevolezza e proporzionalità per l'adozione di misure che siano fattibili, tempestive, adeguate e sufficienti per garantire la riparazione proporzionata in relazione agli interessi coinvolti[52].

[52] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, V, *Tutela e giurisdizione*, 4ª ed., cit., 116 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicat*Ivi *della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*, ma spec. 86 ss; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, 716-719 e 732 ss. Il giudice nazionale dovrà valutare se l'interessato sia stato insufficientemente protetto con l'equo indennizzo della Corte di Strasburgo, se la violazione costatata sia grave da giustificare un riesame della decisione interna definitiva, se il tempo di svolgimento del processo interno abbia reso impossibile la *reductio in pristino* della situazione dell'interessato, se vi sia un terzo in buona fede da tutelare. L'eventuale rigetto dell'impugnativa che se in violazione degli artt. 6, 8 e 13 CEDU potrà nuovamente dar via al ricorso a Strasburgo.

ANTONELLA GALLETTI*

Il Protocollo n. 16 alla CEDU: nuove prospettive per un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali e la mancata ratifica dell'Italia**

SOMMARIO: 1. Introduzione. La centralità della Convezione europea dei diritti dell'uomo nel sistema europeo dei diritti umani. – 2. Il Protocollo n. 16 alla CEDU. – 3. La ratifica italiana del Protocollo n. 16 CEDU. - 4. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The system of protection of fundamental rights has been enriched with a new procedural tool: the optional preliminary ruling to the ECHR, provided for by Protocol no. 16 to the ECHR and entered into force on 1 August 2018. Protocol 16 establishes a new tool for dialogue between the Court of Strasbourg and the Superior Courts designated by the member States. In particular, the Protocol allows national courts to forward requests to the ECHR for advisory opinions on questions of principle concerning the interpretation or application of the rights and freedoms enshrined in the Convention. Italy has not yet ratified Protocol 16 and the bill is stalled in 2020. The changes that the Protocol may bring will begin to define a new "European nomophilachy", a new jurisdictional system composed of many vertices that could give a significant boost to the multi-level human rights system.***

1. *Introduzione. La centralità della Convezione europea dei diritti dell'uomo nel sistema europeo dei diritti umani*

L'importanza del contributo della CEDU e della Corte europea alla realizzazione di un "sistema uniforme europeo a tutela dei diritti umani fondamentali"[1] è alla base del costruendo "spazio giudiziario europeo". L'incidenza della Convenzione nel sistema dei diritti umani dell'Unione è un dato indiscutibile e risalente nel tempo.

Di particolare rilevanza è il ruolo svolto dalla CEDU in relazione all'origine ed all'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali[2], la fonte giuridica primaria dei diritti fondamentali nell'Unione europea (art. 6 TUE). Lo testimonia tra l'altro il Preambolo della Carta stessa, laddove si dichiara che essa "riafferma […] i diritti derivanti in particolare […] dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali […] nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza […] della Corte europea dei diritti dell'uomo", e lo conferma la presenza di due importanti clausole di coordinamento

* Professoressa a contratto di Diritto dell'Unione Europea, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Consiglio europeo, *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115, 4 maggio 2010.

[2] La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche nota come Carta di Nizza, è stata proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri allo stesso livello dei trattati e dei protocolli ad essi allegati.

poste a presidio dello standard minimo di tutela offerto dalla Convenzione e dalla giurisprudenza di Strasburgo[3].

Si tratta della "clausola di equivalenza" (art. 52, par. 3) in base alla quale ai diritti sanciti dalla Carta che corrispondono a quelli garantiti dalla CEDU deve essere conferito il medesimo significato e la medesima portata[4] (fatto salvo il caso in cui la Carta offra una tutela più ampia), e della "clausola di compatibilità" (art. 53) che non consente interpretazioni della Carta lesive o restrittive della protezione garantita da altre fonti internazionali, ed in particolare dalla CEDU stessa.

La centralità della CEDU nel sistema europeo di tutela dei diritti umani si registra anche in relazione all'attuazione delle disposizioni del Titolo V del TFUE. Nel prevedere che l'Unione realizza lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali, è chiaro che l'art. 67, par. 1 (letto in combinato disposto con l'art. 6, par. 3 TUE) obbliga le istituzioni ad esercitare i poteri loro conferiti dal Titolo V in conformità agli *standards* consolidatisi non solo nell'*acquis* dell'UE, ma anche nella pratica applicativa della Convenzione e nella giurisprudenza della Corte EDU[5].

Numerosi atti legislativi contengono inoltre la "clausola di non regressione" (art. 82, par. 2 TFUE) che si pone a garanzia del principio per cui le misure dell'Unione non possono essere impiegate per abbassare il livello di tutela esistente, derogare alle norme vigenti o attenuare lo *status* dei diritti già garantiti. Inoltre, il riferimento anche a fonti internazionali "esterne" al sistema europeo, quale il Patto internazionale sui diritti civili e politici, è emblematico di una crescente valorizzazione della sinergia tra fonti diverse che "fanno sistema" nell'ottica della realizzazione di quell' "Europa fondata sui diritti fondamentali" auspicata dal Programma di Stoccolma, nonché sul rafforzamento di un sistema multilivello dei diritti fondamentali[6].

2. *Il Protocollo n. 16 alla CEDU*

Fin dal 2006 la "Commissione di Saggi", nominata per suggerire ulteriori perfezionamenti al sistema della Convenzione EDU, valutò nuove proposte di cooperazione tra la Corte EDU e le corti nazionali, tra le quali incluse l'eventualità di introdurre un *preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union*[7].

---

[3] A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa,* in Diritto dell'Unione Europea, 2009, n. 3.

[4] U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in Diritto dell'Unione Europea, 2004, n. 1; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001.

[5] S. NEGRI, *La realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tra carta dei diritti fondamentali e CEDU: dalla convergenza alla integrazione tra sistemi?* in A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia*, 2014, Padova, 111 e ss.

[6] *Ibid.*

[7] Cfr. La Commissione nominata dai capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa e il suo *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, Doc. CM (2006) 203, 15 novembre 2006. Nel suo "*Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*", ECHR, Strasburgo, 2012, doc. 3853038, la stessa Corte Edu ha prospettato che in sede di ricevibilità delle richieste potrebbero

L'idea di un meccanismo che aiutasse a chiarire le disposizioni della Convenzione EDU e la giurisprudenza della Corte, "fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni" [8], fu oggetto di numerose riflessioni da parte della Corte di Strasburgo, e la Dichiarazione di Brighton invitò il Comitato dei Ministri ad elaborare l'ipotesi di introdurre nella Convenzione "un potere ulteriore della Corte, che gli Stati Parti avrebbero la facoltà di accettare, di esprimere su richiesta dei pareri consultivi relativi all'interpretazione della Convenzione nel contesto di una causa specifica a livello nazionale, senza pregiudizio per il carattere non vincolante dei pareri per gli altri Stati Parti"[9].

L'invito si è concretizzato nell'elaborazione del Protocollo n. 16, il quale ha però escluso che tali pareri potessero essere vincolanti anche per lo Stato a cui appartiene il giudice richiedente. Come sancito dall'art. 1 del Protocollo n. 16, le richieste di pareri consultivi devono riguardare "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla convenzione o dai suoi protocolli" sorte nell'ambito di una causa pendente dinanzi le Corti nazionali competenti ad utilizzare tale strumento. La formula impiegata dall'art. 1 del Protocollo non è priva di ambiguità nella misura in cui menziona, in termini alquanto ampi, sia *l'interpretazion*e che *l'applicazione* quali presupposti della richiesta consultiva[10]. Inoltre, è stato evidenziato anche che il Protocollo non stabilisce che la richiesta sia finalizzata ad ottenere l'"interpretazione e applicazione", ma l'"interpretazione o applicazione", individuando così una distinzione piuttosto problematica nella misura in cui un'alta giurisdizione ritenesse chiara l'interpretazione della CEDU, ma avesse dubbi in merito all'applicazione. Per tali ragioni, è stato rilevato che quello che si richiede alla Corte tramite il parere consultivo dovrebbe essere collocato in un giudizio astratto, che mira a chiarire, in via preliminare, il contenuto delle norme convenzionali, fornendo pertanto un aiuto al giudice nazionale che potrà prevenirne la violazione o, se già commessa, porvi rimedio[11].

Per comprendere i confini interpretativi dell'art. 1 può venire in ausilio il rapporto esplicativo al Protocollo n. 16[12] promosso dalla stessa Corte EDU. Esso evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1 del Protocollo n. 16, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della CEDU. Infatti, sebbene venga al tempo stesso evidenziato il diverso scopo delle possibili procedure attivabili, la disposizione *de quo* sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando "la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque

---

essere utilizzati alcuni criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di rinvio pregiudiziale, quale ad esempio il criterio della rilevanza: sul punto si v. la sintesi di M. MARCHINI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Eurojus.it Rivista*, 13 novembre 2014.

[8] J. P. JACQUÉ, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne de droits de l'homme*, seminario tenutosi in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte europea nel 2012, *How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?*

[9] 7 Cfr. la Dichiarazione di Brighton - *Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*).

[10] La stessa espressione si ritrova anche all'art. 32 della Convenzione che dispone che "la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli". In quest'ultimo caso la dottrina ha distinto tra questioni di applicazione in concreto e questioni di pura interpretazione; a tal proposito, si v. V. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo,* Padova, 2012, 607.

[11] L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2/2019, 160 e ss.

[12] Corte europea dei diritti dell'uomo, Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16.

un'importante questione di carattere generale". Con riguardo ai presupposti della richiesta, invece, l'autorità giurisdizionale nazionale deve rispettare le condizioni procedurali[13] previste all'art. 1 par. 3 del Protocollo n. 16, tenendo conto delle Linee Guida approvate dalla Corte plenaria il 18 settembre 2017[14] .

Inoltre, nelle stesse linee guida, la Corte ha osservato che *può esserci la possibilità che l'organo giurisdizionale in questione concluda che la causa pendente davanti ad essa, a suo avviso, sollevi una nuova questione concernente il diritto convenzionale, o che i fatti del caso non si prestino ad una semplice applicazione della giurisprudenza della Corte, o la possibilità di individuare un'incongruenza nella giurisprudenza europea. In tali circostanze, l'organo giurisdizionale interessato può avvalersi della possibilità di presentare una richiesta di parere consultivo*[15].

Al fine di agevolare la comprensione dell'oggetto della richiesta di parere, la Corte di Strasburgo, in un suo documento di riflessione[16], ha voluto individuare alcuni parametri di riferimento per le alte giurisdizioni remittenti prevedendo alcuni casi-tipo in cui può sorgere una questione di questa natura: in primo luogo, ai casi di violazioni strutturali o sistemiche; in secondo luogo, ai casi in cui sorga la necessità di capire la compatibilità con la CEDU di una legge, di un regolamento o di un principio statuito in via giurisprudenziale, benché venga stabilito che ciò non debba tradursi in una revisione astratta della legislazione di uno Stato, nel rispetto del costante orientamento sul punto offerto dalla giurisprudenza degli stessi giudici europei, dovendo il parere essere sempre richiesto nell'ambito di un contenzioso nazionale[17].

In ogni caso, spetta alla stessa Corte EDU pronunciare l'ultima parola sulla ricevibilità della domanda di parere. Dal punto di vista soggettivo, il giudizio sul parere consultivo della Corte ammette la possibilità di interventi di terze parti. A tal proposito, l'art. 3 del Protocollo conferisce al Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e all'Alta Parte contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria che ha richiesto il parere, il diritto di presentare osservazioni per iscritto e di prendere parte a tutte le cause all'esame della Grande Camera nelle procedure relative alla richiesta. L'art. 4 impone, invece, alla Corte europea di motivare i pareri consultivi emessi ai sensi del Protocollo e autorizza i giudici della Grande Camera di esprimere un'opinione separata, dissenziente o concordante. I pareri così espressi devono poi essere comunicati all'autorità giudiziaria che presenta la richiesta e all'Alta Parte contraente cui appartiene tale autorità[18].

3. *La ratifica italiana del Protocollo n. 16 alla CEDU*

La conclusione dell'iter italiano di ratifica del Protocollo n. 16 CEDU rappresentava, fino al 2018, la condizione ultima necessaria per l'entrata in vigore del Protocollo che era stato firmato da 18 Stati membri del Consiglio, 9 dei quali avevano depositato gli strumenti di ratifica: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e

[13] *Ibid.*

[14] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N. 16 to the Convention*.

[15] Linee guida, par. 5.

[16] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, par. 28.).

[17] *Ibid.*

[18] L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo,* cit.

Ucraina. Tuttavia, il 12 aprile 2018 la Francia ha depositato, a Copenaghen, il decimo strumento di ratifica del Protocollo n. 16. Questa è stata quindi la decima ratifica, che ha innescato l'entrata in vigore del Protocollo, che si è perfezionata il 1° agosto 2018.

In Italia il Protocollo n. 16 è stato aperto a firma il 2 ottobre 2013. Il governo italiano aveva sottolineato al Parlamento che "*l'adozione di due nuovi Protocolli*[19] *nello stesso anno è in sé segno dell'impulso alla riforma*" della Corte[20] e aveva proposto la traduzione in italiano della denominazione della nuova procedura di richiesta di parere come "procedura di consultazione", sottolineando come la designazione delle giurisdizioni superiori abilitate ad avviarla competa agli Stati membri, avendo la procedura come "punti chiave", tra gli altri, "la facoltatività della richiesta", la limitazione delle questioni che possono formarne oggetto alle "questioni di principio" ("*resta[ndo] appieno nella responsabilità del giudice nazionale applicare i principi enunciati dalla Corte al caso di specie*") e la "non vincolatività del parere richiesto", con la conseguenza che "*è l'autorità giudiziaria nazionale a decidere degli effetti del parere richiesto*"[21].

L'iter per il recepimento congiunto dei Protocolli nn. 15 e 16 ha preso avvio già nella XVII legislatura con la presentazione del disegno di legge di iniziativa governativa C. 2801, che proponeva la ratifica di entrambi i Protocolli, abbinato al progetto proposto dal deputato Schullian C. 3132, relativo al solo Protocollo n. 16: il d.d.l. C. 2801 è stato approvato alla Camera dei Deputati il 26 settembre 2017 ma il Senato non ha potuto completarne l'esame prima della fine della legislatura, terminata il 22 marzo 2018[22].

Durante la scorsa legislatura sono state riproposte alla Camera dei Deputati due iniziative, una parlamentare e una governativa, volte entrambe a recepire simultaneamente i due Protocolli: l'esame del d.d.l. riunito C. 1124 è stato conferito in sede referente alle Commissioni Giustizia e Affari Esteri. Il suo contenuto riproduce essenzialmente quello già presentato nella XVII legislatura, con la sola sostanziale differenza circa la modalità con cui la Corte costituzionale avrebbe potuto provvedere all'applicazione del Protocollo n. 16: infatti, nel testo originario dell'art. 3 del d.d.l. C. 2801 della XVII legislatura, la Corte costituzionale non era inclusa tra le alte giurisdizioni legittimate ad attivare il meccanismo consultivo e veniva inserita da un emendamento approvato in Assemblea che, aggiungendo un comma 3, sanciva che "la Corte costituzionale può provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1 in conformità agli articoli 14, comma 1, e 22, comma 2, della legge 11 marzo 1953, n. 87"[23].

Tale formula veniva modificata nel d.d.l. della scorsa legislatura con un più generale riferimento alla possibilità per la Corte costituzionale di "provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo 16": questo susseguirsi di enunciati non del tutto chiari su "se

[19] Ci si riferisce, oltre che al Protocollo n. 16, al Protocollo n. 15 CEDU. Il 12 gennaio 2021 il Parlamento italiano ha approvato definitivamente il disegno di legge che prevede la ratifica e l'ordine di esecuzione del Protocollo n. 15 alla Convenzione EDU. Il 10 febbraio 2021 è stata pubblicata la legge n. 11 del 15 gennaio 2021 (in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 10 febbraio) ed è stato rimosso l'ultimo ostacolo all'entrata in vigore del Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'Italia è arrivata ultima e, quindi, ha bloccato per diversi anni l'applicazione del Protocollo poiché, in base all'articolo 7 che contiene la clausola *si omnes*, era necessaria la ratifica di tutti gli Stati contraenti della Convenzione.

[20] Relazione al Parlamento in attuazione della l. n. 12 del 2006, relativa all'anno 2013, 12.

[21] *Ibid.*

[22] E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. 2/2021.

[23] Cfr. il disegno di legge di iniziativa governativa C. 1124 presentato il 10 agosto 2018.

e in che modo" il giudice costituzionale italiano possa partecipare alla procedura prevista dal Protocollo è alla base delle resistenze all'origine del rinvio della ratifica italiana.

Un altro contributo interessante emerso dai lavoratori preparatori della XVII legislatura è il parere della Commissione permanente Politiche dell'Unione europea del Senato, che suggeriva di prevedere una sospensione obbligatoria (e non facoltativa) del giudizio che avrebbe sollevato la richiesta di chiarimento[24].

La XIV Commissione richiamò il parere n. 2 del 2013 reso dalla Corte di giustizia UE nel punto in cui veniva lamentato il mancato coordinamento tra il meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 e la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE e propose, per rendere più efficace il dialogo tra le magistrature superiori nazionali e la Corte di Strasburgo, di configurare come obbligatoria la sospensione del processo analogamente, quindi, a quanto previsto in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo[25].

Nella scorsa legislatura, il disegno di legge C. 1124, prima dell'eliminazione della parte relativa alla ratifica del Protocollo n. 16, si componeva di quattro articoli: gli artt. 1 e 2 contenevano, rispettivamente, l'autorizzazione alla ratifica e il relativo ordine di esecuzione, mentre l'art. 4 fissava l'entrata in vigore della legge il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale. L'articolo di maggior rilievo rimaneva il terzo che declinava le scelte fondamentali richieste dal recepimento del Protocollo n. 16: esso era suddiviso in tre commi, il primo relativo all'individuazione delle alte giurisdizioni italiane che possono richiedere i pareri, il secondo alla sospensione facoltativa del processo fino alla ricezione del parere della Grande Camera ed il terzo alla Corte costituzionale ed alla sua facoltà di provvedere con sue disposizioni all'applicazione del Protocollo n. 16.

La decisione di lasciare agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità sull'individuazione delle più alte giurisdizioni presenta due vantaggi: innanzitutto, evidenzia l'idea che siano gli Stati i primi a tutelare i diritti sanciti dalla CEDU e, allo stesso tempo, non obbliga la Corte EDU a richiamare un concetto unitario di giurisdizione (assai difficile da individuare)[26] .

Il comma 1 dell'art. 3 individuava come organi preposti a richiedere pareri per il nostro ordinamento la Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Il comma 2 introduceva un'ipotesi di sospensione facoltativa del processo, prevedendo che le alte giurisdizioni possono sospendere il loro giudizio fino alla ricezione del parere della Grande Camera. Il comma 3, dedicato alla Corte costituzionale, sollevava numerose questioni: se con l'espressione "la Corte può provvedere" si intende dire che è lo stesso giudice costituzionale a poter decidere il suo inserimento tra le alte giurisdizioni, si tratta di un'opzione di discutibile corrispondenza al diritto internazionale. L'art. 10 del Protocollo n. 16, infatti, prevede che ogni Parte contraente della Convenzione ha l'obbligo di indicare al momento della firma (o del deposito dello strumento di ratifica) le alte giurisdizioni che possono fare richiesta. Ciò significa che i soggetti dell'ordinamento legittimati a compiere tale scelta sono prima il Governo e poi il Parlamento, mentre non consente che siano le stesse giurisdizioni a decidere se rientrare in questo elenco[27].

---

[24] Parere approvato dalla Commissione sul disegno di legge n. 2921.

[25] E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento,* cit.

[26] M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *federalismi.it*, n. 3, 06/02/2019.

[27] A. CANNONE, *Osservazioni relative al disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dei Protocolli 15 e 16 alla Cedu*, al sito web della Camera dei deputati

L'esame in sede referente di tale provvedimento ha avuto inizio il 23 gennaio 2019 dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia ed Affari esteri ed è proseguito per oltre un anno e mezzo: a partire dal febbraio 2019 è stato calendarizzato un ciclo di audizioni informali che ha visto la partecipazione di studiosi e magistrati che hanno espresso opinioni anche molto diverse tra di loro sull'opportunità per l'Italia di recepire il Protocollo n. 16. A tal proposito, è possibile rinvenire tre posizioni: la prima è contraria ad una ratifica italiana e sottolinea i rischi di introdurre un parere vincolante per il giudice che l'ha richiesto, di allungare i tempi di definizione del giudizio interno e, soprattutto, di favorire una marginalizzazione della Corte costituzionale; la seconda (la più numerosa) considera il recepimento del Protocollo n. 16 un'occasione per rafforzare forme virtuose di cooperazione tra i giudici e consentire di portare all'attenzione della Corte di Strasburgo quesiti interpretativi che tengano conto delle specificità del nostro ordinamento[28]. Vi è infine una terza voce che non considera il nuovo meccanismo consultivo pericoloso, ma teme una sua possibile inutilità, ricordando il carattere non obbligatorio della sua attivazione e quello non vincolante del parere reso[29].

Il 23 settembre 2020 il testo è stato licenziato dalle Commissioni della Camera dei Deputati ed il progetto di legge relativo alla ratifica del Protocollo n.16 si è al momento arenato.

Fatte queste premesse, sembra opportuno affrontare in particolare i dubbi emersi nel nostro Paese da parte di alcuni osservatori relativamente a due principali ordini di problemi[30].

Il primo si riferisce alla suscettibilità del Protocollo in questione di creare "cortocircuiti" rispetto al ruolo della Corte costituzionale. A tal proposito, una prima osservazione riguarda l'assoluto prestigio che, a livello internazionale, accompagna la Corte la quale, parallelamente nell'ordinamento interno, è "salda al timone del nostro sistema delle fonti del diritto, che non è suscettibile, senza interventi della stessa Corte costituzionale, di sovvertimenti da parte della giurisprudenza di Strasburgo"[31]. Si deve alla stessa Corte (ed in particolare alle sue due sentenze nn. 348 e 349 del 2007) la chiara definizione del quadro giuridico nazionale secondo il quale il giudice italiano è vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo che contrasti rispetto ad una legge interna, e ciò esclusivamente in alcuni casi (quando si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota"); inoltre lo potrà fare autonomamente soltanto in un numero ancor più ristretto di casi (quando cioè sia possibile un'interpretazione delle norma interna conforme alla Convenzione, non invece quando il contrasto sia insuperabile), dovendo in caso di contrasto non superabile ricorrere all'incidente di legittimità costituzionale, che lascerà arbitra la Consulta di dichiarare o non dichiarare incostituzionale la norma interna, in relazione al meccanismo dei controlimiti[32].

---

[28] G. RAIMONDI, *La Corte edu vista dai suoi giudici*, in *Giustizia Insieme*, 19 dicembre 2019.

[29] V. ZAGREBELSKY, *La Corte edu vista dai suoi giudici*, in *Giustizia Insieme*, 19 dicembre 2019.

[30] R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 16 dicembre 2019.

[31] *Ibid.*

[32] *Ibid.* L'Autore ritiene che, se si pone mente a tale quadro giuridico, dall'eventuale ratifica del Protocollo n. 16 non deriverà alcun mutamento nella posizione attribuita alla Corte costituzionale. Ammesso, ad esempio, che la procedura di consultazione renda chiara all'alta giurisdizione nazionale l'esistenza di un contrasto, se il parere consultivo proveniente da Strasburgo ha le caratteristiche di cogenza individuate dalla nostra Corte costituzionale, il giudice nazionale tenterà l'interpretazione conforme; se, invece, il contrasto non è superabile in via interpretativa, mai potrà il giudice italiano comune disapplicare autonomamente il diritto nazionale contrastante, dovendo richiedere alla Corte costituzionale una declaratoria di illegittimità costituzionale.

La scelta di non includere la Corte costituzionale nell'elenco delle più alte giurisdizioni nazionali del comma 1 dell'art. 3 del d.d.l. e poi reinserirla nel comma 3 in una non del tutto chiara formulazione, mette inoltre a nudo la visione di una Corte di Strasburgo che si porrebbe in concorrenza con le giurisdizioni costituzionali e di supreme magistrature che fanno un uso dei chiarimenti ricevuti contrario ai principi propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale[33].Temere che questi giudici "si assoggettino acriticamente e supinamente ai pareri della Corte di Strasburgo significa mettere in discussione la credibilità di quelle supreme magistrature nel momento stesso in cui si pretende di difenderne l'integrità e indipendenza"[34].

A questa logica si contrappone quella che ha ispirato l'approvazione del Protocollo n. 16, che si fonda su una *shared responsability* tra giudici europei e giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali e presuppone che il giudice più importante nell'affermazione dei valori convenzionali sia il giudice comune nazionale. La nuova procedura consultiva non è suscettibile di incidere sulla validità del quadro dei rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni e l'obiezione per cui l'interpretazione della Corte europea non potrà non pesare sulla risposta della Corte costituzionale non tiene conto dell'autonomia interpretativa che il giudice costituzionale italiano, così come le altre più alte giurisdizioni, mantengono nell'applicare il chiarimento reso[35].

Il secondo ordine di problemi si riferisce al rischio di una dilatazione della durata dei processi. In proposito, è opportuno specificare che il Protocollo n. 16 non impone in alcun modo che, durante la consultazione, il processo nazionale resti sospeso. Ne deriva che, in astratto, dopo aver posto il quesito ai giudici europei, l'alta giurisdizione nazionale potrà far proseguire il processo con altri adempimenti in attesa dell'emissione del parere. L'opportunità di dare disposizioni in tema di sospensione del processo, pertanto, è valutata autonomamente dalle autorità nazionali[36].

Tuttavia, il rischio resta comunque fondato: non è un caso se una delle principali obiezioni a questo meccanismo all'epoca della sua progettazione fu proprio "che al posto di risolvere il sovraccarico di lavoro, viene dato del lavoro in più"[37].

---

[33] S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, in *Giustizia Insieme*, 13 gennaio 2021.

[34] *O.* POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2 aprile 2014.

[35] F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?* in *federalismi.it*, n. 18, 2019.

[36] R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli,* cit. A ciò va aggiunto che la Corte di Strasburgo, a fronte della prima richiesta di parere provenuta dalla Cassazione francese il 16 ottobre 2018, è stata in grado di pronunciare prima sull'ammissibilità e poi di rendere il parere il 10 aprile 2019, a meno di sei mesi cioè dalla richiesta; ciò testimonia l'attenzione della Corte europea verso l'esigenza di rapidità insita nella procedura di consultazione. Se a ciò si aggiunge che, nella maggior parte dei casi, nei procedimenti in cui vi sarà stata consultazione preventiva sarà (si spera) più veloce (in quanto incanalato su una strada giuridica già tracciata) l'*iter* di un eventuale ricorso successivo alla Corte EDU, diverrà evidente come le preoccupazioni circa un impatto negativo sulla durata dei processi siano prive di fondamento. Viceversa, la procedura di consultazione potrebbe ridurre il numero di ricorsi successivi a Strasburgo, alleviando in particolare la posizione di Stato che, come il nostro, soffrono di un eccessivo numero di pendenze a Strasburgo.

[37]Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultIvi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

L'impatto sulla durata dei processi è infatti probabile: sebbene il Protocollo n. 16 non imponga la sospensione del processo interno, è poco razionale che il giudice nazionale, dopo aver deciso di presentare la richiesta, non attenda poi la risposta della Grande Camera[38].

Tuttavia, tre osservazioni ridimensionano la portata di tale pericolo: la prima ipotizza che il procedimento interno, se possibile, prosegua con il compimento di attività rispetto alle quali il chiarimento sulla questione di principio sull'interpretazione della Convenzione sia irrilevante[39].

La seconda sottolinea l'impegno che la Corte EDU metterà nel rendere i pareri entro tempi rapidi. Così è stato nella prima attivazione del meccanismo, dove la Grande Camera ha reso il parere il 10 aprile 2019, a meno di sei mesi dalla richiesta sollevata dalla Corte di cassazione francese, mentre ha impiegato nove mesi per rispondere alla seconda richiesta di parere consultivo sollevata dalla Corte costituzionale armena[40].

La terza osservazione muove dall'idea che il probabile allungamento dei tempi di definizione del giudizio interno sia un costo che verrà ricompensato nel medio termine: i chiarimenti resi ridurranno le eventuali frizioni esistenti tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali senza precludere la via del ricorso individuale che deve restare sempre aperta dopo la procedura nazionale. A tal proposito, è probabile che la proposizione di un ricorso in un ambito in cui la Corte di Strasburgo ha già chiarito in che modo intende interpretare la questione di principio possa contribuire a renderne la stesura più diretta o a valutarne in anticipo le possibilità di accoglimento[41].

4. *Conclusioni*

Il Protocollo, come già detto, è entrato in vigore nel 2018 e già tre Corti superiori (la Corte di cassazione francese, la Corte costituzionale armena e la Corte suprema slovacca) hanno attivato la procedura. In tale contesto, cominceranno a circolare i pareri dei giudici di Strasburgo e, collegate ad essi, le decisioni conseguenziali delle Corti nazionali. Non può dubitarsi del fatto che anche le Corti degli Stati che non hanno ratificato il Protocollo terranno conto del *corpus* giurisprudenziale che così si produrrà che, a differenza del passato, comprenderà decisioni di Strasburgo. Inoltre, sempre a differenza del passato, tale giurisprudenza sarà legata a questioni giuridiche del momento storico (mentre finora si è assistito a lunghi lassi temporali separanti le decisioni nazionali e quelle europee, prima, e quelle di Strasburgo e i successivi adattamenti nazionali, poi). Si assisterà, pertanto, a un'evoluzione in cui le giurisdizioni "favorite" dalla ratifica del Protocollo n. 16 saranno "protagoniste" di una nuova forma di dialogo e potranno dare il loro contributo, reso più rilevante da una logica di sussidiarietà. Le giurisdizioni degli Stati non ratificanti non svolgeranno questo ruolo, e saranno probabilmente sfavorite nel loro lavoro. A fronte di ciò, tuttavia, è bene chiarire che queste ultime non saranno certo "sterilizzate" rispetto al dialogo in corso e ciò per due ragioni: in primo luogo, in quanto le Corti italiane partecipano con le Corti

[38] M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2^ Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati* (26 novembre 2019), in *Sistema Penale*, 2019.

[39] R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli*, cit.

[40] E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento,* cit.

[41] *Ibid.*

di altri 37 Stati, in base alla loro autonomia, alla piattaforma informale che ha da tempo anticipato quella formale del Protocollo n. 16[42]; in secondo luogo, in quanto le Corti nazionali comunque non potranno essere indifferenti rispetto alle acquisizioni giurisprudenziali che si avranno su iniziativa di altri Stati, anche se non vincolanti[43].

Per quanto concerne la situazione italiana, è auspicabile che si superino le perplessità e si giunga alla ratifica del Protocollo, e che lo si faccia in un futuro non troppo lontano. Le posizioni contrarie alla ratifica del Protocollo n. 16 temono un'erosione della competenza delle alte giurisdizioni nazionali con il rischio di creare "deleghe in bianco" su temi di particolare sensibilità. Tuttavia, le considerazioni "sovraniste" appaiono infondate[44].

La "rinuncia alla sovranità", se così la si volesse definire, infatti, risale all'adesione dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha comportato l'obbligo, per i giudici nazionali, di conformarsi alle pronunce dei giudici di Strasburgo quanto agli effetti diretti sul singolo ricorrente vittorioso, ha introdotto l'onere di procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata delle norme interne e di introdurre misure di carattere generale quando imposte dalla Corte EDU. Il dialogo preventivo tra le Corti non modificherebbe l'assetto delle rispettive competenze e, proprio per la non vincolatività del parere, non imporrebbe alcunché al giudice interno. Invece, la possibilità di attivare l'intervento della Corte europea prima dell'esaurimento dei ricorsi interni, potrebbe avere effetti positivi anche per il diritto interno, oltre a eventualmente ridurre il carico di lavoro della Corte EDU. Il rovesciamento di prospettiva conseguente al parere preventivo è infatti perfettamente in linea con quel principio di sussidiarietà al quale si fa spesso riferimento a proposito del Protocollo in questione[45].

C'è da sperare che possa iniziare una nuova valutazione sulle possibilità e le prospettive offerte dal Protocollo n. 16, nell'ottica di una cooperazione sempre più stretta tra le Corti supreme dalla quale i diritti fondamentali possono solo trarre beneficio.

La tutela multilivello dei diritti è ancora in una fase evolutiva, che ha visto emergere il ruolo nient'affatto secondario delle due Corti, quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo, che collocano i rispettivi sistemi in posizione sovraordinata rispetto a quelli nazionali[46].

La fine del secondo conflitto mondiale ha attribuito alla Convenzione europea dei diritti umani il ruolo di strumento fondamentale di protezione dei diritti, capace di incrementare in maniera significativa il mantenimento della sicurezza democratica e il rispetto dell'ordine giuridico in Europa. A tale strumento, inoltre, è stata riconosciuta la funzione di originare nei sistemi nazionali progressivi adeguamenti nel segno della maggiore affermazione degli stessi diritti umani[47].

---

[42] Si tratta della piattaforma di consultazione informale, la c.d. *Superior Court Network.*

[43] R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli*, cit.

[44] E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia Insieme*, 18 novembre 2020.

[45] M. S. MORI, *Il bIvio dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcune riflessioni*, in *Diritti Comparati*, 4 ottobre 2021.

[46] F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, Atti del Convegno AIC 2004, al sito web dell'AIC.

[47] G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2012.

La circolazione dei modelli e l'integrazione dei livelli di tutela hanno generato condizioni culturali nelle quali la giurisprudenza nazionale e quella sovranazionale si alimentano reciprocamente "seguendo un flusso bidirezionale e interordinamentale"[48].

Si viene così immersi nella dimensione post-moderna di un "moderato 'diritto politico' e un parimenti moderato 'diritto giurisprudenziale'" quali strumenti per definire i diritti costituzionali, che richiamano alla necessità di fare riferimento in sede interpretativa anche "a consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale e nella comunità degli scienziati" in vista del riconoscimento e della tutela dei nuovi diritti"[49]. L'evoluzione del sistema vede oggi gli operatori del diritto chiamati a confrontarsi con un quadro di fonti che somiglia sempre più all'articolazione di un *network*[50] dove l'interprete, attraverso l'interazione fra i diversi attori giurisdizionali, è proiettato "nel vortice della globalizzazione, della interdipendenza e della complessità; nella difficoltà ma anche nel fascino del *multilevel*"[51].

[48] R. BORSARI, *La «revisione europea» del giudicato penale paradigma della complessità del diritto penale postmoderno*, in C. Sarra - D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013.

[49] A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca nel sistema delle fonti*, Torino, 2020.

[50] A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017.

[51] G. M. FLICK, *I diritti fondamentali e il* multilevel*: delusioni e speranze,* in *Rivista AIC*, 2019, n. 2.

IDA ANGELA NICOTRA*

L'impatto della digitalizzazione sulla pubblica amministrazione e sui diritti**

SOMMARIO: 1. I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto sociale alla digitalizzazione. – 2. L'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sul welfare sanitario. – 3. La trasformazione digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. – 4. Il Regolamento Ue in materia di I.A.

ABSTRACT: ***Technology has an important impact on the relationship between institutions and citizens. The digital dimension is now immanent in the contemporary world and involves the most significant aspects of human experience. The digital space presents public decision-makers with new challenges related to the recognition and regulation of rights related to technology. The positive impact of algorithms and digitalization concerns every social sector: from the medical sector to that of public services. The new Contract Code regulates the digitalization of the entire life cycle of contracts, through the acquisition of data and the creation of native digital documents. That's why it becomes essential to create interconnection and interoperability between digital platforms. The new Italian administrative legislation moves in harmony with the recent EU Regulation on Artificial Intelligence, establishing in the art. 30 of Legislative Decree no. 36 of 2023 the fundamental principles for the use of automated systems in public procurement, from the principle of algorithmic non-discrimination and algorithmic non-exclusivity, to the principle of humanity.***

1. *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto sociale alla digitalizzazione*

L'interazione tra uomo e macchina è divenuta strettissima nel periodo della pandemia, l'uso massiccio del digitale ha consentito ai popoli di tutto il mondo di sperimentare una inedita dimensione di "normalità". Una immedesimazione quasi assoluta con la tecnologia che ha reso possibile l'esercizio dei diritti fondamentali, ridotti ai minimi termini nella vita reale dal confinamento imposto dal Covid[1]. La dimensione digitale è oramai immanente alla contemporaneità e coinvolge gli aspetti più significativi dell'esistenza umana. Basti riflettere sul tempo trascorso dalle persone di ogni parte del mondo davanti ad uno schermo. I modelli informatici stanno modificando lentamente ma in modo radicale il funzionamento delle nostre società. Si tratta di sistemi capaci di neutralizzare i limiti spazio – temporali e rendere più agevoli le interrelazioni umane e professionali.

La tecnologia sta impattando in maniera prepotente nella relazione tra sistema istituzionale e cittadini, grazie alla infinità di notizie che sono reperibili tramite la rete e che concorrono ad una nuova consapevolezza economica, sociale e culturale degli utenti. Sicché, il diritto alla conoscenza non potrà dirsi pienamente realizzato se risulta slegato dalle opportunità digitali. Il patrimonio pubblico informativo realizzato in versione *open data* e dunque con la possibilità immediata di fruizione da parte di tutti supera le divisioni tra pubblico e privato. Perché si possano realizzare la partecipazione e il controllo sociale diffuso

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Catania.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Sul punto, sia consentito rinviare a I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, *in particolare* 82 ss.

della comunità di cittadini sull'operato dei governanti occorre creare un robusto sistema di digitalizzazione in cui inserire i dati in possesso delle amministrazioni pubbliche.

Lo spazio digitale mette il decisore pubblico dinanzi a nuove sfide connesse al riconoscimento e alla regolamentazione dei diritti digitali. Le situazioni giuridiche soggettive legate ad internet non trovano ancora una esplicita collocazione tra i diritti costituzionali. Non stupisce allora che il primo pilastro del Piano di Ripresa e Resilienza si fonda proprio sulla digitalizzazione con una quota di progetti dedicata del 27 per cento e si inserisce nel quadro di una ampia politica di ammodernamento del Paese. L'Italia si pone al 25° posto in Europa come livello di digitalizzazione, sia per la limitatezza di competenze digitali, sia per la bassa adozione di tecnologie avanzate, come le tecnologie cloud. Il superamento della debolezza digitale costituisce una priorità per l'Italia[2].

Del resto, il fenomeno internet, per le sue caratteristiche e per la sua vocazione "sconfinata" capace di superare i confini degli Stati, sfugge ad una precisa collocazione nella dimensione statale. La disciplina dell'Unione Europea, e in particolare il Regolamento UE 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, stabilisce misure riguardanti l'accesso a internet come servizio di carattere universale.

Da un decennio l'attenzione di parte della dottrina[3] è rivolta all'introduzione di un diritto ad Internet, volto ad assicurare a tutti i cittadini la possibilità di esercitare nel web i diritti della personalità: dalla libertà di espressione al diritto allo studio, dallo *smart working* alla libertà di iniziativa economica privata, fino ai diritti di partecipazione politica.

Il diritto alla rete deve essere riformulato come un vero e proprio diritto sociale che esige l'impegno delle istituzioni rivolto a rimuovere gli ostacoli per la più ampia fruizione alla connessione veloce. Sono state presentate diverse proposte di modifica della Costituzione per la previsione di una norma sul diritto sociale alla rete, per garantire a t*utti l'eguale diritto di accedere alla rete internet in condizioni di parità e con modalità tecnologicamente adeguate*[4].

Tale importante traguardo costituzionale può trovare realizzazione inserendo tra i principi fondamentali "il diritto alla rete". Con l'introduzione di una specifica norma per contemplare il compito delle istituzioni di promozione delle condizioni che rendono effettiva l'accessibilità al digitale in tutto il territorio nazionale.

Internet si è affermato come luogo "virtuale" in cui si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale. L'uso delle piattaforme digitali per svolgere riunioni, incontri di lavoro, seminari e lezioni ha consentito un considerevole risparmio in termini di tempo e di denaro. Interazioni professionali vengono realizzati facilmente, tramite uno schermo di computer, senza necessità di percorrere centinaia di chilometri. Il collegamento telematico dalla propria abitazione o dal proprio ufficio consente di svolgere l'attività lavorativa evitando di prendere

---

[2] I. A. NICOTRA, *Il diritto costituzionale ad internet e le sfide poste dalla digitalizzazione*, in *La Staffetta dei diritti e dei doveri, oltre le crisi,* Napoli 2022, 103 ss.

[3] T. E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Rivista Diritto di Internet*, 2020, 465 ss.; *Id.*, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, n.1/2011; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino 2016, 44 ss.; M. E. BUCALO, *I volti della libertà di manifestazione del pensiero nell'era digitale*, Torino 2023.

[4] Cfr., per tutti, *Senato della Repubblica, XVI legislatura, n.2485, Disegno di legge costituzionale per l'introduzione dell'art.21 – bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet,* comunicato alla Presidenza il 6 dicembre 2010; *Camera dei deputati n.327, Proposta di legge costituzionale, Modifica dell'art.21 della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet*, presentata il 13 ottobre 2022.

un aereo per recarsi in un'altra parte del mondo, per una riunione che magari si conclude in poche ore. Un formidabile strumento per conciliare il lavoro e la famiglia, soprattutto in presenza di bimbi in tenera età.

Pertanto, l'accesso al collegamento digitale costituisce un profilo prezioso per lo svolgimento della personalità umana e si ricongiunge con il principio di eguaglianza sostanziale sancito nell'art. 3, comma 2, della Costituzione. Laddove alla Repubblica, in tutte le sue articolazioni Stato, Regioni ed enti territoriali minori, viene affidato il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto, l'eguaglianza dei cittadini, impediscono l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

L'esperienza del confinamento forzato imposto dall'emergenza sanitaria ha evidenziato le criticità derivanti dal c.d. "*digital divide*", con una parte rilevante della popolazione che non ha avuto accesso ad internet o che ne ha fruito in maniera molto ridotta. La scarsa alfabetizzazione digitale di una parte della popolazione e l'assenza di infrastrutture tecnologiche all'altezza della sfida emergenziale ha creato pesanti disparità di trattamento soprattutto tra gli studenti. Alcuni di loro non sono stati in grado di seguire regolarmente la scuola realizzata in modalità di Didattica a Distanza (c.d. Dad).

La pandemia ha messo le nostre società dinanzi a cambiamenti profondi e irreversibili, dinanzi ai quali lo sviluppo digitale costituisce un banco di prova per le istituzioni, con l'impegno di rendere effettivo il diritto ad internet, affinché tutti abbiano la stessa possibilità di accesso alla rete, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate.

Proprio allo scopo di assecondare la realizzazione di un effettivo diritto alla digitalizzazione degli alunni delle scuole primarie e secondarie, il *Rapporto finale redatto dal Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*[5], ha identificato i Lep da erogare in modo uniforme sul territorio nazionale, al fine di garantire la tutela dei diritti civili e sociali. In particolare, per quel che riguarda "istruzione" e "cultura", quali diritti sociali per i quali spetta allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione la potestà legislativa esclusiva ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale è stato preso in considerazione, fra gli altri, l'ambito di materia della digitalizzazione. Sulla base della legislazione vigente stati individuati due Lep: il primo rivolto alle misure finalizzate *a garantire il diritto alla connessione veloce e sicura per tutti gli studenti del sistema educativo di istruzione e formazione, nonché ad identificare gli indirizzi, gli strumenti e i programmi per consentire l'utilizzo della flessibilità didattica, della didattica digitale integrata, in presenza di circostanze eccezionali e di circostanze di difficoltà, anche territoriali, nel garantire la continuità didattica in presenza*. L'ulteriore Livello essenziale della prestazione relativo al diritto alla digitalizzazione è riferito ai "*criteri, indirizzi e programmi, anche di investimento, necessari per sviluppare e migliorare le competenze digitali degli studenti e rendere le tecnologie digitali strumenti didattici di ausilio alla*

[5] Istituito con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 marzo 2023 e incaricato di fornire supporto alla Cabina di Regia, con particolare riferimento alle esigenze di studio e approfondimento tecnico delle complesse questioni ai fini delle funzioni attribuite alla stessa nell'ambito della determinazione dei Lep. Il Clep fornisce ogni contributo istruttorio richiesto dalla Cabina di regia ai fini dell'espletamento delle sue funzioni; può inoltre trasmettere alla Cabina stessa, quando lo ritenga opportuno, proprie osservazioni, proposte, studi o approfondimenti che ritenga necessari ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

costruzione dei più efficaci ambienti di apprendimento, includendo anche le misure atte a favorire la formazione dei docenti per l'innovazione didattica e lo sviluppo della cultura" [6]. Occorre un contributo significativo dello stato sociale per accompagnare le inevitabili ricadute che lo sviluppo della digitalizzazione e dei sistemi di IA avranno sul mercato del lavoro. Non soltanto con riferimento a spazi occupazionali che si perderanno ma anche per sostenere la nascita di nuove opportunità lavorative collegate all'evoluzione tecnologica[7]. La costruzione di alternative professionali con cui sostituire le attività tradizionali destinate a scomparire con lo sviluppo della robotica passa dalla creazione di un nuovo approccio welfarista con modelli di istruzione e formazione professionale che consentano alle giovani generazioni l'apprendimento di competenze necessarie a conoscere i nuovi orizzonti della tecnologia.

2. *L'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale sul welfare di sanitario*

L'emergenza sanitaria ha reso ancora più evidenti i vantaggi derivanti dall'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale. L'impatto positivo degli algoritmi riguarda praticamente ogni settore sociale, spaziando dal comparto auto, con i veicoli a guida automatica, a quello della sicurezza, alle decisioni giudiziarie, ai servizi pubblici. Nella incessante evoluzione tecnica la macchina apprende autonomamente e con rapidità, affiancando le molteplici attività umane.

Better life Index è un sistema algoritmico capace di misurare, attraverso alcuni indicatori, la felicità delle singole nazioni. Il Benessere interno lordo si basa su indici come sostenibilità ambientale, promozione della cultura, pratiche di buon governo.

L'Ocse definisce l'I.A. come la quarta rivoluzione industriale capace di migliorare la vita delle organizzazioni collettive. Nel settore medico, in particolare, l'applicazione dell'I.A. contribuisce in maniera decisiva a migliorare le prestazioni sanitarie. Le applicazioni dell'intelligenza artificiale e la robotica hanno un impatto di eccezionale portata sul welfare sanitario. L'uso di tali nuove tecnologie consente il miglioramento della qualità delle prestazioni e un notevole risparmio di spesa.

L'utilizzo di algoritmi per la raccolta e il trattamento dei dati personali, riguardanti lo stato di salute delle persone, rappresenta uno strumento all'avanguardia per prevenire alcune patologie, elaborare diagnosi e fornire un'assistenza sanitaria personalizzata: dalla diagnostica precoce tramite una *app* sullo Smart phon, allo svolgimento di complessi interventi chirurgici anche a distanza, di interventi riparativi e migliorativi del corpo umano. La telemedicina e la tele-riabilitazione consentono ai medici di seguire i pazienti nelle loro abitazioni, cambiando il volto delle cure assistenziali del post-operatorio.

Il diritto, ed in particolare, il diritto costituzionale è coinvolto nel progressivo sviluppo delle tecnologie che impattano sui servizi pubblici sanitari anche per assicurare l'accesso alle cure e all'assistenza sociosanitaria in modo equo su tutto il territorio nazionale. Il welfare sanitario esige il rispetto del principio di eguaglianza e di non discriminazione, rendendo

[6] Cfr. *Relazione finale del Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni*, in federalismi.it, 15 novembre 2023.

[7] Così, A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il ondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Intelligenza artificiale e diritto, Come regolare un mondo nuovo*, a cura di A. D'Aloia, 2020, 34.

effettivo il diritto alle cure anche attraverso meccanismi di promozione e finanziamento delle tecnologie digitali[8].

3. *La trasformazione digitale dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici*

La giurisprudenza amministrativa italiana ha in diverse occasioni ribadito come sia fondamentale che la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale[9]. Il procedimento di formazione della decisione amministrativa affidato ad un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati, è particolarmente utile con riferimento a decisioni seriali o standardizzate, in cui è assente ogni apprezzamento discrezionale. La procedura informatica presenta numerosi vantaggi: il notevole risparmio di tempo nello svolgimento delle operazioni procedimentali, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza o peggio al dolo del funzionario e la conseguente maggiore garanzia di imparzialità della decisione automatizzata. Per il Consiglio di Stato (*sent. n.* 8472/2019) "*l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non può essere stigmatizzata, ma anzi in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio al dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata"*.

Un elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione serve a migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini. Del resto, l'obiettivo di una pubblica amministrazione "virtuosa" è di conseguire l'interesse pubblico e la gara costituisce il meccanismo più adatto affinché tale risultato si possa concretizzare nel miglior modo possibile. I principi di trasparenza[10] e digitalizzazione svolgono un ruolo servente, assicurando conoscibilità e verificabilità dell'attività amministrativa[11].

In particolare, la *Parte II* del nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36 del 2023, dedicata ai principi generali in materia di contrattualistica pubblica, si preoccupa di assicurare la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dei contratti. Il tema si inserisce nella più ampia prospettiva della digitalizzazione della pubblica amministrazione[12]. La transizione

[8] E. A. FERIOLI, *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e robot nella tutela della salute*, in *Intelligenza artificiale e diritto*, *Come regolare un mondo nuovo,* cit., 425.

[9] Già il *Consiglio di Stato*, con la sentenza n. 2270 del 2019 affronta il tema dell'importanza dell'informatizzazione della pubblica amministrazione perché "*non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti*".

[10] Con riferimento all'uso di meccanismi algoritmici, il Consiglio di Stato esige l'introduzione di una trasparenza di tipo rafforzato che deve caratterizzare l'intero meccanismo attraverso il quale si realizza una decisione robotizzata: criteri, presupposti ed esiti del procedimento algoritmico.

[11] Sulla funzione di trasparenza come strumento per realizzare la conoscibilità, sia consentito rinviare a I. A. NICOTRA, *La trasparenza e la tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*, in I. A. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione, Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino 2016, 143 ss.; E. RAFFIOTTA, *L'erompere dell'intelligenza artificiale per lo sviluppo della pubblica amministrazione e dei servizi al cittadino*, in *AI Anthology*, a cura di C. Cerrina Feroni, C. Fontana, E. Raffiotta, Bologna 2022 e ivi, I. A. NICOTRA, *L'impatto degli algoritmi sulla vita dei cittadini*.

[12] Già il *Consiglio di Stato*, con la sentenza n. 270 del 2019 affronta il tema dell'importanza dell'informatizzazione della pubblica amministrazione perché "*non può essere messo in discussione che un più*

digitale, infatti, costituisce il presupposto per il progresso economico – sociale della Repubblica e occupa un posto centrale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Fra gli obiettivi del Piano primeggia quello di "*definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività*"[13]. Per realizzare la completa digitalizzazione delle procedure di acquisto (dalla programmazione e l'assegnazione del CIG fino all'esecuzione del contatto) occorre che ogni stazione appaltante sia dotata di una e - platform "come requisito di base per partecipare alla valutazione nazionale della "procurement capacity"[14]. La trasformazione digitale dell'intero ciclo dei contratti pubblici risponde all'esigenza di ridurre i tempi relativi alle procedure di gara, garantendo il rispetto dei termini per la stipula dei contratti e per l'esecuzione dell'opera pubblica o della fornitura. La riduzione dei tempi decisionali evidenzia l'importanza della informatizzazione come strumento di semplificazione amministrativa. A livello europeo tra i corollari del diritto a una buona amministrazione si annovera la pretesa di ogni persona ai tempi ragionevoli su ogni questione che lo riguardi. Ciò si articola, nell'ambito della correlazione tra riduzione dei tempi e digitalizzazione, nella previsione di molteplici iniziative, prima tra tutte l'Agenda digitale europea[15]. La digitalizzazione end – to – end del processo di acquisto delle amministrazioni, attraverso la semplificazione delle procedure dei contratti pubblici, insieme ad un ecosistema integrato di piattaforme digitali, consente il risparmio di tempi e costi e "*favorisce la partecipazione di nuovi operatori economici alle procedure di appalto*"[16]. Il filo conduttore delle previsioni codicistiche è di digitalizzare l'intera procedura dei contratti pubblici attraverso l'acquisizione di dati e la creazione di documenti nativi digitali. A tal fine diviene essenziale realizzare l'interconnessione e l'interoperabilità tra le piattaforme digitali e rendere finalmente effettivo il diritto di cittadini ed imprese di fornire alla PA le stesse informazioni una sola volta (il c.d. principio di *once only principle*), senza che sia possibile richiedere i dati ripetutamente e il correlato dovere degli uffici pubblici di fornire i servizi in formato digitale, comprese le informazioni leggibili dalle macchine, come opzione predefinita (il c.d. principio del *digital by default*).

La digitalizzazione possiede l'ulteriore pregio di costituire un valido presidio contro condotte di tipo corruttivo, in un settore, quello delle commesse pubbliche, molto vulnerabile rispetto al rischio di comportamenti a fenomeni di illegalità[17]. Tra le conseguenze migliorative della digitalizzazione vi è la garanzia di portare a completamento l'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento[18], partendo dall'assunto che la macchina, a differenza dell'uomo, non può farsi corrompere. Infatti, l'automatizzazione implica la spersonalizzazione delle scelte e azzera i rischi di interferenze personali e

---

elevato livello di digitalizzazione sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti".

[13] Cfr. il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Italiadomani*.

[14] Così, *C. d. S.*, *sent. n.*2270 del 2019, *cit.*

[15] Sul punto si può leggere, I. A. NICOTRA – V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 22.11.2019, 92.

[16] Cfr., *Relazione illustrativa agli articoli e agli allegati, Codice dei contratti pubblici, in particolare introduzione alla Parte II,* Roma 7 dicembre 2022.

[17] La decisione del Consiglio di Stato n. 2270 del 2019 affronta il tema dell'importanza dell'informatizzazione della pubblica amministrazione perché "*non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti*".

[18] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo tra diritto UE e tecnologie ICT),* in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, Torino 2020.

comportamenti impropri del funzionario, costituendo in tal modo un presidio di legalità. L'assunto sotteso a tali considerazioni è che il funzionario, in quanto umano, può commettere errori; l'algoritmo difficilmente potrebbe sbagliare. In questo senso, con la digitalizzazione si tende a realizzare procedure perfette e come tali inattaccabili. Ovviamente, questo modello è in grado di funzionare bene se, a monte, la pubblica amministrazione abbia correttamente elaborato l'architettura alla base dell'algoritmo, partendo dall'assunto che la tecnologia deve sempre assumere un ruolo servente al fine di ottimizzare i processi decisionali in termini di efficienza ed efficacia e non potrà mai compromettere la qualità dei diritti degli operatori economici e degli utenti.

Il potenziamento dei principi fondamentali, connessi con l'attività di digitalizzazione, viene tratteggiato nel Codice in maniera puntuale che non trascura di evidenziare l'importanza degli aspetti legati alla necessità di dotare le stazioni appaltanti di strumenti tecnologici adeguati, di predisporre un piano per la riorganizzazione delle strutture e la riqualificazione tecnica dei funzionari pubblici coinvolti nelle nuove procedure tecnologiche. In particolare, l'art. 19, al comma 5, prevede espressamente che "*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento*".

La disciplina codicistica, ulteriormente, si prende cura di specificare che le pubbliche amministrazioni garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica.

Nella nuova normativa della contrattualistica pubblica trova uno spazio dedicato anche il tema dell'utilizzo di meccanismi automatizzati nelle procedure di gara. Nello specifico è l'art. 30 che consente alle stazioni appaltanti, per migliorare l'efficienza, di provvedere*, "ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia*". Proprio delegando a tali rivoluzionarie macchine il lavoro standardizzate e di routine, il sistema degli appalti potrà essere realmente in grado di superare inefficienze, ritardi, dispendio di tempo e garantire una maggiore efficacia dell'attività amministrativa[19].

La nuova normativa si muove in sintonia con le innovazioni del sistema unionale che mirano a rafforzare i diritti digitali delle persone attraverso una regolamentazione flessibile e quanto più adattabile alla rapidissima evoluzione dello sviluppo tecnologico.

4. *Il Regolamento UE in materia di I.A.*

Gli algoritmi rappresentano uno strumento per migliorare i processi decisionali. I meccanismi algoritmi promettono di correggere storture e imperfezioni dei processi cognitivi messi in atto dall'essere umano e rispondono a canoni di efficienza e neutralità. Il nuovo Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale - elaborato dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 e in via di definitiva adozione - costituisce una importante tappa nella gestione e nel monitoraggio dei sistemi di I. A. Si tratta di una disciplina flessibile in linea con i tempi della tecnologia, infinitamente più veloci della produzione normativa. Secondo la definizione formulata nel Regolamento, l'I.A. è "*un sistema basato su una macchina progettato per*

[19] A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain*: *le sfide del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2023, 132

funzionare con diversi livelli di autonomia e che può mostrare adattività dopo l'implementazione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce, dall'input che riceve, come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali".

La c.d. Legge europea sull'intelligenza artificiale si propone la finalità di migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un sistema di I.A. affidabile e incentrato sul principio di umanità. Si tratta di una regolamentazione che mira a promuovere un elevato livello di tutela del diritto alla salute, alla sicurezza e agli altri diritti fondamentali sanciti nella Carta dell'Unione Europea.

Nel primo *Considerando* si afferma che l'uso degli algoritmi può fornire vantaggi competitivi alle aziende e supportare il raggiungimento di risultati socialmente e ambientalmente vantaggiosi. Ad esempio, nel settore sanitario, agricolo, educativo, delle infrastrutture, dell'energia, della mitigazione ai cambiamenti climatici, della sicurezza. Vengono messi in luce anche i rischi ove se ne faccia un uso improprio. Il quadro giuridico mira a soddisfare un elevato livello di protezione di interessi pubblici e privati. Infatti, solo in un clima di fiducia, le nuove tecnologie potranno trovare il terreno fertile per il loro sviluppo.

L'algoritmo deve essere conoscibile e comprensibile; occorre, cioè, che la formula tecnica sia corredata da spiegazioni chiare e leggibili per i cittadini. In modo da consentire agli utenti di conoscere il funzionamento della macchina. In virtù di tali esigenze il Regolamento Ue impone per determinati sistemi di I.A. specifici obblighi di trasparenza, laddove esista un elevato rischio di manipolazione (l'uso di *chabot),* gli utenti devono essere messi a conoscenza di interagire con una macchina. I fornitori di sistemi di I.A. generativi di audio, video, immagini o testi sintetici devono assicurare che i risultati del sistema "*siano resi in un formato leggibile e rilevabili come generati o manipolati artificialmente*"[20].

L'uso dei dati personali dei soggetti coinvolti deve, comunque, avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Lo sviluppo incessante della tecnologica pone con forza il tema della verifica del proprio patrimonio informativo da parte dei singoli continuamente esposti ad intrusioni ed errori circa l'identità personale "datificata"[21]. Sulla complessa relazione tra dati personali e sviluppo dei sistemi digitali è intervenuta anche la Corte costituzionale; con la sentenza n. 20 del 2019 ha affermato che la garanzia dei dati personali è diretta conseguenza della tutela delle persone fisiche; tale prospettiva pare irrinunciabile anche in considerazione dell'ambito in cui si colloca il dato personale come bene destinato alla libera circolazione di un mercato tecnologico senza confini[22]. Occorre definire – osserva la Corte – un meccanismo di contrappesi per evitare un sistema bilanciato tutto a favore della circolazione del dato. Il diritto alla protezione dei dati va esercitato in concreto nella pretesa del singolo a controllare la circolazione di ogni notizia che lo riguarda. L'elaborazione in sede europea di criteri per valutare la raccolta, il trattamento e la diffusione dei dati personali serve proprio a verificare la legittimità delle limitazioni apponibili alla sfera della riservatezza personale. Il Regolamento europeo in materia di dati personali, 2016/697 del Parlamento europeo e del Consiglio, mira a circoscrivere il rischio di trattamenti discriminatori compiuti dall'intelligenza artificiale. In particolare, nell'art. 15 di

[20] Cfr. *Il Regolamento Ue in materia di intelligenza artificiale*, in *Dossier Camera dei deputati*, n. 26 del 5 febbraio 2024, 6.

[21] Per le tematiche inerenti al rapporto tra nuove tecnologie e protezione dei dati personali, cfr. il recente scritto di G. Cerrina Feroni, (a cura di), *Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali*, Bologna 2023.

[22] Sul punto si rinvia a I. A. NICOTRA, *Privacy e trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *federalismi.it*, 3 aprile 2019, 6 ss.

tale regolamento si riconosce il diritto di accesso alle informazioni relative all'esistenza di eventuali decisioni automatizzate in cui il soggetto sia interessato. Il diritto alla conoscenza va esteso alla comprensibilità dei meccanismi utilizzati dai sistemi automatizzati.

Inoltre, il medesimo documento normativo riconosce ad ogni persona il diritto a non essere sottoposto ad una decisione completamente automatizzata, ove non sia previsto alcun coinvolgimento umano. L'art. 22 stabilisce che "*l'interessato ha il diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".*

Si tratta del principio di "*non esclusività*" della decisione algoritmica. Occorre, infatti, che sia sempre individuato il soggetto su cui incombe la responsabilità del risarcimento e della riparazione di eventuali danni causati. In altre parole, è indispensabile la presenza di un centro di imputazione che sia in grado di validare ovvero smentire la decisione fornita dalla tecnica algoritmo, ove ne riscontri l'illegittimità. Con riferimento alla decisione giudiziaria i meccanismi automatizzati rappresentano solo uno degli strumenti a disposizione del giudice per svolgere la sua attività valutativa, come tale insostituibilmente affidata ad un umano. La natura strumentale dell'AI rispetto alla funzione decidente discende anche dal principio di soggezione soltanto alla legge stabilita dall'art. 101 della Costituzione. Il Giudice chiamato a dirimere le controversie deve basare le sue pronunce sulle previsioni legislative, potendo le procedure automatizzate essere strumenti ulteriori di ausilio e di supporto alla decisione[23].

La normazione del flusso dei dati mira a far osservare la regola di "*non discriminazione algoritmica*" con una verifica delle notizie su cui si sviluppa il sistema algoritmico[24]. Con particolare attenzione all'uso delle informazioni sul genere, l'etnia, le opinioni politiche, il credo religioso, le convinzioni personali, lo stato di salute e l'orientamento sessuale. In proposito, il considerando n.71 del Regolamento 679/2016 prescrive per il titolare del trattamento l'utilizzazione di procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, con l'utilizzo di misure tecniche e organizzative adeguate alle finalità da assicurare. Ciò al fine di garantire misure adeguare per la sicurezza dei dati personali e minimizzare il rischio di errori.

La disciplina dell'Unione, pur vietando la sorveglianza di massa, ammette il riconoscimento facciale ritenuto indispensabile per le indagini da parte della polizia al fine di prevenire attacchi terroristici e gravi fatti di criminalità. In particolare, viene consentito il riconoscimento biometrico da remoto in tempo reale negli spazi accessibili al pubblico per contrastare fattispecie di reato di forte disvalore sociale, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale, traffico illecito di armi, traffico illecito di organi, omicidio volontario, per la ricerca mirata di specifiche vittime e persone scomparse, nonché per la prevenzione di minacce per la vita o l'incolumità fisica delle persone o risposta da una minaccia attuale e prevedibile di attacco terroristico.

Il legislatore eurounitario è anche molto attento a incentivare lo sviluppo dell'I.A. per provare a colmare il divario evidente con le altre aree del globo che investono ingenti

[23] Cfr., in proposito, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro della libertà,* in *Intelligenza artificiale e diritto*, cit. 167 ss; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 237 ss.

[24] In proposito, è nota la decisione della Corte Suprema del *Wisconsin* che ha valutato la potenziale recidIvità penale di un condannato tramite il sistema *Compass*, rendendo possibili discriminazioni nei confronti degli afroamericani.

quantità di risorse in innovazione digitale. Anche nell'individuazione delle forme di responsabilità connesse alle nuove intelligenze, il tentativo è di realizzare all'interno dello spazio europeo un punto di equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali, innovazione tecnologica e potenziamento delle nuove tecniche robotizzate.

Insomma, il diritto dell'Unione si preoccupa di edificare un assetto democratico e umanocentrico dell'Intelligenza artificiale. Una sorta di terza via tra Usa e Cina, in sintonia con le tradizioni del costituzionalismo di stampo liberaldemocratico europeo. La sfida da vincere per l'Europa che si affaccia al nuovo mondo della rivoluzione digitale 4.0. consiste nella capacità di armonizzare le applicazioni dei sistemi di IA con i diritti e la dignità delle persone, i meccanismi decisionali improntati a trasparenza e attendibilità e le ricadute positive sull'interesse generale.

FAUSTO VECCHIO*

L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello Stato costituzionale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Dall'età dei diritti ai tentativi di reagire all'attuale crisi dello stato costituzionale. - 2. Un problema fittizio agli occhi del comparatista: l'Autorità nazionale per i diritti umani fra le possibili contraddizioni con le strutture formali dello stato costituzionale e un'idea sostanziale di *constitutional rule of law*. - 3. I problemi reali della proposta in discussione presso la Commissione Affari esteri della Camera dei Deputati. - 4. Conclusioni. L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello Stato costituzionale

ABSTRACT: ***This contribution will consider some legislative proposals concerning a National Authority for Human Rights. The aim is to argue that, although abstractly suitable for curbing the erosion of the contemporary constitutional rule of law, the proposal for a National Authority for Human Rights is translating into detailed regulations that outline an institutional subject too timid and incapable of adequately responding to the challenges of global crises.***

1. *Introduzione. Dall'età dei diritti ai tentativi di reagire all'attuale crisi dello stato costituzionale*

A partire dal momento in cui le grandi Rivoluzioni della modernità hanno imposto i primi regimi liberali, l'idea di finalizzare l'esistenza delle istituzioni alla tutela delle prerogative individuali diventa talmente centrale da aver inaugurato una pagina nuova della tradizione giuridica occidentale. Come è stato autorevolmente sostenuto, il *Bill of Rights* inglese, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino e i primi dieci emendamenti della Costituzione americana hanno realizzato una vera e propria "rivoluzione copernicana" che ha chiuso «l'età dei doveri» e delle sue codificazioni di obblighi e ha inaugurato una nuova e assai proficua «età dei diritti»[1]. Si tratta di una innovazione talmente epocale che, fatti salvi episodici rigurgiti reazionari caratterizzati da ambiguità irrisolte sulla questione, non è stata minimamente scalfita dal trascorrere dei secoli. Anche quando si è preso atto dei limiti della lettura giusnaturalistica che ha prodotto la svolta e si è tentato di declinare il tema dei diritti secondo paradigmi alternativi e più sensibili ai processi storici, la centralità dei diritti non è mai stata davvero messa in discussione. Una volta che il decorrere del tempo ha messo in crisi la pretesa illuministica secondo cui lo statuto dei diritti possa in qualche modo essere desunto dalla natura, sia l'approccio positivistico, sia il successivo approccio post-positivistico (o neo-giusnaturalistico) hanno comunque continuato a tenere ferma l'idea di istituzioni pensate con l'obiettivo primario di salvaguardare le esigenze dei consociati.

Naturalmente, quanto appena affermato non significa che il tempo non abbia avuto una sua incidenza, anche profonda, sull'esperienza storica concreta. Per un verso, guardando ai diritti riconosciuti, è semplice rilevare come nel corso degli ultimi trecento anni le carte dei

* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] L'idea di una contrapposizione tra l'«età dei doveri» e l'«età dei diritti» è alla base di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2014.

diritti si siano progressivamente arricchite fino ad includere nuove e sempre più sofisticate pretese[2]. Se nell'epoca del giusnaturalismo ci si era limitati soltanto a riconoscere i più basilari diritti civili e politici, gli ordini costituzionali emersi in Europa a partire dalla seconda metà del Novecento hanno preso l'impegno di garantire sia i diritti sociali, sia quell'eterogenea congerie di pretese individuali e collettive che viene generalmente individuata con l'espressione "nuovi diritti".

Per un altro verso, con un processo che in una certa misura è andato di pari passo con l'appena descritto arricchimento delle Carte, nel corso dei secoli si è assistita ad una poderosa ridefinizione dei meccanismi preposti alla salvaguardia effettiva dei diritti[3]. Si può a questo proposito sostenere che l'esigenza di garantire l'effettività delle previsioni contenute nelle Carte è stata tra i principali motivi che hanno indotto al superamento dell'ottocentesco stato borghese di diritto. Preso atto che tra l'Ottocento e il Novecento l'adozione delle Carte per via legislativa si è mostrata storicamente inadeguata per garantire i diritti, la fantasia dei giuristi ha aiutato giudici, legislatori e costituenti ad adattare soluzioni già conosciute o ad 'inventare' gli strumenti di tutela più disparati. Così, a fronte della possibilità di abusi ad opera delle maggioranze politiche, sono stati pensati o rimodulati strumenti di tutela come il *judicial review*, il ricorso diretto al giudice costituzionale, le riserve di legge o le clausole costituzionali che aggravano ulteriormente o addirittura impediscono l'emendamento di certi articoli delle Costituzioni. Oppure, con l'intento di riempire possibili vuoti di tutela degli ordinamenti composti o delle istituzioni sovranazionali, sono stati predisposti articolati sistemi di protezione multilivello che, grazie all'azione del potere giudiziario, hanno dato vita a statuti regionali di nuova generazione e hanno dato tutela ai diritti riconosciuti dalle tante Carte internazionali proliferate a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite.

È il caso di segnalare che, lungi dall'esaurirsi nei secoli passati, gli effetti di questi processi sono arrivati sino ai giorni nostri. Soltanto a titolo di esempio, basti pensare all'introduzione del controllo successivo di costituzionalità in Francia, alla introduzione delle figure degli *Ombundsmen* in numerosi ordinamenti nazionali, al Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[4], al riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea effettuato con il Trattato di Lisbona o alla diffusione che negli ultimi anni stanno conoscendo le *Alternative dispute resolution* e i nuovi strumenti contrattuali di tutela privatistica dei diritti.

A questo proposito, non pare esagerato affermare che la stessa creazione dello stato costituzionale contemporaneo rappresenta il compimento istituzionale di quella plurisecolare filosofia politica che ha messo al centro l'idea dei diritti[5].

Ovviamente, la persistente centralità della legittimazione attraverso i diritti non autorizza in alcun modo a ritenere immutabile l'equilibrio consolidato ed è invece necessario un costante monitoraggio delle istituzioni e delle loro prassi.

A questo proposito, anzi, una simile operazione pare quantomai opportuna in un contesto storico in cui l'esplosione delle contraddizioni della globalizzazione sta producendo differenti

---

[2] È quanto sostenuto in T. FROSINI, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, Bologna 2019, 207, ss.

[3] Ivi, 232 ss.

[4] Per una critica all'introduzione del protocollo 16 alla CEDU, si rinvia a F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e 'cortocircuiti' ideologici*, in Osservatorio costituzionale, 1/2013, 1 ss.

[5] Il legame fondamentale tra diritti e stato costituzionale è sottolineato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1997.

livelli di crisi che, ai fini dei nostri ragionamenti, rappresentano una aperta minaccia alla tutela di diritti consolidati e, più in generale, una sfida alla stessa idea di stato costituzionale: l'esplosiva miscela tra crisi finanziaria, crisi climatica, crisi migratoria, crisi sanitaria, crisi geopolitica e crisi energetica, si traduce, sul piano politico, nella crisi delle formazioni partitiche tradizionali e nel correlativo successo (o per lo meno nel consolidamento) di formazioni populiste che contestano l'*ethos* politico liberale e che, sul piano istituzionale, producono una ormai evidente crisi dello stato costituzionale[6].

Con la consapevolezza che questa tendenza ha già prodotto primi e rilevanti risultati in diversi paesi europei[7], gli studiosi più sensibili alla questione hanno proposto un approccio di "resilienza costituzionale" orientato all'individuazione dei punti critici dei sistemi di democrazia costituzionale e ad interventi mirati a prevenire o a rendere per lo meno più difficoltosi (o meno drammatici) pericolosi capovolgimenti di quella filosofia politica che negli ultimi secoli ha orientato lo sviluppo delle istituzioni[8]. È con questo spirito che, dopo alcune brevi considerazioni sulle possibili declinazioni dell'idea di *constitutional rule of law*, il presente contributo prenderà in considerazione alcune proposte di legge attualmente in discussione con cui si sta cercando di istituire un'Autorità nazionale per i diritti umani[9]. L'obiettivo è quello di riuscire a sostenere che, pur essendo astrattamente idonea a porre freno allo sgretolamento dello stato costituzionale contemporaneo, la proposta di un'Autorità nazionale per i diritti umani si sta traducendo in articolati normativi che, agli occhi del comparatista attento alle dinamiche della forma di stato, disegnano un soggetto istituzionale troppo timido e non in grado di rispondere in maniera adeguata alle sfide delle crisi globali.

---

[6] Per un'articolata disamina di come, in tempi recenti, il sovrapporsi tra differenti crisi stia trasformando il sistema costituzionale, si veda I. NICOTRA, *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre le crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 11 ss.

[7] Per quanto riguarda le più importanti trasformazioni dei sistemi costituzionali realizzate da compagini populiste, si veda, F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padova 2013 e ID., *La crisi costituzionale polacca*, *la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. RAFFIOTTA - G. TERUEL LOZANO - A. PEREZ MIRAS, *Constitucion y integración europea*, Dykinson, Madrid 2017, 297 ss. Per quanto riguarda, invece, la situazione di crisi determinatasi in Romania nel 2012 e temporaneamente risolta si rinvia a ID., *The Romanian mess, Europe and the risks of authoritarian Involutions*, in C. BENLLOCH DOMÈNECH - P. J. PÉREZ ZAFRILLA - J. SARRIÓN ESTEVE, *Current social and legal challenges for a changing Europe*, Comares, Granada 2013, 108 ss.

[8] L'idea della resilienza costituzionale è stata sviluppata, nel corso del 2028, in un dibattito sulla Rivista *Verfassungsblog*. Per tentare di rimediare ai problemi connessi all'avanza delle formazioni populiste, invece, si veda l'idea di invertire la giurisprudenza *Solange* del tribunale costituzionale tedesco proposta da A. VON BOGDANDY - M. KOTTMANN - C. ANTPÖHLER - J. DICKSCHEN - S. HENTREI - M. SMRKOLJ, *Reverse Solange. Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 49/2012, 489 ss.

[9] Si fa riferimento alle proposte di legge C. 1323 Scagliusi, C. 855 Quartapelle Procopio e C. 1794 Brescia (recentemente unificate), in discussione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati e alle proposte S. 2303 Fedeli e S. 2109 Pucciarelli depositate al Senato. Per altri commenti, alle proposte, si veda F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità nazionale indipendente per i diritti umani in Italia: due recenti proposte di legge*, in *federalismi.it*, 3/2020, 47 ss., ID., *L'Autorità indipendente per i diritti umani in Italia: adelante con juicio?* in *federalismi.it*, 13/2022, 100 ss. J. ZENTI - O. POLLICINO, *È arrivato finalmente il tempo della Italian Human Rights Institution?* in *Diritti Comparati*, 27 ottobre 2029 e F. SAVASTANO, *L'Autorità nazionale per i diritti umani: vecchi percorsi e nuove ipotesi per un organismo che non riesce a vedere la luce*, in *Nomos*, 1/2023, 1 ss. Al di là della stretta analisi delle proposte di legge al momento in discussione, un inquadramento più generale del problema e riferimenti al diritto comparato, invece, si trovano in M. LUNARDINI, *Un'Autorità Nazionale per i Diritti Umani*, in *CeSPI*, 3/2022, 1 ss.

2. *Un problema fittizio agli occhi del comparatista: l'Autorità nazionale per i diritti umani fra le possibili contraddizioni con le strutture formali dello stato costituzionale e un'idea sostanziale di constitutional rule of law*

Il tema dell'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di un'Autorità dedicata alla garanzia dei diritti umani non rappresenta certo una novità degli ultimi anni. Infatti, a partire dal momento in cui nell'Assemblea generale delle Nazioni unite sono stati affermati i cosiddetti "Principi di Parigi", l'Italia ha ricevuto diverse sollecitazioni internazionali a realizzare un'istituzione di questo tipo che potesse permettere un allineamento ai 128 paesi (e ai 25 membri dell'Unione europea[10]) che hanno già provveduto[11]. Nonostante queste pressioni, il sistema italiano ha fin qui incontrato evidenti difficoltà e non è mai approdato all'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani.

Le ragioni delle difficoltà incontrate da un progetto sollecitato dalle organizzazioni internazionali e, almeno potenzialmente, nell'interesse di ogni gruppo sociale, sono certamente legate ad un atteggiamento poco sensibile delle classi dirigenti alla guida del paese. Tuttavia, al di là dei fattori politici contingenti, è verosimile che la persistenza nel tempo di un simile atteggiamento sia da ascrivere anche al legame tra la tradizione italiana e il modello illuministico di stato di diritto e al correlativo pregiudizio che si genera ogniqualvolta si fuoriesca dai rassicuranti binari degli schemi organizzativi conosciuti. Insomma, non diversamente da quanto accade con ogni tentativo di istituzione di una nuova Autorità amministrativa indipendente[12], anche il tentativo di dare vita ad nuovo soggetto deputato alla garanzia dei diritti umani non può esimersi dai pregiudizi legati a possibili lesioni del principio della separazione dei poteri e a potenziali aggressioni all'indipendenza del potere giudiziario. Peraltro, con specifico riferimento al caso in questione, la situazione è ulteriormente aggravata dall'inevitabile indeterminatezza della materia dei diritti fondamentali e dalla correlata amplissima estensione dello spazio di operatività di cui si potrebbe trovare a godere la nuova istituzione.

Malgrado sul piano teorico sia effettivamente possibile individuare possibili contraddizioni con alcuni principi essenziali dello stato costituzionale, esistono diversi ordini di ragioni per dubitare che una simile considerazione sia un ostacolo insormontabile e che un'Autorità nazionale per i diritti umani sia di per se stessa incompatibile con un'idea di *constitutional rule of law* che non riduca l'esistenza della stato costituzionale alla semplice sopravvivenza delle strutture formali con cui questo si è storicamente consolidato.

Un primo indizio in questo senso è di ordine storico politico e riguarda la genesi dell'idea di autorità nazionali per i diritti umani: molti dubbi dovrebbero essere fugati dal fatto che le pressioni sull'ordinamento italiano provengono da istituzioni sovranazionali come l'Organizzazione delle Nazioni unite, il Consiglio d'Europa o l'Unione europea che hanno avuto un ruolo determinante nella diffusione e nel consolidamento dello stato costituzionale contemporaneo.Un altro indizio nella stessa direzione è offerto pure dall'osservazione

[10] Al momento in cui si scrive, l'unica eccezione oltre all'Italia è rappresentata da Malta.

[11] Si fa riferimento alla Risoluzione n. 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993.

[12] Per una magistrale ricostruzione della conformità dell'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione si veda F. GIUFFRÉ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, 2016, dove vengono delineati schemi di ragionamento analoghi a quelli qui proposti.

comparata che dovrebbe valere a dimostrare come, malgrado la diffusa e perdurante presenza di istituzioni di questo tipo in pressocché tutte le democrazie costituzionali consolidate, esse non abbiano creato pericoli o interferenze e abbiano invece offerto un utile supporto alle iniziative di promozione e di tutela portate avanti dagli altri poteri dello stato. Infine, al di là di quanto può suggerire l'osservazione empirica, una corretta configurazione del problema ci dà ulteriori conferme della legittimità astratta di un'Autorità per i diritti umani. Infatti, se è vero che, come certa dottrina suole fare, ad un primo livello è possibile identificare lo stato costituzionale con un assetto che pone al centro dei poteri la giurisdizione e le affida in via esclusiva il compito di garantire le regole della Costituzione dagli abusi del legislativo e dell'esecutivo[13], è anche vero che sono possibili altre ricostruzioni che, inquadrando l'assetto consolidato come mera espressione storica di un'idea più generale, guardano all'organizzazione dei poteri come ad un mezzo per realizzare i fini fondamentali del costituzionalismo pluralista e che coinvolgono anche il legislativo e l'esecutivo nel compito di dare attuazione alla Costituzione e ai suoi principi[14]. Detto altrimenti se, sulla falsariga della scienza costituzionalistica più avveduta, si adotta una prospettiva sostanzialistica e si evita la formalistica identificazione tra lo stato costituzionale e la struttura con cui questo si è storicamente consolidato nel corso del tempo, le questioni della commistione tra i poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario acquisiscono un rilievo differente e si apre lo spazio per formule organizzative che, senza ricadere in un disfunzionale e diffuso feticismo istituzionale, si rivelino funzionali a valorizzare il pluralismo costituzionale. In questa seconda prospettiva, un soggetto istituzionale dotato dei requisiti di terzietà e indipendenza che, in virtù di una migliore organizzazione e di una comprovata *expertize*, sia in grado di dare risposte più rapide e meglio assorbite dal corpo sociale di riferimento, pur essendo estraneo al potere giudiziario e pur avendo (in qualche modo) natura amministrativa, non può essere considerato come una minaccia, ma come una fondamentale risorsa di sistema.

[13] In questo senso, secondo G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 208, «il carattere dell'unità del diritto secondo le esigenze dello Stato costituzionale ci ha condotto a comprendere l'eccezionale importanza della funzione giurisdizionale. Potremmo così finire per riconoscere nei giudici gli attuali "padroni del diritto". Presso di loro, infatti, sta il diritto in tutte le sue dimensioni, come legge, come diritti e come giustizia. Avevamo iniziato il nostro percorso da un'epoca costituzionale molto diversa, quando il padrone del diritto era il legislatore. Quegli elementi compositIvi del diritto si trovavano tutti riuniti presso di lui, nella legge. La trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell'Ottocento nello Stato costituzionale del Novecento sembra aver comportato anche questo passaggio di mano, certamente al di fuori degli intenti e anche delle previsioni degli autori delle odierne Costituzioni».

[14] In questo senso, molto opportune sono le indicazioni di A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine*, 2020/III, 622 che, pur essendo certamente estraneo ad ogni tentazione di semplificazione populista e pur continuando a difendere con convinzione le ragioni del potere giudiziario, ha mostrato di non aver smarrito il significato autentico del principio della separazione dei poteri e ha utilizzato una efficace metafora 'ortopedica' per ricordare che una «Costituzione zoppa o, peggio, amputata di una delle gambe stesse non può correre e neppure a conti fatti reggersi alla lunga in piedi». Nella stessa direzione pure, G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?* in *Diritti Comparati*, 3/2018, 27 quando ricorda che in uno stato costituzionale, i «due circuiti, quello della politica democratica e quello della giurisdizione si fondano su legittimazioni diverse» e che, per il loro essere coessenziali alla moderna idea di democrazia, i due circuiti sono in qualche modo obbligati a convivere anche se, quando non sono delimitati in maniera ottimale, possono entrare in tensione.

3. *I problemi reali della proposta in discussione presso la Commissione Affari esteri della Camera dei Deputati*

Se, come si è appena provato a sostenere, l'elemento decisivo per valutare la conformità dell'Autorità proposta con la forma dello stato costituzionale, non è il pedissequo reiterarsi di uno schema astratto, ma piuttosto l'equilibrio concreto che può realizzarsi sulla base di una proposta specifica, diventa indispensabile un confronto critico con le disposizioni proposte dai disegni di legge in esame. In particolare, pur senza evitare riferimenti agli altri progetti, punto di riferimento per questa disamina è certamente la proposta in discussione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati che, dopo l'incorporazione di diverse proposte di legge in un testo unificato, si trova in una fase abbastanza avanzata dell'*iter* parlamentare[15].

L'analisi di questo articolato mostra alcune criticità abbastanza evidenti. Innanzitutto, alcune scelte tecniche problematiche sembrano in contrasto con i Principi di Parigi e poco giustificabili alla luce della, pur ampia, nozione di stato costituzionale che si è proposta nel paragrafo precedente.

Per quanto non drammatico, un primo problema in tal senso riguarda l'indipendenza dei cinque membri che, ai sensi dell'articolo 2, dovrebbero comporre la nuova Autorità: se è vero che, per quanto riguarda la non rinnovabilità della carica quinquennale[16], il regime delle incompatibilità[17] e la prescrizione della «riconosciuta indipendenza» dei componenti[18], il nuovo testo in discussione è dentro il perimetro dei testi sovranazionali e in linea con gli indefettibili requisiti di terzietà e di indipendenza, è anche vero che, oltre la scelta di far durare la Presidenza dell'organo solo due anni e mezzo (non rinnovabili)[19], criticabili appaiono sia l'assenza di una disciplina chiara sulla revoca[20], sia l'assenza di immunità funzionale per i componenti[21].

---

[15] Si veda *supra* nota 9.

[16] Così il comma 5 dell'articolo 2.

[17] Il comma 6 dell'articolo 2 afferma che «gli incarichi di presidente e di componente della Commissione sono incompatibili, a pena di decadenza, con qualsiasi carica elettiva o governativa, con altro impiego pubblico o privato, con qualsiasi incarico di amministrazione in società pubbliche o private, con l'esercizio di attività imprenditoriale e con incarichi in associazioni che svolgono attività nel settore dei diritti umani. Il presidente e i componenti della Commissione non possono svolgere alcuna attività nell'ambito o per conto di associazioni, partiti o movimenti politici».

[18] Si veda il comma 3 dell'articolo 2.

[19] Secondo quanto si legge al comma 4 dell'articolo 2 «il presidente della Commissione è eletto tra i componenti della Commissione dai componenti medesimi con votazione a maggioranza, rimane in carica per due anni e sei mesi e non può essere rieletto fino al termine del mandato». Può essere utile segnalare che, nella proposta S. 2303 Fedeli, la durata della Presidenza è allineata a quella del mandato di componente.

[20] Giustamente, F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit., segnala che il testo in discussione, al comma 4 dell'articolo 2, si limita semplicemente a prevedere che «con le stesse procedure adottate per la loro nomina, i componenti della Commissione possono essere revocati in qualsiasi momento qualora siano riscontrate manifeste violazioni dei doveri di ufficio e della garanzia di indiscussa moralità e integrità», ma non definisce chi è chiamato ad accertare il verificarsi delle cause che giustificano l'attivazione del procedimento di revoca. Lo stesso autore, pur proponendo una soluzione interpretativa facendo ricorso al comma 9 dell'articolo 2, sottolinea che la sopravvenuta perdita delle condizioni di «riconosciuta indipendenza» non è espressamente inclusa tra le cause di revoca.

[21] Secondo quanto si legge a questo proposito nelle *General Observation* 2.3 del *Global Alliance of National Human Rights Institutions*: «*members and staff of an National Human Rights Institution should be protected from both criminal and cIvil liability for acts undertaken in good faith in their official capacity. Such protections serve to enhance the National Human Rights Institution's ability to engage in critical analysis and commentary*

Al di là di altri profili criticabili sotto il profilo tecnico[22], una censura da questo punto di vista merita anche la discutibilissima scelta con cui, al momento di definire la procedura di nomina dei componenti (in controtendenza con quelle più funzionali disegnate da altri legislatori europei[23]), si è optato per indebolire quei legami con la società civile che erano state immaginati dalle proposte di legge precedenti e che potrebbero essere essenziali per garantire una corretta individuazione degli ambiti di azione concreta e l'effettività dei provvedimenti adottati[24]: nella nuova formulazione del testo scompaiono sia l'opzione della proposta Scagliusi in favore della attribuzione di un numero di membri del collegio in rappresentanza delle diverse componenti sociali, sia l'opzione della proposta Quartapelle in favore dell'audizione dei candidati e della consultazione delle organizzazioni non governative più rappresentative della società civile.

Un terzo problema e più grave problema è relativo alle pesanti limitazioni alle previsioni che limitano l'autonomia reale dell'istituzione che si cerca di creare e che in caso di approvazione uscirebbero dal perimetro definito dal diritto internazionale e potrebbero produrre cortocircuiti con l'idea sostanzialista di stato costituzionale che si è scelto di adottare come parametro. Infatti, sebbene il comma 2 dell'articolo 2 si premuri a stabilire che «è dotata di autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria, di proprio personale e di una propria sede», altre disposizioni del testo in esame rappresentano delle minacce al principio affermato. In particolare, ci si riferisce al comma 3 dell'articolo 4 che stabilisce che affida il compito di organizzare l'Autorità ad un regolamento adottato, previa proposta e previo parere dei ministri competenti, dal Presidente del Consiglio dei ministri[25]. È appena il caso di sottolineare quanto siano concreti i rischi di ingerenza comportati da una disposizione secondo cui l'Autorità è costretta a rivolgersi al Presidente del Consiglio dei ministri ogni qualvolta ritenga necessario modificare la sua organizzazione.

Infine, un quarto ordine di problemi riguarda la definizione dell'ambito di azione del soggetto che si tenta di istituzionalizzare. In questo senso, occorre rilevare come, specie se osservato in chiave comparatistica, l'articolo 3 del progetto in esame disegni un soggetto con competenze poco definite e con poteri deboli e di natura essenzialmente consultiva.

---

on human rights issues, safeguard the independence of senior leadership, and promote public confidence in the National Human Rights Institution».

[22] Ad esempio, F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit., sottolinea come non si definiscano limiti di età per i componenti o come la durata quinquennale del mandato dei componenti dell'autorità, in abbinamento con il divieto di rinnovo, sia, specie se paragonata a quella di altre autorità amministrative indipendenti, troppo breve e rischi di indebolire l'azione dell'istituzione.

[23] Particolarmente interessante è il modello francese. Secondo quanto riporta F. SAVASTANO, *L'Autorità nazionale per i diritti umani*, cit., «l'organismo francese prevede una commissione composta da ben 64 membri, con un meccanismo di selezione volto ad assicurare la piena rappresentanza di tutte le istanze sociali, dato il coinvolgimento di un Comitato cui partecipano il vice Presidente del Consiglio di Stato, il Presidente della Corte di Cassazione e il Presidente della Corte dei conti, e delle organizzazioni non governative, alle quali spetta la nomina diretta di ben trenta componenti; la stessa legge individua, peraltro, i settori sociali di cui i membri devono essere rappresentanti».

[24] Critico su questo punto anche F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit.

[25] Più precisamente, secondo la disposizione analizzata, «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per la pubblica amministrazione, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti e sentita la Commissione, è adottato, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il regolamento concernente il funzionamento, la dotazione organica, l'organizzazione interna, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, le funzioni del direttore dell'ufficio di segreteria nonché le procedure e le modalità di reclutamento del personale dell'ufficio».

Sotto il primo profilo risultano poco chiare le modalità di interazione sia con i soggetti che si occupano di diritti umani all'interno dello scenario internazionale, sia con tutti quei soggetti che, come l'Autorità garante per le comunicazioni o l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, sono stati investiti della missione istituzionale di tutelare specifici diritti: mentre sul piano delle relazioni 'interne' ci si limita a parlare di collaborazione «con le autorità e le istituzioni e gli organismi pubblici a cui la legge attribuisce, a livello centrale o locale (…), specifiche competenze in relazione alla protezione dei diritti umani e al contrasto alle discriminazioni» e a prevedere «nei temi di reciproca competenza» una «sinergia con il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza[26]», sul piano delle relazioni 'internazionali', oltre al generico riferimento alla collaborazione con le principali organizzazioni internazionali e con le omologhe Autorità presenti in altri paesi, si prevede la possibilità che vengano «demandate funzioni derivanti dagli impegni internazionali previste da leggi di esecuzione di convenzioni internazionali in materia di diritti umani[27]».

Al di là dell'evanescenza di formule che difficilmente riusciranno a delimitare gli ambiti di intervento e a prevenire conflitti di competenze sia positivi che negativi, a preoccupare di più è il secondo profilo.

Infatti, malgrado una sensazione differente possa desumersi dall'articolato catalogo che alla missione divulgativa[28] e di studio[29], tra le altre cose affianca poteri di vigilanza[30] e di consulenza[31], di raccordo[32], occorre rilevare che l'unico potere esercitabile in completa

[26] Così, il comma 1, lettera E dell'articolo 3.

[27] Così, il comma 4 dell'articolo 3.

[28] Si veda il comma 1, lettera C, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «promuovere la cultura dei diritti umani, della parità di trattamento e del contrasto alle discriminazioni promuovendo campagne di informazione e coinvolgendo, attraverso percorsi educativi e informatIvi, le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado».

[29] Si veda il comma 1, lettera H, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «promuovere studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e con gli enti di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, con le altre organizzazioni non governative operanti nel settore e con gli istituti specializzati di rilevazione statistica, anche al fine di elaborare linee guida in materia di lotta alle discriminazioni».

[30] Si veda il comma 1, lettera A, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «vigilare sul rispetto dei diritti umani e su eventuali abusi perpetrati ai danni di popoli, in Italia, con riferimento al diritto interno e alle norme e ai trattati internazionali». Alla lettera B della stessa disposizione, invece, si prevede il compito di «vigilare sulla parità di trattamento e sull'operatività degli strumenti di tutela, per la rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla nazionalità, sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche e sulle condizioni personali e sociali».

[31] Si veda il comma 1, lettera M, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «fornire assistenza e rendere pareri alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti privati che intendano inserire nei programmi di formazione e aggiornamento del personale le materie relative al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e della parità di trattamento. Inoltre, promuove, nell'ambito delle categorie professionali, l'inserimento nei codici di deontologia di norme per la promozione e la protezione dei diritti umani e il contrasto alle discriminazioni nonché per il controllo della loro attuazione, anche avvalendosi dei soggetti deputati ai controlli e alle segnalazioni».

[32] Si veda il comma 1, lettera F, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «redigere una relazione annuale alle Camere e al governo sull'attività svolta, sullo stato di attuazione degli atti internazionali concernenti la promozione e la protezione dei diritti umani in Italia e all'estero, sul rispetto dei diritti umani e sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e l'efficacia dei meccanismi di tutela e rimozione delle discriminazioni».

autonomia è quello di inchiesta[33], mentre l'attribuzione in ambito paralegislativo e paragiurisdizionale non è autonoma e per essere effettiva necessita dell'intervento o della mediazione di altri soggetti istituzionali come il governo o l'autorità giudiziaria: sia la possibilità di assistere la parte in giudizio con le forme dell'articolo 425 del codice di procedura civile[34], sia la possibilità di presentare al governo proposte di modifica legislativa[35] sono emblematiche della funzione sussidiaria che si intende attribuire alla nuova istituzione.

4. *Conclusioni. L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello Stato costituzionale*

Una volta scartata l'astratta incompatibilità con l'idea di stato costituzionale occorre evidenziare che le criticità del testo appena esaminato non sembrano essere insormontabili ed è anzi verosimile che, durante le fasi successive dell'*iter* parlamentare, si possano definire soluzioni migliori. A questa conclusione spinge anche la considerazione del fatto che, come già ricordato, esistono anche altri disegni di legge orientati a dare attuazione concreta ai "principi di Parigi". Peraltro, anche qualora in sede parlamentare non si dovesse arrivare a definire soluzioni tecniche ottimali, pare possibile ipotizzare che attraverso interventi successivi mirati si possano comunque arginare i possibili problemi di costituzionalità per via interpretativa o per via di prassi: con la sola eccezione, forse, della disposizione con cui si impone un regolamento del governo per disciplinare l'organizzazione del nuovo soggetto, è difficile immaginare che l'inopportuna scelta di scartare le proposte Scagliusi e Quartapelle in materia di scelta dei componenti possa essere ritenuta meritevole di una censura da parte del giudice costituzionale. La stessa cosa potrebbe dirsi in relazione al problema della possibile sovrapposizione con altre autorità.

Al netto delle soluzioni che potranno essere individuate, però, a non convincere è l'inquadramento generale della vicenda. Per un verso è certamente vero che con i disegni di legge in questione l'ordinamento italiano sembra essere in procinto di definire una questione lasciata irrisolta da trenta anni. I primi commentatori hanno già evidenziato i vantaggi di un'operazione di questo tipo segnalando come, sul piano internazionale, essa consenta un recupero di credibilità del paese e la partecipazione a consessi strategici e, sul piano interno, possa in una qualche misura aiutare a tamponare tempestivamente situazioni emergenziali come quelle verificatesi in epoca di crisi pandemica o quelle determinate dai progressi tecnologici[36]. Tuttavia, per contro, non si può fare a meno di sottolineare la debolezza

[33] Si veda il comma 1, lettera D, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «svolgere, nel rispetto delle prerogative e delle funzioni dell'autorità giudiziaria, inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori e il rispetto dei diritti umani».

[34] Si veda il comma 1, lettera C, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «fornire assistenza, nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi, alle persone che si ritengono lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'articolo 425 del codice di procedura civile».

[35] Si veda il comma 1, lettera E, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «formulare raccomandazioni e pareri al governo e alle Camere su questioni connesse alle discriminazioni e al rispetto dei diritti umani, nonché proposte di modifica della normativa vigente, anche sulla base degli elementi emersi dall'attività di vigilanza di cui alle lettere a) e b). In particolare, può promuovere la firma o la ratifica degli accordi internazionali in materia di diritti umani e di contrasto delle discriminazioni. Il Governo sottopone al parere della Commissione i progetti di atti legislativi e regolamentari che possono avere un'incidenza diretta o indiretta su tali diritti».

[36] Così, sia F. SAVASTANO, *L'Autorità nazionale per i diritti umani*, cit., sia F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit.

complessiva di un impianto anacronistico: più che confrontarsi con gli attuali scenari di crisi dello stato costituzionale, l'apparato normativo pare orientato ad un passato che non esiste e, invece di costituire un'autorità amministrativa indipendente in materia di diritti umani che svolga una funzione di contropotere, punta ad istituzionalizzare un soggetto che, al più, può essere capace di svolgere un'apprezzabile funzione di sussidio, ma inidoneo a fungere da effettivo puntello contromaggioritario del sistema democratico. Un primo indizio in questo senso è offerto dalla forma scelta: se è vero che, nell'ordinamento italiano, la natura di legge ordinaria è comune a tutte le autorità esistenti, è altrettanto vero che queste sono state pensate in contesti storici in cui alcune contraddizioni erano meno evidenti e che i nuovi soggetti dovrebbero godere di garanzie rinforzate per evitare che una maggioranza parlamentare possa abusare dei suoi poteri. La costituzionalizzazione delle norme istitutive potrebbe pure avere l'effetto di sdrammmatizzare possibili sovrapposizioni di competenze con le altre autorità interne e, sulla falsariga di quanto realizzato nel Regno unito, si potrebbe immaginare una progressiva incorporazione dentro un soggetto unitario. Una seconda indicazione ci proviene dall'osservazione comparata che ci mostra come altri ordinamenti abbiano dotato le loro Autorità nazionali di poteri assai più penetranti: mentre in Francia è stata prevista la possibilità di presentare proposte di legge, il *Defensor del Pueblo* spagnolo può presentare ricorso diretto davanti al giudice costituzionale o suggerire alla Pubblica amministrazione l'annullamento in autotutela dell'atto impugnato.

In conclusione, sembra dunque lecito chiedersi se, al netto dei miglioramenti tecnici che possono (e devono) essere apportati dai lavori parlamentari e dalla prassi successiva, anche al costo di rallentare l'adozione di un provvedimento atteso da tanto, non sarebbe opportuno un ripensamento complessivo dell'impianto normativo. Non tanto perché questo potrebbe essere in contrasto con l'idea di stato costituzionale. Quanto piuttosto, perché, a condizione di una costituzionalizzazione dell'Autorità e di un potenziamento dei suoi poteri 'quasi-legislativi' e 'quasi-giudiziari', può rappresentare un'importante opportunità per fare un prezioso esercizio di "resilienza costituzionale". Un passo indietro, per provare a farne due avanti e per provare a prendere sia l'uovo dell'ottemperanza alle richieste dell'ordine giuridico internazionale che la gallina della stabilizzazione resiliente dello stato costituzionale.

.

Parte V
Dignità, pace, diseguaglianze e lavoro

Claudia Calipari
Il problema del fondamento dei diritti umani in un contesto multiculturale

Maria Giorgia Caraceni
La mediazione istituzionale come garanzia di uguaglianza nelle democrazie liberali contemporanee

Salvatore Malluzzo
Il ruolo del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico nella tutela del "diritto alla pace" quale diritto fondamentale individuale e dei popoli nella crisi globale attuale

Vincenzo Telaro
«E tu…di chi sei figlio?». Il diritto all'affetto da istanza sociale a diritto costituzionale

Silvia Jelo di Lentini
Disuguaglianze e diritti in tempi di crisi

Alessio Mario Riccobene
Giurisdizione civile e primato del diritto eurounitario. La tutela dei diritti soggettivi nel dialogo tra Corti ed il recupero del principio di legalità

Claudia Gianninò
La tutela lavoristica dei minori tra vecchie questioni e nuove tendenze nel contesto tecnologico

Edoardo Maria Platania
Ci si può affidare al reddito di cittadinanza? L'affidamento e il reddito minimo

Giorgia Chiaramonte
Nuovi diritti e tecniche di tutela del produttore agricolo lungo la filiera agroalimentare: il contrasto alle pratiche commerciali sleali

CLAUDIA CALIPARI*

Il problema del fondamento dei diritti umani in un contesto multiculturale**

SOMMARIO: 1. Diritti umani e multiculturalismo: un rompicapo scientifico. – 2. La struttura ontologica umana tra legittimazione e giustificazione dei diritti umani alla luce del pensiero di Sergio Cotta – 3. Per concludere: la dignità umana al centro di un sistema di diritti multiculturale tra ragioni prudenziali e solidarietà.

ABSTRACT: ***This essay analyses the problem of the foundation of human rights in a multicultural context. In particular, the use of human dignity as category to justify human rights causes difficulty, because it often appears as an empty clause, capable of transforming the most varied and contradictory cultural claims into legitimate rights. Through the philosopher Sergio Cotta's thought, we will try to demonstrate how human dignity is a minimal and not arbitrary normative criterion, able to guide the legislator in the activity of identifying those social instances worthy of being translated into rights.***

1. *Diritti umani e multiculturalismo: un rompicapo scientifico*

In un contesto di multiculturalismo, le abituali pratiche di giustificazione delle decisioni politico-normative sono sempre più incerte, multiformi, per via della loro dimensione spaziale di riferimento, che non è più l'unità politica chiusa, delimitata dal confine statale, ma è il globo terracqueo nella sua interezza e ciò per via del passaggio, ormai irreversibile, dalla *polis* alla *cosmopolis*, ossia da un orizzonte culturale monistico ad un orizzonte culturale pluralistico[1].

Quanto esposto pone sempre maggiori interrogativi, teorici e pratici, all'utilizzo dei diritti umani[2] e della categoria della "dignità umana"[3], quale criterio del giudizio politico-normativo, da impiegare per vagliare la rilevanza giuridica delle plurime rivendicazioni

* Dottoranda in Filosofia politica, Università degli studi di Catania.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] La comunità locale, quale criterio del giudizio politico riflessivo, tanto cara ai comunitaristi, è in crisi. Il passaggio, a cui oggi si sta assistendo, è quello dal locale al globale.

[2] F. SCIACCA, *Filosofia dei diritti,* Le Lettere, Firenze, 2018, 136. Scrive l'autore: «Ci sono quelli umani, della tradizione europea, che noi pretendiamo di consigliare a tutti coloro che non hanno creato questo set di diritti, fondati sulle libertà individuali, e, quindi, su una concezione forte dell'individuo, inteso come portatore e possessore di essi; ci sono poi i diritti appartenenti a culture che pensano di non dovere dare priorità ai diritti individuali, ma, piuttosto, a quelli collettivi di una società e di una cultura (…) Come si fa, allora, a mettere insieme culture differenti, in nome di un unico concetto di diritti, dal momento che ci sono diverse concezioni di essi?».

[3]Alla base dei diritti umani vi è "l'etica della dignità", che ha progressivamente preso il posto dell'etica dell'onore, la quale si sostanziava in una etica della superiorità nei confronti di altri. L'etica della dignità, in particolare, non è un'etica delle virtù, ma è una etica egualitaria e antimeritocratica: ogni uomo ha dignità per il fatto stesso di essere uomo, a prescindere dai suoi meriti e demeriti. Il fondamento dei diritti, pertanto, non si basa più, esclusivamente, sulle regole della ragione, ma sulla difesa dell'irripetibilità di una soggettività, non si fonda più sui poteri di un soggetto, ma sul suo essere. Per un approfondimento del tema v. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000. Per un approfondimento del concetto di dignità dal punto di vista del diritto costituzionale v. A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale,* in Rivista AIC, 1/2011, 15/12/2010.

provenienti da contesti culturali differenti e ciò in quanto si contesta il fondamento universale dei diritti umani.

Infatti, la questione inerente alla legittimazione dei diritti umani, in un contesto multiculturale, costituisce un vero e proprio "rompicapo scientifico" e, sebbene N. Bobbio scriva che, rispetto alla questione inerente ai diritti umani, il vero problema non è tanto quello di giustificarli, individuando un fondamento assoluto da dare ai diritti, quanto quello di proteggerli[4], si è, invece, del parere che interrogarsi sul senso, sul fondamento da dare ai diritti umani, sia una questione fondamentale: se fossero più condivise le ragioni che giustificano[5] l'esistenza dei diritti umani, infatti, sarebbe facilitato il consenso intorno ad essi e, quindi, conseguentemente, la loro applicazione.

In un contesto multiculturale, interessato da una continua trasformazione economica e tecnologica, è difficile individuare un fondamento unico, omogeneo, assoluto[6], da dare ai

[4] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014, 8. Come è noto, l'autore ha sostenuto che il problema di fondo relativo ai diritti umani non sia tanto quello di giustificarli, fondarli, quanto quello di proteggerli, rappresentando, questo, un problema politico e non filosofico e ciò in quanto la questione del fondamento dei diritti è stata risolta con la Dichiarazione Universale, la quale rappresenta, secondo l'autore, la manifestazione dell'unica prova con cui un sistema di valori può essere considerato umanamente fondato e, quindi, riconosciuto, e questa prova è il consenso generale circa la sua validità. L'argomento del consenso infatti, per l'autore, è in grado di sostituire la prova dell'intersoggettività con quella, ritenuta impossibile o estremamente incerta, della oggettività. In particolare, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo è la più grande prova storica del *consensus omnium gentium*. Per l'autore, quindi, ciò che è rilevante per l'attuazione concreta dei diritti umani non è tanto la prova della loro fondatezza – anzi questa dimostrazione rischia di rendere intollerante e aggressivo il linguaggio dei diritti- quanto che i diritti abbiano un consenso politico, sebbene esso, come dato empirico, sia storicamente contingente e difficilmente accertabile in termini rigorosi. Cfr. M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti uman*i, trad. it S. D'Alessandro, Feltrinelli, Milano, 2003, p, 140.

[5] F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., 192. Scrive l'autore: "*Crediamo che il progresso nella giustificazione dei diritti sia, in definitiva, un modo per rafforzarne la protezione. Ogni accordo tra gli uomini è fragile e provvisorio se non è fondato sulla ragione. Il futuro dei diritti umani è affidato ad una progressiva presa di coscienza delle ragioni che li giustificano e fondano"*. In particolare, F. Viola è del parere che l'appello alle buone ragioni, non serva solo a giustificare uno stato di fatto o costituisca un mero ripiego gnoseologico, in seguito alla delusione razionalistica: il predetto appello dovrebbero essere considerato come il criterio di verità proprio della ragione pratica. Lo spazio della giustificazione è lo spazio dell'argomentazione delle nostre buone ragioni. Sul punto cfr. F. SCIACCA*, Filosofia dei diritti*, cit, 116.

[6] Radicalmente contrario alla possibilità di rinvenire un fondamento assoluto dei diritti umani è N. Bobbio. Secondo l'autore, questa illusione era cara ai giusnaturalisti, i quali erano convinti di avere messo i diritti al riparo da ogni confutazione, facendoli derivare dalla natura umana, ma come fondamento irresistibile dei diritti la natura dell'uomo si dimostrò molto fragile. Egli scrive: «La seconda illusione del giusnaturalismo è che i valori ultimi non solo si possano dimostrare come teoremi, ma che basti averli dimostrati per assicurarne l'attuazione. Accanto al dogma infondato della dimostrabilità razionale dei valori ultimi, il razionalismo etico, nella forma più radicale, sostiene che la dimostrata razionalità di un valore è condizione necessaria e sufficiente della sua attuazione. Il primo dogma assicura la potenza della ragione, il secondo ne assicura il primato. Questo secondo dogma è smentito dall' esperienza storica. Non si può dire che i diritti dell'uomo siano stati rispettati di più in quelle epoche storiche in cui i dotti erano concordi nell' avere individuato un argomento inconfutabile per difenderli, cioè la loro derivabilità dall'essenza della natura dell'uomo. Nonostante la crisi dei fondamenti, per la prima volta in questi decenni la maggior parte dei governi esistenti hanno proclamato, di comune accordo, una dichiarazione universale sui diritti dell'uomo. Di conseguenza, dopo questa Dichiarazione, il problema del fondamento ha perso di interesse. Se la maggior parte dei governi esistenti si è accordato su una dichiarazione comune si vede che aveva buone ragioni per farlo. Pertanto ora non si tratta di cercare altre ragioni, oppure, come vorrebbero i giusnaturalisti redivivi, la ragione delle ragioni, ma porre le condizioni per una attuazione scrupolosa dei diritti proclamati». V. N. BOBBIO. *L'età dei diritti*, cit. 15. In particolare N. Bobbio ha argomentato l'inconsistenza di ogni ricerca del fondamento assoluto dei diritti umani, poiché essa richiederebbe una ragione assoluta, dotata di evidenza, o un concetto univoco di natura umana e ciò non rispetterebbe il carattere storico ed eterogeneo dei diritti: diritti considerati assoluti nel Settecento, come, ad

diritti umani: ragioni di natura religiosa, economica, morale, culturale possono ingenerare una contesa sul contenuto più idoneo da dare ai diritti.

La stessa categoria della dignità umana, quale fonte dei diritti[7], invocata dalle Carte nazionali e sovranazionali, appare, a volte, un "contenitore vuoto", in grado di giustificare la trasformazione delle più variegate e contraddittorie rivendicazioni culturali in diritti legittimi.

Ad esempio, nei Paesi Occidentali, rispettare la dignità della donna significa dare alla donna la possibilità di esprimersi liberamente, anche dal punto di vista dell'abbigliamento; viceversa, nei Paesi a tradizione islamica la donna, che nasconde il proprio corpo dietro ad un velo, rispetta così la propria dignità[8].

Per i laici è conforme alla dignità dell'individuo praticare l'aborto, mentre per il cattolici l'aborto non è un diritto poiché è contrario alla dignità umana[9].

---

esempio, il diritto di proprietà, oggi sono sottoposti a limitazioni; viceversa altri diritti, come quello alla privacy, il diritto a vivere in un contesto ambientale sano o alcuni diritti sociali, che non erano presenti nei secoli passati, sono, invece, tutelati dalle dichiarazioni contemporanee. A ciò si aggiunga la presenza di antinomie e conflitti che sussiste tra i diritti umani, che impediscono di riconoscere un carattere di assolutezza al fondamento dei diritti: si pensi, in particolare, al conflitto tra i tradizionali diritti di libertà e i diritti sociali, tra i diritti economici e il diritto alla tutela dell'ambiente. Per Bobbio, il fatto che due diritti fondamentali siano antinomici, testimonia che non possono avere, gli uni e gli altri, un fondamento assoluto, un fondamento, cioè, che renda un diritto e il suo opposto, entrambi, inconfutabili e irresistibili. Diversamente, in merito alla possibilità di individuare un fondamento assoluto dei diritti umani si esprime F. Viola: «Chiedersi se esista un fondamento assoluto è come chiedersi se la ragione umana è simile a quella Divina. Lo scettico è spesso un razionalista deluso. Il problema reale non è questo, ma l'interrogativo riguardante i controlli di verità, propri di una ragione imperfetta e limitata quale è la nostra. Da un punto di vista gnoseologico, il fondamento non sarà mai assoluto, ma ciò non significa che esso non possa svolgere la sua funzione di controllo, stimolando anche l'atto pratico di riconoscimento». V. F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., 199.

[7] Il dramma dell'Olocausto mise in crisi la convinzione, propria del positivismo giuridico, secondo cui lo Stato, con il suo sistema giuridico, era capace di rappresentare gli interessi dei cittadini in via esclusiva: era proprio dallo Stato, infatti, che i cittadini dovevano essere difesi. Per tale ragione il pensiero politico occidentale proclamò l'esistenza di diritti umani inalienabili, contenenti valori, a difesa dei requisiti fondamentali della persona umana (c.d. dignità umana), da assegnare universalmente a tutti gli esseri umani. In particolare, il tema dei diritti umani è stato al centro dell'agenda politica globale dal 1948, anno in cui la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo venne approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la quale tutti gli uomini della terra diventano idealmente "soggetti di diritti" e titolari di una cittadinanza mondiale, con conseguente attuazione della celebre utopia kantiana secondo cui la violazione del diritto, avvenuta in un punto della terra, è avvertita in tutti i punti. Occorre, tuttavia, precisare che la predetta Dichiarazione, in alcuni contesti culturali, è stata rapidamente approvata, in altri ha attraversato un percorso di lenta assimilazione e di accettazione, in altri ancora è stata respinta e considerata come una seria minaccia alla conservazione della specificità della propria tradizione culturale, o, ancora peggio, come strumento politico di dominio, come espressione dell' astuzia della ragione occidentale, del suo microcosmo "WASP" (White, Anglo, Saxon , Protestant) la quale, incapace di dominare il mondo mediante un governo imperiale diretto, camuffa la propria volontà di comando servendosi del linguaggio imparziale e universalistico dei diritti umani, a discapito di culture che non condividono affatto la concezione occidentale dell'individuo, libero e autonomo. V. A. SPADARO, *Dai diritti "individuali ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2005, 26.

[8] In particolare il mondo islamico dà rilevanza giuridica solo a quei diritti umani, predicati dalla comunità dei mussulmani, che sono compatibili con la legge coranica e la Sunna, diritti a cui i non mussulmani devono adeguarsi. Un'interpretazione più riformista dell'Islam, tuttavia, lascia qualche spiraglio alla possibilità di una convergenza con la visione occidentale. V. G. GOZZI, *Le carte dei diritti nel mondo islamico*, in AA.VV. *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo,* a cura di V. Colombo e G. Gozzi, Il Mulino, Bologna, 2003, 209-231.

[9] Per un approfondimento del tema, si veda *ex plurimis* P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009.

Quanto esposto sembra confermare un relativismo culturale[10]e, conseguentemente, giuridico, in relazione al contenuto da dare ai diritti, ben espresso dal filosofo B. Pascal: "*Nulla si vede di giusto o di ingiusto che non muti col mutare di clima. Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano decide della verità; nel giro di pochi anni le leggi fondamentali cambiano; il diritto ha le sue epoche; l'entrata di Saturno nel Leone segna l'origine di questo o quel crimine. Singolare giustizia che ha come confine un fiume! Verità di qua dei Pirenei, errore di là (…). Il furto, l'incesto, l'uccisione dei figli o dei padri, tutto ha trovato posto tra le azioni virtuose. Si può dar cosa più spassevole di questa: che un uomo abbia il diritto di ammazzarmi solo perché abita sull'altra riva del fiume e il suo sovrano è in lite con il mio, sebbene io non lo sia con lui?"*[11].

E se, come sottolinea S. Veca, "*l'incertezza chiede teoria*"[12], il presente articolo si propone come obiettivo quello di vagliare l'ammissibilità della categoria della "dignità umana", in un contesto multiculturale, quale criterio del giudizio politico- normativo valevole *erga omnes,* che sia in grado di arginare il relativismo giuridico e la crisi, ermeneutica e applicativa, che la categoria dei diritti umani sta attraversando.

2. *La struttura ontologica umana tra legittimazione e giustificazione dei diritti umani alla luce del pensiero di Sergio Cotta*

Ciò che con il filosofo del diritto S. Cotta[13] sostengo è che la dignità umana non sia un contenitore completamente vuoto, ma un criterio normativo, seppur minimale, in grado di guidare il legislatore nell'attività di individuazione di quelle istanze sociali meritevoli di essere tradotte in diritti.

---

[10] Per un approfondimento della nozione di relativismo, v. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Utet, Milano, 2019, 913 – 916. I prodromi del relativismo possono essere ravvisati già nell'antica sofistica (Protagora, Gorgia) e nel pensiero scettico. Nell'ottica del relativismo, tutti i valori fondamentali della vita umana, siano essi morali, culturali religiosi, estetici, ecc, sono storicamente e geograficamente condizionati, da qui l'inconcepibilità di valori universali e assoluti. Se, da una parte, al relativismo si deve riconoscere il merito di avere messo in discussione la pensabilità di una universalità assiologica astratta e di avere dimostrato la relatività dei valori, ossia il loro carattere relazionale e, quindi, relativo rispetto al contesto storico/culturale che di fatto li determina, dando così una spiegazione fenomenologica al fatto del pluralismo assiologico diacronico e sincronico, dall' altra parte non si possono sottacere le derive scettico/nichiliste a cui oggi il relativismo sta aprendo la strada. In particolare, secondo il c.d. "relativismo forte", in assenza di valori assoluti, ad esistere sono solo etnoverità ed etnovalori, incommensurabili, validi esclusivamente entro un determinato contesto culturale. Secondo pertanto tale prospettiva relativista, nessuna cultura può essere considerata migliore o peggiore di un'altra poiché tutte sono equivalenti. In tal senso di veda O. SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale,* trad. it. Longanesi, Milano, 55: "*Ogni cultura ha il suo proprio criterio, la cui validità comincia e finisce con esso. Non vi è alcuna morale umana universale".* Secondo, invece, la prospettiva del c.d. relativismo debole, sebbene ogni affermazione assiologica dipenda da determinati contesti storico/culturali, essa non è totalmente vincolata ad essi, né necessariamente incommensurabile ed equivalente rispetto ad affermazioni assiologiche espresse da altri contesti culturali. Tra i sostenitori di tale ultimo approccio v. H. PUTNAM, *Ragione, Verità, Storia*, trad. it. di A. Nicolò Radicati di Brozolo, Il saggiatore, Milano, 1985, 20: "*I nostri concetti possono essere relativi ad una determinata cultura, ma da ciò non consegue che la verità e falsità di tutto ciò che diciamo, usando questi concetti, sia semplicemente deciso dalla cultura".*

[11] B. PASCAl, *Pensieri*, (1670), trad. it. di U. BERNASCONI, Rusconi Libri, Milano, 2021, 184:

[12] S. VECA, *Filosofia politica,* Editori Laterza, Roma-Bari, 2022.

[13] Sergio Cotta è un noto filosofo italiano, di estrazione cattolica. Si occupò, tra le tante tematiche, del problema del fondamento dei diritti.

In particolare, il primo interrogativo che S. Cotta si pone è: perché l'individuo è qualcosa da rispettare? Perché il diritto deve proteggere la persona umana?

Per l'autore il diritto è chiamato a rispettare l 'individuo poiché il soggetto umano coincide con il soggetto giuridico e l'ordine, che i diritti rispecchiano, prima di essere legale, è ontologico.

L'ontologia esistenziale dell'individuo, infatti, costituisce la più originaria forma di ordine ed ha carattere indisponibile[14].

La stessa struttura ontologica dell'essere umano dà conferma di ciò: sebbene essa sia ciò da cui la libertà umana trae origine, al contempo, tale struttura, rappresenta un limite alla possibilità di fare ed essere dell'individuo che non può, ad esempio, scegliere di rinunciare alla propria mortalità o di non essere chi è, ed è obbligato a rispettare certe condizioni generali e particolari nel suo esistere ed agire, condizioni obbliganti e indisponibili che i diritti sono tenuti a proteggere.

In particolare, S. Cotta sostiene che l'essere umano, con la sua dignità, con la sua struttura ontologica, rappresenta quel "*criterio oggettivamente umano, né ideologico né astratto, sulla base del quale occorre valutare giudizi di valore, opinioni, comportamenti personali, costumi sociali, leggi e istituzioni"* [15]*.*

La dignità umana, quale criterio per stabilire, quindi, quali rivendicazioni culturali trasformare in diritti, per Cotta, non è né un contenitore vuoto, riempibile di qualunque contenuto, né un contenitore pieno, in cui è iscritto un determinato contenuto assiologico, destinato ad essere recepito passivamente dal potere politico/legislativo, come voleva il c.d. giusnaturalismo ingenuo. Per S. Cotta, la dignità umana (*rectius* la struttura ontologica umana), tenendo conto dei risultati delle moderne scienze psicologiche, dell'antropologia[16], presenta alcuni caratteri strutturali invarianti quali la relazionalità[17], la libertà[18], l'essere sé[19],

---

[14] Ciò determina, secondo l'autore, l'originarietà dello stesso fenomeno giuridico. La similarità tra la struttura dei diritti e la struttura ontologica dell'uomo si ravvisa nel fatto che, al pari della struttura ontologica umana, le norme giuridiche sono contestualmente "norme della coercizione e della liberta": esse obbligano i destinatari al rispetto, lasciando intatta la possibilità della trasgressione. In tal senso cfr. J. HABERMAS, *Fatti e Norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2018, 41.

[15] S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, 107.

[16] In particolare, la moderna antropologia ha rilevato l'innegabile presenza di alcune invarianti strutturali (i c.d. interdetti del divieto di incesto, di omicidio dell'innocente, di furto e dell'obbligo di ospitalità), indipendenti dalla dimensione storica e dalle ambientazioni culturali delle singole etnie. Si tratta di invarianti atemporali e astoriche, rispondenti alla struttura ontologica dell'uomo e funzionali ad una effettiva coesistenza pacifica tra gli individui. Alla storia viene così riconosciuta una valenza che non è solo limitata alla determinazione di verità storiche e transeunti, ma essa è il luogo in cui è riscontrabile la permanenza, la durata di forme categoriali e contenuti sostanziali. V. S. COTTA, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, cit., 84 e ss.

[17] La relazionalità è elemento strutturale dell'essere dell'ente uomo. Ciò è attestato sul piano genetico dalla duale relazione fecondatrice degli elementi strutturanti l'embrione e della duale relazione nel periodo della gestazione. La relazione costituisce poi la modalità di introspezione psicologica del profondo dell'individuo. La relazionalità intersoggettiva, il "con esserci", implicato nella condizione di mancanza dell'essere dell'essente che, in quanto ente finito, non può esaurire l'essere e pensarsi quale individualità totale e unica, è necessariamente una individualità accanto alle altre. Il "con esserci", nella prospettiva cottiana, non deve rimanere limitato all' esserci l'uno accanto all'altro, nella separatezza ed estraneità, in quanto ciò comporterebbe l'assolutizzazione di un ente finito, la chiusura nella sua finitezza e la negazione dell'alterità dell'altro.

[18] La struttura ontologica dell'uomo non dà luogo né ad un vivere naturalistico, secondo la necessità deterministica, né ad un vivere secondo una libertà assoluta, ma dà origine ad una libertà che deve essere esercitata nel rispetto di determinati limiti. Può essere riconosciuto in capo all'uomo un diritto di autodeterminarsi a partire dall' essere determinato. Tale prospettiva è condivisa anche da Sartre, secondo cui "Ciascun uomo è condannato ad essere libero". V. J. SARTE, *L' esistenzialismo è un umanismo*, Milano, 1986, 64.

la sessualità, la parità ontoesistenziale[20], l'essere sinolo di finito/infinito[21,] particolare/universale[22], corpo/mente, natura/cultura appartenenza/differenza, i quali costituiscono, per l' autore, il nucleo di una soggettività invariante, universale (c.d. principio persona), sottesa alle sue particolari manifestazioni culturali, etniche, storiche, politiche, giuridiche.

Tale struttura ontologica, con le sue caratteristiche, è destinata ad offrire al legislatore dei criteri guida incompleti, ma non arbitrari - poiché non si può, ad esempio, negare che l'uomo sia un ente costitutivamente relazionale – al fine di individuare il contenuto più idoneo da dare ai diritti.

Il contenuto dei diritti umani, in tal modo, esce dal convenzionalismo, dal puro arbitrio quando si conforma alla struttura ontologica umana, che è condizione di validità delle proposizioni deontiche.

Ma, come sopra accennato, la struttura ontologica non contiene delle prescrizioni assiologiche che devono essere passivamente recepite, pertanto, la determinazione dei valori, destinati a essere tradotti in diritti, rimane rimessa alla libertà ermeneutica, volontà, responsabilità degli individui (*rectius* del potere politico/legislativo)[23].

Il legislatore, tramite un dialogo di ragione[24], è chiamato a scoprire e ad interpretare le esigenze della struttura ontologica dell'uomo: tale processo può svolgersi da una imprecisa intuizione ad una chiarezza dei concetti.

A titolo esemplificativo, l'art.1 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani dispone che: "*Tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"*.

In realtà, in natura, gli uomini non nascono né liberi né eguali: che gli uomini nascano liberi ed eguali è una esigenza di ragione, emersa con l'evoluzione storica[25] e, in particolare,

---

[19] L'essere sé implica l'irrinunciabile responsabilità per sé, non potendo l'individuo rinunciare a quel singolo che è.

[20] La parità ontologica non cancella le diversità e disuguaglianze esistenziali tra gli individui: se tutti posseggono il medesimo stato di finito/infinito è altrettanto vero che nessuno di essi è un ente finito identico ad un altro ente finito. Il principio persona non nega ciò. La persona è, infatti, una unità di uguaglianza e diversità esistenziale. Alla luce della parità ontologica, azioni di tortura, plagio, sadismo sono ingiuste. V. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè, Milano, 1991, 212. Dal criterio di giustizia della parità ontoesistenziale discende, come ulteriore corollario, quello della simmetria delle esigenze, in forza del quale sono da considerare giuste e meritevoli di tutela solo quelle pretese oggettivabili e quindi universalizzabili.

[21] Che l'individuo sia un essere finito lo conferma la riflessione teoretica: solo un essere finito è in grado di pensare altri enti similmente finiti come sé. L'individuo è finito poiché è particolare e contingente, ma la coscienza della propria finitezza implica il trascendere la propria particolarità e il collocarsi nella prospettiva dell'infinito.

[22] Dal punto di vista giuridico la dialettica particolare/universale (variabile/invariabile), che caratterizza la natura umana, si traduce nella particolarità dei diritti posti, riconosciuti, ad esempio, a livello del singolo Stato e nella possibilità di una universalità giuridica, di cui sono espressione i diritti umani.

[23] Per S. COTTA, pertanto, i diritti sono consegnati alla categoria della possibilità contenutistica e ala responsabilità/volontà umana. Esemplificative appaiono le parole del giurista N. Irti, secondo il quale nulla è indecidibile, neppure i diritti dell'uomo o i "diritti fondamentali", i quali possono sottrarsi al dominio delle leggi ordinarie perché così li abbiamo voluti e continuiamo a volerli. Anche l'indecidibile è deciso. Il giorno in cui la volontà li abbandonasse, quei diritti cadrebbero nel potere di altre e diverse volontà. Nelle vicende umane, infatti, nulla è mai guadagnato per sempre. Per un approfondimento del pensiero del predetto autore si veda N. IRTI, *Nichilismo giuridico*. Laterza, Roma-Bari, 2014; N. IRTI*, Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari,2014.

[24] La necessità della giustificazione mette in evidenza la parità sostanziale degli individui, in quanto esseri ragionevoli, che sottende l'empirica diversità tra gli stessi

[25] Rispetto alla genesi storico/culturale dei valori S. Cotta sostiene come sia erroneo pensare che la storia sia l'unica fonte della dimensione assiologica, poiché la dimensione storica non è l'esclusiva natura dell'uomo.

dopo l'esperienza drammatica dell'Olocausto ed è una disposizione che funge da "promemoria" della crudeltà e della vergogna vissuta dal genere umano[26].

Si è del parere, quindi, che le esigenze della struttura ontologica umana, sulla base delle quali definire il contenuto dei diritti, possono essere afferrate solo in termini storico/pragmatici, non teologici o metafisici.

Alla luce di quanto esposto, i diritti umani non possono normalizzare ogni fattispecie, ogni rivendicazione proveniente da diversi contesti culturali, poiché solo alcune delle rivendicazioni avanzate possono trovare accoglimento da parte dello Stato ed avere una valenza "normativa", ossia quelle rispettose della struttura ontologica umana[27].

Ne consegue che ogni soggetto vanta un diritto alla sua cultura, ma nessuna cultura vanta un diritto sul soggetto.

Pertanto non possono assumere il rango dei diritti umani, ad esempio, le pretese asimmetriche o ontologicamente discriminatorie[28].

Pertanto con Cotta si può sostenere che la dignità umana, quale criterio normativo, non è né un criterio meramente formale, né un criterio empiricamente contenutistico: non è meramente formale poiché non si limita a stabilire il rispetto di qualsiasi rivendicazione (legalità in senso formale), ma seleziona le pretese, talune escludendole, altre, invece, confermandole; non è empiricamente contenutistica poiché non stabilisce direttamente delle prescrizioni, ma dei criteri, sebbene incompleti e rimessi all'interpretazione, per interrogarsi sulla legittimità delle aspettative normative, provenienti dalla società multiculturale, in base all'esigenza permanente di coesistenzialità[29].

V. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle nome*, Giuffrè, Milano, 1981, 62. Come è noto Cotta supera la tradizionale dicotomia tra diritti naturali e diritti positivi: non esistendo un legislatore natura, i diritti naturali sono quelli rispettosi della struttura ontologica umana e sono tutti posti dall'uomo, quindi sono anche diritti positivi, ossia diritti inventati, posti dagli individui mediante ragionevolezza; cfr. F. VIOLA*, Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., 72. Scrive l'autore: "*I diritti non sono idee eterne che devono negoziare con la storia, ma sono una prassi che è alla ricerca di sé, cioè della sua eccedenza o della sua pienezza (.) evitando i due atteggiamenti estremi e contrapposti: il mero giustificazionismo del fatto da una parte e l'immobilismo delle idee dall'altra parte*".

[26] Quegli stessi valori, che sembrano cosi autoevidenti, si pensi al principio di uguaglianza, sono una conquista fragile. V. H. ARENDT, *Verità e politica*, trad, it. V SORRENTINO, Bollati Boringhieri,2022, 56. Scrive l'autrice: «Che tutti gli uomini siano creati uguali, non è evidente di per sé, né dimostrabile. Abbiamo questa opinione perché la liberta è possibile solo tra eguali e crediamo che le gioie e le gratificazioni della libera compagnia siano preferibili ai dubbi piaceri del dominio(.). Ciononostante si tratta di questioni di opinioni, non di verità. La loro validità dipende dal libero accordo e consenso, si giunge ad esse tramite il pensiero discorsivo, e rappresentativo, e vengono comunicate per mezzo della persuasione e dissuasione».

[27] I diritti universali riguardano il rispetto dell'individuo in quanto *antropos* e dovrebbero costituire il criterio di giudizio di accettabilità delle rivendicazioni culturali particolari, secondo una dialettica invariante/variante per cui è nella possibilità del variante deviare (si pensi alle leggi razziali) ripudiare, innovare, rivoluzionare l'invariante.

[28] L'agire umano, per Cotta, non è, infatti, un crearsi rispetto al proprio essere, ma un farsi misurato dalle esigenze del proprio essere. La libertà che l'individuo ha di scegliere la propria concezione di vita buona non è, pertanto, assoluta. Ad esempio, pur essendo potenzialmente libero l'individuo di scegliere tra il riconoscimento e l'esclusione del prossimo, per l'autore, "l'autentica libertà" è solo quella del riconoscimento dell'altrui personalità, poiché attraverso il riconoscimento altrui avviene anche il rispetto di sé e si dà l'unica possibilità di essere autenticamente liberi. La scelta che l'individuo è chiamato a compiere è, quindi, tra la libertà ontologico coesistenziale e il tradimento di sé e degli altri, tra l'essere libero o il tradire il nucleo ontologico che rende l'uomo uomo. V. anche G. CARCATERRA. *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Giappichelli, Torino,2007, 117.

[29] S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., 217.

Ne consegue che la dignità umana, al pari di un testo letterario o di una qualunque opera d'arte, non è un semplice pretesto per una interpretazione totalmente libera e autonoma. Scrive U, Eco: "*Persino il decostruzionista più radicale accetta l'idea che ci siano interpretazioni che sono clamorosamente inaccettabili. Questo significa che il testo interpretato impone delle restrizioni agli interpreti"*[30].

I diritti, giustificati mediante la categoria della dignità umana, presenterebbero, in tal modo, una giustificazione oggettiva e universale, poiché la condizione ontologica di coesistenza riguarda tutti gli individui in maniera paritaria

Appare utile richiamare sul punto la distinzione che S. Maffettone elabora tra la "legittimazione" e la "giustificazione". Scrive l'autore: *"La legittimazione è influenzata dalle differenze culturali, dipende dalle tradizioni religiose e morali, che noi recuperiamo attraverso un lavoro complicato di ermeneutica comparata. La giustificazione, invece, si ispira all'oggettivismo etico ed afferma l'esistenza di alcuni valori fondamentali*"[31].

La legittimazione è inevitabilmente molteplice e non può che tenere conto delle differenze tra le culture e delle diverse ragioni attraverso le quali esse aderiscono al linguaggio dei diritti umani; la giustificazione è, invece, unitaria ed ha a che fare con il principio persona (*rectius* ontologia umana) quale limite alle rivendicazioni giuridicamente legittime.

La tesi di fondo che si sostiene è, pertanto, che non esiste un nucleo "fisso" di diritti umani, valido attraverso le culture: esistono, piuttosto, articolazioni complesse di diritti primari, la cui formulazione è condizionata in maniera non determinabile a priori dell'intreccio di legittimazione e giustificazione in specifici contesti storici, le quali fungono da limite al riconoscimento di quelle aspettative normative rivendicate dai differenti contesti culturali[32].

3. *Per concludere: la dignità umana al centro di un sistema di diritti multiculturale tra ragioni prudenziali e solidarietà*

Dalla succinta illustrazione del pensiero di S. Cotta è emerso come la dignità umana, concepita in termini di struttura base dell'*humanum*, non sia un "contenitore vuoto", ma possa fornire qualche indicazione, seppur incompleta, al legislatore nazionale e internazionale nel contesto multiculturale in cui si trova ad operare, al fine di individuare quelle aspettative culturali meritevoli di essere tradotte in diritti.

Ciò che appare ancora insoluto, tuttavia, è il perché differenti dottrine comprensive, che ravvisano il senso ultimo del sistema dei diritti in cui credono in ragioni di natura economica, religiosa, culturale, morale, debbano sottoporre le stesse al filtro della "macchina dell'umanità", al fine di vagliare la meritevolezza giuridica delle stesse: perché, l'essere umano, con la sua dignità, va posto al centro del sistema dei diritti?

Sembrerebbe che gli ordinamenti giuridici, nazionali e sovranazionali, nel porre la dignità degli individui al centro del sistema dei diritti umani, presuppongano una sorta di "sacralità" della persona umana e celino, quindi, una idolatria di matrice teologica, priva di fondamento razionale, oltre che difficilmente condivisibile in un contesto di multiculturalità.

---

[30] U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, 13.

[31] S. MAFFETTONE, *Filosofia politica e diritti umani*, in AA.VV, *Struttura e senso dei diritti. L'Europa tra identità e giustizia politica,* a cura di F. Sciacca, Mondadori, 2008, 38

[32] *Ibid.*

In particolare M. Ignatieff ci ricorda come la predetta idolatria umanista, anche nella forma dell'umanismo laico, sia pericolosa poiché pone le esigenze e i bisogni della specie umana al di sopra di quelle di ogni altra specie, rischiando di legittimare un rapporto strumentale e di sfruttamento dell'uomo nei confronti della natura[33].

Scrive sul punto l'autore: "*Forse non abbiamo diritto di venerare la nostra specie, ma il nostro impegno a proteggerla richiede di essere sostenuto da una qualche fede nella nostra specie. Questa fede, non c' è bisogno di dirlo, può essere soltanto condizionale, riaffermata di fronte alla prova che noi siamo, in alcune circostanze, belve feroci. (..)Perché dovremmo avere bisogno dell'idea di Dio per credere che gli esseri umani non sono liberi di fare quel che vogliono ad altri esseri umani; che gli esseri umani non devono essere picchiati, torturati, sottoposti a coercizione o a indottrinamento o, in ogni caso, sacrificati contro la loro volontà? Queste affermazioni derivano semplicemente dalla nostra esperienza del dolore, e dalla nostra capacità di immedesimarci con il dolore degli altri. Il credere che gli esseri umani siano sacri non dà necessariamente una maggiore forza a queste prescrizioni"[34].*

Dal sopracitato passo sembrerebbero emergere due ordini di ragioni in grado di giustificare l'esigenza di porre l'individuo al centro del sistema dei diritti.

Preliminarmente Ignatieff evidenzia ragioni prudenziali: poiché gli esseri umani sono a rischio della propria vita per via di forme di abusi e oppressioni provenienti dalla religione, dallo Stato, dalla famiglia, dai propri stessi simili, essi necessitano di protezione da parte del sistema dei diritti. In aggiunta l'autore fa riferimento al senso di empatia[35], che caratterizza la specie umana, il quale è strettamente correlato al sentimento di solidarietà[36] e che rappresenta l'ulteriore ragione che giustifica il motivo per il quale l'individuo vada protetto dalla crudeltà attraverso un sistema di diritti, in quanto unica specie che ha la capacità di accorgersi e immedesimarsi nel dolore altrui e di occuparsi e preoccuparsi di specie differenti dalla propria[37]. In conclusione, sebbene la legittimazione delle rivendicazioni culturali possa fondarsi su ragioni diversificate e molteplici, la giustificazione delle stesse deve essere unitaria e va ricercata, per motivi prudenziali e per ragioni di solidarietà nell'*humanum*, nella sua dignità umana[38], la quale- si deve ammettere- pur avendo una struttura di base universale, per come evidenziato da Cotta, conserva un significato normativo ambiguo, a volte contraddittorio e di difficile chiarificazione ermeneutica.

Come ci ricorda S. Amato: "*I diritti umani sono solo apparentemente un paradosso, in quanto il vero paradosso è la natura dell'essere umano"*[39].

---

[33] M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit. 85.

[34] Ivi, 89-*90.*

[35] L'umano senso di empatia viene meno nel momento in cui "l'altro" è rappresentato come un essere degradato. Scrive P. Levi: «Prima di morire, la vittima deve essere degradata. affinché l'uccisore senta meno il peso della sua colpa» P. LEVI, *I sommersi e i salvati*. Torino, Einaudi,29014, 98.

[36] R. ESCOBAR, *Il buono del mondo. Le ragioni della solidarietà*, Il Mulino, Bologna,2018.

[37] Non si vuole con ciò asserire che il punto di vista umano sia il punto di vista unico e assoluto sulla base del quale valutare i valori. Le teorie ambientaliste dei giorni nostri ci ricordano, infatti, nel respingere una ottica eccessivamente antropocentrica, che l'uomo non è la fonte di tutti i valori e che la natura, che è il contesto in cui l'essere umano è inserito, ha valore di per sé, non solo perché oggetto dei bisogni umani, si veda G. CARCATERRA. *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, cit. 119.

[38] In tal senso si esprime anche A. Ruggeri per il quale la dignità funge da limite all'autonomia normativa, individuale e collettiva, *ex multis* A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti. Profili problematici e ricostruttivi*, in *Consulta OnLine*, 2018/II, 392 ss.

[39]S. AMATO, *Identità umana e processi di identificazione politica*, in AA.VV. *Multiculturalismo e identità*, a cura di S. Zamagni, C. Vigna, *Vita e Pensiero*, Milano,2002, 300.

MARIA GIORGIA CARACENI[*]

La mediazione istituzionale come garanzia di uguaglianza nelle democrazie liberali contemporanee[**]

SOMMARIO: 1. Le aporie della rappresentanza. La tensione tra Uno e molteplice. – 2. Razionalizzare il molteplice. La democrazia dei partiti. – 3. Il valore positivo del compromesso. La mediazione parlamentare. – 4. Conclusione.

ABSTRACT: ***This contribution focuses on the issue of political representation aiming to argue in favour of the indispensability of institutional mediation and, specifically, parliamentary mediation. I present two different theoretical paradigms under which political representation can be understood, i.e. that of representation-figuration (description) and that of representation-mandate (construction). If, from a populist point of view, it is this second paradigm of representation that has risen to the status of an unconditional model, the proposal advanced in the present analysis is instead the following: only by holding together the elements of description and construction we can recognize the essentiality of institutional mediation and the positive value of compromise. Here we can find a means to counteract the anthropological reductionism that marks the populist meaning of the people as well as an antidote to the current push towards disintermediation.***

1. *Le aporie della rappresentanza. La tensione tra Uno e molteplice*

La democrazia è il regime in cui ad essere depositario della sovranità è un soggetto collettivo,vale a dire il popolo, un'unità emergente dalla molteplicità degli individui che la costituiscono. Nel concetto di 'popolo' sono le dimensioni dell'omogeneità e dell'identità ad essere determinanti: perciò tra questo e i soggetti che lo compongono si dà inevitabilmente una tensione ineliminabile[1], un'antinomia non dialettizzabile tra singolarità e pluralità, nonché tra uguaglianza e differenza, che costituisce il cuore degli stessi sistemi politici democratici. La democrazia si regge dunque su una *doppia finzione*: quella *sociologica* della presupposizione dell'esistenza di un soggetto detentore della sovranità composto da individualità *differenti* ma *perfettamente equivalenti*, e quella *tecnica* dell'esercizio *individuale* di un potere *indivisibile*[2].

Naturalmente, data la complessità e le dimensioni delle società attuali, il *potere del popolo* non può esplicarsi in maniera diretta; pertanto l'unico modo per dargli consistenza è *mediatizzarlo* attraverso le procedure del governo rappresentativo, che ne costituiscono la

---

[*] Dottoranda in Storia delle dottrine politiche, Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi".

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Giuseppe Duso parla di *dualismo* tra quel soggetto collettivo da cui promanano le leggi e il cittadino, individualmente preso, che ad esse dovrà obbedire: v. G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, FrancoAngeli, Milano 2022, 53. Tale idea, tuttavia, non è nuova: è infatti possibile rintracciarla già in Hans Kelsen, secondo il quale «la discordia fra la volontà dell'individuo […] e l'ordine statale, che si presenta all'individuo come una volontà estranea, è inevitabile». H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, a cura di M. Barberis, trad. it. di G. Melloni, in ID., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1995[5], 53 (ediz. orig. *Wom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1929).

[2] Nel prosieguo dello scritto queste affermazioni verranno riprese e meglio specificate.

forma pratica[3]. Tramite il dispositivo moderno della *rappresentanza* si è dunque operato il tentativo di risolvere l'antitesi «fra la definizione filosofica della democrazia e le condizioni della sua istituzionalizzazione»[4]: infatti, grazie alla *mediazione* di attori politici scelti attraverso una competizione elettorale libera e ricorrente, i cittadini hanno modo di accedere ai processi decisionali – dai quali venivano e vengono esclusi nei regimi autoritari o *d'ancien régime.*

La dialettica tra *Uno* e *molteplice* sopra accennata attiene anche al processo di *rappresentazione*, che può intendersi in due sensi, in base al modo in cui è concepita la realtà politica di riferimento: se si considera che quest'ultima sia complessa e strutturata, la rappresentanza avrà una funzione prettamente *descrittiva* e sarà tesa a *ri*-produrre tale realtà in Parlamento; al contrario, nell'ipotesi in cui questa sia ritenuta semplice e compatta, la rappresentanza avrà una finalità di *costruzione* e sarà generatrice di unità e identità[5]. È possibile tracciare una linea di congiuntura tra quanto appena affermato e la distinzione istituita da Pierre Rosanvallon, che parla rispettivamente di *rappresentanza- figurazione* e di *rappresentanza-mandato*. A giudizio dello storico francese, la *rappresentanza-figurazione*, manifestando la società nella sua complessità, dà luogo ad una *legittimazione* del potere, mentre nel caso della *rappresentanza-mandato* l'accento è posto sull'*esercizio* del potere; quest'ultima, essendo un surrogato della democrazia diretta, ha anzitutto la funzione di produrre identità[6].

Ci si imbatte così in un ulteriore dilemma teorico, poiché allo stesso 'popolo' rappresentato in Parlamento può essere associata più di una immagine: si dà invero uno scarto incolmabile tra *principio politico* (l'affermazione della supremazia della volontà generale) e *realtà sociologica* (il luogo in cui tale volontà risiede)[7]. Se il popolo sovrano (nelle democrazie moderne) comprende tutti indistintamente ed è un soggetto giuridico e politico generativo della legittimità della decisione politica, il popolo inteso come categoria sociologica è considerato alla stregua di un'entità organica dotata di soggettività. Può tale dualismo essere superato? Ed eventualmente, a quali condizioni? Sulla scorta di quanto emerso finora possiamo asserire che, affinché si dia una buona rappresentanza, è necessaria la compresenza di due elementi, uno di ordine *aritmetico* – ad ogni voto deve essere attribuita uguale importanza – e uno di carattere *sociologico* – distinguere le particolarità, in modo che il Parlamento le riproduca su scala ridotta[8].

---

[3] V. P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, a cura di M. Panarari, trad. it. di A. De Ritis, Il Mulino, Bologna 2005, 17 (ediz. orig. *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Éditions Gallimard, 1998).

[4] *Ibid.*

[5] Torneremo sul rapporto tra costruzione e descrizione nel prosieguo dell'elaborato.

[6] V. P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile*, cit., 92. Notiamo dunque che, anche in quest'ottica, è rinvenibile la stessa dialettica *Uno-molteplice* fin qui individuata.

[7] Come ampiamente attestato in letteratura, 'popolo' è un lemma vago e polisemico, esso non è altro che un soggetto collettivo costruito dal discorso politico, difficilmente definibile e non atto ad individuare una realtà empirica precisa. Per approfondimenti si rinvia, tra gli altri, a G. BONAIUTI. *La parte. Note sulla politica del «popolo» di Jacques Rancière*, in *In nome del popolo sovrano*, in *Meridiana*, 77, 2013, 145-174; G.P. CELLA, *Il popolo tra invenzione e finzione*, in *Stato e Mercato*, 1, 2018, 3-36; Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Il Mulino, Bologna 2019; N. MERKER, *Ma il popolo cos'è? (per un'analitica dei concetti)*, in Giornale di storia costituzionale, 18(II), 2008, 13-27.

[8] I due elementi rimandano per l'appunto alla distinzione tra *rappresentanza-mandato* e *rappresentanza-figurazione*. Se la rappresentanza-mandato concepisce l'uguaglianza in senso *quantitativo*, poiché mira a suddividere la sovranità in parti uguali tra tutti i cittadini, la rappresentanza-figurazione si inserisce in una

2. *Razionalizzare il molteplice. La democrazia dei partiti*

La complessità delle società moderne ha prodotto una moltiplicazione dei gruppi sociali e degli interessi di cui questi sono portatori: l'affermazione, nel corso del secolo scorso, della democrazia in forma partitica, è stata perciò l'esito naturale di questo processo. Rispetto ai paradigmi rappresentativi summenzionati, ad attagliarsi meglio a questa crescita della complessità della sfera politica è, naturalmente, quello *descrittivo.* Con la democrazia dei partiti si è inverata una duplice razionalizzazione del *pluralismo*: dal punto di vista *tecnico*, essa ha permesso di organizzare l'attività elettorale in una società di massa, mentre da quello *sociologico*, ha comportato l'affermazione di una nuova concezione sociale del molteplice[9]. Il partito moderno esprime dunque una doppia tensione: tra aspetto individuale e collettivo da un lato, e tra dato oggettivo e costruzione soggettiva dall'altro; non è un corpo intermedio come gli altri, in quanto accoglie in sé la produzione di identità di tipo comunitario e l'espressione di scelte personali, sviluppando e organizzando la tensione tra l'Uno e il molteplice[10].

La struttura partitocratica della democrazia ha inoltre conferito al pluralismo una natura dinamica, inscrivendo l'ineliminabile dimensione del conflitto tra le parti all'interno di procedure che lo regolano rigorosamente, mitigando, così, gli effetti della regola della maggioranza[11]. L'esigenza di scongiurare derive maggioritarie e l'attenzione alla tutela del particolare, sono state in larga misura la conseguenza storica dell'adozione, da parte dei regimi democratici, di una forma liberale: da allora la difesa dell'individuo e dei suoi diritti è diventata una questione nodale, poiché è stabilito incontrovertibilmente che alla base del potere del popolo vi siano anzitutto l'eguaglianza e le libertà dei singoli[12].

Ciononostante, l'interpretazione secondo cui gli interessi della maggioranza dovrebbero avere la priorità su quelli della minoranza (o dell'opposizione) non può essere del tutto espunta: la tensione tra la regola della maggioranza e la realtà della protezione costituzionale delle minoranze non è definitivamente superabile, ed è lo sfruttamento di tale criticità teorica che consente agli odierni populismi di trovare una base per le loro rivendicazioni. Adottando una prospettiva *pars pro toto*[13], per cui una parte (estratta dal popolo empirico) viene identificata col tutto[14], diviene possibile ignorare la minoranza (e i suoi interessi), fingendo che questa semplicemente non vi sia: la minoranza è ridotta così a parte residuale della maggioranza ed è privata della dignità di un proprio statuto ontologico.

---

definizione più *qualitativa* dell'uguaglianza, denotando rispetto delle diversità e delle specificità: v. P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile*, cit., 133.

[9] Max Weber è stato tra i primi ad aver avuto questa intuizione. A suo parere, infatti, «la forme più moderne dell'organizzazione di partito […] sono figlie della democrazia, del diritto elettorale di massa, della necessità […] dell'organizzazione di massa». M. WEBER, *La politica come professione*, in ID., *La scienza come professione. La politica come professione*, a cura di P. Rossi e F. Tuccari, trad. it. di H. Grunoff, Einaudi, Torino 2004, 82 (ediz. orig. *Politik als Beruf*, Vertrug 1919).

[10] V. P. ROSANVALLON, *Il popolo introvabile*, cit., 176.

[11] Ivi, 155, 158

[12] V. G. DUSO, *Reinventare la democrazia*, cit., 53.

[13] «Il populismo esige una divisione dicotomica della società in due fronti, uno dei quali presenta sé stesso come parte per il tutto»: v. E. LACLAU, *La ragione populista*, a cura di D. Tarizzo, trad. it. di D. Ferrante, Laterza, Roma-Bari 2008[2], 79 (ediz. orig. *The Populist Reason*, Verso, London 2005).

[14] Secondo Margaret Canovan, il rapporto tra populismo e democrazia può essere compreso proprio sulla base della dialettica tra il tutto e le parti. M. CANOVAN, *The People*, Polity Press, Cambridge-Malden 2005, cap. 4.

La fallacia logica[15] sottesa a tale operazione è quella dell'*argomentum ad judicium* (o *ad popolum*), che prevede l'istituzione di un'associazione tra *maggioranza* e *verità*: il 'popolo maggioranza' è il *vero* popolo[16], l'unico del quale la politica democratica dovrebbe (pre)occuparsi; di conseguenza, per conferire concretezza alle norme e alle istituzioni, occorre che esse siano la diretta[17] espressione della sua volontà.

In tal modo non è sostenuta la priorità politica della volontà del popolo, ma la supremazia della volontà della maggioranza del popolo su alcune sue parti (e contro di esse)[18], con il conseguente slittamento del principio della maggioranza, esistente in democrazia, in *maggioritarismo radicale*[19], vale a dire in *sovranità della maggioranza*.

Dovrebbe essere chiaro a questo punto che, se si vuol capire il rapporto tra populismo e democrazia, si deve guardare alle rivoluzioni moderne che hanno introdotto l'idea della sovranità popolare come *fictio*, producendo così uno scarto tra ideale e reale che pone una sfida permanente al sistema.

Il populismo si propone di eliminare il gap tra il popolo in quanto norma e il popolo quale risultato della competizione elettorale tentando di operare una fusione tra la volontà di una parte del popolo e quella dello Stato[20], misconoscendo il fatto per cui nessuno può dichiarare di essere il popolo una volta per tutte, nemmeno la parte più numerosa di esso (non importa quanto questa maggioranza sia estesa): il popolo è in realtà il risultato di un processo incessante di *decostruzione* e *ricostruzione*, il popolo si fa e si rifà continuamente ad ogni elezione e, soprattutto, ad ogni decisione parlamentare, i suoi confini non sono dunque fissi, ma indefinitamente rinegoziabili[21].

La protezione costituzionale delle minoranze è volta ad evitare la cristallizzazione di una maggioranza che possa aspirare ad uno status di definitività, cioè ad essere il popolo sovrano dato una volta per sempre; tale principio serve a scongiurare il rischio che una determinata maggioranza deliberi a favore di politiche volte a tutelare gli interessi dei soli vincitori.

---

[15] Se impieghiamo la locuzione «fallacia logica», è perché l'esistenza della maggioranza presuppone, per definizione, quella di una minoranza. È necessario che la minoranza sia protetta contro la maggioranza poiché, in realtà, la sua soppressione, comporterebbe *ipso facto* la scomparsa *anche* della maggioranza. Su questo punto Kelsen afferma che la «protezione della minoranza è la funzione essenziale dei cosiddetti diritti fondamentali, o diritti dell'uomo e del cittadino, che vengono garantiti in tutte le moderne Costituzioni delle democrazie parlamentari». H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 101.

[16] Per approfondimenti circa questo legame istituito tra *maggioranza* del popolo e *vero* popolo, si rinvia a N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, Bologna 2020, 129 e ss. (ediz. orig. *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Harvard University Press, Harvard 2019).

[17] L'aggettivo «diretta» non inerisce alla pratica della democrazia diretta, viene qui utilizzato piuttosto nel senso di *coincidente*. Secondo Nadia Urbinati, l'idea per cui norme e istituzioni devono essere la traduzione *diretta* della volontà del *vero* popolo, genera uno *sfiguramento* delle pro cedure democratiche, considerate come regole opzionali possedute dal vincitore: v. N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinione e verità*, trad. it. di M. Cupellaro, G. Barile, T. Quirico, EGEA, Milano 2016[2], cfr. cap. 3 (ediz. orig. *Democracy Disfigured: Opinion, Truth, and the People*, Harvard University Press, 2014). Aggiungiamo che, nelle democrazie costituzionali, la distinzione tra vincitori e vinti perde consistenza e ragion d'essere immediatamente dopo le elezioni. Si pensi infatti a quanto affermato nell'art. 67 della Costituzione della Repubblica italiana, secondo cui «Ogni membro del Parlamento rappresenta la [*intera*] Nazione».

[18] V. N. URBINATI, *Io, il popolo*, cit., 110.

[19] Molte riflessioni sul tema sono state prodotte nel corso del tempo (si pensi a quelle classiche di John Stuart Mill e di Edmund Burke). In questa sede rinviamo, a titolo esemplificativo, a L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma- Bari 2014, 76 e ss.

[20] V. N. URBINATI, *Populism and the principle of majority*, in C. Rovira Kaltwasser et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017, 589.

[21] La sovranità, infatti, non può essere cercata in un *luogo*, essendo anzitutto una *procedura* (questa affermazione verrà argomentata nel prosieguo dello scritto).

La democrazia, in particolar modo nella sua versione liberale, è infatti quel regime in cui gli individui, *tutti* gli individui (anche coloro che risultino in minoranza) dispongono di una parte della sovranità (a cui accedono tramite i rappresentanti che eleggono).

3. *Il valore positivo del compromesso. La mediazione parlamentare*

È vero che il processo decisionale proprio della democrazia consiste nella maggioranza numerica ma, nelle democrazie parlamentari, quest'ultima è il risultato di una *sintesi* dialettica tra maggioranza e opposizione (dicasi tra tesi e antitesi), è cioè una *fusione di orizzonti*. Dato *il fatto del pluralismo*[22], «L'intera procedura parlamentare […], con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e contro-argomenti, tende a venire ad un compromesso»[23]: questo è il significato del principio di maggioranza nella democrazia reale. Attraverso la moderazione, la mediazione parlamentare mira a trovare un punto d'incontro tra forze sociali di senso contrario, a pervenire ad una *medietà virtuosa*, a *sublimare* la partigianeria realizzando una *sintesi* tra tesi e antitesi[24].

Da quanto finora affermato, deduciamo dunque che l'unità del popolo non è il *presupposto* della decisione politica (come potevamo all'inizio essere indotti a pensare), ma ne è piuttosto il *risultato*: l'Uno Sovrano non è concepito esclusivamente quale *soggetto* decisore, ma anche (e soprattutto) come *oggetto* della decisione, in quanto mosaico di opinioni diverse convogliate in un processo decisionale collettivo[25].

Lo scopo delle procedure parlamentari è dunque tenere insieme tanto l'elemento della costruzione quanto quello della descrizione: definiamo allora la rappresentanza come un processo di *costruzione descrittiva*, grazie alla cui opera individui che sono diversi e lo restano, in quanto portatori di visioni e interessi difformi, divengono uguali giacché i loro interessi sono, almeno in linea di principio, in egual misura tenuti in conto e parimenti tutelati. La mediazione istituzionale mira, perciò, a creare *uguaglianza* tra individui diversi, non *indifferenziazione*[26]. L'indifferenziazione è invece alla base del riduzionismo che contrassegna la concezione populista di popolo. Tale concetto ha altresì un'accezione fortemente anti-individualista ed è perciò incompatibile con il paradigma antropologico alla

---

[22] La concezione del *pluralismo come fatto* è ripresa J. RAWLS, *Liberalismo politico. Nuova edizione ampliata*, trad. it. di A. FERRARA, P. PALMINIELLO, G. RIGAMONTI, C. SPINOGLIO, Einaudi, Torino 2012, 59 e ss (ediz. orig. *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993).

[23] V. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 105. Sarebbe allora più corretto che il principio di maggioranza fosse chiamato *principio maggioritario-minoritario*.

[24] L'azione svolta in Parlamento dagli esponenti dei diversi partiti ha lo scopo di aggregare, per quanto possibile, le molteplici visioni e i differenti interessi che essi rappresentano. Attraverso il dialogo, la moderazione e il compromesso, l'obiettivo perseguito è quello di deliberare in favore di policies inclusive, che tengano conto, per quanto possibile, di interessi differenti. Per questo motivo il Parlamento, nello svolgimento delle sue funzioni, deve essere giuridicamente indipendente, e i parlamentari non possono prendere direttamente istruzioni dai propri elettori. L'art. 67 della Costituzione della Repubblica italiana stabilisce infatti che «Ogni membro del Parlamento […] esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato».

[25] Argomenteremo a breve che, nonostante sia opportuno evocare l'immagine della *sintesi* quando si parla interessi, è invece scorretto ricorrere a questa stessa categoria concettuale se si considera il rapporto tra individuo e popolo.

[26] Una visione simile a questa è rintracciabile in M. ZAMBRANO, *Persona e democrazia. La storia sacrificale*, trad. it. di C. MARSEGUERRA, SE, Milano 2020, 174 (ediz. orig. *Persona y democracia. La historia sacrifical*, Fundación María Zambrano, 1958). «L'uguaglianza di tutti gli uomini, "dogma" fondamentale della fede democratica, dovrà essere l'uguaglianza tra persone umane, non tra qualità o caratteri, perché uguaglianza non significa uniformità».

base delle liberaldemocrazie, per cui il sistema politico pone a suo fondamento i diritti dell'individuo[27], che non si esaurisce quantitativamente nel *voto*, ma si presenta qualitativamente come *volto*[28], come singolarità non riducibile alla totalità. Occorre perciò diffidare da chi si fa promotore di concezioni anti-individualistiche, perché attraverso l'anti-individualismo sono passate tutte le dottrine reazionarie.

4. *Conclusione*

Un esponente populista non approverebbe il quadro tracciato in questa analisi perché, secondo la sua prospettiva, lo scontro politico è declinato in senso morale: l'idea della mediazione non può pertanto essere contemplata. Si pensi inoltre che il tratto peculiare della gnoseologia populista è l'esaltazione del senso comune[29]. Indossando le lenti epistemiche del c.d. *buon senso*, il termine compromesso viene a caricarsi di un significato negativo, diventando piuttosto sinonimo di *compromissione*: in quest'ottica, la contrattazione corrompe, sottrae purezza. Ma, per chi si fa guidare dal proprio buon senso, l'esigenza di mediatori viene meno[30]. Benché la fascinazione per i rapporti disintermediati non sia una caratteristica esclusiva dei tempi attuali[31], in quanto, come abbiamo tentato di mostrare, questa si innesta sui dilemmi della teoria democratica stessa, è nondimeno evidente che le trasformazioni congiunturali che attraversano gli odierni sistemi politici occidentali siano altamente influenti. Si pensi infatti alla pervasività delle piattaforme digitali, che consentono ai cittadini di autorappresentarsi senza bisogno di ricorrere alla mediazione delle organizzazioni mainstream quali intermediari e veicolo di contenuti nella sfera pubblica: ciò ha determinato un significativo indebolimento dei già fragili rapporti tra cittadini e corpi intermedi e in particolare tra cittadini e partiti, i corpi intermedi per eccellenza[32], così, «In tutto il mondo si sono alzate – più o meno gradualmente – le voci di chi ha addirittura decretato la fine di quei processi di mediazione che avevano rappresentato (e rappresentano) l'ossatura dei sistemi democratici»[33] – il manifesto politico del Movimento 5 Stelle rappresenta, in tal senso, un esempio emblematico[34].

---

[27] «Concezione individualistica significa che prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo, che ha valore di per se stesso […]. L'individualismo è la base filosofica della democrazia: una testa, un voto». N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in Id., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2014, 59-60.

[28] Ci siamo qui presi la licenza di adattare al contesto, rielaborandola, parte della citazione riportata nella nota precedente. Il riferimento teorico di questa affermazione è la filosofia del volto di Emmanuel Lévinas. Al riguardo si veda, ad esempio, E. LÉVINAS, *L'asimmetria del volto. Un'intervista*, a cura di J. Hansel, in *Dialegesthai,* 14, 2012.

[29] V. G. ORIGGI, *Populismo epistemico o della tirannia del buon senso*, in *Teoria Politica*, 11, 2021, 113-122.

[30] Non possiamo fare a meno di notare il curioso cortocircuito che si crea dacché all'anti-individualismo antropologico succitato corrisponde, invece, un ferreo individualismo sul piano epistemico.

[31] Antonio Campati descrive la storia della democrazia «come il susseguirsi di momenti di mediazione e momenti di disintermediazione». A. CAMPATI, *La distanza democratica. Corpi intermedi e rappresentanza politica*, Vita e Pensiero, Milano, 2022, 21: v. anche 41-48.

[32] V. L. CECCARINI, *Postpolitica. Cittadini, spazio pubblico*, *democrazia*, Il Mulino, Bologna 2022, cap. 2.

[33] V. A. CAMPATI, *La distanza democratica*, cit., 21.

[34] Non è un caso che lo strumento operativo lanciato nel 2016 dal Movimento per sviluppare la c.d. "democrazia della rete", sia stato denominato "piattaforma Rousseau". È infatti ben nota l'ostilità nutrita dal filosofo illuminista nei confronti dei corpi intermedi. Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, a cura di A. Burgio, A. Marchili, trad. it. di J. Bertolazzi, Feltrinelli, Milano 2022, 98; 178-183 (ediz. orig. *Du contrat social, ou principes du droit politique*, 1762).

Nelle c.d. democrazie mature, basate su un solido sistema di pesi e contrappesi, difficilmente il suddetto scenario arriverà a concretarsi. I dispositivi digitali potranno forse, in un futuro prossimo, tramutarsi in strumenti di partecipazione politica diretta, ma è presumibile, in tal caso, che si ricorrerà ad essi solo in determinate circostanze e a precise condizioni, esattamente come accade con il referendum. Ciononostante, le tornate elettorali degli ultimi anni, mostrano una crescita costante nel consenso riscosso da partiti e movimenti populisti anche in questa parte di mondo. L'ostilità che essi nutrono verso i processi di mediazione istituzionale e la cultura della semplificazione che contribuiscono a diffondere, deve perciò esortarci a mantenere vigile l'attenzione.

SALVATORE MALLUZZO*

Il ruolo del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico nella tutela del "diritto alla pace" quale diritto fondamentale individuale e dei popoli nella crisi globale attuale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Diritto internazionale e "diritto alla pace": attualità e prospettive future. - 3. Il diritto internazionale dei conflitti armati: un quadro di sintesi delle evoluzioni dottrinali. - 4. La posizione della Santa Sede sul disarmo internazionale e il ruolo del diritto ecclesiastico nell'affermazione del "diritto alla pace". - 5. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The article aims to analyse, starting from recent war conflicts, the crisis of the concept of "right to peace", as an "inviolable" individual and collective right and the current difficulties in affirming the same. We will therefore project ourselves into the future perspective, in particular, whether the time has come, perhaps, to discuss the need to develop new protection instruments and the role that, in this regard, international law and could have ecclesiastical, but - with reference to the latter - in its internationalist declination.***

1. *Introduzione*

Quello che la comunità internazionale - intesa, non soltanto come paradigma istituzionale costituito da protocolli, convenzioni, trattati, ma, anche, come insieme di cittadine e cittadini sulla base del concetto di "cittadinanza globale"[1] - sta attraversando non può che definirsi preoccupante: un contesto internazionale turbato non soltanto da una crisi sociale generale, ma, anche da eventi che sembravano essere tanto distanti dai giorni nostri e che, invero, hanno fatto e fanno da "sfondo primario", nostro malgrado, nello scenario internazionale; da molti anni sono ritornati nella "grammatica" quotidiana ed istituzionale, ma anche tra gli operatori del diritto, i concetti di guerra, di Stato invasore e aggredito, di garanzia dei diritti umani fondamentali in circostanze di messa in discussione della pace dei popoli, nonché di un diritto alla pace; questo scenario, dunque fa apparire vulnerabili ed impreparate le istituzioni dei singoli Stati, nonché le istituzioni europee ed internazionali, intese nel loro complesso, ma, anche, il diritto stesso nonostante quest'ultimo venga "chiamato in causa", sovente, come baluardo, soprattutto in un contesto di forte destabilizzazione globale in atto, ma che, invero, stiamo vivendo da diversi anni; vale a dire "chiamato" a dare delle risposte, delle garanzie, delle tutele.

Un contesto che sollecita - in quanto legato da una certa interrelazione - anche, seppur questi spesso venga erroneamente relegato ai margini, il diritto ecclesiastico inteso come quella scienza giuridica che non si limita a studiare esclusivamente i fenomeni religiosi e come questi si rapportano con le diverse istituzioni, nonché si organizzano a loro interno, quasi a voler dare un taglio "statico", ma anche e soprattutto capace di dare un contributo

* Dottorando in Studi Europei, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Ove per cittadinanza globale si intende garantire alle giovani generazioni e non solo una consapevolezza maggiore sui fenomeni complessi che caratterizzano il nostro tempo (la globalizzazione, i cambiamenti climatici, le migrazioni, i conflitti bellici, ecc.), cogliendone, al tempo stesso, relazioni e interdipendenze che legano aree lontane del pianeta.

giuridico nel contesto internazionale, nei rapporti internazionali e diplomatici (si pensi, a tale proposito, agli impegni o, meglio, agli sforzi diplomatici della Santa Sede nell'odierna guerra Ucraino-Russa, ciò che rappresenta l'Enciclica di Papa Giovanni XXIII *Pacem in Terris* [2] che getta le basi di un "diritto internazionale della chiesa cattolica" volto alla promozione della pace, ma anche gli impegni, nel merito, così come si farà cenno nel corso del seguente contributo, profusi dai diversi Pontefici del '900 sino all'attuale Papa Francesco[3]), tuttalpiù se il fenomeno religioso viene, in molti casi, utilizzato come strumento volto a "giustificare" l'inizio di contrasti che hanno poi sfociato in eventi minanti la stabilità interna e democratica di taluni Stati della comunità internazionale, ma, anche, l'ordine e la sicurezza pubblica.

D'altro canto che il fattore religioso rivesta un'importanza particolare come, appunto, "questione di sicurezza" negli Stati membri della comunità internazionale, è ampiamente dimostrato non solo dal terrorismo *qaidista*, ma anche dalla dimensione confessionale insita, seppure in forme e misure differenti, in diverse guerre intra-statali (secondo uno studio prodotto, ad esempio, dal Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di *Oslo*, tale dimensione sarebbe stata presente in quasi il 50% dei circa 240 conflitti intra-statuali che si sarebbero verificati, nello scenario internazionale, tra il 1946 e il 2004)[4] ed è proprio in questo contesto che bisogna interrogarsi sul ruolo che riveste il diritto internazionale nella tutela del diritto alla pace al netto delle critiche che possono essere formulate all'ONU in tema di tutela della pace come diritto degli individui e dei popoli, ma, anche, il contributo che può essere offerto dal diritto ecclesiastico nel processo di "costruzione" di un "diritto alla pace inviolabile" tale da potersi configurare un "diritto ecclesiastico internazionale"[5].

2. *Diritto internazionale e "diritto alla pace": attualità e prospettive future*

Il futuro del diritto internazionale deve poter "passare" da *Kiev*, ma anche da *Israele* e questo contributo non può che partire da quanto oggi ci appare più vicino.

L' *impasse* del conflitto che vede interessare l'Ucraina e la Federazione Russa e la possibile *escalation*, *a latere*, in Medio-Oriente, evidenzia come il diritto internazionale e lo "strumentario" giuridico/normativo sorto, non con poche difficoltà, con l'obiettivo di garantire una stabilità globale, sia in crisi, "lacerato", come se qualcosa, anche e soprattutto

---

[2] Per un maggiore approfondimento dell'Enciclica "*Pacem in Terris*", vedasi: L. DAINELLI, *La «Pacem in Terris» ed i principi per il disarmo*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, vol. 50, n.3, 1983, 353-362; G. CESAREO, *La svolta teologico-pastorale di Pacem in Terris*, in *Studia Moralia*, vol. 61, Iusse 1, 2023, 33-51; S. TANZARELLA, *La Pacem in Terris e il suo contesto storico*, in *Studia Moralia*, vol. 61, Iusse 1, 2023, 15-32; G. GIOFFREDI, *Globalizzazione, nuove guerre e diritto internazionale*, Tangram Edizioni Scientifiche, 2012; L. BETTAZZI, *Pace! Voci a confronto sulla lettera enciclica Pacem in Terris di Giovanni XXIII: il testo integrale dell'enciclica*, Paoline, 2003.

[3] Per un maggiore approfondimento sulla posizione di Sua Santità Francesco sul tema della pace, vedasi: A. MASOTTI, "*Francesco: la pace è un grido che merita di essere ascoltato*", in; Papa Francesco, *Messaggio di Sua Santità Francesco per la LVII Giornata Mondiale della Pace - 1° gennaio 2024*", al sito web della Santa Sede; Papa Francesco, "*Papa Francesco: senza pace siamo tutti sconfitti*", *ibid*.

[4] J. E. LINBERG, *Running on Faith? A Quantitative Analysis of the Effect of Religious Cleavages on the Intensity and Duration of Internal Conflicts, University of Oslo, Department of Political Science*, Thesis M.A., 2008, 115-122.

[5] Per un maggiore approfondimento sul Diritto Ecclesiastico Internazionale, A. LICASTRO, *Problemi e prospettive del Diritto Ecclesiastico Internazionale*, Giuffrè Editore, 1997; G. BALLADORE PALLIERI, *Il Diritto Ecclesiastico Internazionale*, CEDAM Editore, Padova, 1940.

nelle organizzazioni internazionali, non funzionasse, facendo "dipingere", così, il diritto internazionale come un qualcosa di "astratto", incapace di dare risposte.

A tale proposito si potrebbe fare riferimento ad una delegittimazione del diritto internazionale. I conflitti, nel terzo millennio, parrebbero essere in considerevole aumento; le istanze di pace e di giustizia crescono nei popoli e anche negli organismi internazionali, sebbene siano ancora debolmente sostenute.

Le guerre, dunque, di carattere prevalentemente intra-statale, interetnica, interreligiosa, in territori già segnati da una profonda fragilità del quadro democratico e sociale, nonché di tutela dei diritti umani, hanno messo "in luce" tutta la debolezza delle istituzioni internazionali, le quali parrebbero essere incapaci a introdurre politiche di intervento organiche e risolutive anche in considerazione del cambiamento strutturale della guerra.

Appare lecito chiedersi come si stia preparando, rispetto a questo scenario attuale, il diritto internazionale, ma, anche, il ruolo delle Nazioni Unite [6] come garante della stabilità globale.

Se da una parte il diritto ecclesiastico fa notare come la Santa Sede e le religioni acattoliche hanno dato avvio, già da diversi anni, ad una fase di discussione multireligiosa sul concetto del diritto alla pace dei popoli, oltre che di produzione di provvedimenti e/o di proposte *ad hoc* [7] in tale senso, vale a dire atti a centralizzare il problema della instabilità della pace, dall'altro lato il diritto internazionale si presenterebbe come un diritto "saturo" di certe contraddizioni, ma anche attraversato da una "folta foschia", come si potrebbe affermare in casi analoghi, soprattutto sugli obiettivi e sul ruolo che esso dovrebbe effettivamente avere nella comunità internazionale.

L'ordinamento internazionale, di certo, sconta i noti limiti di effettività legati alla struttura, come si suol dire, "anorganica" della comunità internazionale, in quanto priva di organi in grado di imporsi con effettività, ma anche in maniera autoritativa alla volontà degli Stati. Un limite che nemmeno l'Organizzazione delle Nazioni Unite è riuscita a superare.

Sappiamo bene che il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, anche attraverso le azioni di polizia internazionale previste dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, è di competenza precipua del Consiglio di Sicurezza, ma è altrettanto noto che il meccanismo del "diritto di veto" di cui godono i cinque membri permanenti del Consiglio (Cina, Francia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti D'America) impedisce l'adozione di qualsiasi risoluzione che non riceva l'assenso (o quanto meno l'astensione) di ciascuno di essi. Apparirebbero, dunque, quasi "velleitarie", facendo riferimento allo scenario internazionale attuale, le critiche avanzate dal Presidente ucraino *Zelensky* nel discorso tenuto in videoconferenza al Palazzo di Vetro di *New York* nei giorni successivi al conflitto, e ripetute più volte in seguito, circa il possibile "rischio di fallimento dell'ONU" nei suoi obiettivi.[8]

D'altro canto, va, però, sottolineato come quella del "diritto di veto", per quanto possa apparire oggi anacronistica, non sia una banale regola di carattere procedurale, ma risponde, piuttosto, ad una *ratio* precisa e sostanziale: impedire che un'azione militare possa essere decisa da una maggioranza di Stati in Consiglio contro una o più delle maggiori potenze militari esistenti. L'ONU oggi può effettivamente garantire la pace? Il conflitto armato nel Medio-Oriente, ma anche in Ucraina offre, purtroppo, una tragica prova dell'incapacità delle Nazioni Unite di gestire una crisi drammatica. Le guerre ad oggi hanno prodotto oltre

[6] Sul punto si segnala: G. FINIZIO, E. GALLO, "*Democracy at the United Nations. Un reform in the age of globalisation*", in Centro Studi sul Federalismo, 2013.

[7] Nel merito, v. ai siti web del Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa (CCEE) e di *Avvenire*.

[8] Per un maggiore approfondimento, v. ai siti web di *ANSA* e *SkyTg24*.

250.000 morti e milioni di profughi, alimentando la pressione migratoria sull'Africa e sull'Europa[9]. Il cuore del problema sembrerebbe essere, dunque, l'ormai manifesta incapacità dell'ONU di garantire la pace e la sicurezza internazionale, accompagnata dall'assenza di alternative dotate di adeguata legittimità.

In altre parole, se l'unico soggetto legittimato ad agire (il Consiglio di Sicurezza) è paralizzato e non decide - vedasi il "diritto di veto" - l'ordinamento internazionale sembrerebbe quasi incapace di offrire delle valide alternative.

Gli Stati o le organizzazioni regionali, infatti, non possono legittimamente intervenire senza un mandato o almeno un'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza. Quale potrebbe essere, dunque, l'alternativa? La "liquidazione" *tout court* dell'ONU, così come sostenuto da Taluni[10], appare una scelta drastica, da non perseguire, piuttosto risulta opportuno, sostenendo la tesi secondo la quale non ci possono essere alternative ad un ordine internazionale fondato sul diritto, rendere ancora più forte, nell'applicazione concreta, il diritto internazionale, in quanto la pace o la tutela del "diritto alla pace" non potrà essere garantita pienamente se non da un diritto internazionale funzionante e, soprattutto, che diventi effettivamente centrale negli Stati membri della comunità internazionale, oltre che condiviso e rispettato da tutti gli Stati stessi.

Dopo la fine della Seconda guerra mondiale la sensibilità verso la pace, ritenuta come bene necessario per tutti gli uomini, è certamente cresciuta ed è stata catalogata in numerose dichiarazioni internazionali, sia multilaterali sia bilaterali.

Ne ricordo talune: l'atto costitutivo delle Nazioni Unite e i numerosi documenti approvati nell'Assemblea come le dichiarazioni del 1981 sul diritto delle società a vivere in pace, del 1984 sul diritto dei popoli alla pace. L'aspirazione alla pace ricorre anche negli atti più importanti dell'Unione Europea: così, ad esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 (nota anche come Carta di Nizza)[11].

Il diverso posto occupato dalla pace nelle dichiarazioni dall'ONU e nel Trattato di Lisbona del 2007 mette in evidenza come le affermazioni astratte circa il valore della pace non trovano sempre specifici impegni conseguenziali al livello delle istituzioni internazionali, poiché alla solennità dei toni e al livello elevato degli obiettivi, sovente, non corrisponde alcuno strumento giuridico utile a vincolare il comportamento degli Stati o dei poteri sovranazionali. Pertanto, "poca strada" è stata compiuta sul piano della effettività del diritto alla pace. Infatti, nelle dichiarazioni multilaterali la pace è affermata come un bene necessario, ma non è sempre cercata tenacemente o con un certo "vigore"; inoltre, gli strumenti giuridici e politici idonei a far diventare la pace un vero diritto, mostrano sempre la loro debolezza. Accanto agli sforzi per il mantenimento della pace, come condizione esistenziale e non come diritto, la storia delle relazioni tra i poteri ha prodotto, purtroppo, nel corso dei secoli, un paradosso, riconoscendo una "legittimità" al ricorso alla guerra; inoltre, tra le varie forme di guerra si è anche legittimato (dopo l'attacco alle *Twin Towers* del 2001) l'uso della guerra come forma di "prevenzione".

---

[9] Per un maggiore approfondimento, v. al sito web di la Repubblica.

[10] V. ai siti web di Etica ed Economia, di *Panorama* e dell'ISPI.

[11] Sul ruolo del Diritto UE nel "Diritto alla pace", appare utile segnalare: A. BASSU, "*Il mantenimento della pace nel diritto dell'unione europea*", Giuffrè Editore, 2007; M. PRODI, "*Il diritto alla pace fondamento dell'Europa. Confronti sul messaggio di Papa Francesco a un anno dalla sua visita a Bologna*", in *Rivista di Teologia dell'Evangelizzazione*, 2019; R. ROMANO, "*Pace per l'Europa*", al sito web del Centro per la Riforma dello Stato, 2021.

3. *Il diritto internazionale dei conflitti armati: un quadro di sintesi delle evoluzioni dottrinali*

Va rilevato come la dottrina giuridica internazionale [12], di fronte alla crescita di una cultura della pace, sostiene che non esista un vero e proprio "diritto alla guerra", trattandosi piuttosto di una "legittima sospensione del diritto".

Con l'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite, infatti, si è assistito al venir meno della guerra nelle relazioni internazionali (salvo le eccezioni declinate dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite sulla legittima difesa), segnando, così, l'inizio di un processo volto a diminuire la centralità del diritto bellico nelle tradizioni dottrinali.

Si è preferito, dunque, fare riferimento ad un "diritto dei conflitti armati" come una parte del diritto internazionale regolante i rapporti fra Stati interessati alle ostilità, proprio per l'incertezza circa l'esistenza di un vero e proprio "stato di guerra".

Di recente, tra l'altro, il già menzionato "diritto dei conflitti armati", sembrerebbe essere stato qualificato come "diritto internazionale umanitario" che comprenderebbe sia il cosiddetto "diritto dell'Aja", sia il cosiddetto "diritto di Ginevra". Il primo relativo alla disciplina dell'uso della violenza bellica tra belligeranti ed ai rapporti tra belligeranti e neutrali[13]; il secondo, invece, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati e della popolazione civile.[14] Nel merito, un'altra tappa importante per il diritto internazionale, non può che essere la sottoscrizione del "Patto di Kellog-Briand" del 1928 (noto anche come "Patto di Parigi" o di "rinuncia alla guerra").

Esso consta di soli due articoli, i quali sanciscono la rinuncia alla guerra quale "mezzo di politica internazionale" e ne condanna il ricorso come strumento per la soluzione delle controversie internazionali. Questo Patto gettò le "fondamenta giuridiche" dei processi di Norimberga e di Tokyo, condannando la guerra come strumento di politica internazionale. L'Accordo di Londra, d'altro canto, stipulato l'8 agosto del 1945, istitutivo del Tribunale di Norimberga, definì, in definitiva (v. art. 6, comma a), la guerra di aggressione come un crimine internazionale, in particolare, un crimine contro la pace. Ciò segnò la fine di un processo - certamente a rilento - iniziato dopo la Prima guerra mondiale e, nello stesso tempo, pose le premesse per ulteriori sviluppi nello *ius gentium*.

Anche alcune carte costituzionali o di livello costituzionale hanno individuato, sempre sul tema, alcune soluzioni intermedie importanti e relativamente alla tendenza culturale del tempo in cui furono prodotte.

Come esempio si possono indicare, in questa sede, i casi dell'Italia e della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei diritti dei popoli. L'articolo 11 della Costituzione italiana contiene il principio del ripudio della guerra come strumento per la risoluzione delle controversie e può essere anche letto come il riconoscimento di un diritto alla pace, giustizia e "guerra giusta" per il mantenimento della pace. In senso stretto questo precetto costituzionale non contiene il riconoscimento del diritto alla pace e nemmeno la definizione del principio di proibizione

[12] D. CABRAS,*Il ripudio della guerra e l'evoluzione del diritto internazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 2/2006; L. PERRA, *Il diritto internazionale può scongiurare le guerre?*, in *Revista Opiniao Juridica* ,vol. 12 n. 23, 2018; T. MAZZARESE, *Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta?*, in *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2011; A. SPAGNOLI., *Diritto Internazionale Bellico*, al sito web del *Centro Studi per la pace*; F. VIOLA., *La teoria della guerra giusta e diritti umani*, 2003; N. RONZITTI., *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli Editore, 2022; G. BARBERINI, "*Diritto Internazionale umanitario, guerra e pace, diritti delle persone*", in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2011.

[13] Nel merito vedasi la *Convenzione dell'Aja* del 1899 e del 1907.

[14] Nel merito vedasi la Convenzione del 1864 e, poi, quelle di Ginevra del 1906, 1929 e 1949.

dell'uso della guerra, ma pone la pace e la giustizia come obiettivi supremi dell'ordinamento costituzionale. Questo precetto costituzionale, quindi, si colloca nella prospettiva della possibilità di strumenti alternativi alla guerra. Ancor più interessante appare la previsione contenuta nell'articolo 23 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei diritti dei popoli, approvata a *Nairobi* nel giugno del 1981.

Tuttavia, si deve osservare che il valore giuridico e vincolante della Carta è molto limitato sia perché riguarda solo i territori dei Paesi africani che hanno sottoscritto la Carta, sia perché il suo contenuto e la sua applicazione sono stati "travolti" da guerre, conflitti e dal terrorismo che da decenni sconvolge la maggior parte degli stati africani.

In ogni caso queste esperienze mettono in evidenza che, da un lato, è sempre più urgente e necessario giungere alla affermazione chiara e senza equivoci che la pace è un diritto fondamentale della persona umana (e anche dei popoli) e, dall'altro lato, è indispensabile che si rafforzi, con un maggior impegno, la ricerca del "diritto alla pace" secondo due percorsi paralleli, cioè quello politico-culturale e quello giuridico.

4. *La posizione della Santa Sede sul disarmo internazionale e il ruolo del diritto ecclesiastico nell'affermazione del "diritto alla pace"*

Posto che la pace - e non può che essere altrimenti - è un concetto universale e che non ha religione, appare interessante, alla luce anche di quanto riferito sinora circa la debolezza delle istituzioni internazionali, verso l'affermazione del diritto alla pace, passare brevemente in rassegna sotto un profilo squisitamente ecclesiasticistico, per poi giungere alle conclusioni, la posizione, sul già menzionato "diritto alla pace", da parte della Santa Sede, ma anche, come già scritto, di alcuni Pontefici.

Il tema del "diritto alla pace" è stato, invero, sin dai primi anni del '900, centrale per la Santa Sede tanto da occupare stabilmente l'agenda delle sue attività, a diversi livelli, nel sostegno delle iniziative internazionali a favore della pace e della sicurezza tra le nazioni.

La riflessione sulla pace, ad esempio, durante il pontificato di Pio IX (1846-78), avvicinò cattolici e protestanti che sostennero, insieme, una scuola, a Roma, per lo studio del diritto internazionale e la formazione di arbitri internazionali indipendenti per la risoluzione dei conflitti tra Nazioni. In quegli anni uno dei contributi di maggior rilievo fu quello offerto dal gesuita Luigi Taparelli d'Azeglio [15], tra i fondatori della Civiltà Cattolica, i cui studi sulla pace e la guerra diventeranno il punto di riferimento per il pensiero dei Papi fino a Giovanni XXIII, di giuristi e politici. Taparelli sostanzialmente riteneva immorale che gli Stati sovrani potessero ritenere "legittimo" entrare in guerra.

Leone XIII (1878-1903), erede di questa tradizione, iniziò a sistematizzare una proposta di "pace politica" e nella conferenza sul disarmo dell'*Aja* del 18 maggio 1899, a cui parteciparono 26 Stati, il Pontefice venne riconosciuto da alcune Nazioni come "garante dei conflitti" in forza della sua "paternità universale"[16].

In questo periodo la Santa Sede iniziò ad avere credibilità anche nel campo internazionale proprio grazie al tema della pace. Con Giovanni XXIII, invece, l'idea di pace diventa

[15] Per un maggiore approfondimento sulla figura di L. Taparelli D'Azeglio, C. SICCARDI., *150 anni dalla morte di padre Luigi Taparelli*, in Corrispondenza Romana; F. PAPPALARDO, *Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862)*, al sito web di *Alleanza Cattolica*, 2011.

[16] Per un maggiore approfondimento sul tema, vedasi: R. PIRODDI, *I Papi, la guerra e la pace: Leone XIII e la lettera apostolica Pricipibus populisque universis, del 20 giugno 1984*, al sito web di Riccardo Piroddi.

"positiva", il suo significato si amplia e include anche i diritti umani, una nuova idea di democrazia, la volontà di creare strutture internazionali di governo che la garantiscano. Nell'archivio di Civiltà Cattolica è custodita, ad esempio, una lettera di Giovanni XXIII al direttore, il Card. Tucci, in cui si sottolineava la volontà di porre le basi per «*un'etica civile che ricerchi la pace che non fosse né religiosa né antireligiosa, ma, piuttosto, laica*»[17], vale a dire fondata su una razionalità etica condivisa dalla maggioranza che crede nella "costruzione" di una società democratica.

Con Paolo VI (1963-1978) la Chiesa introduce una vera "rivoluzione epistemologica" nella dottrina sulla pace distinguendo, nel campo della morale sociale, una doppia natura della pace: "la pace interiore" e la "pace esteriore". Per studiare l'evoluzione della teologia della pace di Paolo VI, oltre al suo celebre messaggio alle Nazioni Unite nel 1965 in cui gridò «*mai più la guerra!*», si ricordano altri due messaggi, forse poco conosciuti: il radiomessaggio del 1967 "il cammino della pace tra i popoli passa per la pace del cuore" e l'omelia del 1° gennaio 1969 nella chiesa dell'*Ara Caeli* a Roma.

Giovanni Paolo II difese, invece, il concetto della "pace ad ogni costo" in due encicliche, la *Sollicitudo rei socialis* (1987) e la *Centesimus Annus* (1991) in cui il Santo Padre Giovanni Paolo II pose le sue idee sulla pace; ma è nella Giornata di Assisi del 27 ottobre 1986 che presentò la sua proposta, che si potrebbe definire, oggi, come "profetica", di pace.

Cristiani, Ebrei e Musulmani si riunirono per la prima volta per chiedere insieme il "dono della pace". Il messaggio era allo stesso tempo semplice e chiaro: l'Uomo credente deve vivere e insegnare la riconciliazione, la mediazione pacifica nei conflitti sociali, la possibilità di una vita comunitaria autentica.

Queste sono le vere "armi in mano" alle religioni per "costruire" la pace. Nel 1991, sempre i gesuiti di Civiltà Cattolica, scrissero un articolo affermando che la guerra non è in alcun modo permessa ed è sempre un *intrinsece malum*. L'articolo in questione fu voluto e difeso da Giovanni Paolo II, ma il mondo cattolico si divise. Viene così superata la dottrina tradizionale della "guerra giusta".

Benedetto XVI ha poi consolidato, nel corso del suo pontificato, la prassi e la dottrina precedente. Durante il suo ministero pietrino gli sforzi della Chiesa in campo diplomatico hanno puntato sulla prevenzione della pace, chiamata anche *transitional justice.* Durante il suo discorso alle Nazioni Unite del 18 ottobre 2008, ad esempio, ha accolto il principio di "responsabilità di proteggere" *(The responsibility to protect*), ma l'impegno della Chiesa è anche sullo *ius prae-bellum*. La dottrina sociale della Chiesa, infatti, chiese di investire nella formazione, nello sviluppo economico, nelle buone *governance*, nelle organizzazioni internazionali, nell'impegno a sottoscrivere patti regionali.

Nella "nuova" ed attuale situazione sociale, nonché ecclesiale, Papa Francesco ha, invece, assunto un atteggiamento che può essere definito come "peculiare" di fronte alla grande missione della Chiesa sul tema della pace; certo, egli si rivolge alla politica, ma i suoi rappresentanti non sono i suoi interlocutori "privilegiati".

Papa Francesco ha compreso che il problema oggi non si pone più in termini "nazionali", come per i suoi predecessori: anche quando i conflitti sono apparentemente limitati, in realtà sono conflitti globali in quanto anche nel piccolo sono coinvolti gli stessi attori che gestiscono le scene internazionali. La soluzione che Francesco propone, dunque, è quella del *bottom up,* vale a dire dal basso, dai corpi intermedi, dalle associazioni, Ong, sindacati, il

[17]A. CAVAGNA, *L'Odc per una cultura della pace*, in *Note di Pastorale Giovanile*, 1995; O. FRANCESCO, *L'ansia per la pace da Pio IX a Papa Francesco*, al sito web di *Fondazione Sussidiarietà*, 2013.

mondo del terzo settore, quello del *welfare state*. Sono, dunque, le "periferie" da riappacificare! Il modo per farlo è quello studiato negli ultimi anni del Novecento.

Da più di un secolo la Chiesa, come si è visto, è ritornata a "parlare" in forma esplicita e radicale del "Vangelo di pace" davanti alla guerra, e lo ha fatto senza assumere posizioni "ideologicamente pacifiste", ma realiste, possibili nella contingenza della storia. I Pontefici si sono mossi con una preoccupazione comune: proteggendo i più deboli nei conflitti, limitando i danni delle guerre, costruendo coscienze e comunità di pace.

Per noi questo insegnamento non può che essere considerato come "un'eredità da vivere".[18]

Negli ultimi decenni c'è stata, altresì, una costante preoccupazione della Santa Sede nel valorizzare la funzione delle Nazioni Unite nel preservare e difendere la pace.

L'idea di pace di cui la Santa Sede è portatrice non si ferma a quella che le Nazioni esprimono nel contemporaneo diritto internazionale.

Essa è infatti convinta che nessuna azione avente a cuore la pace, compresa quella esercitata dalla diplomazia, può essere ragionevole e valida se, anche tacitamente, mantiene ancora dei riferimenti alla guerra.

Operare per la pace non significa solo determinare un sistema di sicurezza internazionale e magari rispettarne gli obblighi: questo non è che un primo passo, spesso obbligato, a volte imposto.

È richiesto, altresì, di prevenire le cause e le concause che possono scatenare un conflitto bellico, come pure di rimuovere quelle situazioni che possono riaprire guerre sanguinose, favorendo la riconciliazione tra le parti, che siano Stati o attori non statali: «*per la Santa Sede è oggi più che mai urgente modificare il paradigma su cui si poggia l'ordinamento internazionale. I fatti e le atrocità di questi giorni domandano ai diversi attori – Stati e Istituzioni intergovernative in primis – di operare per prevenire la guerra in ogni sua forma dando consistenza […] a norme in grado di sviluppare, attualizzare e soprattutto imporre gli strumenti già previsti dall'ordinamento internazionale per risolvere pacificamente le controversie e scongiurare il ricorso alle armi*»[19], queste le parole dell'attuale Segretario di Stato della Santa Sede, Card. Pietro Parolin in una delle sue recenti interviste e che meglio esemplificano la posizione corrente della Santa Sede sul concetto del "diritto alla pace".

Credo che sia giunto il tempo di avviare - non me ne vorranno i costituzionalisti - una "costituente" per un "nuovo diritto internazionale" che parta proprio dal diritto alla pace dei popoli e degli individui, una "conferenza programmatica internazionale" che coinvolga, non soltanto i Governi degli Stati facenti parte della comunità internazionale, ma anche esperti in diritto internazionale, ecclesiasticisti (sulla base dell'interrelazione che, come si è notato, vanta il diritto ecclesiastico con il diritto internazionale), nonché i rappresentanti delle diverse religioni, tale da poter affrontare il tema del "diritto alla pace", ma anche la fragilità dello stesso diritto internazionale e all'interno del quale vanno a sottostare anche le confessioni religiose acattoliche, in una prospettiva molto più ampia.

5. *Conclusioni*

[18] F. OCCHETTA, *Jesuitas y Papas, la guerra y la paz. La evolución del pensamiento de la Santa Sede sobre la guerra y la paz leída por los Jesuitas de La Civiltà Cattolica, Endymion*, Madrid, 2007; F. OCCHETTA, *La pace nel pensiero dei Papi del Novecento,* in *La Civiltà Cattolica*, 2010, 540-551.

[19] Vedasi al sito web della Santa Sede (sala stampa).

A conclusione di questa riflessione appare opportuno ricordare i diversi tentativi di riforma dell'ONU [20], in particolare, nel garantire una maggiore democratizzazione del Consiglio di Sicurezza, ma, anche, dall'altro lato, una certa attenzione, come si è accennato poc'anzi, circa l'impegno all'affermazione della pace nella comunità internazionale che si sviluppò a partire dal dicembre del 2004.

L'allora presidente dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il giapponese Jean Ping propose, infatti, in quello stesso anno (il 2004), l'istituzionalizzazione di una Commissione per il consolidamento della pace (*Peacebuilding Commission*)[21], proposta nata dalla necessità di "riempire un buco" nel sistema istituzionale delle Nazioni Unite; a tale proposito, l'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, nel rapporto *In larger freedom*, evidenziò come nessun organo dell'ONU avesse il compito specifico di assistere gli Stati sull'affermazione della pace in maniera durevole.

La nuova Commissione avrebbe avuto il compito di collegare, nel sistema internazionale dell'ONU, il settore della sicurezza a quello dello sviluppo. Nel merito si registrò, in un primo momento, un ampio e articolato dibattito, soprattutto "sull'affiliazione" dell'organo. La proposta iniziale, infatti, prevedeva che la "Commissione per il Consolidamento della Pace", fosse un organo sussidiario del Consiglio di Sicurezza, ma alcuni Paesi manifestarono un certo dissenso, proponendo, piuttosto, una stretta dipendenza dal Consiglio Economico e Sociale (*Ecosoc*) o dall'Assemblea Generale, altri ancora che avesse uno *status* autonomo.

Soltanto il 20 dicembre del 2005 il Consiglio di Sicurezza e l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dopo una lunga e considerevole sessione di negoziazioni intergovernative, adottarono, nel merito, una risoluzione comune che istituì, formalmente, la suddetta Commissione (seppur ancora oggi vi siano, al riguardo, delle delicate "questioni aperte" [22]), quale organo consultivo intergovernativo.

Ma qual è, in concretezza, la sua funzione nelle situazioni post-conflittuali? La costruzione della pace, un concetto, questo, abbastanza ampio e generalizzante che si potrebbe, però, articolare in 6 punti sommariamente descrittivi: 1) il disarmo, la smobilitazione e la reintegrazione degli ex combattenti nella società civile (*Disarmament, Demobilisation and Reintegration - DDR*); 2) la riforma del settore della sicurezza (*Security Sector Reform - SRR*);

---

[20] P. BARGIACCHI, *Passi avanti e giri a vuoto nella riforma dell'ONU: la nomina del Segretario Generale e l'enlargement del Consiglio di Sicurezza*, in *il Mulino*, fasc. n. 4, 2018; P. PRESCHREN, *La riforma del Consiglio di Sicurezza dagli anni '90 ad oggi: problemi e prospettive*, al sito web dell'IAI-Istituto Affari Internazionali; G. FINIZIO, *Il Consiglio di Sicurezza dell'ONU: un inventario critico delle proposte di riforma*, in *Centro Studi sul federalismo*, 2008; G. NESI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: osservazioni d'insieme e recenti sviluppi su un tema di sicuro interesse per la politica estera italiana*, al sito web dell'*Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*; A. LATINO, *ONU: riforma impossibile?* al sito web dell'ISPI.

[21] Nel merito appare interessante, per un maggiore approfondimento sul ruolo della *"Peacebuilding Commission*", il testo di V. DE MARTINO, *Peacebuilding e Nazioni Unite. Il ruolo della Commissione per il consolidamento della pace nelle Nazioni Unite*, Edizioni Sapienza, 2022.

[22] "La Commissione per la Costruzione della Pace", destinata a fornire una visione strategica al "*peace-building*", non è partita con una definizione altrettanto strategica di sé stessa. Questioni chiave rimangono, infatti, ancora in sospeso. Sul piano istituzionale, ad esempio, la sua funzione di organo consultivo intergovernativo del Consiglio di Sicurezza e dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, mancherebbe di metodi precisi di lavoro tramite cui i limiti, le possibilità, i canali di comunicazione e interazione possano concretizzarsi. In secondo luogo, le sue relazioni con l'*Ecosoc* rimarrebbero ancora "nell'ombra". La "Pbc" dovrebbe, altresì, chiarire: quale sia il suo "*entry point*", vale a dire in quale fase post-conflitto dovrebbe intervenire, se mai ce ne sia una in particolare; quali sarebbero le modalità operative delle strategie integrate, cioè come realizzarle nel concreto al fine di avere il desiderato impatto sul terreno.

3) il rafforzamento dello stato di diritto; 4) il miglioramento del rispetto dei diritti umani; 5) la fornitura di assistenza tecnica per lo sviluppo democratico; 6) la promozione della risoluzione dei conflitti e delle tecniche di riconciliazione.

La *Peacebuilding Commission*, a tale proposito, attraverso un fondo monetario, sostiene attualmente "le operazioni di costruzione della pace" in diversi Paesi, tra i quali: Burundi, Guinea, Sierra Leone, Costa d'Avorio, Liberia, Nepal.

Perché, dunque, non ri-partire, soprattutto a seguito di talune questioni tuttora aperte, come si è fatto già riferimento, con i dovuti, di certo, accorgimenti dettati dal mutamento *in itinere* della Comunità internazionale, dalla *Peacebuilding Commission*, voluta dall'allora Presidente Ping, rendendola, nella sua attuale operatività, maggiormente "protagonista", nonché centrale nello scenario internazionale odierno e futuro? Si badi bene, il diritto internazionale deve continuare a dotarsi - forse, però, rivedendoli - di istituti giuridici e strumenti normativi in grado di gestire i conflitti conclusi o le situazioni in cui gli sforzi della diplomazia hanno imposto alle armi di "tacere", ma appare necessario, al tempo stesso, come si dice in casi analoghi, "preparare il terreno" verso uno *ius post bellum* rinnovato, appunto, rispetto a quello tradizionale che parrebbe essere limitato solo a stabilire i rapporti tra vincitori e vinti.

VINCENZO TELARO[*]

«E tu…di chi sei figlio?»♣
Il diritto all'affetto da istanza sociale a diritto costituzionale[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: i diritti fondamentali come diritti storici. – 2. Il rapporto tra il minore e il genitore intenzionale: da Sparta e Roma ai giorni nostri. – 3. Precisazioni terminologiche in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita. – 4. L'affetto tra "istanza" e "crisi del diritto" nella giurisprudenza. – 5. Il fondamento costituzionale del diritto all'affetto alla luce del superiore interesse del minore. – 6. Considerazioni conclusive. Si poteva fare di più? Proposte in atto e in potenza per una maggiore tutela del fanciullo.

ABSTRACT: ***The essay focuses on the legal relationship between the child and the intentional parent in cases of gestional surrogacy and heterologous fertilization. After a historical introduction to the problem and examination of the relevant Italian legislation and case-law, the author verifies the compatibility of the solutions found with the principle of the best interests of the child and highlighting the critical issues and the future solutions.***

1. *Premessa: i diritti fondamentali come diritti storici*

I diritti fondamentali sanciti nelle Carte internazionali e nelle Costituzioni nazionali non sono altro che risposte alle istanze provenienti dalla società del momento in cui essi vengono affermati.

Nonostante in tali documenti, spesso, si faccia esplicito riferimento alla concezione giusnaturalistica dei diritti umani[1] – si veda, ad esempio, il *riconoscimento* dei diritti inviolabili effettuato all'art. 2 della Costituzione italiana[2] – è ormai opinione corrente che si

---

[*] Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Catania.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

♣ La citazione, ripresa da un recente volume M. BERTI, *E tu…di chi sei figlio*? Ed. Programma, Treviso, 2020, sebbene potrebbe apparire a primo impatto inadatta o inopportuna, in realtà è stata adoperata perché esprime in poche parole i termini fondamentali del gravoso problema che è affrontato nel corso del lavoro.

[1] Per le carte internazionali dei diritti si vedano, ad esempio, il Preambolo della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nella parte in cui si fa riferimento ai «diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo», nonché l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 nella parte in cui è sancito che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». Disposizioni similari, invece, sembrano mancare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per gli ordinamenti stranieri si vedano, invece, sempre a titolo d' esempio, il IX Emendamento del *Bill of Rights* negli Stati Uniti; gli artt. 2, 19 e 20 della Costituzione tedesca del 1949; l'art. 10 della Costituzione spagnola. Per una disamina approfondita di diritto comparato in tema cfr. F. VECCHIO, *Diritti e libertà fondamentali*, in AA.VV., *Diritto pubblico comparato*. *Le democrazie stabilizzate*, a cura di T. Frosini, Il Mulino, Bologna, 2019, 207 ss.

[2] Nella letteratura per maggiori approfondimenti sull'art. 2 Cost., fra gli altri, D. TEGA, *Articolo 2*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 25 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, 171 ss.; G. DI COSIMO, *Art. 2*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, 10 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 38 ss.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*. *Principi fondamentali, artt. 1–12*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1975, 51 ss. Per una

tratti soltanto di un' affermazione sancita al sol fine di trovare un legame con i dettami dell'Illuminismo e, quindi, con la concezione naturale dei diritti umani sviluppatasi in totale contrapposizione a quella giuspositivista[3].

Al tempo dell'emanazione delle Carte internazionale sui diritti e delle Costituzioni del dopoguerra, infatti, occorreva distanziarsi dal puro giuspositivismo, poiché colpevole di

---

panoramica sul sistema dei diritti fondamentali antecedente alla Costituzione repubblicana si vedano, per tutti, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., 17 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 38 ss.; V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbèra Editore, Firenze, 1890, 223 ss.

[3] Per maggiori approfondimenti sulla corrente giusnaturalista e su quella giuspositIvista è sufficiente qui rimandare a C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci alle prospettive contemporanee*, Giappichelli, Torino, 2022, 9–71; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. II, Laterza, Bari–Roma, 2001, 71 ss.; ID., *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Laterza, Bari–Roma, 2001, 153 ss. In tema, inoltre, appare utile evidenziare che, sebbene l'idea della naturalità dei diritti emerga in modo ricorrente durante i lavori preparatori della Costituzione che hanno riguardato l'approvazione dell'art. 2 – si vedano, a tal proposito, le sedute del 9 e 11 settembre 1946 e del 5, 13, 17 e 24 marzo 1947 – ancorché non mancassero voci critiche al riguardo, stante la difficoltà di individuare diritti naturali (così, in particolare, le critiche mosse dall'Onorevole CONDORELLI nella seduta del 15 marzo 1947). La dottrina maggioritaria attualmente ritiene che i diritti fondamentali affermati in tale articolo trovino fondamento nella società, in processi storici, e non siano innati nella natura umana: cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., 172 ss.; G. DI COSIMO, *Art. 2*, cit., 10; E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 43 ss.; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, 5; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1989, 826. Come sottolineato, infatti, da A. RUGGERI, *"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di posit*Ivizzazione, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti Di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 631–632, il termine "riconoscere" va inteso come il contrario di "inventare" o di "creare dal nulla", ma ciò non significa che il fondamento dei diritti debba essere naturale e non storico. Sull'accoglimento della concezione giusnaturalista si veda D. TEGA, *Articolo 2*, cit, 27. Tra l'altro, appare ormai accolta in dottrina l'idea che l'art. 2 Cost. rappresenti una "clausola aperta" grazie alla quale è possibile riconoscere nuovi diritti non inclusi nel catalogo previsto agli artt. 13 ss. della Costituzione. Cfr. , per tutti, D. TEGA, *Art. 2*, cit., 29 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania, P. Ridola, Giappichelli, Torino, 59; A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1996; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., 96; P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972. In tal senso sembrano deporre pure alcune pronunce della Corte costituzionale, *ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 242 del 2019; Corte cost., sent. n. 221 del 2015; Corte cost., sent. n. 170 del 2014; Corte cost., sent. n. 278 del 2013; Corte cost., sent. n. 438 del 2008; Corte cost., sent. n. 120 del 2001; Corte cost., sent. n. 383 del 1998; Corte cost., sent. n. 50 del 1998; Corte cost., sent. n. 267 del 1996; Corte cost., sent. 223 del 1996; Corte cost., sent. n. 13 del 1994; Corte cost., sent. n. 62 del 1992; Corte cost., sent. n. 278 del 1992; Corte cost., sent. n. 183 del 1988; Corte cost., sent. n. 561 del 1987. Ciò dimostra, dunque, che il i diritti fondamentali tutelati nel nostro ordinamento vanno ben oltre il mero riconoscimento dei diritti naturali innati nell'uomo. Tra l'altro, anche chi critica l'idea che vede nell'art. 2 Cost. una "clausola aperta", chiarisce che gli unici diritti tutelabili siano quelli espressamente previsti nel testo Costituzionale (*rectius*: i diritti posti). In tal senso, per tutti, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, cit., 173 ss.; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 21 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, 53 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 54 ss.; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione* italiana, Cedam, Padova, 1972. Così anche alcune pronunce più risalenti nel tempo della Corte costituzionale e, in particolare, le sent. nn. 28/1987; 98/1979; 238/1975; 33/1974; 1/1969; 29/1962. In tema si veda pure R. BIFULCO, *Introduzioni ai diritti e ai doveri costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto costituzionale*. *I diritti e i doveri costituzionali.*, Vol. III, a cura di M. Benvenuti, R. Bifulco, Giappichelli, Torino, 2022, spec. 25 ss. Autorevole dottrina, inoltre, ha ben evidenziato che sarebbe anche difficile identificare i "diritti naturali" dell'uomo, poiché la loro concreta individuazione non può che dipendere dalla prospettiva iniziale che si assume: cattolica, statalista o hegeliana, democratica radicale. Così P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., 66. Per una visione attuale inerente ai "nuovi diritti" si veda l'interessante saggio di I. A. NICOTRA, *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre le crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

avere permesso, muovendosi nell'ambito della legalità posta, gli errori (o, se si preferisce, orrori) commessi durante l'era dei totalitarismi[4].

Si pensi alle leggi razziali italiane approvate a partire dal 1938[5].

La tesi della concezione giusnaturalista soltanto di facciata trova sostegno nella considerazione che altrimenti non si spiegherebbero i numerosi nuovi diritti che sono stati affermati nelle Carte internazionali e nelle Costituzioni nazionali successive alla fine della Seconda guerra mondiale e che non rientravano nel catalogo dei diritti "naturali" sanciti durante l'epoca della Rivoluzione francese e della rivoluzione americana[6].

A tal proposito, Bobbio rileva che la stessa definizione di cosa sia un diritto umano appare tautologica. In passato, infatti, vi si ricomprendevano soltanto i diritti di libertà; oggi, invece, vi rientrano anche nuovi diritti, come quelli sociali ed economici[7].

Autorevole dottrina costituzionalistica, inoltre, si è interrogata sul concetto di "fondamentalità" dei diritti[8].

---

[4] Sulle cause della crisi del giuspositivismo cfr., per tutti, M. TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze, 2019; A. SCHIAVELLO, *L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato*, in *Dir. & questioni pubbliche*, 8/2008, 17 ss. Per una visione filosofica–politica dell'origine dello Stato totalitario, per tutti, H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009. Per una disamina storica dell'affermazione dello Stato totalitario in Germania si veda, tra i contributi più recenti, E. COLLOTTI, *Hitler e il Nazismo. Lo Stato totalitario, il furore della guerra, il declino*, Giunti, Firenze, 2019; per quanto riguarda l'Italia, ma in cui non mancano riferimenti agli altri simili sistemi affermatisi in Europa (Germania, Spagna e URSS), si veda, per tutti, E. GENTILE, *Il fascismo in tre capitoli*, Laterza, Bari–Roma, 2023. Per una visione giuridica dello Stato totalitario è sufficiente qui rinviare a G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Il Mulino, Bologna, 2012, 71 ss. e 87 ss., nonché, con particolare riferimento all'Italia, a G. P. TRIFONE, *Dallo Stato di diritto al diritto dello Stato. Giusformalismo e fascismo*, Giappichelli, Torino, 2019.

[5] R.d.l. 5 settembre 1938, nn. 1390, 1531, 1539; r.d.l. 7 settembre 1938, n. 1381; r.d.l. 23 settembre 1938, n. 1630; r.d.l. 15 novembre 1938, n. 1779; r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728; r.d.l. 21 novembre 1938, n. 2154; r.d.l. 22 dicembre 1938, n. 2111; r.d.l. 9 febbraio 1939, n. 126; r.d.l. 9 febbraio 1939, n. 126; r.d.l. 27 marzo 1939, n. 665; l. 29 giugno 1939, n. 1054; l. 13 luglio 1939, nn. 1024 1055, 1056; l. 23 maggio 1940, n. 587; D.M. 30 luglio 1940; l. 23 settembre 1940, n. 1459; l. 28 settembre 1940, n. 1403; l. 24 febbraio 1941, n. 158; l. 19 aprile 1942, n. 517; l. 9 ottobre 1942, n. 1420, a cui vanno aggiunti altri provvedimenti di diversa natura – ad esempio, il Manifesto degli studiosi italiani sul problema della razza del 1938, le Direttive del Segretario del P.N.F. sul problema della razza del 1938 e l'ordine del giorno del Gran Consiglio del Fascismo del 6 ottobre 1938 – e gli atti legislativi approvati Repubblica Sociale italiana fino al 1945. Per una disamina più approfondita è sufficiente qui rimandare a M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in AA.VV., *Trattato di diritto costituzionale italiano*, a cura di M. Cavino e L. Imarisio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 111 ss.; E. COLLOTTI, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Laterza, Bari–Roma, 2018; G. SPECIALE, *L'eredità delle leggi razziali del 1938. Nuove indagini sul passato*, in AA.VV., *Leggi razziali. Passato–Presente*, a cura di G. Resta, V. Zeno–Zencovich, Roma Tre–Press, Roma, 129 ss.; P. CARETTI, *Il "corpus" delle leggi razziali*, in AA.VV., *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza Diritto Esperienze*, a cura di G. Speciale, Pàtron, Bologna, 2013, 74 ss.

[6] Sul punto, oltre alla dottrina già citata con specifico riguardo all'art. 2 Cost che accoglie la concezione storica dei diritti fondamentali, si vedano, in particolare, C. FARALLI, *Diritti e nuove tecnologie*, in *Rivista di Scienze della comunicazione e argomentazione giuridica*, 2/2019, 43 ss.; F. VECCHIO, *Diritti e libertà fondamentali*, cit., 207 ss.; C. FARALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *La storicità del diritto*, a cura di A. Ballarini, Giappichelli, Torino, 2018, 7 ss.; F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Bari–Roma, 2009; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, 5 ss.

[7] Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 8 ss.

[8] A. RUGGERI, *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in *Diritti Comparati*, 2023; A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2 del 2016, 1 ss.

Ciò dimostra che i diritti non sono naturali e che essi servono a soddisfare le esigenze sociali della società del momento. In altri termini, sono diritti storici.

Occorre osservare, altresì, come gli stessi diritti di libertà non siano stati da sempre oggetto di una medesima interpretazione e non soltanto a causa di mancanza di testi giuridici che li riconoscessero, ma anche in virtù dalla stessa percezione sociale di libertà che si aveva in passato.

A titolo d'esempio, nel pensiero greco – e, in particolare, si veda sul punto Aristotele – la schiavitù era ritenuta condizione normale[9]. Lo stesso dicasi in merito alle restrizioni di libertà sancite nei confronti della donna, perché considerata dalle società passate quale essere inferiore all'uomo[10].

Le differenti "estensioni della libertà" riconosciuta agli esseri umani è una costante socialmente percepita come la normalità anche in epoche coeve o successive a quella greca: i romani distinguevano tra cittadini, non cittadini e schiavi[11]; nel pensiero cristiano medievale la condizione di povertà e sottomissione al *Signore*, *Re* o *Imperatore* rientrava tra i modi di espiazione del peccato[12].

Come non contare, inoltre, che vi è una differente concezione dei diritti umani nelle diverse società e culture contemporanee diverse dalla nostra[13].

Ciò si pone, ancora una volta, a sostegno della natura positiva e storica dei diritti fondamentali.

Nelle Costituzioni del dopoguerra, tuttavia, sebbene i diritti siano posti come in pieno giuspositivismo, il loro rispetto diviene "blindato" grazie alla natura rigida delle Costituzioni europee. Non può, dunque, più trovare spazio il "diritto iniquo", perché la legislazione deve pur sempre risultare rispettosa dei principi costituzionali in virtù del principio di gerarchia delle fonti.

Orbene, il tema meriterebbe ben altro approfondimento, ma non è questa la sede.

La premessa, tuttavia, appare opportuna, perché permette di affermare che non esistono diritti valevoli per tutti i tempi e non esiste a priori nel "diritto" il divieto di sancire "diritti" socialmente non concepiti o non accettati in passato (o, almeno, come vedremo, non concepiti o accettati allo stesso identico modo), giacché non trovano un fondamento "naturale" e "originario". Determinate istanze sociali, infatti, assenti in passato, potrebbero nel tempo presente richiedere una loro formale tutela.

Il percorso è ciclico: rilevata l'istanza, il diritto entra in crisi perché non ha una risposta. Valutata la meritevolezza dell'istanza e predisposta la risposta, si avrà un nuovo diritto.

---

[9] In particolare, ARISTOTELE, *Politica*, I, 2, 1252 a.1253 a. scrive: «Se ogni strumento potesse, per comando o per ispirazione, funzionare da sé, come le statue di Dedalo o tripodi di Efesto, […] e perimenti le spole tessessero e i plettri suonassero da soli, i fabbricanti non avrebbero bisogno di schiavi». Sul punto si veda pure G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. I, Laterza, Bari–Roma, 2001, 74 ss.; G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in AA. VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari–Roma, 1997, 43 ss.

[10] Per tutti, il recentissimo A. FACCHI, O. GIOLO, *Una storia dei diritti delle donne*, Il Mulino, Bologna, 2023; nonché E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milano, 2013; G. ZANETTI, *Eguaglianza*, cit., 43 ss.

[11] In tema, per tutti, A. CORBINO, *Diritto privato romano*, Cedam, Padova, 2023, 296 ss.

[12] Sul punto, fra gli altri, J. LE GOFFE, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Laterza, Bari–Roma, 2023, 25 ss.; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo* moderno, Il Mulino, Bologna, 2016, 25 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. I, cit., 172 ss.;

[13] In particolare, si veda la concezione dei diritti nei sistemi orientali. In tema, per tutti, M. MAZZA, *Trattato di diritto pubblico comparato. I sistemi del lontano Oriente*, Cedam, Padova, 2019.

Ebbene, ciò attualmente accade con riferimento alla questione del rapporto giuridico del figlio minorenne[14], nato attraverso tecniche di fecondazione artificiale, con il genitore intenzionale, che si inserisce, dunque, nell'ambito del più ampio filone del diritto come interprete più fedele della società in cui opera.

Da un lato, infatti, c'è un'istanza che richiede tutela, una sorta di istanza giuridica all'affetto; dall'altro, c'è un ordinamento che è entrato in crisi poiché incapace di dare una risposta.

Nello specifico, ci si interroga in ordine all'inquadramento giuridico del rapporto che intercorre tra il figlio di un terzo e il genitore non biologico, ma di intenzione, ossia tra coloro i quali sanno di non avere un legame di sangue, ma che desiderano considerarsi ugualmente legati in un rapporto genitore-figlio.

Orbene, la questione appare meritevole di un'indagine più approfondita, ragion per cui ad essa sarà dedicato il presente scritto.

2. *Il rapporto tra il minore e il genitore intenzionale: da Sparta e Roma ai giorni nostri*

La *quaestio* del rapporto del figlio con il genitore intenzionale, in realtà, non è del tutto una novità della nostra epoca.

Si è già presentata, infatti, nel corso della storia, sebbene con caratteristiche diverse rispetto a quelle attuali.

Eva Cantarella, ad esempio, citando Plutarco e Senofonte, ci informa che nell'antica Sparta – essendo predominante l'idea che i compiti principali di ciascun cittadino di sesso maschile fossero quelli di essere un guerriero e di procreare per far nascere i futuri difensori della Patria – non era insolito che un uomo, ormai in età avanzata unito in "matrimonio" con una donna ancora giovane e fertile, chiedesse ad un caro amico di congiungersi con la propria moglie e di crescere un figlio in comune[15]. Non a caso nei poemi omerici si racconta che Menelao, Re di Sparta, dopo dieci anni di sanguinosa guerra a Troia – causati dall'infedeltà di Elena, la quale lo aveva tradito senza il suo consenso con il nemico Paride, figlio del Re di Troia – al suo ritorno, non solo non ripudia la moglie, ma soprassedendo sulla sua infedeltà, l'accoglie nella sua reggia restituendole il ruolo regale[16]. Nella società odierna una tale concezione dell'amicizia e del rapporto di coniugio potrebbe apparire insolita, non conforme ai predominanti canoni morali e dell'onore che caratterizzano il presente, soprattutto frutto della diffusione a livello mondiale del cristianesimo, ma a Sparta crescere un figlio con un amico risultava una scelta socialmente condivisa e accettata. Non mancano esempi simili, sebbene più rari, nell'antica Roma: l'imperatore Tiberio, figlio del primo marito di Livia, fu accolto da Augusto – secondo marito di Livia dopo che il primo coniuge aveva prestato il suo consenso all'unione – inizialmente come figlio adottivo e poi come suo

[14] Nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 2 del codice civile, il minore è colui il quale non ha ancora compiuto il diciottesimo anno di età.

[15] E. CANTARELLA, *Sparta e Atene. Autoritarismo e democrazia*, Einaudi, Torino, 2021, 51 ss. Per una più ampia disamina del diritto di famiglia nell'antica Grecia cfr. H. J. WOLFF, *Diritto greco–Diritto tolemaico*, in *Dike*, 6/2013, 106 ss.

[16] Emblematico a tal proposito appare l'arrivo di Telemaco a Lacedemone, dove ad accoglierlo, oltre a Menelao, c'è Elena, che «uscì dal talamo alto, odoroso, bella come Artemide dalla frecce d'oro». Così in OMERO, *Odissea*, Libro IV, trad. a cura di M. G. Ciani, Marsilio, Venezia, 50. In tal senso anche E. CANTARELLA, *Sparta e Atene. Autoritarismo e democrazia*, cit., 31.

successore[17]; Catone Uticense aveva ceduto l'amata moglie Marzia all'amico Ortensio, così da soddisfare il desiderio di quest'ultimo di avere figli in comune[18].

Il problema si è posto in passato anche in tema di adozione di un figlio altrui per motivi economici – si pensi, ad esempio, all'adozione di cittadini maggiorenni nell'antica Roma, nonché nei sistemi civilistici europei ottocenteschi e in quelli attualmente vigenti – o per motivi affettivi – si pensi alla più "recente" adozione di minorenni – e anche in questo caso il diritto ha dovuto (voluto) disciplinare i diritti e gli obblighi che discendono tra genitore intenzionale e figlio non biologico[19].

Orbene, come si è anticipato, la questione nuovamente si pone alla luce delle moderne tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), poiché nel nostro ordinamento non esiste una compiuta disciplina al riguardo.

L'assenza, spesso, è dovuta alla mancata possibilità di fare ricorso a talune di tali tecniche – come la surrogazione di maternità – perché talvolta considerate, come vedremo meglio in seguito, lesive della dignità della persona umana[20].

Ciò, tuttavia, non significa che il ricorso degli italiani alle tecniche vietate nel nostro Paese sia inesistente. Numerose coppie, infatti, al fine di ricorrervi, si recano all'estero, nei Paesi in cui sono permesse, per poi ritornare in Italia.

Ebbene, da tale momento sorge "l'istanza sociale" all'instaurazione del rapporto giuridico tra il genitore intenzionale e il minore.

È bene chiarire, inoltre, che il problema sussiste sia con riferimento all'interesse del genitore intenzionale ad avere un rapporto con il figlio non biologico, che viceversa, ossia con riguardo all'interesse del figlio ad avere un rapporto con il genitore d'intenzione.

Si avverte, tuttavia, che, per ragioni di economia, in tale sede sarà possibile affrontare in via prevalente soltanto il profilo dell'interesse del figlio ad avere un rapporto giuridico con il genitore d'intenzione e non la diversa e speculare situazione riguardante la richiesta del genitore intenzionale ad avere un rapporto giuridico col figlio non biologicamente suo, che richiederebbe un ulteriore e approfondito studio.

Nei paragrafi che seguiranno, dunque, dopo aver ricostruito i termini del dibattito, si verificherà qual è il possibile fondamento costituzionale di tale istanza e si evidenzieranno le eventuali criticità e le possibili soluzioni normative sia *de iure condito* che *de iure condendo.*

3. *Precisazioni terminologiche in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistita*

Per comprendere meglio la questione, occorre effettuare alcune precisazioni in ordine alla distinzione tra fecondazione omologa, fecondazione eterologa e surrogazione di maternità[21].

---

[17] Cfr. E. CANTARELLA, *Sparta e Atene. Autoritarismo e democrazia*, cit., 52 ss. In tema, in particolare, cfr. G. SVETONIO TRANQUILLO, *De vita Caesarum*, Lib. 2, 65.

[18] Cfr. E. CANTARELLA, *Sparta e Atene. Autoritarismo e democrazia*, cit., 52 ss.; In tema pure LUCANO, *Pharsalia*, II, 326–391; PLUTARCO, *Cato minor*, 25, 1–12; M. F. QUINTILIANO, *Istitutio oratoria*, 3, 5, 11, nonché 10, 5, 13; D. ALIGHIERI, *La Divina commedia*, *Purgatorio*, Canto I, vv. 79–81.

[19] In tema, per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, Vol. II.1, Giuffrè, Milano, 2017, 451–525.

[20] Cfr. *infra*, § 4.

[21] La letteratura in materia di PMA è molto ampia. Si vedano, fra gli altri, D. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, cit., 883 P. BRUNESE, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; A. G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status,* Giappichelli,

Il legislatore, come anticipato, ha affrontato diversamente le conseguenze derivanti dal ricorso a tali tecniche, talvolta ritenendoli ammissibili, altre volte, invece, vietandole.

Orbene, il problema del rapporto genitoriale non si pone nel caso di fecondazione omologa.

Il nascituro, infatti, è concepito con gameti maschili e femminili provenienti dalla coppia e la gravidanza è portata avanti dalla madre. Il minore, dunque, è figlio biologico della coppia.

Il ricorso alla fecondazione omologa attualmente risulta ammesso in Italia, così come previsto nella l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

Nell'ordinamento italiano, inoltre, risulta possibile anche il ricorso alla fecondazione eterologa, in cui i gameti di uno o di entrambi i membri della coppia provengono da un donatore o da una donatrice esterna alla stessa.

Invero, tale tecnica era stata vietata dal legislatore all'atto dell'approvazione della l. n. 40/2004. La Corte costituzionale, tuttavia, con la sent. n. 162/2014, ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, comma 3, della l. n. 40/2004 nella parte in cui escludeva l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa alle coppie affette da sterilità o da infertilità assoluta e irreversibile[22] e, con sent. n. 96/2015, lo ha poi esteso a quelle fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili[23].

Torino, 2022; M. BALISTRERI, *Considerazioni bioetiche sulla riproduzione assistita e sulla maternità surrogata. Una critica della prospettiva conservatrice*, in *Etica & Politica*, XXIV, 1/2022, 265 ss.; M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2021; A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consulta OnLine*, 2021/I, 192 ss.; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma, 2020 e bibliografia ivi citata; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assista e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 440 ss. e bibliografia ivi citata; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *«Non è gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, 2017/I, 138 ss.; AA.VV., *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. Azzalini, Aracne, Roma, 2015; F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VI, Utet, Torino, 2015, 341 ss.; V. TIGANO, *Procreazione assistita*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015; AA.VV, *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo della fecondazione* eterologa, a cura di A. Cossiri, G. Di Cosimo, Aracne, Roma, 2013; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di I. A. Nicotra, F. Giuffrè, Editoriale scientifica, Napoli, 2014; I. A. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2013, 1 ss.; AA.VV., *Sulla procreazione assistita*, a cura di P. Giustiniani, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005; I. A. NICOTRA, *Tutela della vita e diritto alla procreazione dinanzi alle nuove tecniche di fecondazione assistita*, in AA.VV., *Progressi biomedici tra pluralismo etico e regole giuridiche*, a cura di R. Prodromo, Giappichelli, Torino, 2005; AA.VV., *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a cura di P. Stanzione, G. Sciancalepore, Giuffrè, Milano, 2004; C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2004.

[22] Corte cost., sent. n. 162 del 2014. Per un commento, fra i molti, G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Quad. cost.*, 2014, 663 ss.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004,* in *BioDiritto*, 2/2014; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioDiritto*, 2/2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014*), in *Dir. fond.*, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 2014 (13.06.2014); A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di*

Occorre osservare, però, che l'accesso alle tecniche eterologhe è concesso soltanto alle coppie di persone maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art. 5, l. n. 40/2004).

Non è permesso, invece, alle coppie omosessuali – necessariamente femminili, considerata l'impossibilità naturale per quelle maschili di ricorrervi – che si trovino nelle medesime condizioni di quelle eterosessuali.

Sul punto si è anche pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha ritenuto non irragionevole il diverso trattamento tra coppie omosessuali femminili e coppie eterosessuali, poiché nel primo caso si è in presenza di una infertilità "fisiologica", mentre, nel secondo caso, l'infertilità è "patologica"[24].

In aggiunta, il consenso espresso al riguardo dai componenti della coppia non può più essere revocato dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6, comma 3, l. n. 40/2004)[25].

Per quanto riguarda l'instaurazione del rapporto genitoriale, occorre osservare che il minore nato attraverso il ricorso alla PMA acquista lo stato di figlio (art. 8, l. n. 40/2004).

Bisogna evidenziare, inoltre, che, *ex* art. 9, l. n. 40/2004, la madre non potrà richiedere di non essere nominata nell'atto di nascita; il padre che ha accettato il ricorso alla fecondazione eterologa non potrà esercitare l'azione di disconoscimento di paternità; il donatore di gameti non instaurerà alcuna relazione giuridica con il nato, né potrà vantare alcun diritto o pretendere l'adempimento di qualche obbligo nei suoi confronti.

La citata norma risultava già vigente ancor prima che la Corte costituzionale ammettesse nel 2014, sebbene col rispetto di alcuni precisi limiti, il ricorso alla fecondazione eterologa.

Corte cost. n. 162/2014), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 1 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 1 ss.

[23] Corte cost., sent. n. 96 del 2015. In dottrina, per tutti, si vedano M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di "regionalismo sanitario"*, in *Giur. cost.*, 5/2015, 1739 ss.; G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 per anche il divieto di diagnosi preimpianto*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 10/2015, 582 ss.; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 3/2015, 805 ss. E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, 2015/II, 533 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

[24] Corte cost., sent. n. 221 del 2019; ma anche Corte cost., sent. n. 230 del 2020. In tema è sufficiente qui richiamare M. PICCHI, "*Figli di un dio minore": quando lo* status filiationis *dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale*), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021; A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, 6/2020, 2760 ss.; I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 3/2021, 430 ss.; G. CASABURI, *"Qui non sto. Non posso fare altrimenti": la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alle coppie omosessuali femminili*, in *Il Foro it.*, 12/2019, 3798 ss.; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, 227 ss.; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3/2020; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 e i suoi echi di sistema*, in *federalismi.it*, 6/2019, 282 ss.

[25] Corte cost., sent. n. 161/2023, ha confermato la non irragionevolezza della norma nella parte in cui comprime la libera autodeterminazione del padre, poiché ciò risulta necessario per tutelare la salute psico-fisica della madre e la dignità dell'embrione. Per un commento D. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta OnLine*, 2023/III, 883 ss.;

Tale vigenza antecedente all'intervento della Consulta non è una circostanza da sottovalutare. La disposizione, infatti, risulta suscettibile di applicazione anche nei casi di coppie eterosessuali che decidano di ricorrere alla fecondazione eterologa al di fuori dei casi previsti dalla legge, perché non affette da sterilità o infertilità oppure portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

L'uomo di tale coppia, quindi, non potrà intentare l'azione di disconoscimento di paternità e il donatore del gamete maschile non potrà vantare nessun diritto o obbligo nei confronti del bambino. Differente è la questione per le coppie omosessuali femminili che decidano di ricorrere alla fecondazione eterologa, ma il punto sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo.

Nel nostro Paese, invece, risulta vietata in tutti i casi la c.d. surrogazione di maternità, ossia quella tecnica per mezzo della quale una donna, estranea alla coppia, pone a disposizione il proprio utero per la procreazione, così da portare avanti la gravidanza, con l'impegno di affidare il minore alla coppia "committente".

Il divieto di surrogazione di maternità è previsto all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 ed è punito come reato con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro.

Si applica anche nel caso in cui i gameti provengano da entrambi i membri della coppia. In Italia, difatti, *ex* art. 269 del codice civile, la madre è colei che partorisce. La *ratio* di tale preclusione è da rinvenire nella concezione accolta nel nostro ordinamento, che, come abbiamo già anticipato, considera la gestazione per altri lesiva della dignità della donna[26].

Nell'attuale legislatura, tra l'altro, è pendente la proposta di legge n. 887 del 15 febbraio 2023, volta a punire penalmente la surrogazione di maternità anche nel caso in cui il fatto sia commesso all'estero da cittadino italiano, rendendolo, quindi, reato universale[27]. Come già detto, tuttavia, ciò non significa che il ricorso alla surrogazione di maternità sia de tutto inesistente, perché molte coppie si recano all'estero in Paesi in cui risulta essere ammessa[28].

Lo stesso accade per la fecondazione eterologa nei casi in cui desiderino ricorrervi coppie che non presentino i requisiti stabiliti dalla legge per accedervi.

Ci si riferisce, in particolare, alle coppie omosessuali femminili. Sorge, di conseguenza, il problema del rapporto giuridico che intercorre tra il minore e il genitore intenzionale – ossia quello che abbiamo definito un'istanza giuridica all'affetto –, attualmente in Italia privo di disciplina espressa.

---

[26] Cfr. *infra*, § 4.

[27] La proposta di legge, approvata alla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023, nel momento in cui si scrive, è in attesa di esame al Senato della Repubblica (Atto del Senato n. 824). In tema A. D'ALOIA, *Serve davvero il 'reato universale' di maternità surrogata?* in *federalismi.it*, 25/2023, IV ss. Si veda pure V. TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Archivio Penale*, 3/2021, 1 ss.; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Sistema Penale*, 2021; V. TIGANO, *Limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino, 2019.

[28] Secondo una recente indagine dell'ormai nota Associazione "Luca Coscioni", del 27 giugno 2023, in, il ricorso alla surrogazione alla maternità surrogata risulta essere disciplinata e ammessa in forma solidale in 6 Paesi europei, 14 negli Stati Uniti, 2 africani, 9 in Oceania, 4 in Asia. Risulta, inoltre, essere ammessa sia in forma solidale che in forma non solidale, ancorché l'assenza di una legge specifica in materia, in ulteriori 36 Paesi del mondo.

4. *L'affetto tra "istanza" e "crisi del diritto" nella giurisprudenza*

Il problema del rapporto giuridico tra il minore e il genitore intenzionale è stato oggetto di discussioni in svariate occasioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale e in quella ordinaria[29].

Appare necessario, dunque, ricostruire i termini del dibattito, ponendo in luce le principali pronunce emesse in materia.

Come si è detto, la surrogazione di maternità è vietata in Italia e considerata lesiva della dignità della donna[30].

---

[29] Nella letteratura, fra gli altri, L. CAROTA, *La Corte EDU e tutela del rapporto con il genitore "d'intenzione" nelle coppie dello stesso sesso*, in federalismi.it, 20/2023, 24 ss.; G. VASINO *Corte costituzionale e sfere eticamente sensibili: l'orientamento sostanzialista del giudice delle leggi fra tutela dei diritti fondamentali e rispetto della discrezionalità legislativa*, in federalismi.it, 11/2023, 326 ss.; M. N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un 'excursus' giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. e dir.*, 8-9/2021, 849 ss.; G. CHIAPPETTA, *L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione "incerta e/o sospesa"*, in *Dir. delle succ. e della fam.*, 1/2022, 37 ss.; S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in federalismi.it, 17/2021, 2 ss.; G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2/2021, 111 ss.; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in BioDiritto, 3/2021, 145 ss.; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos, 3/2021, 2 ss. F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale*, in Nomos, 1/2021, 1 ss.; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in Rivista AIC, 4/2021, 228 ss.; M. PICCHI, "*Figli di un dio minore": quando lo* status filiationis *dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale*), cit., 1 ss.; A. RUGGERI, La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), in Consulta OnLine, 2021/I, 221 ss. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in federalismi.it, 29/2020, 114 ss.; F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 410 ss.; E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello* 'status' *di figlio nato da* 'surrogacy' *straniera*, in *Giur. cost.*, 8-9/2018, 1830 ss.; AA.VV., *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata nella prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai, E. Olivito, Jovene, Napoli, 2017. In tema si veda pure F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in Rivista AIC, 1/2017; 1 ss.; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *«Non è gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, cit., 138 ss.

[30] Sul punto G. BUZZONI, *La nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla maternità surrogata*, in Osservatorio sulle fonti, 1/2023; A. RUGGERI, Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente), cit., 192 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assista e della surrogazione di maternità*, cit., 250 ss.; M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, cit., 114 ss.; S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in BioDiritto, 2/2019, 329 ss.; G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Il Foro it.*, 12/2019, 4027 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in Costituzionalismo.it, 1/2018, 148 ss.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quale le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2018, 1 ss.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2990 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in Costituzionalismo.it, 1/2017, 183 ss.; S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una)*

La conformità del divieto con il nostro ordinamento costituzionale è stata anche più volte ribadita dalla Corte costituzionale[31].

In merito, autorevole dottrina evidenzia che, in realtà, occorrerebbe distinguere due casi: da un lato quello della surrogazione di maternità effettuata a scopo di lucro; dall'altro quello in cui in la gestante pone a disposizione il proprio utero in modo spontaneo, solidale e per mero spirito altruistico[32].

Soltanto nel primo caso, infatti, potrebbe discutersi di lesione della dignità della donna; nel secondo, invece, ciò non risulterebbe possibile, in quanto il corpo della gestante non viene mercificato, ma il gesto è compiuto per nobili fini meritevoli di tutela.

Tale dottrina, però, sottolinea che nella prassi potrebbe risultare arduo accertare l'esistenza di un previo accordo patrimoniale finalizzato alla surrogazione di maternità.

Quest'ultima impostazione, che distingue la surrogazione di maternità commerciale da quella solidale, si pone in linea con quanto affermato dal Parlamento europeo in più occasioni[33].

Da ultimo, assume particolare rilievo la presentazione nel 2023 dell'emendamento n. 131 all'art. 1 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, con cui è stato chiesto di considerare reato «lo *sfruttamento* [corsivo dell'A.] di una donna ai fini riproduttivi mediante maternità surrogata»[34].

Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che la dignità della donna risulta essere sempre violata, «poiché quando una donna porta avanti una gravidanza vi partecipa con la sua personalità e intelligenza che non sono mai surrogabili perché, altrimenti, verrebbe degradata la componente generativa della natura umana»[35]. Per quanto riguarda, invece, la fecondazione eterologa, si è detto che la Corte costituzionale, pur non ritenendola contrastante con nessun principio dell'ordinamento, ha considerato non irragionevole il divieto di accesso a tale pratica per coppie omosessuali femminili[36].

---

prospettiva femminista, in BioDiritto, 2/2016, 93 ss.; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in BioDiritto, 2/2016, 111 ss.

[31] In particolare, si vedano Corte cost., sent. n. 33 del 2021 e Corte cost. n. 272 del 2017. In tal senso, nella giurisprudenza ordinaria, si vedano per tutti Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro it*., 1/2023, 83; e Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. int.*, 4/2019, 1225 ss.

[32] In tal senso A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, cit., 201 ss.

[33] In tal senso, si vedano: la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2022 *sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP))*, parr. V, 12, 13 e 14; la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 *sull'attuazione della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (2020/2029(INI))*, par. 28; la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 *sulla strategia dell'UE per la parità di genere (2019/2169(INI))*, par. 32; la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 *sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009(INI))*, par. 82.

[34] Parlamento europeo, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Commissione per i diritti delle donne e l'uguaglianza di genere, *Emendamenti 29–294. Progetto di relazione di Eugenia Rodríguez, Malin Björk del 7 luglio 2023. Modifica della direttiva 2011/36/Ue concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime del 19.12.2022 COM(2022) 732 final, 2022/0426 (COD).* Il Parlamento ha definito la propria posizione il 5 ottobre 2023.

[35] L'orientamento è così riportato da M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, cit., 116.

[36] Corte cost., sent. n. 221/2019, cit.; nonché Corte cost., sent. n. 230/2020, cit. Per la dottrina in tema cfr. *supra*, § 3.

La giurisprudenza di legittimità meno recente, inoltre, ha distinto due casi in tema di fecondazione eterologa da parte di coppie omosessuali femminili, risolvendoli in modo diverso.

Nella prima vicenda, i fatti alla base della decisione si ponevano nei seguenti termini: un terzo estraneo aveva donato i gameti maschili; una delle due donne della coppia aveva conferito i propri ovociti – e non donato, perché la donazione avrebbe richiesto il fine liberale e altruistico – alla *partner*; l'altra donna aveva portato avanti la gravidanza fino alla nascita.

Nella seconda, invece, soltanto una delle due donne aveva contribuito biologicamente alla procreazione e portato avanti la gravidanza, mentre l'altra aveva partecipato esclusivamente in via intenzionale.

Orbene, la Corte di cassazione, pronunciandosi nel 2016 con riferimento al primo caso – dopo aver inquadrato la fattispecie come fecondazione eterologa e non come surrogazione di maternità – ha statuito la possibilità del riconoscimento del minore come figlio da parte della donna che si era limitata a conferire i propri ovociti alla *partner*, in quanto la gestazione di quest'ultima non era stata effettuata "per altri", ma per fini propri della coppia. I giudici, infatti, trattandosi di fecondazione eterologa, non hanno riscontrato nessuna violazione dell'ordine pubblico. In aggiunta, il bambino procreato era figlio biologico di entrambe le donne – perché una aveva conferito i gameti e l'altra aveva provveduto alla gestazione – e di un terzo donatore estraneo[37].

Allo stesso modo si è pronunciata in una situazione analoga con una sentenza del 2017[38].

In relazione alla seconda vicenda, invece, i giudici di legittimità – ponendosi in contrasto con parte della giurisprudenza di merito che, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 8 l. n. 40/2004, consente anche in tale situazione l'indicazione di entrambe le madri nell'atto di nascita[39] – hanno escluso il riconoscimento del figlio da parte della donna genitore meramente intenzionale, poiché non legata da alcun rapporto biologico con il minore[40].

Allo stesso tempo, però, hanno ammesso, in presenza di determinati presupposti e nel superiore interesse del minore, la possibilità per il genitore d'intenzione di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari previsto dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. 4 maggio 1983, n. 184 (l. ad.)[41].

Occorre osservare, tuttavia, che parte della giurisprudenza di legittimità più recente estende le medesime conclusioni di cui al secondo caso anche nelle situazioni analoghe a quelle di cui alla prima fattispecie, nonostante in quest'ultima vi sia un rapporto biologico di entrambe le donne con il nascituro, e riconosce come madre da indicare nell'atto di nascita soltanto la partoriente. All'altra donna, invece, permette unicamente la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari[42].

---

[37] Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19559.

[38] Cass. Sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878.

[39] In tal senso, *ex pluribus*, Corte d'A di Cagliari, decr. 28 aprile 2021; Trib di Brescia, decr. 11 novembre 2020; Trib di Genova, decr. 4 novembre 2020; Corte d'A di Roma, decr. 21 aprile 2020. *Contra* Trib. di Belluno, decr. 27 gennaio 2021.

[40] Cfr., *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6382; Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029; Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962. In senso conforme nella giurisprudenza di merito, fra le altre, si vedano Trib. per i Minorenni di Bologna, sent. 17 giugno 2022; Trib. di Genova, sent. 8 novembre 2018.

[41] Per maggiori approfondimenti sull'istituto, per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 451 ss.

[42] Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383.

Alla medesima conclusione è giunta la Corte di cassazione anche in tema di nascituri procreati a seguito di surrogazione di maternità[43].

Sul punto, particolare rilievo ha assunto la pronuncia n. 12193/2019 della Sezioni Unite della Corte di cassazione che, dopo avere escluso il riconoscimento in Italia dell'atto di filiazione formato dopo il ricorso da parte di una coppia omossessuale alla surrogazione di maternità in Canada, ha statuito la possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari di cui l'art. 44, cit., perché ciò nel caso concreto risultava necessario per tutelare il superiore interesse del minore[44].

Sul superiore interesse del minore, tuttavia, si dirà più diffusamente nel paragrafo che segue, considerata l'importanza che esso assume nella questione qui oggetto d'esame.

È sufficiente qui anticipare che si tratta di un principio riconosciuto sia a livello internazionale che a livello costituzionale e sulla base del quale la giurisprudenza ha statuito la possibilità di instaurare un rapporto genitoriale tra il minore e il genitore intenzionale, adoperando l'adozione nei casi particolari.

Occorre evidenziare, però, che la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di instaurare tale rapporto soltanto nelle situazioni in cui, concretamente, l'interesse superiore del minore sia risultato prevalente rispetto all'interesse dello Stato a non incentivare le pratiche vietate di PMA.

La possibilità di adottare, dunque, non viene riconosciuta in tutti i casi, ma soltanto quando le circostanze concrete inducano a ritenere che sia nell'interesse superiore del minore avere un rapporto giuridico con il genitore intenzionale.

Per quanto riguarda l'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44, cit., si tratta di un istituto che permette al *partner* del genitore biologico di adottare il figlio di quest'ultimo, ancorché il minore non si trovi in una situazione di abbandono[45].

Trattasi di uno strumento previsto originariamente per l'adozione di minori cresciuti nella nuova famiglia composta da uno dei due genitori e un terzo. L'adozione da parte del terzo è subordinata al consenso dei genitori (art. 46 l. ad.) e, prima dell'intervento della Consulta con sent. n. 79/2022[46], non instaurava alcun rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (art. 55, l. ad.)[47].

L'adottato, inoltre, mantiene il rapporto di filiazione con l'altro genitore biologico[48].

La sopracitata giurisprudenza, quindi, rilevata l'esigenza di instaurare un rapporto giuridico tra il minore e il genitore non biologico anche nelle ipotesi vietate di fecondazione eterologa o di surrogazione di maternità, ha esteso la possibilità di ricorrere all'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44, cit.

Qui, però, risulta assente qualsiasi rapporto con il terzo donatore di gameti maschili (nei casi di fecondazione eterologa) o con la gestante (nei casi di surrogazione di maternità), a

---

[43] Cass., Sez. Un., n. 38162/2022, cit.; Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit.

[44] Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit.

[45] C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 451 ss.

[46] Corte cost., sent. n. 79 del 2022. In tema, nello specifico, cfr. M. C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"*, in *Consulta OnLine*, 2022/I, 1155 ss.; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del* 2022, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2022, 129 ss.; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, 330 ss.; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia*, 2022.

[47] C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 451 ss.

[48] *Ibid.*

differenza di ciò che avviene nelle altre situazioni giuridiche in cui viene fatto ricorso all'adozione *ex* art. 44, cit.

Orbene, sul punto si è espressa la Consulta in due note pronunce: la n. 32/2021 e la n. 33/2021[49].

Con riguardo alla prima decisione, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 e dell'art. 250 del codice civile in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2-9 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a *New York* nel 1989, e degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) del 1950[50].

Il caso riguardava l'instaurazione di un rapporto giuridico tra una donna – mero genitore intenzionale – e due minori gemelle, nate a seguito di ricorso a fecondazione eterologa effettuato di comune accordo con la *partner* dell'epoca, genitore biologico delle bambine[51].

Le due donne, per quasi cinque anni dopo la nascita, avevano convissuto con le minori, che venivano di fatto mantenute, educate ed istruite come figlie da entrambe. In seguito, tuttavia, la coppia era entrata in crisi e la madre biologica si rifiutava di prestare il consenso per procedere con l'adozione ai sensi dell'art. 44, cit[52].

Orbene, il giudice *a quo*, dopo aver affermato l'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme censurate, ha rilevato nel giudizio sottoposto alla Corte un vuoto di disciplina per i seguenti motivi: gli artt. 8-9, l. n. 40/2004 risultano applicabili soltanto alle coppie eterosessuali e non a quelle omosessuali; l'art. 250, comma 4, c.c. non consente di autorizzare il riconoscimento di figli nati da fecondazione eterologa, superando l'eventuale dissenso dell'altro genitore, anche nel caso in cui risponda al superiore interesse del minore; l'art. 44, cit. richiede il necessario consenso della madre biologica[53].

In primo luogo, secondo il giudice rimettente le norme censurate violano gli artt. 2 e 117, comma 1, Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU – poiché espongono il minore ad una situazione di incertezza nelle relazioni sociali e nella sua identità e perché gli permettono di agire nei confronti di chi si sia assunto la responsabilità alla sua procreazione

---

[49] Corte cost., sent. n. 32 del 2021.; Corte cost., sent. n. 33/2021, cit. In tema, fra i molti, cfr. G. VASINO *Corte costituzionale e sfere eticamente sensibili: l'orientamento sostanzialista del giudice delle leggi fra tutela dei diritti fondamentali e rispetto della discrezionalità legislativa*, cit., 326 ss.; M. N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un 'excursus' giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in cit. 849 ss.; V. CALDERAI, *I dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33 del 2021*, in *Giur. it.*, 2/2022, 301 ss. G. CHIAPPETTA, *L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione "incerta e/o sospesa"*, cit. 37 ss.; S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 2 ss.; G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, cit. 111 ss.; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, cit.,145 ss.; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, cit., 2 ss. F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 1 ss.; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in cit., 228 ss.; M. PICCHI, "*Figli di un dio minore": quando lo* status filiationis *dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale*), cit., 1 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021*), cit., 221 ss.

[50] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., riten. in fatto, par. 1 e cons. in dir., par. 1.

[51] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., riten. in fatto, par. 1.1.

[52] *Ibid.*

[53] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., riten. in fatto, par. 1.2 e cons. in dir., par. 1.

per i propri diritti di mantenimento, educazione, istruzione e, in futuro, per quelli successori[54].

Secondo il giudice *a quo*, inoltre, le disposizioni censurate risultano violare gli artt. 3 e 117 Cost. – tale ultima norma in relazione al «Divieto di discriminazione» di cui all'art. 14 CEDU – perché il sopracitato vuoto di tutela dà luogo ad una disparità di trattamento sia rispetto ai figli di coppie eterosessuali che ricorrono a tecniche eterologhe al di fuori dei presupposti di legge sia rispetto ai nati da coppie omossessuali femminili con fecondazione eterologa, che però, col consenso della madre biologica, possono far ricorso all'adozione nei casi particolari *ex* art. 44, cit.[55].

Il vuoto di tutela, infine, è apparso al giudice rimettente in contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost., nonché con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 2-9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, perché violativo del principio di unicità dello *status* di figlio e perché non permetterebbe di tutelare il superiore interesse del minore[56].

Si ricordi, infatti, che, nel caso oggetto di giudizio, le due gemelle, per quasi cinque anni dalla nascita, avevano convissuto nella medesima residenza di entrambe le donne e che erano state cresciute come figlie dalle stesse, seppur solo in via di fatto da parte della madre intenzionale.

Orbene, la Corte costituzionale condivide le perplessità affermate dal giudice *a quo* in ordine all'impossibilità di effettuare un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme censurate e in merito al vuoto di tutela che si crea nell'ordinamento nelle situazioni analoghe a quelle sottoposte ad oggetto del suo esame[57].

La Consulta afferma che non vige nell'ordinamento nessun divieto costituzionale per le coppie omossessuali di divenire genitori, anche se la scelta al riguardo non può che spettare al legislatore[58].

In merito, tra l'altro, sembra assumere rilievo quella giurisprudenza che ha ammesso la possibilità di riconoscere l'atto di adozione di un minore formato all'estero da parte di una coppia omosessuale, cittadini stranieri e uniti civilmente, stante la non violazione di tali unioni dell'ordine pubblico italiano, ormai disciplinate con l. 20 maggio 2016, n. 76[59].

La Consulta, inoltre, ribadisce – come aveva già esplicitato in precedenti pronunce[60] – che l'ordinamento italiano, al fine di tutelare il minore, ha ormai accolto in svariate occasioni – talvolta sulla base di moniti provenienti dalla stessa Corte costituzionale – un concetto più ampio di genitorialità, includendovi anche la genitorialità sociale – come avvenuto con il sopracitato art. 9 l. n. 40/2004 – o dando rilievo al rapporto genitoriale anche nei casi di relazioni vietate dall'ordinamento, come avvenuto con gli artt. 251, 279, 580 e 594 c.c. per figli nati da rapporti incestuosi[61].

---

[54] *Ibid.*

[55] *Ibid.*

[56] *Ibid.*

[57] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., parr. 2.4.1.1-2.4.1.4.

[58] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., par. 2.4.1.3. Così pure Corte cost., sent. n. 221/2023, cit.

[59] In tal senso, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006; Cass., Sez. I, 31 maggio 2018, n. 14007. In dottrina, sul punto, si veda M. BELLETTI, *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VI, Utet, Torino, 2017, 689 ss. Nella dottrina antecedente alla l. n. 76/2016, invece, si veda F. DAL CANTO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e ordinamento italiano: profili di legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2005, 275 ss.

[60] Corte cost. sent. n. 272 del 2017 e Corte cost. 162/2014, cit.

[61] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., par. 2.4.1.1.

I giudici delle leggi affermano, altresì, che tale situazione deteriore si verifica anche nelle ipotesi in cui risulti possibile ricorrere all'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44, cit., perché non è un'adozione piena[62].

L'adozione nei casi particolari, infatti, richiede il necessario consenso del genitore biologico, soggetto agli "umori" della coppia e, al tempo della decisione della Corte, non era idonea a costituire nessun rapporto giuridico tra l'adottato e i parenti del genitore intenzionale[63].

Come già detto, però, tale ultima previsione è stata dichiarata incostituzionale con sent. n. 79/2022. Attualmente, dunque, l'adozione *ex* art. 44 cit. è idonea a costituire il rapporto di parentela.

Quanto affermato dalla Consulta appare condivisibile, considerato che l'istituto dell'adozione nei casi particolari è stato introdotto per quelle ipotesi in cui vi sono già due genitori biologici a cui si aggiunge un terzo genitore adottivo.

Per una situazione, quindi, ben diversa rispetto a quella riguardante la genitorialità intenzionale, in cui manca un secondo genitore biologico e il minore può contare soltanto sul supporto morale e giuridico di un solo genitore biologico e del genitore di fatto. Di conseguenza, qui il consenso appare ultroneo.

Ciononostante, la Corte costituzionale, anche per non «generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»[64], ritiene che il vuoto normativo non possa che essere colmato dal legislatore, il quale deve necessariamente porre fine al trattamento deteriore a cui sono esposti i minori nati con tecniche eterologhe da parte di coppie omosessuali, che non possono fare valere i loro di diritti di mantenimento, cura, educazione, istruzione, successione e, «più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini diverse»[65].

Secondo i giudici il legislatore non è obbligato ad intervenire prevedendo un apposito istituto di riconoscimento del figlio da parte del genitore intenzionale, ma potrà optare per ulteriori strumenti – come l'adozione – purché in grado di garantire nel caso concreto il rispetto del superiore interesse del minore e in modo da bilanciarlo con l'esigenza dello Stato di non incentivare pratiche di PMA vietate nel nostro ordinamento[66].

La Consulta, sul punto, si pone in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, che ha riservato agli Stati la scelta degli strumenti da adoperare per dare rilievo alla genitorialità sociale[67].

La Corte EDU, infatti, ha più volte affermato che la mancata protezione del "diritto all'affetto" del minore nei confronti del genitore intenzionale può rappresentare una

---

[62] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., parr. 2.4.1.3-2.4.1.4.

[63] *Ibid.*

[64] Così Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., par. 2.4.1.4.

[65] Corte cost., sent. n. 32/2021, cit., cons. in dir., parr. 2.4.1.3-2.4.1.4.

[66] *Ibid.*

[67] Corte EDU, 22 novembre 2022, DB e altri c. Svizzera; Corte EDU, 6 dicembre 2022, *KK ed altri c. Danimarca*; Corte EDU, 18 agosto 2021, *Valdis Fjolnisdòttir ed altri c. Islanda;* Corte EDU, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*; Corte EDU, 24 gennaio 2017, , *Paradiso e Campanelli c. Italia* (n. 2); Corte EDU, 27 gennaio 2015; *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Corte EDU, Corte EDU, 26 giugno 2014, *Labasse c. Francia*; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*. Sul punto si veda pure Corte EDU, 10 aprile 2019, *Parere consultivo concernente il riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto legale di filiazione tra un bambino nato attraverso un accorto di maternità surrogata gestazionale all'estero e la futura madre*, richiesto dalla Corte di cassazione francese. Per una panoramica sulle pronunce cfr. E. BAIOCCO, K.K. and Others v. Denmark: *il superiore interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti del'Uomo in materia di riconoscimento del genitore intenzionale del bambino nato da madre surrogata all'estero*, in *Diritti Comparati*, 2023.

violazione *ex* art. 8 CEDU della vita privata (e non anche di quella familiare) del bambino[68] o, in talune situazioni, anche di quella dei coniugi[69]. Tale violazione, però, non sussiste quando gli Stati predispongono degli istituti volti a garantire nel caso concreto il superiore interesse del fanciullo[70].

Non occorre, quindi, che gli Stati prevedano la possibilità di riconoscere il minore, ma sono sufficienti anche altri strumenti, come, ad esempio, l'adozione.

Tenore similare alla sentenza n. 32/2021 ha assunto anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 33/2021.

La fattispecie in esame riguardava il caso di due padri che, dopo aver fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità, chiedevano di procedere al riconoscimento del minore da parte del genitore intenzionale[71].

La questione di legittimità costituzionale ha riguardato l'art. 12, l. n. 40/2004 (divieto di surrogazione di maternità), l'art. 64, comma 1, lett. g), l. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dello stato civile), in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost. – quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2-9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri […] del c.d. genitore d'intenzione non biologico»[72].

Orbene, la Corte ribadisce anche in questa occasione l'impossibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, ancorché si crei una tutela deteriore per minori nati da surrogazione di maternità rispetto alle altre situazioni tutelate dall'ordinamento[73].

Riafferma, inoltre, che l'istituto dell'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44, cit., non è conforme al superiore interesse del minore perché non rappresenta un'adozione piena[74].

---

[68] In tal senso Corte EDU, 22 novembre 2022, cit.; Corte EDU, 6 dicembre 2022, cit.; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Labasse c. Francia*; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*.

[69] Sul punto, in particolare, rileva Corte EDU, 27 gennaio 2015, cit., in cui è stata riscontrata la violazione della vita privata del minore e *de facto* (perché il bambino non era stato ritenuto ricorrente) della vita familiare del minore. Tuttavia, nella seconda pronuncia sul caso, Corte EDU, 24 gennaio 2017, cit., avvenuta a seguito di richiesta dell'Italia di riesame della sentenza innanzi alla Grande Camera, i giudici hanno escluso entrambe le violazioni, poiché l'ingerenza dello Stato italiano nei confronti della situazione familiare nel caso oggetto d'esame risultava giustificata dalla legge e necessaria per proteggere il minore. In dottrina, per tutti, D. RUSSO, *La sentenza della Grande Camera CEDU nel caso "Paradiso e Campanelli c. Italia" sulla tutela della vita privata e familiare in caso di maternità surrogata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2017.

[70] Nessuna violazione, ad esempio, è stata riscontrata nel caso Corte EDU, 16 luglio 2020, cit., perché era previsto l'istituto dell'adozione. Tuttavia, nel caso Corte EDU, 6 dicembre 2022, cit., sebbene in Danimarca fosse prevista astrattamente la possibilità di tutelare il minore con l'adozione, la Corte di Strasburgo ha comunque ravvisato una violazione delle vite private delle bambine coinvolte (si trattava di due gemelle), perché la surrogazione di maternità, per mezzo della quale erano venute al mondo, era stata effettuata per scopi commerciali e, quindi, le autorità danesi non avevano potuto dare riscontro positivo alla richiesta di adozione.

[71] Corte cost., sent. n. 33/2021, cit., riten. in fatto, par. 1.1.

[72] Corte cost., sent. n. 33/2021, cit., riten. in fatto, par. 1 e cons. in dir. par. 1.

[73] Corte cost., sent. n. 33/2021, cit., cons. in dir. 3.2.

[74] Corte cost., sent. n. 33/2021, cit., cons. in dir., parr. 5.8-5.9. Particolarmente interessanti appaiono i parr. 5.3-5.9 in cui la Consulta si sofferma sul principio del superiore interesse del minore, affermando che occorre

Ciononostante – dopo avere sottolineato che qui non si tratta di garantire i genitori, bensì di tutelare dei minori nati senza nessuna colpa e che ormai possono fare affidamento soltanto sui responsabili della loro procreazione avvenuta con tecniche vietate dalla legge – evidenzia che risulta necessario rimettere in prima battuta all'intervento del legislatore la scelta di disciplinare tali situazioni, così da garantire nel caso concreto il superiore interesse del minore e, al medesimo tempo, disincentivare le pratiche di procreazione non ammesse dall'ordinamento[75].

La vicenda oggetto di giudizio ha però avuto ulteriori risvolti.

A seguito della pronuncia, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che, dopo aver preso atto della perdurante assenza di un intervento del legislatore e aver ribadito che la giurisprudenza non è fonte del diritto, ha affermato la possibilità di superare in via interpretativa il dissenso del genitore biologico in tema di adozione nei casi particolari, quando ciò sia funzionale al superiore interesse del minore[76].

La decisione è stata emessa nel mese di dicembre del 2022 e, quindi, successivamente alla sentenza della Consulta n. 79/2022[77] con cui è stata dichiarata incostituzionale la norma che escludeva in materia l'instaurazione di un rapporto di parentela tra il minore e i familiari dell'adottante.

L'interpretazione adeguatrice è proposta sulla base di quell'orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto possibile richiedere il necessario consenso del genitore biologico soltanto quando egli eserciti concretamente la responsabilità genitoriale, non essendo sufficiente la mera qualifica formale di responsabile genitoriale[78].

I giudici delle Sezioni Unite, argomentando sul punto, affermano che «il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del *partner* solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il *partner* e il minore»[79].

Non ci si può esimere da rilevare, tuttavia, come la Corte di cassazione in tale occasione, oltre a smentire se stessa – nella parte in cui afferma che la giurisprudenza non è fonte del diritto – smentisce anche la Corte costituzionale che aveva ritenuto opportuno un intervento del legislatore.

La giurisprudenza a cui si rifà la Corte di cassazione, infatti, si riferisce ad una situazione ben precisa: la meritevolezza/non meritevolezza del genitore biologico di esprimere l'assenso/dissenso.

Le Sezioni Unite, invece, estendono l'orientamento ad una questione diversa: ossia alla meritevolezza dell'aspirante genitore adottivo di ricevere l'assenso da parte del genitore biologico.

La lettera dell'art. 46 l. ad. è chiara sul punto e non appare superabile in via interpretativa:

«[1] Per l'adozione è necessario l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando. [2] Quando è negato l'assenso previsto dal primo comma, il tribunale […] può, ove ritenga il

---

bilanciarlo alla luce di altri valori e principi costituzionali e che non può mai essere considerato sempre prevalente e applicato come se fosse un automatismo.

[75] Corte cost., sent. n. 33/2021, cit., cons. in dir. 5.9.

[76] Cass., Sez. Un., n. 38162/2022, cit., 83 ss.

[77] Corte cost., sent. n. 79/2022, cit.,

[78] Cfr. Cass., Sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827; Cass., Sez. I, 21 settembre 2015, n. 18575;

[79] Così Cass., Sez. Un., n. 38162/2022, cit., motivi della dec., punto 11.

rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, pronunziare ugualmente l'adozione, *salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale* [corsivo dell'A.] […]».

Le Sezioni Unite, quindi, seppur spinte da nobili fini, sembrano essere andate oltre le proprie competenze, ponendosi sui binari dell'interpretazione creativa e in evidente violazione del principio di separazione dei poteri.

L'orientamento delle Sezioni Unite è stato accolto pure da Cass., Sez. I, 29 agosto 2023, n. 25436.

Per il medesimo motivo, sono da criticare alcune pronunce di merito che, anche dopo la sentenza della Consulta n. 32/2021, hanno ammesso l'annotazione della doppia maternità, biologica e intenzionale, nell'atto di nascita di un bambino procreato a seguito di fecondazione eterologa attuata all'estero sulla base di un'interpretazione estensiva costituzionalmente orientata dell'art. 8, l. n. 40/2004, stante il perdurante silenzio del legislatore sul punto[80].

5. *Il fondamento costituzionale del diritto all'affetto alla luce del superiore interesse del minore*

Il superiore interesse del minore, come si è visto dalle pronunce esaminate, trova fondamento normativo sia a livello costituzionale che internazionale[81].

---

[80] In tal senso, Trib. di Brescia, decr. 16 febbraio 2023; Trib. di Taranto, decr. 31 maggio 2022; Corte d'A di Cagliari, decr. 28 aprile 2021. *Contra* Trib. Padova, decr. 4 giugno 2023; Corte d'A Brescia, decr. 14 maggio 2021; Corte d'A di Venezia, decr. 5 maggio 2021.

[81] Nella letteratura, fra i tantissimi, oltre alla bibliografia già citata in tema sub § 4, si vedano E. BAIOCCO, *K.K. and Others v. Denmark: il superior interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di riconoscimento del genitore intenzionale del bambino nato nda madre surrogate all'estero*, cit.; F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Princi costituzionali e ordine pubblico*, FrancoAngeli, Milano, 2023; E. LAMARQUE, *Diritti fondamentali della persona di minore di età e* best interests of the child, in *Giustizia Insieme*, 2023; A. FINESSI, *Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi* particolari, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2022, 1027 ss.; AA.VV., *The best interest of child*, a cura di M. Bianca, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta OnLine*, 2021/III, 1047 ss.; E. FRONTONI, *Minore (superiore interesse del)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 2021, 271 ss.; AA.VV., *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, a cura di L. Palazzani, Studium, Roma, 2020; M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020; G. PIPERE, *Procreazione assistita eterologa e omogenitorialità: le Corti di merito a presidio del superiore interesse del minore*, in *Familia*, 5/2020; G. VANNONI, *Dalla parte del bambino. L'interesse del minore secondo i giudici*, Aracne, Roma, 2020; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Familia*, 3/2019; M. CORLETO, *A trent'anni dalla Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Libertà religiosa, educazione e superiore interesse del minore*, in *diritto e religioni*, n. 2/2019, 206 ss.; F. SICURO, *Libertà religiosa dei genitori ed interesse superiore del minore (riflessioni a margine di Cass civ., sez. I, sentenza 30 agosto 2919, n. 21916)*, in *diritto e religioni.*, n. 2/2019, 531 ss.; A. PASQUALETTO, *Violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giudicato civile e interesse superiore del minore*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 10/2018, 1395 ss.; L. RATTI, *Art. 24. Diritti del minore*, in AA.VV., *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano, Giuffrè, 2017, 475 ss.; G. VANNONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondat*Ivi *della Costituzione*, in *Consulta OnLine*, 2017/II, 298 ss.; COUNCIL OF EUROPE, *The best interests of the child. A dialogue between theory and practice*, in CE Publishing, Strasbourgh, 2016; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; F. MORRONE, *L'interesse superiore del minore straniero non accompagnato*

Appare opportuno, considerato il ruolo centrale che esso assume per il diritto all'affetto, così come è stato qui definito, soffermarsi maggiormente sul sopracitato fondamento normativo.

Orbene, la tutela del minore nel nostro ordinamento costituzionale rappresenta una novità della Costituzione repubblicana del 1947.

Lo Statuto Albertino del 1848, infatti, non prevedeva alcun diritto specifico per il minore. D'altronde, come notato da Bobbio, gli Stati tendono a tutelare espressamente i vari *status* dell'uomo – donna, minore, malato e così via – soltanto di recente; prima del secondo conflitto mondiale, invece, la tendenza era quella di tutelare genericamente l'uomo, senza occuparsi della sua specifica situazione[82].

Ciò premesso, nella Costituzione repubblicana in materia di tutela dei minori rilevano, innanzitutto, gli artt. 2 e 3, dai quali si deduce il diritto del fanciullo a sviluppare la sua piena identità e personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali di cui egli fa parte, nonché il diritto a non essere discriminato[83]. Da ultimo, in merito, si pensi alla nota sentenza n. 131/2022 in cui la Corte costituzionale, nel preminente interesse del figlio, sottolinea che «occorre preservare la funzione del cognome, identitaria e di identificazione, a livello giuridico e sociale, nei rapporti di diritto pubblico e di diritto privato»[84]. Alla luce di tali articoli, tra l'altro, devono essere interpretate anche le altre norme costituzionali sui minori.

Sul punto, assumono specifico rilievo le seguenti disposizioni: gli artt. 30 e 31, che tutelano il minore nell'ambito della famiglia[85]; gli artt. 33 e 34 che si occupano del diritto

---

nella prassi internazionale, in AA.VV., *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità*, a cura di A. Annoni, P. Mori, Giappichelli, Torino, 2015, 103 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. um. e dir. int*., 1/2015, 202 ss.; M. DI STEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minore*, Cedam, Padova, 2012; H. STALFORD, *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, Bloomsbury, Oxford, 2012; C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the chid»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 981 ss.

[82] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 61 ss.

[83] Per un commento all'art. 2 Cost. D. TEGA, *Articolo 2*, cit. 25 ss.; G. DI COSIMO, *Art. 2*, cit., 10 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 38 ss.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, cit., 51 ss. Sull'art. 3 Cost., invece, si veda M. D'AMICO, *Articolo 3*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 32 ss.; G. P. DOLSO, *Art. 3*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, 14 ss.; A. CELOTTO, *Art. 3, co. 1*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 73 ss.; A. GIORGIS, *Art. 3, co. 2*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 88 ss.; A. S. AGRÒ, *Commento all'art. 3, co. 1, Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*. *Principi fondamentali, artt. 1–12*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1975, 123 ss.; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*. *Principi fondamentali, artt. 1–12*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1975, 162 ss.

[84] Corte cost., sent. n. 131 del 2022. Sui profili costituzionali del "doppio cognome", per tutti, C. INGENITO, *Cognome e Costituzione. Percorsi evolut*Ivi *delle identità della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2023.

[85] Sull'art. 30 Cost. si veda G. MATUCCI, *Articolo 30*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 216 ss.; C. BENGONZINI, *Art. 30*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, 311 ss.; E. LAMARQUE, *Art. 30*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 626 ss.; M. BESSONE, *Commento agli artt. 30 e 31 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1976, 86 ss. Sull'art. 31 Cost. cfr. A. SPERTI, *Articolo 31*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 220 ss.; C. BENGONZINI, *Art. 31*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova, 2008, 318 ss.; L. CASSETTI, *Art. 31*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a

all'istruzione[86] e del «valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme»[87]; l'art. 37 che tutela la madre lavoratrice e il lavoro minorile[88].

Dai lavori preparatori della Costituzione relativi alle disposizioni di cui agli artt. 30, 31, 34 e 37 si evince che il valore del superiore interesse del minore è stato tenuto in considerazione in modo da non farlo divenire un valore "tiranno" rispetto agli altri previsti nell'ordinamento[89].

In particolare, in occasione dei lavori preparatori degli artt. 30 e 31 Cost. è stata sottolineata più volte l'esigenza di bilanciare i diritti dei figli nati al di fuori del matrimonio con la preferenza espressa nella Costituzione per la famiglia legittima[90].

Nelle discussioni riguardanti l'art. 34, invece, è stata evidenziata l'esigenza di garantire a tutti l'istruzione inferiore e, al medesimo tempo, di evitare di predisporre dei mezzi per consentire l'accesso ai gradi di istruzione superiore a chi non fosse capace e meritevole[91].

Nelle sedute concernenti l'art. 37, infine, si è cercato di tutelare i diritti delle madri lavoratrici e dei minori lavoratori con quelli dell'impresa[92].

---

cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 642 ss.; M. BESSONE, *Commento agli artt. 30 e 31 Cost.*, cit., 86 ss.; M. BESSONE, *Commento agli artt. 30 e 31 Cost.,* cit. 86 ss.

[86] Sull'art. 33 Cost. cfr. A. IANNUZZI, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 232 ss.; Q. CAMERLENGO, *Art. 33*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. BIN, Cedam, Padova, 2008, 332 ss.; G. FONTANA, *Art. 33*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 689 ss.; A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1976, 235 ss. Sull'art. 34 Cost. M. BENVENUTI, *Articolo 34*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 238 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 34*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. BIN, Cedam, Padova, 2008, 341 ss.; A. M. POGGI, *Art. 34*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 710 ss.; A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34 Cost.*, cit., 235 ss.

[87] Sulla recente riforma costituzionale in tema, per tutti, si rinvia a C. SAGONE, *La costituzionalizzazione dell'attività: alla ricerca di nuovi traguardi (di tutela)*, in *Diritti Regionali*, 2/2023, 380 ss.

[88] C. TRIPODINA, *Articolo 37*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 259 ss.; ID., *Art. 37*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. BIN, Cedam, Padova, 2008, 363 ss.; C. SALAZAR, *Art. 37*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 758 ss.; T. TREU, *Commento all'art. 37 Cost.*, in AA.VV., Commentario *della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli–Il Foro it., Bologna–Roma, 1979, 168 ss.

[89] Sul concetto di "valore tiranno" si veda C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2008.

[90] In tal senso, con riferimento all'art. 30 Cost., si vedano al sito web *La nascita della Costituzione*, i seguenti interventi: Onorevole MOLÈ, seduta del 13 settembre 1946; Onorevoli GHEDINI, A. MERLIN e GIUA, seduta del 18 settembre 1946; Onorevoli IOTTI E CEVELOTTO, seduta del 30 ottobre 1946; Onorevoli TOGLIATTI, LUCIFERO e CORSANEGO, seduta del 12 novembre 1946; Onorevole U. MERLIN, seduta del 15 aprile 1947; Onorevole ZOTTA, seduta del 18 aprile 1947; Onorevole CORSANEGO, seduta del 22 aprile 1947. Con riferimento, invece, all'art. 31 Cost., si vedano i seguenti interventi: Onorevoli FEDERICI e COLITTO, seduta del 13 settembre 1946; Onorevole CONFALONIERI, seduta del 15 aprile 1947. Sulla nozione di famiglia, si vedano, per tutti, I. A. NICOTRA, *La famiglia in "divenire" dinanzi ad un legislatore "fuori tempo massimo"*, cit., 1 ss.; F. DAL CANTO, *La nozione costituzionale di famiglia e la tutela dei modelli familiari diversi dalla famiglia fondata sul matrimonio*, in AA.VV., *Le unioni tra le persone dello stesso sesso*, a cura di F. Bilotta, MiM edizioni, Sesto San Giovanni (MI), 2008, 201 ss.

[91] In tal senso, si vedano i seguenti interventi: Onorevoli GIUA e MARINARO, seduta del 19 settembre 1946; Onorevoli MARCHESI, MORO, MASTROIANNI, CEVELOTTO e TUPINI, seduta del 29 ottobre 1946; On. GIUA, seduta del 17 aprile 1947; On. BRUNI, seduta del 18 aprile 1947.

[92] In tal senso, ad esempio, si vedano gli interventi dell'On. MORO, seduta dell'8 ottobre 1946 e dell'On. SPALLINI, seduta del 21 aprile 1947.

Orbene, per il tema qui oggetto di trattazione, occorre soffermarsi sugli artt. 30 e 31 della Costituzione.

L'art. 30 Cost., comma 1, sancisce il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati al di fuori del matrimonio. Nel comma 3, inoltre, statuisce che ai figli nati fuori dal matrimonio la legge assicura «ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti del membri della famiglia legittima».

Dalla lettura della norma, la quale deve essere interpretata in modo sistematico con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, emerge che la posizione giuridica dei genitori – qualificata sia dall'art. 30 che dalla Corte costituzionale come diritto e, al medesimo tempo, come dovere – sorge sulla sola base della procreazione[93].

Occorre sottolineare, tuttavia, che, la parte della disposizione in cui si afferma che la tutela dei figli nati al di fuori del matrimonio deve essere predisposta dalla legge compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima, ha dato luogo in passato a vivaci discussioni in ordine alla possibilità di parificare i figli naturali ai figli legittimi[94].

A supporto della tesi di chi sosteneva l'impossibilità di una totale equiparazione sembrava esserci anche l'ultimo comma dell'art. 30 Cost., in cui è previsto che «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità».

Come evidenziato in dottrina, però, la Corte costituzionale ha fornito nel corso del tempo una lettura riduttiva della clausola di compatibilità, leggendo la disposizione sistematicamente con l'art. 3 Cost[95].

L'orientamento appare in linea con le già citate sentenze in cui si è affermato l'accoglimento nel nostro ordinamento di una nuova e più ampia concezione di genitorialità[96].

La posizione della Consulta sembra conforme pure al tendenziale riconoscimento nel diritto internazionale del superiore interesse del minore.

La Corte costituzionale si è altresì espressa in molteplici occasioni dichiarando incostituzionali alcune norme codicistiche che statuivano una tutela deteriore per i figli naturali rispetto a quelli nati in costanza di matrimonio[97].

D'altronde, l'esigenza di coordinare la legislazione ordinaria vigente con il dettato costituzionale di cui all'art. 30 Cost. era stata già ravvisata dall'On. Orlando duranti i lavori preparatori della Costituzione[98]. Il legislatore, però, ha proceduto con estremo ritardo alle necessarie novelle legislative. Una prima parziale assimilazione tra figli naturali e figli legittimi, infatti, si è avuta soltanto con la riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. 19 maggio 1975, n. 151)[99]. L'affermazione del principio di unicità dello *status* di figlio, invece, è avvenuta soltanto con la riforma della filiazione del 2012, con il conseguente venir meno anche a livello terminologico della distinzione tra figli naturali e legittimi (l. 10 dicembre 2012, n. 219; d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154)[100].

---

[93] Cfr. C. BENGONZINI, *Art. 30*, cit., 312; E. LAMARQUE, *Art. 30*, cit., 632; M. BESSONE, *Commento agli artt. 30 e 31 Cost.*, cit., 93. Nella giurisprudenza della Consulta, in particolare, Corte cost., sent. n. 1 del 1967.

[94] Cfr. C. BENGONZINI, *Art. 30*, cit., 315 ss.; M. BESSONE, *Commento agli artt. 30 e 31 Cost.*, cit., 118 ss.

[95] Cfr. C. BENGONZINI, *Art. 30*, cit. 316; E. LAMARQUE, *Art. 30*, 635.

[96] Cfr. *supra*, § 4.

[97] Corte cost., sent. 55 del 1979; Corte cost., ord. 82 del 1974; Corte cost., sent. 50 del 1973; Corte cost., sent. 205 del 1970; Corte cost., sent. 79 del 1969.

[98] Seduta del 23 aprile 1947.

[99] Per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 358 ss.

[100] *Ibid.*

L'art. 30 Cost., in aggiunta, si preoccupa dei casi in cui i genitori non siano in grado di svolgere il proprio ruolo. Al comma 2, infatti, afferma che in tali circostanze «la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

A tal proposito, assume un importante rilievo la legislazione in tema di adozione dei minori[101].

Il quadro normativo, inoltre, è integrato dall'art. 31 della Costituzione, nella parte in cui la Repubblica «Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Dalla disposizione emerge il *favor minoris* che ha permesso al legislatore e alla giurisprudenza di tutelare i fanciulli nel loro percorso evolutivo anche al di fuori dai rapporti di famiglia[102].

Basti pensare, ad esempio, al trattamento maggiormente favorevole per i minori rispetto a quello degli adulti riconosciuto dall'ordinamento penale sostanziale o processuale[103].

Si pensi, inoltre, alla conferma della legittimità costituzionale da parte della Consulta delle norme poste a tutela della gestante minorenne sancite nella legislazione sull'aborto[104], come quella a favore di colei che desidera celare la gravidanza ai genitori[105] oppure quella in cui si omette di prevedere la possibilità per il giudice tutelare di sollevare l'obiezione di coscienza[106].

La tutela del fanciullo, oltre che nelle sopracitate disposizioni, trova fondamento agli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione, considerate le numerose previsioni in materia nel diritto internazionale ed europeo[107].

All'origine della protezione internazionale del minore vi sono le Convenzioni OIL n. 5 del 1919 e n. 29 del 1930, a cui è seguita nel 1999 la Convenzione OIL n. 182, previste in tema di lavoro minorile.

Per una tutela più ampia, tuttavia, si sono dovute attendere la Dichiarazione ONU sui diritti del fanciullo del 1959, che ha introdotto nell'ordinamento il principio del superiore

---

[101] C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 451 ss.

[102] Sul punto, in particolare, cfr. A. SPERTI, *Articolo 31*, cit., 224-225; C. BENGONZINI, *Art. 31*, cit., 320-321;

[103] Per tutti E. ZAPPALA, *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2009.

[104] L. 22 maggio 1978, n. 194.

[105] Corte cost., ord. n. 14 del 1989; Corte cost., ord. n. 80 del 1985; Corte cost., ord. n. 259 del 1982; Corte cost., ord. n. 47 del 1982; Corte cost., sent. n. 109 del 1981.

[106] Corte cost., ord. n. 514 del 2002; Corte cost., ord. n. 445 del 1987; Corte cost., sent. n. 196 del 1987.

[107] Oltre alla bibliografia già citata in tema, sul superiore interesse del minore nel diritto internazionale e europeo si vedano, in particolare, E. BAIOCCO, *K.K. and Others v. Denmark: il superior interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di riconoscimento del genitore intenzionale del bambino nato nda madre surrogate all'estero*, cit.; A. JUHLIN, *The best Interest of Child under International Law*, in *Stockholm University Rew.* 2023, 3 ss.; M. SOURMEN, *Understanding the Best interests of the Child as a Procedural Obligation: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Rewiev*, 20/2020, 475 ss. L. RATTI, *Art. 24. Diritti del minore*, cit, 475 ss.; COUNCIL OF EUROPE, *The best interests of the child. A dialogue between theory and practice*, cit., 1 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, cit., 1 ss.; C. SMYTH, *The Best Interest of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled in the Court's Use of the Principle?* in *Eu. Journ. of Migr. And Law*, 17/2015, 70 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 202 ss.; H. STALFORD, *Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability*, cit., 1 ss.; C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the chid»*, cit., 981 ss.

interesse del minore, e la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, che attualmente rappresenta il più importante atto internazionale in materia.

Nella disciplina prevista dalla Convenzione ONU del 1989 assume un importante ruolo il principio del superiore interesse del minore.

A tal proposito, rileva l'art. 3 della Convenzione in cui è affermato: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Dalla norma si evince che il superiore interesse del minore costituisce un concetto polivalente, poiché è da considerare un diritto, un canone interpretativo e una direttiva per i legislatori nazionali[108].

Nel medesimo senso si è espresso il Comitato sui diritti dell'infanzia nel Commento generale n. 14 recepito dall'Assemblea generale il 29 maggio 2013[109].

In merito, tuttavia, autorevole dottrina ha condivisibilmente sottolineato che tale principio si presta a facili strumentazioni nei casi concreti, in ragione della sua «nozione paurosamente oscillante e suscettibile di trasformarsi camaleonticamente […] [prestandosi] a sue plurime […] ridefinizioni da parte dell'operatore di turno»[110].

La protezione del fanciullo, inoltre, trova fondamento positivo in numerose carte europee dei diritti: la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 1980; la Convenzione europea sui diritti dei fanciulli del 1996; la Convenzione europea per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali.

Vi sono, altresì, delle disposizioni in ambito CEDU: l'art. 3 (proibizione della tortura); l'art. 5, par. 1, lett. d) (detenzione di un minore); l'art. 6, par. 1 (divieto d'accesso alle aule d'udienza per la tutela degli interessi dei minori); l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare); l'art. 14 (divieto di discriminazione); l'art. 2, primo Protocollo addizionale alla CEDU (diritto all'istruzione); l'art. 5, Protocollo n. 7 CEDU (responsabilità dei genitori verso i figli)[111]. Anche l'Unione europea prevede delle norme a tutela del minore.

In particolare, nei Trattati si segnalano i seguenti articoli: art. 3, par. 3, Trattato sull'Unione europea – TUE (promozione dell'UE della tutela dei diritti del minore); artt. 3, par. 5 TUE, nonché art. 79, par. 2, lett. d) e art. 83, par. 1, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE (adozione di misure specifiche contro lo sfruttamento sessuale e la tratta dei minori). Nel diritto originario dell'UE, in aggiunta, rilevano gli artt. 7 e 24 della già citata CDFUE, in cui è sancito il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché il principio del superiore interesse del minore.

---

[108] In tal senso, in particolare, si esprime L. RATTI, *Art. 24. Diritti del minore*, cit, 477.

[109] Comitato sui diritti dell'infanzia, CRC/C/GC/14, sessantaduesima sessione 14 gennaio-1° febbraio 2013, Commento generale n. 14, Sul diritto del minorenne a che il proprio interesse sia tenuto in primaria considerazione.

[110] Così A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, cit., 202 Cfr. anche A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 60 ss. In tal senso, si veda pure F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, cit., 239-240.

[111] Per una disamina della giurisprudenza della Corte EDU sul punto, oltre a quella già citata *supra*, 4, cfr. L. RATTI, *Art. 24. Diritti del minore*, cit, 478. Inoltre, cfr. Corte EDU, 21 luglio 2015, *G.S. c. Georgia*; Corte EDU, 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*; Corte EDU, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*.

Con riguardo a tale ultimo principio, la Corte di giustizia ha affermato che deve essere sempre considerato preminente e, se necessario, potrebbe anche limitare una delle quattro libertà dell'Unione[112].

Numerose, altresì, sono le fonti di diritto derivato[113], le iniziative[114] e le organizzazioni UE in materia[115].

Orbene, anche nei suesposti atti europei, così come in quelli internazionali e nelle fonti di diritto nazionale, il principio del superiore interesse del minore assume una natura polivalente e va sempre controbilanciato nel caso concreto con altri ulteriori interessi.

Tale interpretazione, tra l'altro, trova supporto nella lettura della versione inglese dell'art. 24 CDFUE, che fa riferimento al *best* ("migliore" e "non superiore") *interest* del fanciullo. Lo stesso accade all'art. 3, Convenzione ONU del 1989.

Trova supporto, inoltre, nella già vista giurisprudenza CEDU, pronunciata in tema di tutela del "diritto all'affetto" del minore nei confronti del genitore intenzionale, che ha lasciato agli Stati un margine di discrezionalità nel decidere quale strumento giuridico adoperare per garantire il superiore interesse del fanciullo[116].

Ebbene, tali norme internazionali ed europee hanno contribuito ulteriormente al citato processo di riforma del diritto di famiglia avviato nell'ordinamento italiano.

Infatti, tutta la legislazione ordinaria in materia – codicistica e completare – è stata introdotta o novellata tenendo sempre in considerazione il superiore interesse del fanciullo, in modo tale da controbilanciarlo con ulteriori interessi in rilievo nel caso concreto, così da non rendere la sua prevalenza un automatismo in ogni caso.

Si pensi, ad esempio, all'art. 315 *bis* c.c. che sancisce il diritto all'ascolto del minore che ha compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore se capace di discernimento, in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, che trova il corrispondente fondamento normativo internazionale agli artt. 3 e 12 della Convenzione ONU del 1980, all'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dei fanciulli del 1996, all'art. 8 CEDU e agli artt. 7 e 24 della CDFUE[117].

La tutela del superiore interesse del minore, però, sembra raggiungere l'acme nella legislazione codicistica all'art. 337-*ter*, in cui è previsto il diritto del figlio di mantenere

---

[112] In tal senso, Corte Giust., sentt. 13 settembre 2016, C-165/14; 19 novembre 2015, C-455/15; 14 febbraio 2008, C-244/06; 27 giugno 2006, C-540/03.

[113] In particolare, si vedano il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000;* Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*; Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*; Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

[114] Cfr. documento della Commissione europea, *Verso una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori (COM(2006)367def)* del 2006; l'istituzione nel 2006 del *Forum europeo per i diritti dei minori*; il *Programma UE per i diritti dei minori (COM(2011)60 def.)* del 2011.

[115] Si segnala, nello specifico, l'*European Nerwork of Ombudsperson of Children*, fondato nel 1997, che riunisce i difensori civici dei diritti del fanciullo di tutti gli Stati membri.

[116] Cfr., *supra*, § 4.

[117] In tal senso, per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia*, cit., 371 ss.

rapporti significativi con parenti diversi dai genitori[118]. L'art. 337-*ter* c.c., dunque, statuisce un autentico diritto all'affetto del minore nei confronti dei parenti a lui più prossimi.

Ciononostante, la disposizione è stata criticata perché tra i parenti non includerebbe anche i soggetti adulti, come il genitore intenzionale, non legato da alcun vincolo di parentela.

La Corte costituzionale nel 2016 ha confermato tale tesi, affermando che il campo di applicazione della norma è circoscritto alla famiglia. Ha anche osservato, però, che, l'interruzione ingiustificata di importanti rapporti del figlio con soggetti adulti, avvenuta ad opera dei genitori, potrebbe rappresentare una condotta pregiudizievole per il fanciullo, che consentirebbe al giudice, *ex* art. 333 c.c., di adottare gli opportuni provvedimenti per tutelare nel caso concreto il suo superiore interesse[119].

La tutela delle relazioni familiari del minore è stata, altresì, oggetto di una innovativa e recentissima sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, la n. 183/2023, in cui è stato affermato il potere del giudice di valutare, nel preminente interesse del minore, la possibilità per l'adottato di intrattenere relazioni socio-affettive con i componenti della famiglia di origine[120].

Il superiore interesse del minore, come si è visto, ha rappresento anche la chiave di volta a cui ha fatto riferimento la giurisprudenza per tutelare il diritto all'affetto del fanciullo verso il genitore d'intenzione.

Al riguardo è stato osservato che la giurisprudenza maggioritaria, al fine di rispettare l'ordine pubblico internazionale, non è riuscita a garantire l'interesse del bambino appieno, riconoscendo soltanto la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari.

Si è detto che l'ordinamento per proteggere i diritti della donna ha reso deficitari i diritti del figlio e che a pagare non è il genitore biologico che ha fatto ricorso a tecniche di PMA vietate, ma soltanto il genitore d'intenzione e il minore[121].

Orbene, pur tenendo conto di tali importanti criticità espressione di scelte dolorose, pare che la giurisprudenza non pare abbia avuto alternative, almeno con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata, considerata in Italia una fattispecie suscettibile di sanzione penale.

L'orientamento espresso sembra essere l'unico capace di garantire il corretto bilanciamento nelle situazioni concrete tra l'interesse del minore e l'ordine pubblico internazionale,

Qualcosa in più forse avrebbe potuto fare la Corte costituzionale nei casi di fecondazione eterologa, ma su tale specifica questione ci soffermeremo meglio nel paragrafo che segue.

L'interesse superiore del fanciullo, infatti, non può divenire un valore tiranno.

Non è la prima volta, inoltre, che la legge opti di far prevalere gli interessi della madre su quella dei soggetti minori o, addirittura, del concepito: si pensi alle disposizioni che permettono alla madre di non essere indicata nell'atto di nascita (art. 30, d.p.r. n. 396/2000) oppure alle disposizioni che consentono l'aborto per tutelare la salute psico-fisica della donna (l. n. 194/1978). In particolare, la giurisprudenza non avrebbe potuto fare di più perché l'ordine pubblico internazionale, costituito dai principi fondamentali su cui si basa l'ordinamento, rappresenta un limite invalicabile nel riconoscimento di provvedimenti

[118] Ivi, 369 ss.

[119] Corte cost., sent. n. 225 del 2016.

[120] Corte cost., sent. n. 183 del 2023.

[121] Cfr. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, 136; G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, cit. 117 ss.

stranieri che lo violano[122]. Non pare da accogliere, difatti, quell'orientamento che vede l'ordine pubblico internazionale anche come strumento di promozione e tutela dei diritti fondamentali della persona, alla luce di quanto previsto nel diritto internazionale e europeo[123].

Tale tesi sembra scontrarsi sia con la tradizionale visione dell'ordine pubblico internazionale, che lo vede come limite e strumento di chiusura dell'ordinamento nazionale verso gli altri ordinamenti[124], sia con quanto disposto dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., che consentono l'ingresso in Italia di nuovi diritti sanciti a livello europeo e internazionale a patto che non violino i principi e i diritti fondamentali previsti nella Costituzione repubblicana.

Accogliendo la diversa impostazione la giurisprudenza maggioritaria in materia avrebbe rischiato di porsi sui binari dell'interpretazione creativa, in contrasto con il principio della separazione dei poteri, che rappresenta uno dei tre pilastri su cui poggia lo Stato costituzionale di diritto, accanto al principio di legalità e alla tutela delle libertà[125].

Ecco perché è da ribadire la critica avanzata alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 2022 – nonché a quella della I Sezione del 2023 – con cui è stato ritenuto non necessario in via interpretativa il consenso del genitore biologico per permettere l'adozione in casi particolari del minore da parte del *partner*-genitore intenzionale[126].

La critica è da riaffermare anche nei confronti delle citate pronunce emesse da alcuni Tribunali di merito dopo Corte cost. n. 32/2021 che, fornendo un'interpretazione estensiva dell'art. 8, l. n. 40/2004 e applicandolo alle coppie omosessuali femminili, sembrano essere andate oltre i confini interpretativi stabiliti dalla legge per porsi anch'esse sopra i binari della giurisprudenza creativa[127].

6. *Considerazioni conclusive. Si poteva fare di più? Proposte in atto e in potenza per una maggiore tutela del fanciullo*

Nel corso della trattazione si è avuto modo di appurare che il diritto italiano negli ultimi anni è entrato in crisi con riguardo alla questione inerente alla possibile instaurazione di un rapporto giuridico tra un minore nato con tecniche vietate di PMA e il genitore meramente intenzionale.

Si è visto che, di fronte a tali istanze sociali "all'affetto", la giurisprudenza (*rectius*: il diritto), ha risposto in modo differente.

In particolare, in tema di fecondazione eterologa da parte di coppie omosessuali femminili ha fatto ricorso ora all'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett.

---

[122] Sull'ordine pubblico, per tutti, cfr. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig. It.*, XII, Utet, Torino, 1965; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. Giur.*, 1963, 1783 ss. Nella giurisprudenza, per tutti, Cass., Sez. Un., n. 12193/2019, cit., 27 ss.

[123] In tal senso cfr. F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, cit., 247; S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 4;

[124] *Ibid.*

[125] Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in Rivista AIC, 2/2011, 2 ss.

[126] Cfr., *supra*, § 4.

[127] *Ibid.*

d.), l. ad., ora ad un'interpretazione estensiva costituzionalmente orientata alla luce del superiore interesse del minore dell'art. 8, l. n. 40/2004.

Con riferimento, invece, alla maternità surrogata, la giurisprudenza ha applicato soltanto l'adozione di cui all'art. 44, cit., sebbene, in recentissime pronunce del 2022 e del 2023, abbia superato per via interpretativa il necessario consenso del genitore biologico richiesto dalla legge, con un ragionamento, qui criticato, ma estensibile in futuro anche ai casi di fecondazione eterologa da parte di coppie omosessuali femminili.

Si è detto che, al riguardo, si è pure espressa la Corte costituzionale, la quale, sulla base della giurisprudenza italiana e CEDU, nonché delle disposizioni costituzionali e internazionali in materia di superiore interesse del minore, ha escluso un riconoscimento in via interpretativa di un rapporto di filiazione e ha affermato che l'istituto dell'adozione di cui all'art. 44, cit. non risulta efficace per tutelare il minore non costituendo un'adozione piena.

La Consulta, tuttavia, ha preferito non intervenire direttamente, ma ha invitato caldamente il legislatore a predisporre una disciplina maggiormente efficace in merito.

In tutti i casi esaminati la giurisprudenza ordinaria e costituzionale si è pronunciata sempre basando le proprie decisioni sulla tutela del superiore interesse del fanciullo, che rappresenta un principio tutelato sia dall'ordinamento costituzionale sia da quello internazionale e che impone di ricercare nel caso concreto il concreto bilanciamento tra la protezione del bambino e le altre esigenze che vengono in rilievo nella prassi.

Così come affermato dalla Corte, infatti, sia nelle sentenze *de quibus*, che in ulteriori provvedimenti – si pensi alle decisioni di incostituzionalità dell'art. 574-*bis* c.p. che prevedeva l'automatica sospensione della potestà genitoriale in seguito alla commissione del fatto-reato[128] – il superiore interesse del minore deve essere valutato nel caso concreto e non risultano ammessi gli automatismi legislativi.

Ciò premesso, rimandando per ulteriori dettagli a quanto esposto nel corso del lavoro, occorre sottolineare che quanto detto dalla Consulta nelle citate sentenze n. 32 e 33 del 2021 appare condivisibile soltanto per alcuni aspetti.

In special modo, particolarmente apprezzabile appare il ragionamento della Corte espresso in entrambe le pronunce in ordine alla non pienezza dell'adozione in casi particolari, così come disciplinata nel nostro ordinamento.

L'adozione di cui all'art. 44, cit., infatti, richiedendo il necessario consenso del genitore biologico all'adozione, mal si presta regolare i casi di minori figli di una coppia che è entrata in crisi.

Al tempo della decisione, tra l'altro, l'adozione di cui all'art. 44, cit., non era idonea a costituire nessun rapporto parentale tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, previsione ad oggi superata dopo la sent. n. 79/2022, così come si è avuto già modo di vedere.

Il ragionamento della Consulta appare altresì degno di nota nella sentenza n. 33/2021, laddove ha affermato che, nell'attuale ordinamento giuridico, non risulta possibile il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore nato a seguito di maternità surrogata e il genitore d'intenzione, considerato che tale tecnica di PMA viola l'ordine pubblico internazionale, poiché lesiva della dignità della donna. In tale occasione, la Corte costituzionale ha condivisibilmente richiesto l'intervento del legislatore, atteso che la

[128] Corte cost., sent. n. 102 del 2020. Per tutti si veda G. LANEVE, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo alla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 4/2020, 1 ss.

decisione da prendere in materia non può che essere rimessa a scelte politiche discrezionali dell'organo rappresentativo del popolo.

In tema di maternità surrogata, infatti, non pare possibile un intervento della Corte volto a riconoscere il rapporto di filiazione, perché potrebbe risultare disarmonico rispetto all'esigenza dell'ordinamento di tutelare la dignità della donna.

Una decisione sul punto, inoltre, avrebbe potuto costituire una violazione del divieto di cui all'art. 28, l. 11 marzo 1953, n. 87, ove si afferma «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Dei rilievi critici, invece, devono essere espressi in merito a quanto affermato dalla Consulta nella sent. n. 32/2021 nella parte in cui ha escluso un proprio intervento in relazione agli artt. 8 e 9, l. cost. n. 40/2004 per violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo con riferimento al divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 CEDU.

Le disposizioni censurate, infatti, permettono soltanto ai figli delle coppie eterosessuali che fanno ricorso a tecniche di fecondazione eterologa l'istaurazione del rapporto genitoriale e non riconosce, invece, il medesimo trattamento giuridico ai figli nati da coppie omosessuali femminili.

Orbene, si ritiene che qui il giudice delle leggi avrebbe potuto – o probabilmente dovuto – fare di più.

Ciò perché la fecondazione eterologa, a differenza della surrogazione di maternità, non è considerata una tecnica violativa dell'ordine pubblico italiano.

Risulta ammessa in Italia sin dalla già citate note pronunce della Consulta del 2014 e del 2015, nei casi in cui una coppia eterosessuale non riesca a procreare a causa di infertilità, sterilità o perché portatori di malattie genetiche trasmissibili.

Come si è visto, inoltre, in virtù dell'art. 9 l. n. 40/2004, l'instaurazione del rapporto genitoriale risultava concesso ancor prima che la Corte costituzionale ammettesse la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa.

La disposizione, infatti, permetteva e ancora oggi permette il riconoscimento del rapporto genitoriale in tutti quei casi in cui il minore sia nato da coppia eterosessuale con il ricorso a tecniche eterologhe vietate, ossia al di fuori degli specifici presupposti previsti dalla legge.

Orbene, non si comprende come mai la Corte non abbia potuto estendere il medesimo trattamento ai figli delle coppie omosessuali femminili, destinandoli ad un trattamento diverso e deteriore rispetto a quello previsto per le coppie eterosessuali, in palese violazione del principio di eguaglianza.

L'unica differenza che intercorre tra le due situazioni è quella che in un caso i minori sono figli di coppie omosessuali, nell'altro, invece, sono figli di coppie eterosessuali.

Nessun divieto, tuttavia, sussiste in Italia in ordine al riconoscimento delle unioni omossessuali, considerate attualmente come formazioni sociali tutelate *ex* art. 2 Cost.

La legge, come già detto, ormai disciplina le unioni civili e le considera pienamente legittime.

Sebbene, difatti, la scelta di estendere il ricorso alla fecondazione eterologa alle coppie omosessuali femminili spetti necessariamente al legislatore – così come confermato dalla Consulta – ciò non significa che ai figli di tali coppie non possa applicarsi la disciplina di cui all'art. 9, l. n. 40/2004 prevista per le coppie eterosessuali.

La stessa Corte costituzionale, tra l'altro, afferma che non esiste alcuna evidenza scientifica atta a provare che le coppie omossessuali non siano idonee a crescere un minore come figlio.

L'ordinamento, di conseguenza, non può avere "due pesi e due misure" da usare in modo diverso in situazioni che appaiono identiche.

Pare, quindi, che la Corte avrebbe fatto bene a pronunciare una sentenza di incostituzionalità della disciplina *de qua*, perché in violazione del principio di eguaglianza[129].

D'altronde la Consulta sembra aver operato ultimamente scelte di politica legislativa ben più evidenti: si pensi, ad esempio, al noto caso *Cappato*, trattato nella pronuncia n. 242/2019, in cui ha escluso la punibilità dell'aiuto al suicidio se commesso con il consenso dell'interessato espresso con modalità ben precise e individuate alla luce delle norme di cui alla l. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) ovvero con modalità equivalenti indicati dai giudici in sentenza[130].

Se poi nel caso concreto tale soluzione non fosse risultata adeguata al superiore interesse del minore, così come avviene da sempre per le coppie eterosessuali, il rapporto genitoriale avrebbe potuto essere messo in discussione dall'autorità giudiziaria, attraverso l'ausilio dei servizi sociali.

Così facendo, in aggiunta, avrebbe sicuramente evitato quel pericoloso orientamento creativo sostenuto dalla giurisprudenza di merito successiva alla pronuncia della Corte, che, dopo aver preso atto del perdurante silenzio del legislatore, ha applicato l'art. 8, l. n. 40/2004 alle coppie omosessuali alla luce del superiore interesse del minore.

Laddove, quindi, poteva-doveva intervenire la Corte costituzionale, hanno provveduto i giudici di merito con delle pronunce che non appaiono in linea alla nostra forma istituzionale.

Sul punto, parafrasando Machiavelli, si potrebbe obiettare che il fine – la necessaria tutela del minore – giustifica i mezzi – la decisione creativa della giurisprudenza – stante l'assordante silenzio del legislatore, nonostante il chiaro invito della Corte costituzionale.

Non si può non rilevare, però, che così ragionando si rischierebbe di tradire le scelte di fondo dell'ordinamento, in cui i giudici si limitano ad applicare la legge, soprattutto considerato il fatto che si verte in una materia in cui la stessa Consulta ha escluso una propria azione correttiva.

In altri termini, si metterebbe in pericolo la tenuta del sistema.

La dottrina civilistica, in attesa dell'intervento legislativo, ha proposto un'interessante soluzione mediana, capace di conciliare le esigenze di tutela del minore con la prerogativa riservata al legislatore di decidere con quale strumento giuridico tutelare i nati con tecniche vietate di PMA[131].

In particolare, ha suggerito di applicare la disciplina disposta dall'art. 279 c.c. per i figli irriconoscibili, ossia per i c.d. figli incestuosi.

---

[129] Poi, anche a volere escludere un intervento diretto della Consulta, non si comprende perché non abbia utilizzato l'innovativa tecnica dell'ordinanza di rinvio a data fissa, in cui l'incostituzionalità non è dichiarata, ma prospettata e con la quale è concesso un termine al legislatore per intervenire, alla cui scadenza la Corte si riserva di agire direttamente. La tecnica, infatti, è stata adoperata in più occasioni in pronunce coeve a quella della Corte: Corte cost., ord. n. 122 del 2022 e Corte cost., ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo; Corte cost., ord. n. 132 del 2020 in tema diffamazione a mezzo stampa; Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in tema di aiuto al suicidio.

[130] In tal senso pure A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, cit., 200-201; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 96 ss.

[131] G. CHIAPPETTA, *L'applicabilità dell'art. 279 c.c. alla filiazione "incerta e/o sospesa"*, cit., 37 ss.

La norma in esame prevede che il figlio irriconoscibile, pur non potendo richiedere la costituzione dello *status filiationis*, ha diritto ad agire nei confronti del genitore per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione.

In caso di morte del genitore, ha proposto di avvalersi altresì del disposto di cui agli artt. 580 e 594 c.c. che regolano i diritti successori dei figli irriconoscibili.

Orbene, l'applicazione degli artt. 279, 580 e 594 c.c. – riletti alla luce del dettato costituzionale – appare molto interessante e condivisibile, in quanto, in attesa di un intervento del legislatore, risulta maggiormente conforme all'ordinamento democratico rispetto a quanto detto dalla criticata giurisprudenza di merito.

Non si spinge fino a riconoscere lo stato di figlio del minore, ma, allo stesso tempo, non lo lascia privo di tutela, soprattutto nelle ipotesi in cui non sia possibile procedere con l'adozione *ex* art. 44 cit.

Ciò posto, l'intervento del legislatore in materia potrebbe trovare concreta attuazione qualora venisse approvata la proposta di legge emendativa n.1.01003, sebbene non si comprenda perché la modifica sia stata articolata soltanto con riferimento ai nati da maternità surrogata[132].

Nella proposta di legge, in particolare, è prevista l'eliminazione del consenso in caso di adozione *ex* art. 44 cit. nei confronti dei nati con la gestazione per altri.

La soluzione appare conforme con quanto detto dalla Corte costituzionale, nonché con la giurisprudenza CEDU.

Risulta, inoltre, capace di conciliare le esigenze del minore con quelle dell'ordinamento volte a disincentivare il ricorso a tecniche di PMA vietate in Italia.

Con l'adozione piena il minore nato da tecniche vietate di procreazione assistita sarebbe equiparato a qualsiasi altro figlio adottivo e godrebbe del medesimo trattamento giuridico.

Occorrerebbe, però, estenderla anche alle ipotesi di fecondazione eterologa da parte di coppie omosessuali femminili.

A livello europeo, tra l'altro, nel mese di dicembre 2023 i deputati del Parlamento con 336 voti a favore, 145 contrari e 23 astensioni hanno dato parere positivo alla proposta di legge sull'introduzione del certificato di filiazione europeo e sul riconoscimento degli atti di filiazione formati in qualsiasi Stato membro, anche se di nati a seguito di fecondazione eterologa o maternità surrogata[133].

L'iniziativa, tuttavia, se andrà in porto, potrebbe suscitare dubbi di compatibilità – quantomeno con riferimento ai casi di maternità surrogata – con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiana e, se accertarti, trovare un limite nel rispetto dei controlimiti.

Un'ulteriore soluzione al problema potrebbe essere quella di permettere il riconoscimento dei figli nati da fecondazione eterologa omosessuale o da maternità surrogata sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 9, l. n. 40/2004.

La disposizione, infatti, tutelava i nascituri venuti al mondo con la fecondazione eterologa ben prima che in Italia divenisse una pratica ammessa.

---

[132] La proposta è a firma dell'On. Laura ZANELLA ed è stata presentata alla Camera dei Deputati il 28 marzo 2023 (Atto della Camera n. 1050).

[133] Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 14 dicembre 2023 *sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022)0695-C9-0002/2023-2022/0402(CNS)).*

La norma, quindi, potrebbe tutelare i figli, dopo che, comunque, il fatto vietato si sia già verificato, senza procedere al contempo all'eliminazione del divieto di surrogazione di maternità. Qui non si tratta di tutelare i genitori, ma soltanto i fanciulli. Anche in questo caso, inoltre, qualora il riconoscimento non dovesse risultare conforme all'interesse concreto del bambino, si potranno attivare i normali strumenti previsti dall'ordinamento a tutela di tutti i minori.

Non resta che vedere come deciderà di agire il legislatore nazionale.

SILVIA JELO DI LENTINI[*]

Disuguaglianze e diritti in tempi di crisi[**]

ABSTRACT: ***The economic and social phenomena of the recent years have prompted reflections on the ability of Western legal systems to ensure effective protection of individual rights, particularly in an international context characterized by the rise of new actors, distant from traditional Western legal canons.***

The establishment of democratic regimes with illiberal characteristics and the concomitant consolidation of populist political forces within spheres traditionally anchored in the Western legal tradition incites critical reflection on the effectiveness of protections and possible crises in a context marked by the progressive decline of safeguards. This raises the fundamental question as to the ability of the Western legal tradition to ensure the protection of individual rights in a landscape where illiberal democracies are increasingly widespread. One of the main critiques of the Western legal tradition is that it may no longer be able to guarantee the protection of individual rights.

Furthermore, all this causes even greater alarm considering the structural inequalities and discrimination that individuals belonging to minorities in a broad sense experience on a daily basis.

During periods of economic, social and political instability, pre-existing inequalities tend to be amplified, spawning a range of dynamics that affect different social groups in different ways. In fact, social crises tend to impact the most the already disadvantaged groups, widening economic and social inequalities.

I fenomeni economici e sociali degli ultimi anni hanno suscitato riflessioni in merito alla capacità del nostro sistema giuridico di assicurare un'efficace tutela dei diritti individuali, particolarmente in un contesto internazionale caratterizzato dall'emergere di nuovi attori, distanti dai canoni giuridici occidentali tradizionali. Tale scenario ha aperto spazi di discussione circa la resilienza e l'adattabilità delle strutture legali esistenti di fronte alle mutevoli dinamiche socio-economiche e alle sfide nascenti dai suddetti attori emergenti. L'instaurarsi di regimi democratici con caratteristiche illiberali e il concomitante consolidamento di forze politiche populiste all'interno di ambiti storicamente ancorati alla tradizione giuridica occidentale incita a una riflessione critica sull'efficacia delle tutele e sulle possibili crisi in un contesto contraddistinto dal progressivo declino delle garanzie. Ci si pone, quindi, l'interrogativo fondamentale riguardo alla capacità della tradizione giuridica occidentale di assicurare la tutela dei diritti individuali in un panorama in cui democrazie illiberali si stanno diffondendo sempre di più. In altre parole, una delle principali critiche mosse alla tradizione giuridica occidentale è che questa potrebbe non essere più in grado di garantire la tutela dei diritti individuali.

Tutto ciò, peraltro, desta ancora più allarme se si pensa alle disuguaglianze strutturali e alle discriminazioni che gli individui appartenenti a minoranze in senso ampio subiscono. Durante periodi di instabilità economica, sociale e politica, le disuguaglianze preesistenti tendono ad essere amplificate, dando luogo a una serie di dinamiche che colpiscono in modo diverso vari gruppi sociali. Infatti, le crisi spesso colpiscono maggiormente gruppi già

[*] Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

svantaggiati, ampliando le disuguaglianze economiche e sociali. Le disparità salariali di genere rappresentano una delle forme più evidenti di discriminazione economica, con ripercussioni significative sul tessuto sociale. Queste disparità rappresentano un aspetto fondamentale delle disuguaglianze di genere e possono essere aggravate durante periodi di crisi sociale o economica. Le crisi economiche possono accentuare le disparità di reddito e accesso alle risorse, delineando un contesto in cui le fasce sociali già emarginate subiscono un impatto maggiore. Sul punto, la teoria economica femminista mette in evidenza la particolare vulnerabilità delle donne in ragione della loro frequente occupazione in posizioni lavorative precarie e della loro subordinazione in termini retributivi rispetto agli uomini. È stato diffusamente osservato che la maggiore vulnerabilità delle donne alla povertà è in grado di compromettere i loro mezzi di sostentamento e le loro condizioni di vita in misura maggiore rispetto agli uomini.[1] Per di più, tali dinamiche possono essere ulteriormente esacerbate durante le fasi di crisi economiche e sociali. Inoltre, le crisi sociali possono intensificare le disuguaglianze salariali attraverso molteplici meccanismi, compresi l'accesso differenziato all'istruzione e al mercato del lavoro, e possono avere conseguenze durature sulla mobilità economica e sul benessere sociale. Non solo le donne, ma in generale i gruppi sociali marginalizzati sono maggiormente colpiti, in quanto già spesso svantaggiati in partenza nelle opportunità educative e occupazionali. Inoltre, tale impatto si estende anche ai diritti e alle libertà fondamentali, rappresentando una minaccia significativa in periodi di crisi sociale. Infatti, la disparità economica rappresenta una minaccia significativa per il pieno godimento dei diritti umani, poiché può compromettere sia i diritti civili e politici che quelli sociali, economici e culturali.[2] Infatti, l'accesso equo alle risorse e alle opportunità economiche è fondamentale per garantire una società giusta e inclusiva.

Nel rapporto sullo sviluppo umano delle Nazioni Unite del 2020 (UNDP) è stata sottolineata l'importanza del cd. "capitale umano" e i suoi stretti legami con le crisi economiche. Inoltre, già in un rapporto dell'UNDP del 2013, le Nazioni Unite affermavano che, sebbene fenomeni come disastri naturali, criminalità e conflitti colpiscono sia uomini che donne, "la situazione particolarmente svantaggiata di donne e ragazze, i loro peculiari obblighi sociali e responsabilità, e soprattutto la loro esposizione alla violenza di genere spesso fanno sì che siano colpite in modo sproporzionato da queste catastrofi rispetto agli uomini", e che possano non beneficiare delle politiche di ripresa poiché non sono coinvolte nei ccdd. Tavoli di negoziazione.[3] Soprattutto negli ultimi anni, in occasione della pandemia da covid-19, Le Nazioni Unite hanno posto particolare attenzione sul tema della sicurezza economica delle donne in tempi di crisi. Ciò perché, nel 2020, si è osservato che milioni di donne hanno dovuto abbandonare il proprio lavoro "per assumersi ulteriori responsabilità nel campo dell'assistenza durante la pandemia, per occuparsi dei bambini che non potevano andare a scuola o assistere a tempo pieno gli anziani".[4]

Lo studioso Amartya Sen ha messo in luce un ulteriore aspetto di grande importanza in tema di disuguaglianze sociali, ovvero il concetto più ampio di povertà, che non si limita alla mancanza di risorse economiche ma che ha un notevole riflesso sulle libertà individuali. Infatti, Amartya Sen, nel suo lavoro "Poor, relatively speaking" (1983), afferma che la

[1] United Nations Development Programme (2013). Fast facts: Gender in crisis countries.

[2] J. P. BOHOSLAVSKY, *Economic inequality, debt crises and human rights*, in *Yale Journal of International Law*, *41*(2), 2016, 177-200.

[3] *Ibid.* 1. United Nations Development Programme (2013).

[4] United Nations Development Programme (2023). From global emergency to global quality. How learning from the pandemic can help accelerate gender equality.

povertà è anche e soprattutto privazione della libertà.[5] Durante le crisi sociali, l'accesso limitato a risorse educative e lavorative può minare le libertà individuali, generando o perpetuando disuguaglianze. "Freedom, in this perspective, is the main and most important benchmark against which social conditions and the people's lives should be evaluated", affermano Graf e Schweiger in "Poverty and freedom", ovvero, la libertà, nella prospettiva proposta da Sen, è il parametro principale e più importante mediante il quale valutare le condizioni sociali e la vita delle persone.[6] Peraltro, in tema di diritti civili, è importante osservare che un ulteriore, fondamentale, ambito che viene in rilievo è quello della sanità. Infatti, il rapporto tra sanità, disuguaglianze e crisi socio-economiche è stato analizzato da numerosi studiosi, che hanno rilevato la tendenza del divario di genere ad aumentare in situazioni di conflitti o crisi.[7]

La comprensione delle discriminazioni sociali e di genere nel contesto di crisi economiche e sociali richiede un approccio interdisciplinare che integri prospettive provenienti dall'economia, dalla sociologia e dalla teoria di genere. L'analisi di queste dinamiche è essenziale per ispirare politiche pubbliche e interventi volti a mitigare gli impatti diseguali delle crisi economiche sulla società. Inoltre, la discriminazione di genere può manifestarsi anche attraverso un aumento della violenza domestica e di genere in periodi di crisi economica, come dimostrato da ricerche empiriche. Le tensioni finanziarie e l'incertezza possono contribuire a una maggiore esposizione delle donne a situazioni di violenza, sottolineando la necessità di approcci multidimensionali nell'affrontare le conseguenze sociali delle crisi economiche. Mediante l'approccio intersezionale, si rileva che le crisi economiche, sociali e politiche minacciano i diritti e le libertà individuali in modo diverso, e soprattutto con un impatto diverso, in base all'interazione simultanea di differenti fattori identitari.[8] Un esempio concreto riguarda le sfide uniche che le donne di colore devono affrontare in termini di sicurezza economica e violazioni dei diritti, differenziandosi dai disagi riscontrati da altri gruppi di individui.[9] Implementare la teoria dell'intersezionalità nell'analisi delle crisi sociali offre dunque una prospettiva più sfaccettata, poichè consente di identificare in modo più preciso le diverse dinamiche che sottostanno alle disuguaglianze e alle minacce ai diritti umani in periodi di crisi. Ciò contribuisce a ispirare politiche più inclusive e mirate, orientate a mitigare gli impatti differenziati delle crisi socio-economiche e politiche sulle varie categorie di persone coinvolte.

In conclusione, la necessità di affrontare il problema della disuguaglianza economica emerge come elemento cruciale per promuovere e tutelare i diritti umani. Misure volte a ridurre la disparità economica, migliorare l'accesso all'istruzione e ai servizi sanitari, e garantire pari opportunità possono contribuire a creare una società più giusta e rispettosa dei diritti di tutti gli individui. L'elaborazione di politiche mirate a una distribuzione più equa delle risorse economiche costituisce, quindi, una premessa essenziale. A tal fine, emerge l'esigenza di svolgere un'analisi critica delle dinamiche socio-economiche e politiche che comportano gli effetti visti sopra in termini di minaccia ai diritti umani e civili, e l'adozione di interventi adeguati.0

---

[5] A. SEN, *Poor, relatively speaking*, in *Oxford Economic Papers,* 35(2), 1983, 153-169.

[6] G. GRAF, G. SCHWEIGER, *Poverty and freedom*, in *Human affairs*, 24(2), 2014, 258-268.

[7] J. N. G. READ, B.K. GORMAN, *Gender and health inequality*, in *Annual Review of Sociology*, 36, 2010, 371-386; Cfr. anche A. SEN, *Inequality, unemployment and contemporary Europe*, in *Int'l Lab. Rev.*, *136*, 1997, 157-158.

[8] C. H. A. KURAN, *Vulnerability and vulnerable groups from an intersectionality perspective*, in *International Journal of Disaster Risk Reduction*, 50, 2020, 101-826.

[9] J. KANTOLA, E. LOMBARDO, *Gender and the economic crisis in Europe: Politics, institutions and intersectionality,* Springer, 2017.

ALESSIO MARIO RICCOBENE*

Giurisdizione civile e primato del diritto eurounitario. La tutela dei diritti soggettivi nel dialogo tra Corti ed il recupero del principio di legalità**

SOMMARIO: 1. Diritti soggettivi e sanzioni ordinamentali: natura e ratio del danno punitivo. – 2. Il primato del diritto eurounitario ed i rapporti con la legislazione giuslavoristica in materia di contratto a termine. Il danno comunitario. – 3. L'obbligazione conseguente: ambulatorietà del risarcimento.

ABSTRACT: ***In the jurisprudential practice concerning the issue of damages arising from abuse of fixed-term contracts in public employment relationships - a subject profoundly influenced by European Union legislation and the evolving jurisprudence resulting from the dialogue between national and European higher courts - compensatory obligations are construed as the outcome of a public law sanctioning damage with European relevance. However, it risks proving ineffective both for the overall system and for the individual due to the peculiar characteristics of ambulatoriness and retrocession that may apply. This contribution aims to stimulate ongoing debate ensuring that the discourse on this matter does not remain stagnant.***

1. *Diritti soggettivi e sanzioni ordinamentali: natura e ratio del danno punitivo*

Un equo e razionale dibattito sulla funzione della responsabilità civile va condotto, verosimilmente, in relazione al contesto ordinamentale, sociale e storico di riferimento.

Il nesso che l'ordinamento pone tra *risarcimento* e *soggetto leso* parrebbe, con ogni probabilità, la questione nevralgica sottesa ad ogni speculazione relativa alla materia.

Ciò perché, sia consentito osservare, non per obbligo precostituito un ordinamento deve sanzionare un fatto illecito con una forma, od altra, di responsabilità, e, parimenti, non sono gli assiomi a determinare quali siano le conseguenze *civili* idonee allo scopo, nonché le modalità e le declinazioni di esse.

È in dubbio, al riguardo, che il sistema della responsabilità civile sia caratterizzato, in epoca moderna, da chiara *polifunzionalità*[1], così affrancandosi da quello schema essenziale tralaticiamente rappresentato dalla *Lex Aquilia de damno,* dal legame con la *res*, e, finanche, dal legame con una posizione soggettiva sostanziale.

In tema di responsabilità civile si sono individuate, tradizionalmente, le funzioni attributive, traslative e conservative, nonché le dinamiche, sostanzialmente relazionali, al ricorrere delle quali si può porre l'*an* della sanzione civile al verificarsi di un determinato fatto od evento[2].

L'istituto del c.d. *danno punitivo*, in tal senso, svolge funzioni di deterrenza, di sanzione, di afflizione, determinando la creazione di poste patrimoniali ultronee rispetto la perdita subita.

---

* Dottorando in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] L. OLIVERI, *Dino Mandrioli e l'approccio funzionalistico al delitto civile: premesse per una discussione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ,* 2023, fasc. 1, 271

[2] M. BARCELLONA, *La responsabilità civile extra contrattuale*, e (UTET giuridica, 2011), 109 e ss.

Lo strumento in questione, com'è stato più volte evidenziato, ha matrice anglosassone ed è stato sdoganato, in qualche misura, dalla Corte di cassazione con alcune sentenze, tra cui figura il noto arresto SS.UU. 5/07/2017, n. 16601 che ha precisato come "*nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*"[3].

La Suprema Corte, com'è stato opportunamente evidenziato[4], ha precisato, tuttavia, che l'istituto in questione debba essere, in un certo senso, contro-limitato dalla previsione legale della fattispecie, sia pure di matrice esterna all'ordinamento interno, in ossequio alle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 23 e 25 Cost.

Le precisazioni della Suprema Corte, tuttavia, non sembrano individuare un vero e proprio fondamento ordinamentale dell'istituto del danno punitivo nel nostro sistema civilistico.

Esse, per il vero, costituiscono il corredo giustificativo dell'obbligo, anch'esso di natura costituzionale ed ordinamentale, di effettività della tutela giurisdizionale allorquando essa è officiata dall'esigenza di attuazione di altro negozio di ordinamento terzo, ovvero di sentenza estera.

Trattasi, appunto, di un piano diverso rispetto quello dell'ontologia del risarcimento punitivo che, salvi i riferimenti costituzionali pure evidenziati dalla Corte di cassazione, parrebbe sfuggire ad una funzione ordinamentale ben precisa.

La trasposizione di un istituto di tale tenore, d'altro canto, non può certo essere automatica, attese le differenze, anche socio-culturali, degli ordinamenti giuridici di genesi e di esportazione.

Il *punitive damage* di matrice anglosassone, in tal senso, ha la sua ragion d'essere anche nello *stigma totalitario* derivante dalla risposta sanzionatoria sulla persona, od ente, danneggiante.

In ambito di responsabilità delle società e delle aziende, per esempio, il danno cagionato da una cattiva produzione è, appunto, stigmatizzato con una sanzione ultronea alla mera compensazione dovuta al danneggiato, così incidendo sull'immagine del danneggiante, sul valore dell'impresa, sulla misura della sua affidabilità, sul valore delle sue azioni, e simili.

La punizione, in tal senso, opera su un piano diverso rispetto quello della lesione.

Opera, se si vuole, su un piano d'interessi meritevoli di tutela, ma che, forse, poco hanno di attinente con il piano della regolamentazione dei rapporti intersoggettivi.

È sanzione esponenziale, e, come tale, in ipotesi mutuabile anche da altre forme di responsabilità di tipo diverso, quali, ad esempio, di matrice amministrativa, di natura interdittiva e similari.

Il danno punitivo, in definitiva, è figura *terza* rispetto le tradizionali forme di danno risarcibile e presidia, evidentemente, ambiti di tutela non colmati dalle forme di responsabilità civile tradizionali, ovvero ambiti in cui i tradizionali paradigmi di responsabilità non calzano perfettamente con la fattispecie sulla quale sono diretti ad operare per la ridetta caratteristica di assenza di beni, *rebus* o diritti soggettivi da ricostituire o ripristinare.

Il danno punitivo nei rapporti inter-privati, dunque, è qualcosa di *terzo* rispetto le tradizionali forme risarcitorie private, avvicinandosi, per funzione, alla sanzione pubblicistica.

Vale la pena indagare, poi, circa l'esistenza di altre forme di danno con funzione dissuasiva ed eccedente, in qualche misura, a regolare questioni non strettamente riconducibili all'ambito dei rapporti inter-privati.

---

[3] Cfr. Cass., SS.UU. 5/07/2016, n. 16601, *ibid.*

[4] A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. Dir. Priv*, 2019, fasc. 2, 377;

È il caso, ad esempio, della responsabilità di Enti locali e Pubblica Amministrazione, nella qualità di parti datoriali, per il caso di abusiva reiterazione di rapporti a termine nel pubblico impiego.

Si configura (*infra*), in tal caso, una figura di danno definita come *danno comunitario*, che determina, al ricorrere di taluni presupposti, un'obbligazione risarcitoria a carico della controparte datoriale.

Trattasi, in specie, di risarcimento che si determina, in estrema sintesi, in conseguenza ad una situazione di difformità dell'ordinamento interno con quello euro-comunitario (*recte*: unitario), la cui funzione ha come matrice di riferimento, con affidabile approssimazione, un contesto ordinamentale e pubblicistico.

Il rapporto *danneggiato/danneggiante* e le possibili dinamiche conflittuali[5] sono, in qualche forma, assorbite dalla relazione, immanente ed ineliminabile, che lega il cittadino allo Stato, sicché una relazione, e dunque una possibile dinamica *conflitto/danno*, è costantemente presente.

È assente, altresì, un legame tra risarcimento e *danno*, quest'ultimo inteso nella sua accezione di voce che attiene, in qualche forma, al patrimonio del danneggiato.

Parrebbe trattarsi, dunque, di una vera e propria *sanzione* ordinamentale e pubblicistica che mutua le forme dell'obbligazione risarcitoria tradizionale.

Ci si chiede, dunque, se, ed in quali termini, tale operazione di *commistione* tra istituti e concetti sia funzionale rispetto agli scopi, efficiente e coerente rispetto alla tradizionale dogmatica in tema di risarcimento del danno.

2. *Il primato del diritto eurounitario ed i rapporti con la legislazione giuslavoristica in materia di contratto a termine. Il danno comunitario*

Le vicende del rapporto di lavoro a termine nel pubblico impiego scolastico, a tal riguardo, sono emblematiche.

In tema di contratto di lavoro a termine, com'è noto, il Consiglio dell'Unione Europea, con direttiva 28/06/1999, n. 70, attuava l'Accordo quadro 18/03/1999 fra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) volto, essenzialmente, alla prevenzione degli abusi dell'utilizzo del contratto a termine.

La clausola 5 di tale accordo[6], in particolare, descrive le misure di prevenzione in questione.

Accordo applicabile, per condiviso orientamento interpretativo, anche al datore di lavoro pubblico. L'art. 22 d.lgs 80/1998 modificava l'art. 36 d.lgs 29/1993 ed introduceva la possibilità, anche per la Pubblica Amministrazione, del ricorso al contratto a termine, sia

[5] M. BARCELLONA, *La responsabilità civile,* cit.

[6] «Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati «successivi»; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato», Direttiva cit., *ibid.*

pure facendo salvo il principio generale (commi di esordio della norma) relativi al reclutamento con forme pubbliche.

Le disposizioni sul reclutamento a termine nel sistema scolastico, al riguardo, erano sostanzialmente in linea con i principi del d.lgs 29 *supra*, in quanto la l. 124/1999, tutt'oggi testo di riferimento per i contratti a termine di docenti e personale ATA, sostanzialmente consente l'accesso al rapporto di pubblico impiego mediante interpelli di graduatorie permanenti di cui all'art. 401 d.lgs 297/1994 (graduatorie per soli titoli, GAE o graduatorie permanenti del personale ATA).

La Direttiva 1999/70/CE ha trovato prima attuazione, nell'ordinamento interno, con d.lgs 368/2001[7] che ne ha recepito i contenuti.

Avviene, in sintesi, una biforcazione delle tutele a livello di legislazione interna.

E, infatti, mentre il dipendente privato, in caso di abusiva reiterazione del contratto a termine, avrebbe avuto diritto alla conversione del contratto a tempo indeterminato, eguale misura non era, come non è, prevista per settore pubblico.

La Corte costituzionale (cfr. C. cost. 89/2003) si pronunciava sul divieto di conversione di cui all'art. 36 d.lgs 165 evidenziando che "*il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione. L'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sé rende palese la non omogeneità - sotto l'aspetto considerato - delle situazioni poste a confronto dal rimettente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati*".

Il divieto di conversione, in definitiva, costituisce principio assolutamente consolidato nell'ordinamento interno, più volte confermato dalla Corte costituzionale e non scalfito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Residua, come si vedrà *infra*, la tutela risarcitoria.

Tutela, in specie, adottata all'esito di un (allora) innovativo dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia UE, nonché con la concomitante e successiva implementazione da parte della Corte di cassazione.

Il faro di tale dibattito è, in specie, nell'obbligo dello Stato di adeguamento all'ordinamento euro-unitario e, in definitiva, al primato di quest'ultimo.

---

[7] "È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi (art. 1, co. 1); Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-*bis*, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-*bis*, del presente decreto (art. 10, co. 4-*bis*); qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato» (art. 5, co. 4-*bis*)".

Un'enunciazione generale del principio di primazia del diritto comunitario è presente nella dichiarazione n. 17 allegata ai Trattati UE, a mente della quale viene ricordato "che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza".

Sono note le tappe fondamentali di questo percorso di affiancamento ed avanzamento del diritto comunitario rispetto quello interno.

La Corte di giustizia, nel caso Simmenthal, responsabilizzava il Giudice ordinario a garantire l'applicazione del diritto eurocomunitario per il caso di fonti immediatamente efficaci.

La Corte costituzionale, nel contenzioso Granital, confermava quest'impianto generale, mentre, anche con giurisprudenza successiva, precisava che nel caso di contrasto di norma interna priva di efficacia diretta, cionondimeno l'applicazione del diritto interno non è automatica in quanto, in tal caso, detta applicazione si risolverebbe, comunque, in possibile violazione dei Trattati.

Il giudice comune, in questo secondo caso, si troverebbe di fronte all'*out out* costituito dall'applicazione di una norma interna solo formalmente valida, ma, in sostanza, illegittima perché contraria alla Costituzione in relazione agli art. 11 e 117 Cost. (illegittimità costituzionale mediata dal diritto eurocomunitario).

Il dubbio interpretativo, eventualmente, può essere risolto preventivamente dal giudice ordinario, se dal caso interrogando la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, ma, se la situazione di conflitto con l'ordinamento eurounitario si conclama, allora è doveroso il rinvio alla Corte costituzionale per la decisione circa l'interpretazione, abrogazione od applicazione conforme ai Trattati.

Si è posta, come si accennava, la questione della compatibilità delle regole sul contratto a termine nell'ordinamento interno con l'ordinamento euro-comunitario, e, segnatamente, rispetto alla direttiva 1999/70/CE.

Questione rilevante, in particolare, nel settore del pubblico impiego scolastico perché, come pure segnalato dalla Corte costituzionale (cfr. ord. 207/2013, *infra*), il contratto a termine è, per la peculiarità del settore, connaturale al sistema, dunque ne è legittimo il ricorso, sicché la fattispecie di abuso per prolungamento dello stato di precarietà è, *recte*, era, sostanzialmente privo di sanzioni.

Ciò, come intuibile, in possibile contrasto con la Direttiva cit.

La Corte costituzionale, con ordinanza 207/2013, ha ritenuto che la questione di costituzionalità dell'art. 4, commi 1 e 11 l. 124/1999 dipendesse, preventivamente, dall'esatta interpretazione da effettuare sulla clausola 5 dell'Accordo 1999/70/CE (misure di prevenzione degli abusi).

Interpretazione, in specie, da cui sarebbe dipesa la questione di costituzionalità perché, in ipotesi, il ricorso alle supplenze con contratto a termine, siccome giustificata da ragioni contingenti al sistema scolastico, ben avrebbe potuto essere considerata sintonica rispetto all'ordinamento eurounitario, ovvero distonica, a seconda, appunto, della lettura della Direttiva cit.

La Corte, pertanto, effettua rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267, comma 3, del TFUE, ritenendo che il riferimento alla giurisdizione nazionale afferisca anche alla Corte costituzionale di uno Stato membro.

Ciò ai fini, dunque, del giudizio di costituzionalità della l. 124 cit., perché, alla luce dell'inattitudine alla diretta applicazione della Direttiva cit., come confermato più volte dalla

CGUE, il giudice interno rimettente si era trovato in una situazione di out - out di cui si è detto sopra.

La Corte, con soluzione innovativa, ritiene comunque di procedere essa a chiedere direttamente alla Corte di giustizia una soluzione interpretativa volta ad orientare il successivo giudizio da operare in forza degli art. 11 e 117 Cost.

Evidenziava la Corte, a monte, una serie di criticità interpretative che non consentivano, in definitiva, la possibilità di rinvenire una disposizione interna, nel settore in questione, utile a sanzionare la fattispecie nei termini richiesti dalla clausola 5 cit.

Segnalava, infatti, che il rimedio risarcitorio non è applicabile perché, in sostanza, ai sensi dell'art. 36 d.lgs 165/2001 "*il lavoratore interessato ha il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*" e tali disposizioni imperative non sussisterebbero, per l'esclusione operata dall'art. 10, comma 4 bis d.lgs 368/2001 e per l'assenza di disposizioni perentorie in seno alla l. 124/1999, in relazione al personale scolastico.

Segnalava, parimenti, come l'art. 97 Cost e l'art. 36 d.lgs 165 cit., escludessero la conversione del contratto.

Il dubbio, dunque, è se sia compatibile il ricorso di contratti a termine nel settore scolastico senza previsione di limiti di durata (tempi certi delle procedure concorsuali) e senza misure di prevenzione degli abusi (risarcitorie) positivamente previste.

Seguiva, come detto, rinvio alla CGUE ex. art. 267 TFUE, ritenendo la Corte la clausola 5 dell'Accordo non fosse norma direttamente applicabile (varie sentenze CGUE) e, pertanto, il contrasto non sarebbe stato risolvibile con il rimedio della disapplicazione diffusa; per tale motivo la questione della compatibilità della normativa interna con l'ordinamento EU è di rilevanza costituzionale, ai sensi dell'art. 117 Cost.

Seguiva domanda alla CGUE onde chiarire la compatibilità della normativa comunitaria "*al fine del successivo giudizio di legittimità da compiere rispetto al parametro costituzionale integrato dalla suddetta normativa*" (cfr. C. Cost. ibidem).

Si pronunciava la CGUE sulle domande proposte dalla Corte costituzionale (e su altro rinvio pregiudiziale proposto dal Tribunale di Napoli) con sentenza 26/11/2014 (sentenza Mascolo) che, in sintesi estrema, ritiene pure compatibile il sistema interno in astratto, anche con riferimento alla possibilità di usare il contratto su posto vacante (ipotesi più problematica, n.d.a.), ossia in attesa di nomina di un effettivo titolare a seguito di procedura concorsuale, così come lo è (ipotesi meno problematica e pienamente fisiologica) di uso del contratto a termine per adeguamento dell'organico alle contingenze (mutamento della popolazione scolastica, malattia, gravidanza od altra causa implicante una sostituzione del titolare).

Va focalizzato, dunque, l'attrito con l'ordinamento euro-comunitario.

La Corte evidenzia, al riguardo, non tanto l'assenza di una previsione, analoga a quella per il settore privato (i 36 mesi ex. d.lgs 368/2001) di durata massima, quanto l'assenza di tempi certi per lo svolgimento di procedure concorsuali, essa sì vera ragione che, in concreto, pone il lavoratore nella soggezione del datore di lavoro che, in ipotesi, potrebbe bandire o non bandire una procedura concorsuale, così avvantaggiandosi della prestazione a termine del dipendente: in tal caso il precariato sarebbe reso regime di *default*, dunque censurabile ai sensi della normativa eurocomunitaria che, invece, scongiura l'uso indiscriminato del contratto a termine.

Ne consegue, pertanto, che anche l'assenza di una misura risarcitoria per il personale che è stato soggetto a tale condizione di precariato distorto, è ingiustificata e, per conseguenza,

è contraria al diritto dell'UE l'assenza di disposizioni interne utili a richiedere un risarcimento;

È seguita la l. 107/2015, la cui rilevanza sulle superiori questioni si palesa con varie disposizioni[8].

La Corte costituzionale, con sentenza 187/2016 (dep. 20/07/2016), d'un canto dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, l. 124/1999 – in relazione alla clausola 5 dell'Accordo 1999/70/CE veicolato dall'art. 117 Cost – ma, cionondimeno, affermava la sufficienza delle disposizioni di cui alla l. 107/2015 (supra) quali disposizioni sananti per il passato la violazione (tutela reale e concorsi cadenzati) e per il futuro (limite temporale del contratto a termine e tutela risarcitoria).

Nelle more, e pressoché contestualmente, si era pronunciata, sulla generalità del pubblico impiego e non sul settore scolastico, la Cassazione a SS.UU. con sentenza 15/03/2016, n. 5072.

La Suprema Corte, sul punto, affermava la sufficienza, per il pubblico impiego, della sola tutela risarcitoria quale misura idonea a reprimere gli abusi del contratto a termine, ivi evidenziando la specialità del settore pubblico in ragione, essenzialmente, del principio dell'accesso ai ruoli per pubblico concorso (cfr. art. 97 Cost.) e l'omogeneità tendenziale col settore privato, sia pure in presenza, in quest'ultimo contesto, di una *tutela in più* costituita dalla conversione del contratto (cfr. dl.gs 368/2011 e, poi, d.lgs 81/2015).

Si ha, per il Supremo consesso, che l'art. 36 d.lgs 165/2001 debba essere inteso quale norma di per sé necessaria, sebbene non sufficiente, a prevenire e reprimere gli abusi, considerato anche le disposizioni satellite (responsabilità dirigenziali e simili) che scoraggiano la reiterazione di contratti a termine.

Tale disposizione, però, è solo generale e "programmatica", in quanto si limita ad affermare che il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno, senza specificare null'altro, ossia in quale misura, per quali eventi di danno e per quali conseguenze lesive.

Il danno patito dal dipendente contrattualizzato illecitamente si comporrebbe, in sintesi, di due macro-voci, una sottendente la situazione di illegalità in cui si è sviluppato il rapporto, un'altra ricomprendente le classiche voci di danno da lucro ex. art. 1223 e ss. c.c. (sostanzialmente perdita di chance ad altri impieghi).

Non vi dovrebbe rientrare, nella seconda macro-voce, il lucro per mancata contrattualizzazione tempo indeterminato, perché "*se la pubblica amministrazione non avesse fatto illegittimo ricorso al contratto a termine, non per questo il lavoratore sarebbe stato assunto a tempo indeterminato senza concorso pubblico*" (cfr. Cass. cit., pt 12, cpv. 4), sempre in ragione dell'esistenza del limite legittimo di cui all'art. 36 d.lgs cit., mentre la prima macro-voce di danno, invece, andrebbe considerata, sostanzialmente, sussistente *in re ipsa* perché derivata dalla mera illegalità della condizione sottostante.

La seconda macro-voce, invece, è sì ipotizzabile, ma non quale danno *in re ipsa* ed andrebbe, pertanto, comprovata in giudizio secondo gli ordinari criteri processuali di riparto dell'onere probatorio.

[8] a) la previsione di una cadenza costante (triennale) di concorsi nazionali su base regionale (comma 113 che modifica l'art. 400 d.lgs 297/1994), così da cancellare la distonia col diritto dell'UE nella parte in cui le supplenze su posto vacante, in ipotesi, potevano essere in sequenza illimitata perché "in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali" come semplicemente stabilità dall'art. 4 l. 124/1999; b) un piano straordinario di stabilizzazione, così cancellando le violazioni passate con una sorta di tutela risarcitoria reale (commi 95 e ss.); c) un limite temporale di ricorso al contratto a termine, sempre su posto vacante, di 36 mesi (comma 131) e la previsione di un risarcimento pecuniario per il caso di sforamento (comma 132).

La misura del risarcimento, non essendoci riferimenti normativi, può essere individuata in quella prevista dall'art. 32 l. 183/2010, intendendosi tale riferimento esterno quale rinvio di mera forma.

Si potrebbe evidenziare, al riguardo, una vera e propria applicazione analogica, sia consentito dire "*in supplenza*", di una norma prevista per una fattispecie diversa (l'art. 32 cit., infatti, prevede l'indennizzo risarcitorio per il lavoratore che, reattivo avverso l'abuso del contratto a termine, fruisce dell'istituto della conversione) ma che la Corte ritiene fattispecie omogenea a quella trattata (abuso nel settore pubblico).

Tale omogeneità, in specie, non sarebbe scalfita dal fatto che, a saldo, il dipendente privato gode di una *tutela in più* costituita dall'istituto della conversione, in quanto, pur vero ciò, quantunque l'indennizzo risarcitorio di cui all'art. 32 cit. (poi art. 28 d.lgs 81/2015) è onnicomprensivo e costituisce misura massima di pecunia realizzabile in sede giurisdizionale.

Per il ricorrente dipendente pubblico, invece, l'istituto di cui all'art. 32 cit. è solo il minimo cui si può aggiungere il danno ulteriore (da perdita di chance, essenzialmente) e non vigerebbe l'onnicomprensività, dunque il lavoratore pubblico potrebbe chiedere anche ristori per voci stipendiali e contributive che, invece, non potrebbe chiedere il dipendente privato.

Un'interpretazione adeguatrice in relazione alla clausola 5 Direttiva 1999/70/CE del codice civile, poi, implicherebbe un esonero probatorio con riferimento alla prima macro-voce di danno, atteso che se il lavoratore fosse onerato di provare le conseguenze scaturenti dall'abuso, avrebbe un ostacolo processuale che si risolverebbe, di fatto, in un ostacolo all'implementazione del disposto di cui alla Direttiva.

Il risarcimento del danno da abusiva reiterazione, pertanto, va operato proprio ai sensi dell'art. 32 cit., con attribuzione di *default*, in base ai parametri di cui all'art. 8 l. 15/07/1966, n. 604, di un quantum tra 2,5 mensilità e 12, salvo il danno ulteriore ove comprovato.

La Corte di cassazione, nel periodo immediatamente successivo, con varie pronunce (cfr. Cass. 22557/2016), da, sostanzialmente, continuità alla sentenza 5072/2016.

Veniva precisata dalla giurisprudenza, in particolare, la specialità della disciplina sul reclutamento in ambito scolastico, nonché veniva evidenziata l'impossibilità di trasposizione della normativa dettata per il settore pubblico in generale con il più ristretto settore del pubblico impiego nella scuola[9].

Si chiariva, dunque, come lo sforamento dei termini (i famosi 36 mesi, n.d.r.) o l'inerzia nell'indizione di procedure di reclutamento, non sarebbe più potuto rimanere senza sanzione, pena la perduranza del contrasto con l'ordinamento euro-unitario.

La l. 107/2015, come pure evidenziava la Corte costituzionale, avrebbe sanato l'abuso in via generalizzata attraverso una procedura di stabilizzazione ed altre norme[10].

---

[9] Ciò perché la disciplina del settore scolastica è *lex specialis* e, in qualche misura, è sempre stato immanente un precetto analogo, ossia quello della tendenziale stabilizzazione per cadenze triennali (cfr. interventi sul T.U. scuola nel tempo, l. 124/1999), tutto sommato simile al termine di cui al d.lgs cit. e, sempre tendenzialmente, anche le GAE erano (comma 605, l. 296/2006) divenute ad esaurimento così non essendo più consentito un accumulo di precariato e che, nel tempo (proprio nel 2006 e poi nel 2008 e 2011) erano stati effettuati interpelli straordinari per lo svuotamento delle GAE; che, però, prima dell'ordinanza C. Cost 207/2013, della sentenza CGUE Mascolo e della sentenza C. cost 187/2016, trattavasi di termine comunque privo di sanzione, così come era priva di sanzione l'inerzia del legislatore nell'assumere chi versa in una situazione di precariato (GAE).

[10] col piano straordinario (comma 95), con la cadenza dei concorsi (commi 101 e ss.), nonché con il termine massimo (comma 131) e con il fondo per i risarcimenti (comma 132).

La Corte di cassazione, con specifico riferimento al settore scolastico, evidenziava che, in ogni caso, le GAE non venivano cancellate, sicché il personale non stabilizzato con la l. 107, in ipotesi, comunque avrebbe potuto patire un eccesso di precarizzazione, e, parimenti avrebbe potuto continuare a patirlo chi, in passato, è stato precario a lungo, ma, in tal caso, l'avvenuta stabilizzazione secondo procedura ordinaria (scorrimento delle GAE ai sensi del T.U. scuola) sarebbe da considerare comunque misura idonea ad (avere) sanato la situazione illecita, dunque non compete alcun risarcimento per il caso di stabilizzazione *aliunde*.

Si fissa in via giurisprudenziale, altresì, il principio in base al quale il termine di durata massima debba essere considerato, intanto, perentorio, non tendenziale, in ragione della necessità di dare concretezza ai moniti della CGUE e in ragione della sentenza 187/2016 della C. Cost che dichiarava illegittimo l'art. 4, comma 11, l. 124/1999 nella parte in cui non prevedeva un limite massimo.

Come già chiariva Cass. 5072/2016, la fattispecie analoga prevista per il settore privato era rappresentativa di una misura ordinamentale del contratto a termine valida anche nel P.U., sicché è certo che il termine massimo per la reiterazione è da fissare in 36 mesi (anche in sintonia con le norme programmatiche che fissano la cadenza dei concorsi).

3. *L'obbligazione che ne consegue: ambulatorietà del risarcimento*

Ci si chiede, in ultimo, se il sistema delineato in via giurisprudenziale sia, in concreto, idoneo a tutelare tutti gli interessi coinvolti che, come visto, investono tanto il piano della tutela soggettiva, quanto quella collettiva/ordinamentale.

Il conflitto tra ordinamento ed interno e sovranazionale è regolato, come si è detto, attraverso l'imposizione di un'obbligazione risarcitoria a carico della parte datoriale pubblica.

Essa, tuttavia, parrebbe difettare del requisito della stabilità che caratterizza, invece, eguali rimedi risarcitori di natura, per così dire, tradizionale.

Viene meno, nella figura di danno in commento, una vera e propria lesione patrimoniale, come tale da intendersi quella incidente su spettanze ben individuate e già acquisite, appunto, alle facoltà, anche solo potenziali, di fare e di disporre di un dato soggetto.

Le variabili, in sintesi, sono molteplici.

L'aleatorietà dell'evoluzione dello stato di servizio del dipendente ricorrente, ad esempio, può incidere sulla stabilità dell'obbligazione risarcitoria, non potendosi escludere che l'assunzione in ruolo, se non entro il termine individuato in via giurisprudenziale, comunque avvenga in un tempo successivo.

L'allineamento postumo, da parte del datore di lavoro pubblico, al diritto dell'Unione, altresì, incide sulle vicende concomitanti e successive all'azione risarcitoria, come avverrebbe, ad esempio, nel caso d'indizione di procedura di reclutamento od altra *misura energica* avente valore sanante.

Aleatoria, altresì, è la sussistenza dell'unico *bene* che coinvolge l'economia della fattispecie, vale a dire l'impiego in sé che, in ipotesi, è anch'esso incerto per una pluralità di ragioni, quali, ad esempio, il disinteresse della parte privata a contrarre in via definitiva, nonché l'incertezza insita in ogni procedura selettiva pubblica il cui esito, per definizione, non può essere garantito anche nel caso di selezione blanda.

È esemplificativo, per alcuni aspetti, il seguente caso giurisprudenziale ove il Tribunale (cfr. Tribunale di Marsala 12/01/2021) applica i superiori principi, consolidatisi anche nelle

Corte d'Appello territoriale affermando, in sostanza, l'esistenza di una situazione di indebito, con riferimento alla condanna risarcitoria, allorquando ad essa sia seguita la stabilizzazione.

Ciò, peraltro, nonostante la formazione di giudicato formale in ordine alla condanna risarcitoria per abuso nella reiterazione di rapporto a termine nel settore pubblico.

Il caso, relativo a reiterazione abusiva di contratto a termine da parte di Ente locale, in violazione del d.lgs 368/2001 (*recte*: d.lgs 81/2015) come applicato da Cass. 5072/2016, aveva determinato condanna di merito al risarcimento ex. art. 36 d.lgs 165/2001 e, dopo il passaggio in giudicato della stessa, a decreto ingiuntivo, ai fini esecutivi contro l'Ente locale.

Il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sull'opposizione del debitore opponente, accoglie le tesi da quest'ultimo formulate, precisando che "*sebbene l'assunzione sia avvenuta dopo il passaggio in giudicato della sentenza, detto fatto non può essere ignorato. Del resto, il resistente ha ottenuto il risarcimento del danno in luogo della chiesta stabilizzazione o reintegra nel posto di lavoro" (cfr., conclusioni degli odierni resistenti nei giudizi di appello), sulla scorta della nota sentenza delle Sezioni Unite dalla Corte di cassazione n. 5072/2016. Così, se l'assunzione ed il diritto al risarcimento del danno sono rimedi equivalenti, il resistente non avrebbe dovuto accettare la prima se voleva ottenere il secondo; ottenuta l'assunzione, insomma, il risarcimento costituirebbe un pagamento non dovuto, suscettibile di ripetizione di indebito in favore del Comune. A tale conclusione si giunge ancorchè le sentenze dedotte in decreto ingiuntivo sia passata in giudicato"* [11].

Il ragionamento che precede, inoltre, viene applicato per analogia rispetto alle conclusioni cui la Cassazione era giunta proprio con riferimento alla sanzione risarcitoria per il caso di abuso del contratto nel settore scuola.

Al di là delle vicende, anche processuali, del caso concreto di cui sopra, le riflessioni che si possono svolgere sono molteplici.

La difformità del diritto interno con quello sovranazionale configura, invero, una peculiare forma di responsabilità che, tuttavia, mutua esclusivamente strumenti tradizionali tipici del diritto sostanziale e processuale civile.

L'utilizzo, a fini ordinamentali e di adeguamento, degli strumenti giurisdizionali civili si presta, ontologicamente, all'incertezza del diritto.

Il risarcimento del danno, infatti, presuppone a monte un diritto soggettivo di natura patrimoniale, vale a dire una spettanza concretamente presente nel patrimonio del soggetto attore.

La giurisdizione, quale strumento secondario di attuazione dei diritti, è tarata su quest'impostazione, sicché la condanna è funzionale alla soddisfazione di pretese patrimoniali, non ordinamentali o pubblicistiche.

Si risarcisce, dunque, un non diritto soggettivo, con conseguente inefficienza del sistema perché, si ritiene, la ripetizione di un indebito costituito da un titolo giurisdizionale incontrovertibile sembrerebbe, invero, una vera e propria contraddizione in termini, con buona pace della certezza del diritto.

La creazione di una figura di "danno dissuasivo", sebbene con valenza comunitaria e di tutela di diritti di rango elevato, non esime, dunque, l'interprete dalla verifica delle condizioni idonee per l'innesto di una simile figura nel sistema della responsabilità civile.

Il recupero del principio di legalità, o, comunque, un'analisi dell'istituto e dei suoi eventuali controlimiti, appare operazione ineludibile per l'interprete, come pure già

[11] cfr. Trib. Marsala, sent. 21/01/2021, n. 691.

effettuato, ad esempio dalla Corte di cassazione in tema di riconoscimento di titolo estero comportante l'applicazione di *punitive damages* (cfr. Cass. 16601/2017).

Non si discute, beninteso, del fondamento della misura di deterrente, anche di tipo sanzionatorio, quanto, piuttosto, delle sue condizioni di concreta implementazione nell'impianto tradizionale delle obbligazioni risarcitorie.

La riflessione per l'interprete, in definitiva, non può dirsi conclusa, atteso il *gap* intrinseco che permea la tematica del danno per finalità sanzionatorie, vale a dire l'assenza di un concreto legame con posizioni soggettive incontrovertibili e la natura supplente rispetto finalità socio-collettive rispetto alle quali è richiesta una forzatura alle forme tradizionali del diritto sostanziale e processuale civile.

CLAUDIA GIANNINÒ*

La tutela lavoristica dei minori tra vecchie questioni e nuove tendenze nel contesto tecnologico**

SOMMARIO: 1. Introduzione: il mondo del lavoro che cambia. – 2. Le tutele multilivello: dall'OIL al Legislatore nazionale. – 3. Le tutele apprestate al lavoro dei minori (in generale). – 4. La (mancata) tutela apprestata ai minori che lavorano su piattaforma.

ABSTRACT: ***This contribution examines the complex landscape of child labor within digital platforms, focusing on the inadequate protections for minors engaged as content creators or influencers. As the digital economy expands, fueled by the rise of social media platforms, young individuals often find themselves navigating new forms of digital work. While these activities can offer opportunities for skill development and creativity, they also expose minors to potential exploitation and risks to their well-being and educational paths. Thus, the work delves into the legal frameworks that have traditionally governed child labor, highlighting their inadequacy in the digital environment. In addition to providing a brief historical perspective on child labor, it critiques current legal measures and discusses the potential for new rights and protections that could better address the realities of modern child labor in the digital sphere. The article underlines that in 2020, France began legislating specifically around the commercial exploitation of minors' images on online platforms, emphasizing that similar protections are urgently needed elsewhere, including Italy. Consequently, this work calls for a reevaluation of existing legal frameworks to better safeguard the rights and well-being of young digital workers in the face of rapid technological change and evolving labor markets.***

1. *Introduzione: il mondo del lavoro che cambia*

Nel corso degli ultimi decenni, il mondo del lavoro ha subito una trasformazione senza precedenti, alimentata dal rapido avanzamento delle tecnologie digitali. Questo processo di cambiamento ha influenzato profondamente la struttura delle società globali, ridefinendo le dinamiche occupazionali, la natura delle competenze richieste e le modalità di interazione tra individui e macchine, conducendo alla cosiddetta Quarta Rivoluzione Industriale.

La crescente pervasività degli *smart objects* e delle piattaforme digitali ha giocato un ruolo chiave, impattando settori industriali e professionali in maniera trasversale. L'introduzione dell'intelligenza artificiale, dell'automazione avanzata, dell'analisi dei dati e delle comunicazioni digitali sta conducendo all'esasperazione del fenomeno di iperglobalizzazione[1] già in atto e allo stesso tempo determina una ridefinizione dei tradizionali paradigmi lavorativi, sollevando interrogativi riguardo alle competenze necessarie in questo nuovo panorama e alla possibilità della formazione di nuovi diritti.

* Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] La paternità del concetto di iperglobalizzazione è attribuita al professore ed economista D. Rodrik, il quale si pone in maniera critica circa la globalizzazione finanziaria senza vincoli, evidenziando i pericoli e gli effetti che ne possono derivare, tra cui l'inasprimento delle disuguaglianze, foriere di rischi per il mercato del lavoro. Cfr. D. RODRIK, *The globalization paradox*: *Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist,* W.W. Norton, New York-London 2011.

D'altra parte, il contesto socio-digitale rappresenta una delle espressioni tangibili del ritmo dell'innovazione tecnologica: le conoscenze moderne e le capacità di cui si dispone oggi sono il frutto di un'accelerazione senza precedenti e delineano un paesaggio sempre mutevole, che porta con sé la necessità di stabilire regole *ad hoc*, in grado di cogliere gli aspetti di particolare dinamicità e complessità insiti a questo futuro incerto.

La compenetrazione della vita "reale" con quella digitale, di cui è manifestazione l'iperconnessione permanente (sempre più diffusa nella cosiddetta generazione Z) dettata anche dai *social networks*, sta delineando un orizzonte - sempre più prossimo - in cui emergono nuove forme e declinazioni di interazioni sociali e così anche occupazionali.

Nell'"*E-Agorà*, si affermano nuove tecniche di realizzazione dello scambio di beni e servizi"[2] e si conferisce una nuova dimensione alle attività professionali già esistenti che, pur mostrando aspetti innovativi e opportunità, sollevano interrogativi rilevanti.

In questo contesto digitale, la presenza di giovani attori nel mondo del lavoro digitale, spesso identificati come "*creators*" (nonostante la loro giovane età), suscita interesse, sebbene la comunità scientifica e le istituzioni nazionali non siano particolarmente attente al tema

Infatti, la percezione sociale in Italia, riguardo al lavoro dei minori, rimane ancora strettamente legata a due categorie distintive, quasi antitetiche: lo sfruttamento (riferito sia a mansioni fisicamente degradanti che a posizioni caratterizzate da remunerazioni inadeguate rispetto all'orario lavorativo e alla natura del compito svolto) e i "lavoretti" (intendendo per tali quelli svolti presso un familiare ovvero che non richiedono un considerevole sforzo fisico e che possono anch'essi essere mal retribuiti)[3].

Cionondimeno, si rende necessario indagare e analizzare criticamente il fenomeno del lavoro minorile su *social networks*, come Instagram, TikTok e YouTube (alcune delle piattaforme digitali più diffuse e influenti), nonché le tutele ivi apprestate; pur non essendo vere e proprie *labour platforms*, questi *social* facilitano l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, promuovendo un contatto indiretto tra produttore e consumatore, grazie all'uso dell'intermediazione dei cosiddetti *influencer* (di cui si darà conto più avanti), a vantaggio dell'efficienza, della riduzione dei costi e dei tempi di esecuzione da parte dell'impresa che decide di farvi ricorso. La transizione dal mercato fisico a quello virtuale rivela una serie indefinita di nuove prospettive e complessità; il passaggio dalla realtà al virtuale e viceversa mostra sempre più contorni sfumati ed impalpabili: la tangibilità del mondo "reale" non è più l'unica a presentare profili di interesse, in quanto anche lo spazio virtuale sta diventando il luogo per la fruizione di beni e servizi di beni inesistenti nella realtà ma circoscritti al metaverso[4].

---

[2] R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, in *EJPLT*, 1/2022, 74.

[3] In una prospettiva più generale, come rileva un'indagine condotta da Save the Children, il lavoro minorile si diffonde ampiamente non solo nelle società dei Paesi in via di sviluppo, ma anche nei Paesi industrializzati, dove spesso si tende a occultarlo, stigmatizzarlo e discuterne solamente quando emergono situazioni estreme pregiudizievoli per l'infanzia, il potenziale, la dignità e lo sviluppo fisico e morale dei minori. Sebbene il fenomeno del lavoro minorile in Italia non presenti i contorni drammatici riscontrabili in altre zone del mondo, vi è una diffusa partecipazione di ragazzi e ragazze a occupazioni lavorative prima dell'età consentita, con conseguenti rischi significativi per i loro percorsi educativi e di sviluppo adolescenziale. Cfr. SAVE THE CHILDREN, *Diritti ai Margini*, 2014.

[4] R. CARLEO, cit., 75. Per un approfondimento sulle implicazioni giuridiche sul tema si vedano i contributi di S. VITRÒ, *Il metaverso: una relazione introduttiva*; L.M. QUATTROCCHIO, *Il metaverso: aspetti giuridici*; P. VIRANO, *Il Metaverso nel diritto industriale italiano: quale tutela per il concept store?* tutti in *Jus Civile*, 3/2023.

L'"ubiquità" del digitale e, in modo preponderante, dei *social networks* ha infatti ampliato grandemente le possibilità di accedere al mondo della *digital economy* anche da parte dei giovani, ed ha al contempo sollevato preoccupazioni in merito alla sicurezza, all'etica e alle conseguenze a lungo termine sul benessere dei minori coinvolti. Peraltro, uno studio relativo al complesso e dinamico fenomeno[5] del lavoro minorile si configura come un'impresa tutt'altro che agevole. Come si vedrà in seguito, l'approccio a tale fenomeno implica l'adozione di diverse definizioni nel corso del tempo, prevalentemente in testi normativi e legislativi.

Nell'ottica di delineare una panoramica esaustiva, si procederà dapprima ad un *excursus* normativo del lavoro minorile e alle tutele che sono state apprestate nel corso del tempo sino ad un'analisi dell'evoluzione attuale del fenomeno in un'ottica comparativa, mettendo dunque a confronto la l. 17 ottobre 1967, n. 977, così modificata dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, che disciplina il lavoro minorile in Italia e la *loi* francese n. 2020-1266 del 19 ottobre 2020, "volta a regolamentare lo sfruttamento commerciale delle immagini di bambini di età inferiore ai sedici anni sulle piattaforme online", al fine di indagare la necessità di introdurre una disciplina *ad hoc* del fenomeno anche nel territorio nazionale e di riconoscere nuovi diritti.

2. *Le tutele multilivello: dall'OIL al Legislatore nazionale*

Il lavoro minorile è sempre esistito[6] e, com'è noto, all'interno delle società preindustriali era ampiamente diffuso e accettato. Esso assunse connotazioni drammatiche con l'avvento della Prima e la Seconda Rivoluzione Industriale, spesso messe in luce dagli intellettuali dell'epoca,[7] che hanno portato alla progressiva emanazione di leggi, normative e raccomandazioni specifiche volte a regolamentare e tutelare i diritti dell'infanzia e il lavoro dei minori, in molti casi limitandolo o proibendolo (v. *infra*)[8].

---

[5] Il lavoro minorile viene talvolta definito dalla dottrina come un *fenomeno dai mille volti*, che assume sfumature differenti a seconda dei contesti economici, giuridici, culturali e familiari in cui si verifica. R. NUNIN, *Il lavoro minorile nell'era della globalizzazione: riflessioni a margine di una recente convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Italian Labour Law e-Journal*, Opinioni e Commenti – Articles, 1998-2002.

[6] Si osserva come anche a Roma i minori svolgevano attività lavorative nonostante le fonti in merito siano molto scarse, in quanto «gli abitanti dell'universo greco-romano non descrivevano i bambini al lavoro, perché non coglievano in questo aspetto della vita quotidiana, urbana e rurale, un'attività con caratteristiche peculiari e distintive. Ancor meno giudicavano questa attività una degenerazione della vita infantile, che si vorrebbe separata dall'esperienza lavorativa, specie se coatta.» P. PORENA, *Il lavoro infantile*, in *Storia del lavoro in Italia. L'età romana. Liberi, semiliberi e schiavi in una società premoderna*, a cura di A. Marcone, Castelvecchi, Roma 2016, 663. Sul lavoro minorile a Roma, si vedano pure K. R. BRADLEY, *Child Labour in the Roman World*, in *Historical Reflections*, vol. 12, 2/1985, 311-330; C. LAES, *Child Slaves at Work in Roman Antiquity*, in *Ancient Society*, 38/2008, 235-283.

[7] Si fa riferimento alle opere degli scrittori dell'epoca, tra cui Oliver Twist (di Charles Dickens), Germinal (di Èmile Zola) e Rosso Malpelo (di Giovanni Verga), così come a quelle degli intellettuali, quale, ad esempio nel Manifesto del Partito Comunista, in cui Karl Marx e Friedrich Engels esprimono chiaramente la loro contrarietà a qualsiasi forma di sfruttamento dei minori, visti solo come strumenti di lavoro per i capitalisti.

[8] Per un'analisi storica del tema nel panorama nazionale, si veda M. MORELLO, *Alle origini della tutela del lavoro minorile nello Stato unitario: la l. 11 febbraio 1886, n. 3657, La tutela dei bambini sfruttati*, in *Milano University Press*, 5/2019; M. SALA CHIRI, *Alle origini della legislazione in Italia sul lavoro dei minori. (L'evoluzione storica fino al Testo Unico del 1907)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, X, 1981; M.V. BALLESTRERO, *Tre proposte ottocentesche per la disciplina legale del lavoro dei fanciulli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. TARELLO, vol. VIII, 2, il Mulino, Bologna 1978; M. LICHTNER,

Tuttavia, quando si parla di lavoro minorile si potrebbe erroneamente pensare alle prestazioni svolte da minori, così come vengono definiti all'art. 2, comma 1, c.c., il quale stabilisce che minore d'età è il soggetto che non ha ancora raggiunto la soglia dei diciotto anni. Una simile definizione e categorizzazione, però, appare troppo generica e poco condivisibile, in quanto non applicabile indistintamente a tutti i Paesi del mondo[9].

D'altra parte, che cosa si intenda per "lavoro minorile" non è chiaro ed univoco neanche all'interno delle Convenzioni emanate dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (d'ora in avanti, OIL), che si limitano a stabilire dei criteri definitori, ma allo stesso tempo includono clausole flessibili, così da tener conto delle disparità presenti nelle legislazioni dei vari Paesi aderenti[10].

Ebbene, nel panorama internazionale si rinvengono numerosi interventi normativi provenienti da più fonti[11], che, proprio in considerazione del problema qualificatorio sul soggetto che debba intendersi come "minorenne", hanno dapprima adottato un approccio basato sull'età.

Fin dalla sua istituzione, avvenuta nel 1919, l'OIL ha inserito nel tessuto della sua Costituzione, l'impegno a salvaguardare l'infanzia, come uno dei principali obiettivi per attuare la giustizia sociale e promuovere la pace universale[12], e a tale scopo ha emanato diverse Convenzioni[13] e Raccomandazioni volte ad orientare la regolamentazione del

---

L'organizzazione del lavoro in Italia, Editori Riuniti, Roma 1975; M. MINESSO, *Welfare e minori. L'Italia nel contesto europeo del Novecento*, Franco Angeli, Milano 2011; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge sul lavoro dei fanciulli*, in *Movimento operaio e socialista*, 4/1974; P. PASSANITI, *La legislazione sul lavoro delle donne e dei minori. L'Italia e l'Europa,* in *Welfare donne e giovani in Italia e in Europa nei secoli XIX-XX*, a cura di M. Minesso, Franco Angeli, Milano 2015; A. ERRERA, *A proposito di un progetto di legge italiano sul lavoro delle donne e dei fanciulli*, in *Rivista della beneficenza pubblica e degli istituti di previdenza*, VIII, 7/1880; M. Maffei, A. Vessia (a cura di), *La tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli*, Pem, Novara-Roma 1975; L. OPPEDISANO, P. NARDI, *La tutela del lavoro dei minori*, in *Lavoro@confronto*, *Rivista on-line della Fondazione Prof. Massimo D'Antona*, 4/2014.

[9] Cfr. M.T. TAGLIAVENTI, *Per un alfabeto comune: bambini e preadolescenti che lavorano*, in AA.VV., *Pianeta Infanzia. Questioni e documenti (Quaderno del Centro Nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza)*, n.7, Firenze 1999, 11.

[10] La mancanza di chiarezza ed esaustività la si rinviene anche nell'art. 3, comma 1, della Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo, siglata a New York il 20 novembre 1989, che rimanda al concetto di «migliore interesse del minore», senza fornire ulteriori precisazioni, in quanto afferma che: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse migliore del fanciullo deve essere una considerazione permanente.» Per un approfondimento sui problemi interpretativi e l'applicazione del *best interest of the child*, si veda E. LAMARQUE, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*; M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 2/2019; G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 1/2015.

[11] Si fa riferimento alle fonti del diritto internazionale del lavoro, tra cui la Costituzione, le Convenzioni e Raccomandazioni dell'OIL, nonché le Convenzioni elaborate da altre Organizzazioni Internazionali, come le Nazioni Unite, ovvero le interpretazioni della Costituzione dell'OIL e delle Convenzioni da parte degli organi di supervisione dell'OIL, financo le risoluzioni adottate dalle Conferenze Internazionali del Lavoro su temi specifici cosiddette risoluzioni.

[12] L. NOGLER, *Le fonti internazionali*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI, Utet, Torino 1998, I, CXI ss.

[13] Si tratta di Convenzioni volte a stabilire l'età minima di accesso al lavoro, differenziandola in ragione dei diversi settori economici: Età minima (lavoro industriale), C5 del 28 novembre 1919, non ratificata dall'Italia; Età minima (lavoro marittimo), C7 del 15 giugno 1920, ratificata in Italia il 14/07/1932; Età minima (agricoltura), C10 del 25 ottobre 1921, ratificata in Italia il 08/09/1924; Età minima (carbonai e fuochisti navali), C15 del 25 ottobre 1921, ratificata in Italia il 08/09/1924; Età minima (lavori non industriali) C33 del 30 aprile 1932, non ratificata dall'Italia; Età minima (lavoro marittimo) (riveduta), C58 del 22 ottobre 1936, ratificata in

fenomeno nei suoi Stati membri. Com'è noto rivestono particolare importanza le Convenzioni n. 138 del 6 giugno 1973 (entrata in vigore in Italia il 29 luglio 1982), e la n. 182 del 17 giugno 1999, aventi ad oggetto rispettivamente l'età minima di accesso al lavoro e le peggiori forme di lavoro minorile. La prima di queste, tramite l'art. 2, par. 3, modifica le scelte sino ad allora compiute rispetto alla differenziazione del limite minimo di età in ragione dei settori economici. Infatti, questo stabilisce che non è possibile accedere al lavoro[14] se non si è raggiunta l'età in cui termina la scuola dell'obbligo, né in ogni caso prima del compimento di quindici anni[15]; la seconda, invece, non si concentra sull'età minima di accesso al lavoro, bensì, sulle forme più odiose di lavoro minorile enunciate all'interno dell'art. 3[16], vietandole, al fine di diventare più flessibile e, di conseguenza, più attrattiva per i Paesi in via sviluppo che, almeno culturalmente, non condividono l'idea del divieto *tout court* dell'impiego di minori. La Convenzione del 1992 è entrata in vigore nel 2000 ed ha ottenuto nel 2020 l'adesione di tutti i 187 Stati membri, dimostrando un impegno, quantomeno formale, al contrasto alle attività più rischiose per la salute psico-fisica dei minori[17].

Italia il 22/10/1952; Età minima (industria) (riveduta), C59 del 03 giugno 1937, ratificata in Italia il 22/10/1952; Età minima (lavori non industriali) (riveduta), C60 del 03 giugno 1937, ratificata in Italia il 22/10/1952; Età minima (pescatori), C112 del 03 giugno 1959, ratificata in Italia il 05/05/1971; Età minima (lavori sotterranei), C123 del 02 giugno 1965, ratificata in Italia il 05/05/1971.

[14] Bisogna segnalare che nell'ambito di applicazione della normativa, non sono stati inclusi né il «lavoro effettuato da bambini o da adolescenti in istituti scolastici, in scuole professionali o tecniche o in altri istituti di formazione professionale», né «[il] lavoro effettuato da ragazzi di almeno quattordici anni in aziende, qualora tale lavoro venga compiuto conformemente alle condizioni prescritte dalle autorità competenti previa consultazione delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori interessati, se esistono, e faccia parte integrante: a) o di un insegnamento o di una formazione professionale la cui responsabilità spetti in primo luogo ad una scuola o ad un istituto di formazione professionale; b) o di un programma di formazione professionale approvato dall'autorità competente ed eseguito principalmente e interamente in una azienda; c) o di un programma di orientamento professionale destinato a facilitare la scelta di una professione o di un tipo di formazione professionale.» Art. 6 della Convenzione 138 del 1973.

[15] Tuttavia, la stessa Convenzione stabilisce delle deroghe. Infatti, l'art. 2, par. 4 prevede che «ciascun membro la cui economia e le cui istituzioni scolastiche non sono sufficientemente sviluppate potrà, previa consultazione delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori interessati, se esistono, specificare, in un primo tempo, un'età minima di quattordici anni.» D'altra parte, però, ai sensi dell'art. 3, par. 1, nel caso in cui il tipo di attività lavorativa possa essere rischiosa per la salute, la sicurezza o la moralità del minore, l'età minima è elevata a diciotto anni. Si deve anche rilevare che è prevista un'ulteriore possibilità di deroga, in quanto le autorità nazionali possono abbassare a 16 anni l'età di svolgimento di tutte quelle attività a rischio, a condizione che la salute, la sicurezza e la morale dei giovani siano adeguatamente tutelate.

[16] È bene sottolineare che la norma non ha come scopo quello di essere enunciare in modo esaustivo le declinazioni del lavoro minorile vietate. Questo si evince proprio dall'art. 3, lett. d), il quale rimanda ai Legislatori nazionali il compito di arricchirla, ossia di individuare i lavori che presentano maggiormente rischi per gli aspetti della vita dei minori enunciati dalla norma stessa, ossia la salute, la sicurezza o la moralità del minore, previa consultazione delle organizzazioni sindacali e datoriali, tenendo conto delle norme internazionali e delle disposizioni di cui alla Raccomandazione OIL n. 190 (approvata congiuntamente alla Convenzione). Tale individuazione avviene previa consultazione delle organizzazioni sindacali e datoriali, considerando le norme internazionali e le disposizioni stabilite dalla Raccomandazione OIL n. 190, approvata congiuntamente alla Convenzione.

[17] Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione dell'OIL 182 del 1999, si ritenendo più odiose: «tutte le forme di schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, quali la vendita o la tratta di minori, la servitù per debiti e l'asservimento, il lavoro forzato o obbligatorio, compreso il reclutamento forzato o obbligatorio di minori ai fini di un loro impiego nei conflitti armati; b) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore a fini di prostituzione, di produzione di materiale pornografico o di spettacoli pornografici; c) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore ai fini di attività illecite, quali, in particolare, quelle per la produzione e per il traffico di stupefacenti, così come

Rimanendo in ambito internazionale anche l'Organizzazione delle Nazioni Unite (d'ora in poi, ONU), come l'OIL[18], ha rivolto la sua attenzione al tema e nel 1989, a New York, ha emanato la già citata Convenzione sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Quest'ultima rappresenta un cambio di prospettiva, in quanto riconosce espressamente che i minori sono autonomi soggetti di diritto, titolari di diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici, e che pertanto non sono più solo oggetto di tutela e protezione.

Peraltro, è bene porre in evidenza l'art. 32 della Convenzione *de quo*, il quale afferma il diritto del fanciullo ad essere «protetto contro lo sfruttamento economico e di non essere costretto ad alcun lavoro che comporti rischi o sia suscettibile di porre a repentaglio la sua educazione o di nuocere alla sua salute o al suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale o sociale.» Come rilevato in dottrina[19], attraverso questa disposizione viene superata «la visione "occidentocentrica" della questione che aveva permeato tutti gli strumenti normativi adottati in precedenza, soprattutto in sede OIL, nonché l'idea stessa che i bambini abbiano necessariamente un diritto al non lavoro (*right not to work*)». Se l'OIL, in epoca più recente, si è concentrata sull'eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile (con la Convenzione n. 182/1999), il Legislatore europeo, invece, ha continuato a rivolgere la sua attenzione all'età di accesso al lavoro, legando quest'ultima al completamento della scuola dell'obbligo (riferendosi, quindi, alle diverse legislazioni degli Stati membri).

Spostando, dunque, il *focus* all'interno della Comunità europea, il primo strumento di *hard law* sul lavoro dei minori è rappresentato dalla direttiva n. 94/33/CE del 22 giugno 1994, relativa alla protezione della salute e della sicurezza dei giovani sul lavoro. Come si vedrà nel corso della trattazione, essa ha inciso sulla legislazione italiana, modificata nel 1999 proprio per rendere conforme la normativa nazionale a quella comunitaria.

La direttiva si pone in termini chiari e univoci, sia a livello soggettivo che oggettivo, al fine di garantire una coerenza nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme, nel rispetto delle intenzioni del legislatore comunitario. Essa, infatti, opera una distinzione: il lavoro infantile da un lato, e quello svolto dagli adolescenti dall'altro; regolamenta il lavoro degli adolescenti e, solo nei casi in cui ne prevede l'ammissibilità, la disciplina del lavoro dei bambini. Le definizioni del concetto di giovane, bambino e adolescente, ai fini della presente normativa, si rinvengono nell'art. 3: il giovane è il soggetto che non ha ancora compiuto 18 anni, il bambino è colui che non ha raggiunto 15 anni o che non ha finito di adempiere agli "obblighi scolastici a tempo pieno imposti dalla legislazione nazionale", l'adolescente, invece, è chi si trova nella fascia di età compresa tra i 15 e i 18 anni e che non ha più i suddetti obblighi[20]. Il campo di applicazione della direttiva è delimitato dall'art. 2 e include tutte le persone di età inferiore ai diciotto anni che sono coinvolte in un contratto o un rapporto di lavoro, come definito dalla legislazione di ciascuno Stato membro.

Ebbene, il lavoro dei bambini è ammesso nel caso in cui essi effettuino delle attività formative in alternanza o di tirocinio presso un'impresa - in conformità alle regole previste dall'autorità competente - oppure compiano lavori leggeri, rimandando al Legislatore

---

sono definiti dai trattati internazionali pertinenti; d) qualsiasi altro tipo di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischi di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore.»

[18] Rispetto alla funzione dell'OIL in generale, si veda G. CASALE, *Il ruolo dell'ILO negli ultimi cent'anni*, in *Lav. Dir. Eur.,* 2/2019.

[19] M. BORZAGA, *Contrasto al lavoro infantile e decent work,* Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 134.

[20] All'interno del quadro normativo nazionale più recente, il termine "giovani" indica invece, di regola, i soggetti tra i diciotto e i venticinque anni d'età di cui tratta il d.lgs. approvato dal Consiglio dei ministri il 25 febbraio del 2000.

nazionale il compito di determinare le categorie e le condizioni in cui queste devono svolgersi (art. 4 lett. b) e c)). I bambini possono anche essere assunti per la realizzazione di attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario, a condizione che l'autorità competente dia l'autorizzazione preliminare. Anche in questo caso è compito di ciascun Stato membro determinare quali sono le condizioni di lavoro per lo svolgimento di queste attività e la procedura per ottenere la suddetta autorizzazione. Tuttavia, i paragrafi 2 e 3 pongono dei limiti, specificando che il bambino non può comunque essere adibito allo svolgimento di compiti che possano comprometterne la salute, la sicurezza, lo sviluppo o la frequenza scolastica e, più in generale, la "capacità di beneficiare dell'istruzione". Preme sin da subito sottolineare come il disposto normativo in commento sia assolutamente attuale e ponga interrogativi circa la possibilità di far rientrare le attività lavorative dei minori espletate sui *social networks* nell'alveo di tale norma comunitaria e della norma nazionale di cui si dirà tra poco, nonché sulle implicazioni dello svolgimento di tali nuove occupazioni sulla crescita ed il benessere psico-fisico del bambino stesso.

In considerazione delle differenze definitorie contenute nei vari strumenti di regolamentazione sovranazionale, che non forniscono una risposta compiuta al problema qualificatorio sulla figura del minore, ed in ragione della difficoltà di trovare un terreno comune alle normative dei differenti Paesi, ai fini della presente indagine sembra più opportuno circoscrivere il fenomeno dei minori sui *social networks*, sulla base delle prestazioni eseguite in concreto[21].

A tal fine si è soliti distinguere il "*child work*"[22] dal "*child labour*"[23]. Infatti, seppur entrambi riferiti al contesto lavorativo, i due concetti vengono utilizzati con accezioni diverse, positiva, la prima e negativa, la seconda. Con l'espressione *child work* si indicano forme di attività lavorativa considerate di lieve entità che non incidono negativamente sullo sviluppo del bambino, o sulla sua frequenza scolastica, contribuendo invece al suo processo di crescita e di maturazione (ad esempio lavori domestici e attività di cura svolte all'interno del nucleo familiare). Al contrario, il *child labour* designa forme di occupazione minorile di solito svolte presso terzi, caratterizzate da un'intensità, durata e natura tali da renderle inappropriate per l'età del minore, con potenziali effetti pregiudizievoli sul suo sviluppo fisico, psicologico, morale, tra cui il lavoro in fabbrica o l'impiego in attività illecite, financo la prostituzione[24]. Sebbene sia corretto affermare che molte occupazioni espletate da individui nelle età dello sviluppo non implicano automaticamente sfruttamento, è altrettanto vero che, in virtù della mancanza di maturità psicofisica (in ragione dell'età), alcune categorie di attività lavorative sono comunemente considerate rischiose sotto il profilo fisico e potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore[25].

Nel contesto dei *social networks* bisognare indagare le modalità con cui il minore svolge la sua attività di lavoro, caso per caso, e i suoi risvolti, con lo scopo di comprendere se rientra nel *child work* o nel *child labour*, e dunque nell'alveo dei limiti posti proprio dalla

[21] Cfr. R. NUNIN, cit.

[22] In una prospettiva comparata, sull'efficacia delle politiche e dei programmi educativi nel trattare il tema del lavoro minorile nei Paesi del mondo a medio e basso reddito, si veda AA.VV., *Child Work and Child Labour: The Impact of Educational Policies and Programmes in Low- and Middle-Income Countries,* in *Innocenti Research Report, UNICEF Innocenti – Global Office of Research and Foresight*, 2023.

[23] V. ai siti web dell'OIL e dell'UNICEF.

[24] La più attenta dottrina osserva che in tal caso sia più corretto parlare di "crimini contro i minori" più che di "lavoro minorile". R. NUNIN, cit.

[25] Cfr. M. MISCIONE, *I minori verso il lavoro*, in *Il lavoro dei minori*, a cura di M. Miscione, Ipsoa, Milano 2002, 16.

regolamentazione sovranazionale (impedendo, ad esempio, la partecipazione obbligatoria alla scuola, così privando il minore di opportunità per lo sviluppo culturale e professionale). D'altra parte, l'art. 32, comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ribadisce che i giovani che lavorano «devono beneficiare di condizioni di lavoro appropriate alla loro età ed essere protetti contro lo sfruttamento economico o contro ogni lavoro che possa minarne la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale o che possa mettere a rischio la loro istruzione.»

3. *Le tutele apprestate al lavoro dei minori (in generale)*

In ambito nazionale, il lavoro minorile venne trattato e regolamentato in modo frammentato solo dalla fine del XIX secolo, adottando al riguardo una disciplina legislativa di tutela "speciale" (estesa anche alle donne)[26], più tardi rispetto alla legislazione francese[27].

Attualmente, nel panorama legislativo nazionale, il lavoro dei minori trova tutela nell'art. 37 Cost., comma 3, che sancisce il diritto del lavoratore minorenne alla parità di retribuzione a parità di lavoro e di mansioni svolte rispetto agli altri lavoratori, riconoscendo una tutela speciale per via della «condizione di inferiorità socio-economica e/o dalle ridotte capacità di questi soggetti»[28]. Al minore viene riconosciuto direttamente anche il diritto ad essere educato dai genitori (art. 31), il diritto all'istruzione, così da contrastare il lavoro minorile e di favorire lo sviluppo intellettuale (art. 34) e, indirettamente, il diritto alla salute, quale diritto fondamentale del cittadino che, con riferimento ai minori, implica il dovere dello Stato di proteggere la loro salute e di prevenire situazioni di sfruttamento lavorativo che ne possano compromettere l'integrità.

La Legge che disciplina il lavoro minorile attualmente vigente è la n. 977/1967, così modificata dal d.lgs. 345/99, in attuazione della direttiva n. 94/33/CE.

In particolare, la stretta correlazione tra l'età minima di ingresso nel mondo del lavoro e il completamento degli obblighi scolastici ha prodotto significative implicazioni. Le modifiche apportate dal d.lgs. 345 del 1999 alla legge del 1967, hanno consentito di armonizzare «quelli che fino ad allora erano stati due "microsistemi normativi" per molti versi ben congegnati, ma del tutto disgiunti tra loro.»[29] Invero, la versione originaria della l. n. 977 del 1967 prevedeva la possibilità di fare svolgere ai bambini attività culturali e lavori leggeri senza importanti limitazioni. Dopo l'introduzione della direttiva del 1994 all'interno del sistema legislativo italiano venne eliminato ogni riferimento ai lavori leggeri, anche se la normativa comunitaria, come evidenziato, non li vietasse del tutto.

La disciplina prevede all'art. 1 che l'età minima per l'ammissione al lavoro non può essere inferiore a 15 anni compiuti, subordinando, però, l'accesso al lavoro alla conclusione dell'obbligo scolastico che, a seguito dell'introduzione della l. 27 dicembre 2006, n. 296

---

[26] Con la locuzione disciplina speciale, si intende una disciplina «tradizionalmente ispirata ad una logica protettiva di tutela particolare, determinata principalmente dalla valutazione discriminante delle caratteristiche psicofisiche di immaturità e debolezza di tali categorie di lavoratori.» F. CARINCI, R. DE LUCA TOMAJO, P. TOSI e T. TREU, *Diritto del lavoro, vol. 2: Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 1989, 111-112.

[27] Infatti, proprio in Francia, il 22 marzo 1841, fu promulgata una legge riguardante l'occupazione dei bambini nelle industrie, fabbriche e laboratori e solo dopo le leggi Ferry del 1881 e 1882 venne introdotta l'istruzione gratuita e obbligatoria.

[28] F. BUFFA, F. CARACUTA, A. ANELLI, *Il lavoro minorile: problematiche giuridiche*, Halley editrice, Macerata 2005, 39.

[29] M. BORZAGA, cit., 214-215.

(art.1, comma 622), è di dieci anni. Dunque, di fatto, l'età minima di accesso al lavoro è indirettamente prevista poiché è subordinata al completamento dell'obbligo scolastico, che in Italia coincide con il compimento del sedicesimo anno di età.

Tra le tutele che l'ordinamento appresta al lavoratore, anche minorenne, bisogna porre in evidenza l'art. 2126 c.c. Invero, l'avvenuta violazione della norma sull'età minima per l'assunzione al lavoro non fa venir meno il diritto alla retribuzione per l'attività effettivamente prestata dal minore, stante il disposto di cui all'art. 2126, comma 2, c.c., rubricato "prestazioni di fatto con violazioni di legge", il quale sancisce che il lavoratore ha diritto alla retribuzione anche se il lavoro è prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro[30], nonché al versamento dei contributi previdenziali[31].

Peraltro, a seguito dell'emanazione della direttiva n. 93/104/CE, l'approccio protettivo in tema di orario di lavoro venne attenuato, determinando un assetto sostanzialmente elastico in materia[32].

Oggi, il nuovo art. 15 della l. n. 977 del 1967 vieta che possano essere adibiti al lavoro notturno gli adolescenti «eccezionalmente e per il tempo strettamente necessario (…) quando si verifica un caso di forza maggiore che ostacola il funzionamento dell'azienda», mentre per quanto attiene all'orario di lavoro, per i bambini, che sono liberi da obblighi scolastici, l'orario di lavoro non può superare le 7 ore giornaliere e le 35 settimanali; per gli adolescenti il limite massimo dell'orario di lavoro aumenta, non potendo superare le 8 ore giornaliere e le 40 settimanali (art. 18 della l. 977/1967).

Gli artt. 20 e 21 delle legge in commento regolamentano poi i riposi intermedi, disponendo il primo che quando l'orario di lavoro superi le 4 ore e mezza deve essere assicurato al minore un riposo di almeno un'ora, che può essere ridotto a mezz'ora se previsto dai contratti collettivi o, in assenza di disposizioni dei contratti collettivi, su autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro, solo ove il lavoro non presenti carattere di pericolosità o gravosità; il secondo, pone una deroga alla soprarichiamata disposizione, prevedendo che nei casi in cui il lavoro presenti carattere di pericolosità o gravosità, la Direzione provinciale del lavoro possa prescrivere che il lavoro dei fanciulli e degli adolescenti non duri senza interruzione più di 3 ore, stabilendo anche la durata del riposo intermedio.

Quanto al riposo settimanale, invece, si applicano le disposizioni vigenti in materia, ma - in ogni caso - al minore deve essere assicurato un riposo continuativo di almeno trentasei ore consecutive, se possibile comprendente la domenica, mentre ai minori occupati nelle rappresentazioni di spettacoli o in dirette radio-televisive può essere concesso anche in un giorno diverso dalla domenica (art. 22 della l. 977/1967). Infine, per quanto afferisce alle

[30] «In tema di lavoro minorile, l'avvenuta violazione della norma imperativa di cui all'art. 3, comma 1, della legge 17 ottobre 1967, n. 977, così come sostituito dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, che ha fissato a quindici anni l'età minima per l'assunzione al lavoro, non fa venir meno il diritto alla retribuzione per l'attività effettivamente prestata dal soggetto tutelato, stante il disposto, oltre che dell'art. 2126, comma 2, cod. civ., anche dell'art. 37 Cost., che sancisce il diritto del lavoratore minorenne alla parità di retribuzione a parità di lavoro e di mansioni svolte rispetto agli altri lavoratori, a nulla rilevando che il lavoratore a dette mansioni, in ragione dell'età, non potesse essere adibito.» Cass. civ., sez. lav., sent. n. 18856 del 2010.

[31] Come affermato da A. Gabriele sul ruolo dell'art. 2126: «L'art. 2126 c.c., rappresenta uno strumento giuridico per rimediare a un'ingiustizia altrimenti insanabile e provocata proprio dalla prestazione lavorativa dedotta nel contratto.» (…) «La norma riconosce gli effetti prodotti da un rapporto di fatto nei limiti in cui questo, in concreto, si sia svolto tra le parti.» A. GABRIELE, Il *principio della "prestazione di fatto" nel sistema rimediale del P.I. privatizzato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1/2020, 51:

[32] Cfr. F. CARINCI, *Il tempo di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Utet, Torino 1998.

ferie annuali, i fanciulli e gli adolescenti hanno diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite che non può essere inferiore a 30 giorni per coloro che non hanno compiuto i 16 anni e a 20 giorni per coloro che hanno superato i 16 anni di età; i contratti collettivi di lavoro possono regolare le modalità di godimento delle ferie (art. 23 della l. 977/1967). Sotto un profilo contrattuale, la giurisprudenza sia di legittimità che di merito è costante nel ritenere illegittime le disposizioni di quei contratti di lavoro che prevedono che il periodo per maturare gli scatti di anzianità decorra per i minori solo dal ventunesimo anno di età[33]. Pertanto, anche qualora il contratto collettivo continui a contenere disposizioni analoghe, queste non potranno essere applicate e di conseguenza l'anzianità decorrerà sempre dal momento dell'assunzione indipendentemente dall'età del lavoratore.

4. *La (mancata) tutela dei minori che lavorano su piattaforma*

Nel corso della trattazione perlopiù si è fatto riferimento ai divieti e alle limitazioni poste al lavoro minorile, solo accennando alle forme lecite.

Sul punto particolare attenzione va posta, all'art. 4, comma 2, della più volte citata l. 977/1967, come oggi sostituito dall'art. 6 del d.lgs. 345/99, il quale permette al minore di sedici anni, previa apposita autorizzazione da parte della Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente e previo assenso scritto degli esercenti la responsabilità genitoriale del minore, di svolgere «attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale.»

Stante la disposizione appena richiamata, bisognerebbe interrogarsi sulle attività di "*content creation*" espletate dai minori sulle piattaforme digitali, nonché sui "*baby influencer*", stante che le due figure solo talvolta possono essere trattate congiuntamente. Il *content creator*, difatti, non sempre è alla ricerca di un ingaggio da parte di terzi soggetti che intendono pubblicizzare i propri beni e servizi, ben potendo svolgere la sua attività di *creator* senza mai costituire alcuna *partnership* con una o più imprese, ma con il solo fine di esprimere la propria personalità condividendo i propri interessi e di accrescere il suo seguito (cosiddetti *followers*) per diventare una figura nota all'interno dei *social networks* in cui è presente.

L'*influencer,* o chi aspira a diventare tale, si serve delle piattaforme in commento per instaurare relazioni commerciali con le imprese, offrendo in cambio il rapporto diretto che questi ha instaurato con il proprio pubblico. In buona sostanza, la prestazione (che varia in base al caso concreto) consiste nel monetizzare la propria visibilità sulla piattaforma, costituita dall'*audience* (più o meno ampia) che "segue" il profilo e la propria creatività nella pubblicizzazione del prodotto oggetto del contratto. In tale contesto si parla di *creator economy*, laddove la parola economy è dovuta dall'indotto (persone, aziende, piattaforme) creato da tutto ciò che orbita attorno al *content creator*[34].

---

[33] *Ex multis*, Cass. civ, sez. lav. 20/06/1990, n. 6180; Trib. Milano, 31/05/1996; Cass. civ., sez. lav., 10/09/1993, n. 9451, Cass. civ., sez. lav., 09/12/1992, n. 12988; Trib. Milano, 11/12/1991; Cass. civ., sez. lav., 20/06/1990, n. 6180

[34] Secondo il report *Creator Earnings Benchmark* realizzato da NeoReach, in collaborazione con Influencer Marketing Hub, il mercato globale degli *influencer* ha subito una forte crescita dal 2019, grazie anche alla spinta che ha avuto con la pandemia da Covid-19, e vale oltre 21 miliardi di dollari nel 2023.

Non esiste un'età prestabilita sui *social media* per intraprendere la carriera di *influencer*: chiunque ha l'opportunità di emergere, avendo sempre la possibilità di promuovere sé stesso. Tuttavia, in Italia, l'età minima per l'iscrizione ai *social network* è 14 anni (art. 2-quinquies del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, modificato da ultimo dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, in adeguamento al regolamento UE 2016/679, noto come GDPR). salvo che i genitori abbiano fornito il loro consenso, in quanto in tal caso gli utenti di età inferiore ai 14 anni possono procedere con l'iscrizione.[35]

In tale contesto è apparsa la figura del *baby influencer.* Semplicisticamente, l'espressione "*baby influencer*" è composta da due parole: "*baby*", in riferimento al bambino o al ragazzino che non ha compiuto ancora diciotto anni e "*influencer"*, colui che «influenza le scelte di acquisto dei consumatori»[36] e lo fa a fronte di una retribuzione o di ricezione di prodotti gratuiti, gli stessi da sponsorizzare.

Oltre all'inquadramento giuridico delle attività espletate dai minori sulle piattaforma *social* per conto di imprese[37], di cui non si potrà dare conto in questa sede, è necessario volgere l'attenzione al tema delle tutele di natura squisitamente giuslavoristica. Tale fenomeno, come detto, non ha una grande eco, forse perché a livello sociale non viene avvertito come un vero e proprio lavoro[38]. Tuttavia, è necessario chiedersi se l'attività di *influencer*, in assenza di una definizione lavoristica del termine, possa essere ricondotta nell'alveo della deroga di cui all'art. 4, comma 2, della l. 977 del 1967 e, più nello specifico, al lavoro nel settore dello spettacolo. Se la risposta fosse positiva non vi sarebbe alcuna causa ostativa allo svolgimento di tali attività, purché siano rispettate le condizioni di accesso a lavoro di cui sopra (ossia si tratti di attività che non pregiudichino il minore, che vi sia l'autorizzazione scritta da parte dei genitori e dell'autorità competente).

Dunque, *rebus sic stantibus*, è necessario regolare il fenomeno come hanno fatto alcuni Paesi, tra cui la Francia? Quest'ultima, come anticipato, con la l. n. 1266 del 2020, ha disciplinato proprio lo sfruttamento commerciale delle immagini di bambini sotto i sedici anni sulle piattaforme online, nota come Legge sui "*baby influencer*".

Sotto un profilo oggettivo, l'ambito di applicazione della normativa riguarda i minori di 16 anni, la cui attività avviene sia in costanza di un rapporto di lavoro o anche quando non vi sia, nel caso in cui determinate soglie di durata o di numero di video o di introiti, derivanti dalla loro distribuzione*,* superano una soglia fissata da un decreto del Consiglio di Stato (in

---

[35] Sul punto l'art. 8 del GDPR prevede che le piattaforme si adoperino «in ogni modo ragionevole» per verificare che davvero i genitori abbiano prestato il proprio consenso per l'iscrizione dei minori di 13 anni, attraverso tutte le «tecnologie disponibili». Il problema principale risiede nella mancanza di controlli effettivi, e nel corso degli anni, la disposizione è rimasta lettera morta, nonostante gli sforzi compiuti dal Garante della Privacy (da ultimo nel caso di ChatGPT). I minori possono facilmente falsificare la propria età durante l'iscrizione ai *social network*, fornendo una data di nascita errata senza incorrere in sanzioni, poiché nessuna legge prevede pene per tale falsificazione. In caso di illeciti commessi da questi a danno di terzi sulle piattaforme, le conseguenze possono essere di natura civilistica e ricadere sui genitori per *culpa in educando*, come prescritto dall'art. 2048 c.c., per non aver vigilato sull'utilizzo dei *social network* da parte dei propri figli minori di 14 anni.

[36] F. TROLLI, *Tutela della riservatezza dell'influencer e rimedi contrattuali*, in *Jus civile,* 6/2022, 1599.

[37] Sulla disciplina contrattuale applicabile agli influencer si veda F. TROLLI, cit., 1601, in cui analizza i rapporti che possono intercorrere tra l'*influencer* e l'impresa interessata a servirsene, tra cui l'affiliazione commerciale, forme simili alla sponsorizzazione, o la collaborazione a stretto contatto tra divulgatore e *influencer*. Si veda pure A. ROTA, *I creatori di contenuti digitali sono lavoratori?* P. IERVOLINO, *Sulla qualificazione del rapporto di lavoro degli Influencers*, entrambi in *LLI*, vol. 7, 2/2021.

[38] Cfr. P. IERVOLINO, *Baby influencer: l'inquadramento lavorativo dei minori nella creator economy,* in *Agenda Digitale*, 16 novembre 2022.

quest'ultimo caso è necessaria altresì una dichiarazione da parte dei genitori), ai sensi dell'art. 3 della l. 1266/2020. In mancanza di autorizzazione, approvazione o dichiarazione, l'amministrazione può rimettere la questione all'autorità giudiziaria, al fine di ottenere ogni provvedimento idoneo a prevenire un danno imminente o a porre fine a una situazione di turbamento manifestamente illecito (art. 2 della l. 1266/2020). In ogni caso, l'art. 6 della stessa Legge prevede il diritto del minore ad ottenere la cancellazione dei dati personali, senza che sia necessario il consenso dei titolari della potestà genitoriale.

Il quadro giuridico applicato ai *baby influencer* è legato alle disposizioni degli art. L7124-1 ss. del Codice del lavoro francese, ora raggruppati sotto la voce che disciplina "i bambini nelle professioni dello spettacolo, dei viaggiatori, degli audiovisivi, della pubblicità e della moda". Per effetto dell'art. 1 della Legge in commento, l'art. L1724-1, al comma 5, ora prevede che il minore di età inferiore ai sedici anni, per potere esplicare qualunque attività che preveda registrazioni audiovisive con il fine della distribuzione a scopo di lucro sulle piattaforme digitali, ottenga la previa autorizzazione individuale concessa dall'autorità amministrativa (e che può essere revocata in ogni momento, *ex* art. L7124-3). Tra l'altro, il minore che abbia già compiuto tredici 13 anni deve fornire un suo parere scritto favorevole allo svolgimento di tali attività (art. L7124-2). È prevista una mera approvazione in luogo dell'autorizzazione nel caso in cui i genitori si rivolgano ad una agenzia di modelli che ha previamente ottenuto l'autorizzazione ad assumere bambini (art. L7124-4).

Con riferimento alla retribuzione, questa può essere lasciata parzialmente a disposizione dei suoi rappresentanti legali. Tuttavia, l'eccedenza deve essere versata alla *Caisse des Dépôts et Consignations* e gestita da questo fondo fino al raggiungimento della maggiore età o all'emancipazione del bambino (art. 7124-9).

La legislazione italiana attuale fornisce tutele per la nuova categoria dei *baby influencer* attraverso limitazioni generali che mirano a preservare in modo particolare la loro salute e il loro diritto all'istruzione. Tuttavia, rispetto alla recente normativa francese, mancano disposizioni specifiche volte a garantire una protezione generale del diritto del bambino a sviluppare la propria personalità, libera da ogni forma di manipolazione che provenga tanto dalla famiglia, quanto dai rischi connessi alla loro attività sui *social media*.

Non si è dunque di fronte a una nuova categoria di diritti, bensì ad una nuova declinazione di diritti già riconosciuti, che a fronte della rapida evoluzione digitale e tecnologica di cui si è spettatori (in un primo momento) passivi dovrebbe ricevere particolare attenzione da parte del Legislatore, in considerazione del *best interest of child*.

Al contempo, sembrerebbe che attualmente i *social network* non solo attenuino le distinzioni tra diverse aree del diritto, ma piuttosto generino un fenomeno di trasposizione del diritto del lavoro all'interno del contesto normativo del commercio e dei consumatori[39]. Ciononostante, come osservato in dottrina, «il diritto del lavoro non può accettare di suicidarsi e di annullarsi nel diritto commerciale. Esso invece deve rimodulare il tradizionale apparato protettivo (per molti versi obsoleto) per renderlo idoneo ad affrontare le sfide del terzo millennio, ma sempre ponendo al centro del suo intervento la persona del lavoratore.»[40] Sulla spinta proveniente dagli altri Paesi europei, la parola spetta al Legislatore, che avrà il compito di disciplinare i cambiamenti che avvengono nello scenario economico globale, focalizzandosi sulla tutela del lavoratore, in questo caso minore, anche in un'ottica di regole più stringenti per il mercato.

[39] Cfr. A. ROTA, M. VITALETTI, *La legge francese sugli influencer. Quale spazio per il diritto del lavoro?* in *Labour & Law Issues*, vol. 9, 2/2023, C.38.

[40] A. GARILLI, *La crisi del diritto del lavoro*, in *temilavoro.it*, 4/2012, 1.

EDOARDO MARIA PLATANIA*

Ci si può affidare al reddito di cittadinanza? L'affidamento e il reddito minimo**

SOMMARIO: 1. L'abolizione del reddito di cittadinanza: *tirannomachie*. – 2. L'affidamento quale vincolo legislativo: il susseguirsi delle legislature. – 3. Il cammino del reddito minimo in Italia. – 4. Ci si può (af)fidare del (al) reddito di cittadinanza. – 5. Il convitato di pietra.

ABSTRACT: ***With the legislative project initiated by the Italian Budget Law 2023, l. n. 197/2022, and completed with the so-called Labor Decree, D.l. n. 48/2023, converted into Law n. 85/2023, the discipline of minimum income in the Italian legal system has been structurally reformed. The measure of Citizenship Income has been repealed to make room for the new Reddito di inclusione and Supporto per la formazione e l'impiego. With the new support measure, the number of beneficiaries has been reduced: access conditions and amounts have been modified. Therefore, a social right that is perhaps constitutionally necessary and certainly recommended at the European level has been modified to the detriment, effectively interrupting the path of ius existentiae in Italy. Intersecting the theme of the reversibility of social rights, the purpose of the work is to verify whether the reliance of citizens on legal certainty and specific legal situations, namely the right to the provision of the benefit, has been unreasonably harmed by the new legislation in a negative light.***

1. *L'abolizione del reddito di cittadinanza: tirannomachie*

L'abrogazione del cd. Reddito di cittadinanza affluisce a temi classici della riflessione costituzionalistica, come la sostenibilità economica dei diritti sociali e il pluralismo democratico. L'analisi che si propone in questa sede è incentrata sulla tutela dei diritti, attraverso la prospettiva della tutela dell'affidamento quale vincolo all'attività legislativa. Si vuole vagliare la possibilità di un limite al potere modificativo o ablativo del legislatore nei confronti del diritto sociale del reddito di cittadinanza: può l'affidamento dei cittadini su un determinato diritto sociale limitare il potere di modifica *in peius* del legislatore?

Dinanzi la crisi causata dal Covid-19, ampliata poi dal conflitto bellico russo-ucraino, si ripropongono domande già vagliate in letteratura le cui soluzioni, tuttavia, dovrebbero oggi essere rivalutate per una più corretta forma di tutela dei diritti. L'idea che anima l'elaborato, dunque, è corroborare la protezione di alcuni diritti sociali – troppo spesso recessivi dinanzi ad altre istanze – attraverso il principio dell'affidamento.

Di fatti, è possibile enucleare un contrasto, anche se solo eventuale, tra due macro-concetti, i diritti sociali e il potere legislativo. E nel tentativo di individuare un più efficace limite al potere legislativo nei confronti dei diritti sociali, l'affidamento dei consociati sui rapporti giuridici potrebbe divenire uno strumento utile.

Il citato contrasto diviene battaglia, battaglia tra categorie che sono state definite dei "tiranni".

Anche se della *tirannia dei valori* non ci si preoccupa più[1], la galassia giuridica è costellata da molteplici despoti.

---

* Dottorando in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Catania.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] La citazione è scontata, C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008. Di grande utilità anche V. RAPONE, *Carl Schmitt, La tirannia dei valori*, in *Indice dei libri del mese – Diritto*, v. 26, n. 9, 2009, 20. Cfr. T. GAZZOLO, *Carl Schmitt: dall'impero al "*Grundgesetz*". "Valore" e "limite" in Carl Schmitt. Per una lettura della "Tirannia dei valori",* in

Da un lato, i diritti quesiti nell'ambito della previdenza, poiché impedirebbero la soddisfazione di altre posizioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette[2]. Anche se, in questo caso, si dovrebbe ampliare la prospettiva e definire tiranno l'affidamento dei consociati sulle prestazioni di tipo sociale.

Dall'altro, la *tirannia della maggioranza*, che prevaricherebbe le posizioni dei singoli, anche se radicate nel tempo, nel perseguimento di interessi partitici[3].

Nell'agone v'è un protagonista ancora più impetuoso, veemente, cioè l'esigenza di bilancio: la tirannia dei valori economici[4].

Queste tirannie si scontrano e la prima soccombe pressocché sempre, dinanzi all'egemonia delle ultime due, che spesso si sovrappongono.

È la Corte costituzionale, però, ad affermare che nel nostro ordinamento non può trovare spazio qualsivoglia tipologia di tiranno, neanche i valori dell'ambiente e della salute possono dirsi tali[5].

E così, se non vi sono diritti o valori tiranni, e tutti devono essere sottoposti al medesimo sindacato di costituzionalità, "*nello Stato sociale, infatti, l'eguaglianza si trasforma in ragionevolezza e in tal modo perde ogni caratteristica di rigidità e automatismo, per dar porto a valutazioni del caso per caso tipiche di una regolazione giuridica che non a caso è stata definita mite*"[6].

In una prospettiva più elastica, dunque, si è dinanzi a interessi costituzionalmente garantiti che invocano meritevole tutela.

Con specifico riferimento alle limitazioni dei diritti sociali (ma forse anche più in generale di tutti i diritti) si torna sempre all'eterno scontro tra individuo e comunità.

I diritti sociali portano con sé una duplice matrice, quella personalista – "*che si traduce, tradizionalmente, nel diritto dei singoli alla fruizione di determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri, onde far fronte alla soddisfazione di esigenze indispensabili per lo sviluppo della persona*" – e quella pluralista, che rimanda al diritto del gruppo e dell'organizzazione sociale[7].

Materiali per una storia della cultura giuridica, fasc. 2, v. 40, 2010, 417 ss.; A. PERULLI, *I valori del diritto e il diritto come valore*. *Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *Rivista Giuridica del Lavoro,* I, 2018, 688 ss.

[2] M. PERSIANI, *Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1/2019, 9 ss.

[3] Anche in questo caso la citazione è scontata, dato che la formula della tirannide della maggioranza è risalente a A. DE TOCQUEVILLE, *Democrazia in America,* Rizzoli-Bur, 1835 (1999), ma più di recente riprende il tema del contrasto tra tirannia della maggioranza e diritti quesiti, V. DE NARDO, *Diritto al lavoro e Reddito di cittadinanza*, in *Lavoro e previdenza oggi*, v. 50, n. 5-6, 2023, 299-331. Più in generale, G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 22 ss.

[4] A. PERULLI, *I valori del diritto e il diritto come valore*. *Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno,* in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 2018, 692, sostiene che vi è stata "*una decisa avanzata dei valori del mercato nell'ambito id un generale ribaltamento del rapporto tra politica ed economia*"; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma – Bari, 2013, 145, invece, giunge ad affermare la "*scomparsa dall'orizzonte della politica dei valori della democrazia costituzionale*". Si veda da ultimo V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2019, 101 ss., per una completa analisi sul tema, della quale, tra l'altro, si condividono appieno le conclusioni dell'avveramento della profezia espressa da Schmitt.

[5] Corte cost., n. 85/2013, anche se poi è stato fatto un passo indietro da quanto ivi affermato con la sentenza n. 58/2018, come sostenuto da L. BUTTI, *"Ambiente come diritto fondamentale" e "Non esistono diritti tiranni": Come la Corte costituzionale concilia questi due princìpi,* in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 04/09/2023.

[6] A. CARIOLA, *Retroattività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, v. 5, 2006, 5172, che fa riferimento a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite,* Torino, 1992.

[7] D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 12: l'Autrice, invero, sottolinea come non debba essere trascurata proprio la matrice pluralista, dato che la Costituzione italiana "lega i diritti sociali agli ambiti di vita sociale" (61). Il rinvio è d'obbligo alla medesima monografia per un'attenta analisi e puntuale bibliografia proprio sulle due matrici citate.

Il vero problema, però, è che le due matrici, in certi casi, non possono coesistere: una deve prevalere e l'altra soccombere.

Ed è evidente che i diritti quesiti – l'affidamento, in via più sfumata – siano la materializzazione dell'istanza individuale, dell'interesse del soggetto a vedere rispettato e adempiuto il diritto che gli era stato riconosciuto, mentre è altrettanto evidente che il contributo di solidarietà, le esigenze di bilancio, il pluralismo democratico, divengano manifestazione dell'istanza pluralista.

Ad avviso dello scrivente non vi è un punto di incontro, cioè la possibilità di tutelare entrambi allo stesso tempo, e così diviene fondamentale l'intervento della Corte costituzionale. Essa ha il potere di sindacare la dinamica di come si fanno e si disfano i diritti[8]?

Il rapporto tra la discrezionalità legislativa e il controllo di legittimità costituzionale è stato in qualche modo disciplinato dalla legge sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. Infatti, l'art. 28, l. n. 87/1953 vincola il sindacato della Corte costituzionale, che starà attenta a evitare che la discrezionalità legislativa trasmodi in sbilanciati interventi sulle diverse posizioni giuridiche soggettive di medesimo rilievo costituzionale e svuoti di fatto l'effettività di un diritto[9]. Infatti, "*l'insistenza dei giudici costituzionali sul contenuto essenziale dei diritti, in fondo, mira ad impedire che il legislatore contingente possa arrivare a negare per intero un diritto, di modo che in ogni caso lo stesso, anche se «ridotto», entri nelle dinamiche di bilanciamento, ed in futuro possa riespandersi*"[10].

È proprio in questa prospettiva, ritornando al fulcro del discorso sui diritti sociali, che si ritiene utile proporre una distinzione. Attraverso studi comparatistici[11] e le sentenze della Corte costituzionale in ordine alla distinzione tra "contenuto minimo" dei diritti sociali e "diritti sociali condizionati"[12], meramente ai fini dell'impostazione assunta circa l'affidamento quale ulteriore

---

[8] Sulla dinamica della "nascita" di un diritto, A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2023, 629 ss. Si rinvia alla nota n. 169 per quanto riguarda la bibliografia in ordine al rapporto tra discrezionalità legislativa e sindacato della Corte costituzionale.

[9] D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in cammino*, 20.07.2015., 4.

[10] A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, cit., 616.

[11] Due monografie tra tutte, V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles. Prólogo de Luigi Ferrajoli,* Madrid, 2002; J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, 2013.

[12] Se fino agli anni Ottanta la Corte costituzionale – sebbene consapevole del problema dell'equilibrio finanziario – non pose mai al centro della propria giurisprudenza la compatibilità economica delle sue pronunce, espandendo la platea dei destinatari dei diritti attraverso il principio di eguaglianza, a partire dagli anni Novanta il contesto economico diviene elemento di valutazione nel bilanciamento degli interessi operato dalla Corte costituzionale. I rimandi alle esigenze finanziarie e all'equilibrio di bilancio divennero sempre più frequenti e vennero coniate espressioni come "diritti finanziariamente condizionati", "principio di gradualità delle riforme onerose", "limitatezza delle risorse disponibili", "diritti sociali condizionati". L'elemento che incise, poi, in maniera prepotente, *nell'affaire diritti* sociali fu la costituzionalizzazione delle esigenze di bilancio (l. cost. n. 1/2012 e modifica dell'art. 81 Cost.) e fu la stessa Corte costituzionale a individuare una sorta di *vademecum* sull'utilizzo del principio di equilibrio di bilancio, con svariate sentenze. Con la sentenza n. 70/2015, si statuì che il vincolo di bilancio non può prevalere quando si presenti in forma vaga e priva di una sua intrinseca ragionevolezza e ribadì che le esigenze finanziarie devono essere illustrate in dettaglio per potere ritenere ragionevolmente sacrificato un qualsiasi diritto sociale. Con la sentenza n. 178/2015, si aggiunse che anche le riduzioni delle prestazioni nell'attuazione e nel soddisfacimento del diritto sociale di rango costituzionale devono essere limitate nel tempo e mantenere natura transitoria, facendo riferimento ai lavori preparatori della legge per valutare la ragionevolezza delle misure introdotte. Con le sentenze n. 10, 203 e 275/2016, tuttavia, la Corte appose un freno al *super principio* dell'equilibrio di bilancio, rivalutando così il cd. bilanciamento ineguale a favore dei diritti costituzionalmente garantiti. Dunque, la Corte costituzionale ha assunto, sin da subito si potrebbe dire, il bilancio come presupposto della necessaria graduazione degli interventi legislativi sui diritti sociali. Il principio di gradualità e un atteggiamento di cautela generale hanno preso il sopravvento nella giurisprudenza costituzionale. Si è giunti ad affermare che i diritti sociali godano di un'azionabilità condizionata dalla "riserva del possibile e del ragionevole" per quanto riguarda la disciplina legislativa del *quomodo* e del quando della garanzia effettiva, sebbene la discrezionalità del legislatore non possa incidere sull'*an* e sul *quid*. Le esigenze di bilancio e l'efficienza economica hanno, in una giurisprudenza ondulatoria, a volte carattere recessivo e a volte carattere dominante nel bilanciamento con i diritti

strumento di tutela di questa categoria di diritti, si vuole distinguere i *diritti sociali primari* e i *diritti sociali secondari* ovvero *legislativi*.

I primi sarebbero i diritti sociali nel loro contenuto essenziale e minimo, di rango costituzionale e con massimo grado di tutela, intangibili anche dal principio di sostenibilità dell'economia e del bilancio, poiché espressione stessa della forma di stato adottata. Dei diritti così intrinseci alla nozione di Welfare State da avvicinare quest'ultima alla nozione di Stato di diritto materiale[13].

D'altra parte, appare evidente che lo Stato sociale, forma di stato adottata dall'ordinamento italiano, rientri nel nucleo dei principi supremi della nostra Costituzione e sia, dunque, intangibile anche dalle riforme costituzionali, ai sensi dell'art. 139 cost.[14].

Siffatta categoria di diritti ha un così elevato grado di tutela che non è necessario ipotizzare forme di affidamento per assicurarne la salvaguardia.

Dall'altro lato, non si può tacere l'esistenza di politiche sociali prodotto del loro tempo e delle ideologie politiche in voga: fattispecie che si potrebbero definire diritti sociali legislativi.

Il grado di tutela e di diretta esigibilità di queste fattispecie deve ritenersi quantomeno ridotto, nell'impossibilità, tra l'altro, di individuare inibizioni al potere legislativo, perlomeno in senso assoluto. Infatti, la giurisprudenza costituzionale e sovranazionale ha individuato dei criteri che il legislatore deve rispettare in queste operazioni ma ne ha sempre consentito la modifica, anche *in peius*.

È con riferimento a questa tipologia di diritti che potrebbe tornare utile l'affidamento sulla certezza dei rapporti giuridici e il suo consolidamento.

2. *L'affidamento quale vincolo legislativo: il susseguirsi delle legislature*

Non è possibile, in questa sede, trattare in modo esaustivo il principio dell'affidamento dei consociati nell'ordinamento giuridico italiano, tuttavia, posto che è il nodo focale della prospettiva

---

sociali. A ben vedere, in periodi di difficoltà economica, l'attuazione di quest'ultimi si complica, posta la scarsità di risorse a disposizione, e le esigenze di bilancio diventano più pressanti. La letteratura è sconfinata su quanto appena riportato molto sommariamente, per un maggiore approfondimento, si dovrebbe iniziare da A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, *Istituto della. Enciclopedia Italiana*, Roma, 1989, vol. XI, 30 ss.; L. CASO, *Il costo dei diritti e della loro tutela tra Unione europea e autonomie territoriali*, in La Rivista della Corte dei conti, n. 3-4/2018, 19; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, 133; F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in AA.VV., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30-31; C. PINELLI, *Diritti costituzionale condizionati*, *Diritti costituzionale condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 269 ss.; C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2010, 596; A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in Osservatorio costituzionale, 3, 1-8; S. LIETO, *Trattate in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in Forum di Quaderni costituzionali, 5, 1-7; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi. Note minime alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, in Questione Giustizia, 27/07/2015, 1 ss.; R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?* in Forum di Quaderni costituzionali, 9/2015, 1 ss. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2015; M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2017. Si vedano anche Corte cost., sentt. nn. 455/1990; 356/1992; 243/1993; 240/1994; 99/1995; 416/1996.

[13] Invero, questa equazione consentirebbe di ritenere il Welfare State limite al potere legislativo, esattamente come lo Stato di diritto in senso sostanziale.

[14] M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2017, 3.

adottata in questo elaborato per la tutela del diritto in questione, sono necessarie alcune premesse.

L'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica – nell'ottica che qui si adotta, cioè quella prettamente costituzionale – è un principio che salvaguarda consolidate posizione giuridiche soggettive createsi ai sensi di atti legislativi e amministrativi[15]. Ciò significa che i soggetti che vantano siffatte situazioni giuridiche hanno, sulla scorta di determinati elementi, una giustificata e consistente aspettativa di conservare quelle stesse situazioni giuridiche. Si parla, così, di consolidamento dell'affidamento.

Esso è senz'altro un principio connaturato allo Stato di diritto, che però non ha vera e propria rilevanza costituzionale[16]. Il *deficit* viene scontato nel grado della sua tutela, che avviene attraverso o l'accoppiamento a un altro principio costituzionale eventualmente violato o il canone di ragionevolezza.

Si è dinanzi, pertanto, a un principio generale normalmente osservato che muove dall'esigenza di prevenire l'eventualità di conseguenze eccessive derivanti dagli stessi mutamenti di legge[17], ma

---

[15] La monografia di riferimento è senz'altro F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001. Più di recente, F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018. Nel diritto amministrativo, l'accezione è leggermente differente rispetto a quanto già enunciato. Una più recente definizione viene fornita dalla stessa Corte dei conti, Sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392: "Il principio di tutela del legittimo affidamento impone che una situazione di vantaggio, assicurata a un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita".

[16] Il dibattito in dottrina, infatti, si è incentrato sull'individuazione del fondamento di siffatto principio. È stato configurato come principio costituzionale generale non scritto, con medesima efficacia giuridica degli altri precetti generali, e ricondotto al generale principio di buona fede oggettiva (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 46 ss.; ID., *Buona fede e affidamento*, cit., 2 ss.); come corollario del principio del *neminem laedere* e del dovere di solidarietà, rinvenendo il fondamento nell'art. 2 Cost. (G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, II, 144; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, in AA.VV., *Studi di diritto civile*, diretti da R. NICOLÒ, F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1969, 171 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, 116, che specifica: "*il principio di buona fede o di correttezza discende, perciò, dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione e consiste nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui*"); come principio funzionale alla capacità di autorealizzazione dell'individuo, quindi alla libertà e alla dignità umana (F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, CEDAM, 1973, 325; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2001, 91 ss.); come principio sistematico, con l'impossibilità di ipotizzare un univoco e onnicomprensivo parametro, richiamato dal principio di sovranità popolare *ex* art. 1 Cost., dal principio di inviolabilità dei diritti *ex* art. 2 Cost., dai principi di libertà ed eguaglianza *ex* art. 3, comma 2, Cost., dalla tutela della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome, *ex* art. 22 Cost., dal principio di precostituzione del giudice, di legalità e di prevedibilità delle pene *ex* art. 25 Cost., e così via (M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. Italiana*, IV, 2007, 1838,1839; D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 6, 1916. Più di recente, come anticipato, anche F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento*, cit., 206 e ss).

[17] L'affidamento viene canonicamente affiancato da altre due questioni, il principio di irretroattività e i diritti quesiti. Tracciando esclusivamente le definizioni delle due questioni, Il principio di irretroattività fisserebbe un limite nei confronti dell'attività legislativa, che potrebbe disporre la sua volontà solo *quoad futurum*: la nuova legge potrebbe avere solo efficacia *ex nunc*, da ora. Si escluderebbe, dunque, che una norma possa applicarsi a fatti o atti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in vigore. Solo che già negli anni '70 del secolo scorso si evidenziava che il principio era "violato con chiara regolarità" (GROTTARELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970), trasformandosi da principio generale dell'ordinamento a mera guida per il legislatore e l'interprete (A. CARIOLA, *Retroattività*, cit. 5171 ss.). Invece, si dice quesito, o acquisito, il diritto che sia "conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l'occasione di farlo valere non siasi presentata" e che "entrò a fare parte del patrimonio di chi lo ha acquistato" ai sensi della legge precedente (C.F.

si è comunque dinanzi a scelte discrezionali del legislatore che è vincolato dalla Costituzione e, quindi, anche dal canone generale della ragionevolezza[18].

Si può affermare che l'intervento peggiorativo che lede l'affidamento sarà legittimo, e quindi ragionevole, solo quando[19]: a) l'intervento sia coerente con gli scopi dichiaratamente perseguiti dal legislatore attraverso la nuova disciplina; b) sia sussistente un nesso di proporzionalità tra i sacrifici soggettivi e il ristoro del bilancio pubblico[20]; c) l'intervento sia esteso a tutti i consociati e non a limitate categorie, giacché l'imposizione a una sola categoria verrebbe a cozzare col principio costituzionale di eguaglianza; d) il sacrificio richiesto sia temporaneo, in considerazione non solo delle caratteristiche eccezionali e contingenti di quell'interesse economico, ma anche del necessario bilanciamento tra i vari interessi costituzionalmente rilevanti che incisioni di normative del genere mettono in gioco; e) non si colpiscano diritti quesiti che siano volti a realizzare finalità costituzionalmente rilevanti o, addirittura, necessarie; f) non vi sia un troppo ampio scarto temporale tra la vecchia e la nuova disciplina; g) siano previste delle disposizioni transitorie volte a regolare il passaggio di leggi.

Accanto a questi indici, tuttavia, deve registrarsi un contrasto, poiché se, da un lato, la Corte costituzionale ha affermato che l'intervento per essere ragionevole deve essere straordinario, e cioè indotto da inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica[21], dall'altro lato, la ragionevolezza dell'intervento si desumerebbe, invece, dalla sua prevedibilità[22].

Comunque, la lettura combinata degli indici individuati – laddove non fosse lasciato troppo alla discrezionalità del giudicante del momento – consentirebbe di affermare che l'affidamento trovi nel nostro ordinamento un grado di tutela non ridotto: il grado di ragionevolezza richiesto è "*più elevato di quello che, di norma, è affidato alla mancanza di arbitrarietà*"[23]. Addirittura, un'interpretazione rigida del canone di ragionevolezza condurrebbe – come, in effetti, avvenuto

---

GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3° ed., Torino, 1891, 191; così anche nella manualistica, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, 9° ed., Padova, 1975, 365, e C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 169-170, come sottolineato da G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Diritti acquisiti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989. Come sottolineato da E. BINDI, *Diritti quesiti*, in *Enc. giur. Treccani*, 2008, 1, sono state date molte altre definizioni, tutte comunque rassomiglianti a quella già riportata: "*quei diritti che sono fatti valere sotto il vigore della nuova legge, ma sono stati acquistati al patrimonio in epoca precedente*" (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 43); "*quei diritti per l'acquisto dei quali, prima dell'entrata in vigore della nuova legge, si sono soddisfatti tutti i requisiti che la legge precedente richiedeva; diritti quesiti, cioè, sono quelli già entrati a far parte del patrimonio del soggetto, sebbene l'occasione per farli valere si presenti sotto la nuova legge*" (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, 27). Anche i diritti quesiti, però, nati quale argine agli interventi retroattivi del legislatore, non hanno avuto grande fortuna nell'ordinamento giuridico italiano: venne sin da subito esclusa la loro intangibilità e le istanze sottese alla teoria dei diritti quesiti si sono del tutto trasferite nel principio di affidamento. Così, il principio di irretroattività, i diritti quesiti e l'affidamento rappresentano tre problematiche diverse – anche se spesso vengono a sovrapporsi – con una finalità comune, cioè quella di garantire certezza e sicurezza giuridica limitando la discrezionalità del legislatore nell'individuare gli effetti del tempo delle novelle normative.

[18] G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Cedam, Padova, 2009., 74, sebbene con riferimento ai diritti quesiti.

[19] Per un maggiore approfondimento, v. F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento*, cit.,

[20] Si deve dare atto che, a fronte di una dottrina che avalla la configurazione giurisprudenziale del principio di proporzionalità quale estrinsecazione del principio di ragionevolezza (G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 1992, 216; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 69 ss.; G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 294 ss.), vi è in letteratura chi, invece, sostiene l'autonomia di detti principi (G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 421 ss.; D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1994, 142 ss.; A. M. SANDULLI*, La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 285 ss.).

[21] Corte cost., sentt. nn. 822/1988, 108/2019, 173/2016, 264/2012, 116 e 304/2013.

[22] Corte cost., sentt. n. 302/2010, 92/2013, 64/2014, 203/2016, 16/2017.

[23] Corte cost., sent. 173/2016.

con le sentenze n. 70 e 178 del 2015 – alla sussistenza di un ulteriore indice da valutare al fine di determinare la legittimità o meno dell'intervento legislativo, cioè l'*illustrazione dettagliata*, da parte del legislatore, dei motivi – soprattutto se di bilancio – che hanno condotto alla promulgazione di quella legge[24].

A ogni modo, affinché l'affidamento possa essere tutelabile deve essere senz'altro consolidato e anche il consolidamento viene individuato, dalla Corte costituzionale, attraverso due indici: il protrarsi della situazione giuridica soggettiva di vantaggio per un periodo sufficientemente lungo e il suo sorgere in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento.

Per quanto riguarda, infatti, i rapporti a efficacia durevole, si postula l'impossibilità della loro immutabilità e la loro modifica potrebbe avvenire avendo riguardo al grado effettivo di affidamento della posizione soggettiva vantata dal singolo, all'interesse pubblico che ha indotto il legislatore a intervenire, nonché alle modalità dell'intervento e al suo grado di invasività[25].

"*Il problema, per l'interprete, consiste, allora, nel ricercare il momento in cui l'affidamento sia giunto a siffatto stadio di consolidamento, nell'identificare il tempo in cui si tramuta in valore meritevole di protezione*"[26].

È a questo problema che si vuole tentare di trovare una soluzione: all'individuazione del "*momento dell'affidamento*"[27].

L'elemento che si vuole approfondire è così il tempo, il tempo che conferisce effetti giuridici. Tuttavia, sarebbe infondato – poiché non avallato da nessuna disposizione legislativa – fissare un qualsiasi determinato periodo di tempo, come a esempio dieci anni, sulla scorta del funzionamento degli istituti della prescrizione e della decadenza che a loro volta danno valore giuridico al passare del tempo.

L'idea che si vuole proporre non è altro che l'individuazione di un tempo non muto, bensì significativo di qualcosa.

Il consolidamento dell'affidamento dei consociati sta nel susseguirsi della Legislature. È un'idea che fa seguito a due differenti teorie, la "*alternanza*" proposta da Merusi[28] e, soprattutto, il divieto di ripristino della normativa abrogata attraverso il referendum di cui all'art. 75 Cost.[29]

---

[24] M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali*, cit.

[25] F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., 166.

[26] G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie,* cit., 64.

[27] G. PACE, *Il diritto transitorio, Con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, s.d., 4; G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie,* cit., 64.

[28] L'autorevole Autore ha teorizzato la possibilità di conseguire una maggiore stabilità e certezza dei rapporti giuridici nel passaggio dalla vecchia alla nuova maggioranza politica, attraverso il ricorso al canone di buona fede. Esso impedirebbe alla maggioranza uscente di adottare discipline normative o atti amministratIvi che possano contrastare con il programma politico della parte avversa e, in definitiva, con il futuro indirizzo politico di quella che potrebbe divenire la nuova maggioranza, v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., 280 ss. e 288.

[29] Il tema riguarda il divieto di ripristino della normativa abrogata attraverso la consultazione referendaria. Invero, la *vexata quaestio* si riferisce sia alla configurabilità costituzionale di un vincolo a carico del legislatore sia sulla sua durata o sulle condizioni che possano giustificare il superamento del vincolo stesso. Con riferimento al primo profilo, la dottrina maggioritaria – confermata dalla giurisprudenza costituzionale – ritiene che il divieto debba essere individuato nella illegittimità della legge in contrasto con l'esito referendario e quindi indirettamente lesiva dell'art 75 Cost. Contrariamente, si è affermato, tuttavia, che – posta la pariordinazione di democrazia diretta e democrazia rappresentativa – non sussisterebbe alcuna ragione circa la configurabilità di un vincolo giuridico di preclusione per il legislatore ordinario, cfr., M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 2005, 661 ss. Il secondo profilo, invece, ha impegnato più significativamente la dottrina, che – in assenza di un'esplicitazione normativa e di indicazioni giurisprudenziali – ha ricostruito il limite temporale del vincolo in due differenti soluzioni: da un lato, l'applicazione del vincolo fino al rinnovo delle Camere, poiché produttivo di una situazione politicamente nuova rispetto a quella esistente al momento del referendum (cfr., L. PALADIN, *Diritto* costituzionale, Padova, 1991, 209; ID., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 275; A. MANGIA, *Referendum manipolativo e vincolo al legislatore*, in *Dir. pubbl*., 1995, 474 ss.; ID., *Referendum*, Padova, 1999, 317; A. GIORGIS,

È innegabile che il ruolo della legge e del legislatore sia mutato nel tempo, a causa anche della rigidità della Costituzione italiana, che limita l'esercizio di tutti i poteri politici. L'attività legislativa non è libera nel fine[30], ma è un'attività discrezionale poiché le scelte legislative devono rispettare sempre il dettato costituzionale e, soprattutto, il principio di ragionevolezza, come tra l'altro evidenziato anche dalla Corte costituzionale.

La tesi, invero, si fonda su un basilare principio dello Stato democratico: il potere politico – legittimato dal consenso popolare – decide l'allocazione delle risorse e le politiche redistributive e di ciò non si può non tenere conto.

Se in una legislatura è stata introdotta una specifica situazione giuridica di vantaggio, i consociati – ai quali deve risalire, tra l'altro, proprio la decisione di introdurre la siffatta situazione giuridica – parametreranno la loro esistenza sulla legge vigente.

Alla scadenza di quella legislatura, gli aventi diritto al voto avranno la possibilità di scegliere tra le varie fazioni politiche e i relativi programmi politici. Essi avranno, così, il potere di scegliere se quella determinata situazione giuridica precedentemente introdotta venga confermata, modificata o abrogata. È con questo voto che i consociati scelgono come riallocare le risorse: è in questa legislatura che si deve ritenere formantesi il consolidamento dell'affidamento dei consociati su quella fattispecie.

Il Parlamento avrà così la possibilità di modificare liberamente le disposizioni introduttive e disciplinanti quella specifica situazione giuridica, fino ad abrogarle. Ma se ciò non dovesse avvenire, perché il popolo ha scelto di confermare quel beneficio, quella prestazione, quel diritto, allora l'affidamento su di esso deve ritenersi consolidato.

È chiaro che un discorso del genere è ripetibile all'infinito, per ciascuna nuova votazione e ciascuna nuova legislatura, poiché gli elettori del futuro avranno il medesimo potere di scelta delle politiche redistributive dei loro antecessori, ma l'intento di questa tesi è proprio quello di individuare un limite al potere legislativo.

Si ritiene, infatti, che nella perdurante battaglia tra individuo e comunità l'affidamento – così consolidato – su quel rapporto giuridico debba essere ritenuto prevalente e che, dunque, le istanze della pluralità debbano cedere dinanzi alla tutela di quanto già conseguito dal singolo.

Sarà così la terza legislatura, dove la prima è quella che ha introdotto la situazione giuridica e la seconda quella che la ha confermata, a essere vincolata e a non potere modificare quell'impianto legislativo, pena la lesione dell'affidamento del consociato.

La tesi sviluppata è evidentemente applicabile sia in tema di retroattività in senso proprio che in senso improprio e individua l'affidamento, attraverso questo particolare meccanismo di consolidamento, come salvaguardato dall'art. 1 della Costituzione italiana.

Leggi elettorali, referendum parziale e giudizio di ammissibilità, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2212, che, tuttavia, ha poi rivisto la propria posizione, escludendo la sussistenza del vincolo: cfr. ID., *Alcune riflessioni sul possibile oggetto dei referendum parziali: disposizioni, norme esplicite, norme implicite?* in F. Modugno e G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, 121 ss.; più recentemente P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum. Il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 ottobre 2011, 5 ss., 12; G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del "quadro politico" o delle "circostanze di fatto"*, in *Consulta OnLine*, 2012); dall'altro, l'estensione analogica dell'art. 38 l. n. 352/1970, che individua il termine di cinque anni come limite alla possibilità di riproporre quesiti referendari bocciati dalla maggioranza degli elettori. Dal canto suo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 199/2012, statuito l'illegittimità della reintroduzione di una normativa abrogata attraverso il referendum in assenza di un cambiamento del "quadro politico di riferimento" o delle "circostanze di fatto", confermando – a ben vedere – la necessità di una "*situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto*" (L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 209).

[30] A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2023, 629: "*Che l'attività legislativa sia libera è assunto da tempo superato, perché la stessa legge ha perso il suo rango di scelta politica per definizione, rango che è stato assunto dalla Costituzione le cui proclamazioni dei diritti sono da intendere* magis ut valeat".

Il tempo, così, non sarebbe muto, ma sarebbe significativo di interventi del corpo elettorale e di scelte politiche.

Da ultimo, si deve tenere conto anche delle variabili nella vita della singola legislatura. Un Parlamento che venga sciolto poiché incapace di funzionare (di individuare un governo) non potrà essere di rilievo nella valutazione del consolidamento dell'affidamento.

Di converso, laddove vi dovesse essere un cambio di maggioranza all'interno della medesima legislatura, comportando la nomina di un nuovo governo, quel periodo avrà comunque valore ai nostri fini, perché – sebbene tutte le forzature del caso – si continua a porre in essere la volontà dei consociati.

Ricollegando a quanto detto precedentemente sui diritti sociali legislativi, se questa nuova tipologia di diritti sociali è prettamente connaturata al tempo e all'ideologia del Parlamento che la introduce, il suo consolidamento non può che avvenire con il superamento della sua stessa natura. Ciò, quindi, può – ragionevolmente – avvenire allorquando la misura sociale sopravviva al Parlamento successivo a quello che l'ha introdotta.

Il diritto sociale legislativo, quindi, diverrebbe limite al potere legislativo – prestazione attiva dello Stato intangibile nel tempo, perlomeno in senso peggiorativo – alla conclusione della legislatura successiva a quella durante la quale la prestazione è stata emanata.

3. *Il cammino del reddito minimo in Italia*

Individuati i termini e i possibili svolgimenti dell'analisi, è indispensabile il *focus* – seppure rapido – sul reddito minimo, corollario del diritto sociale a una vita libera e dignitosa, chiamato anche *ius existentiae*.

È evidente che nella società moderna la condizione di povertà può divenire ostacolo al godimento di svariati diritti costituzionalmente garantiti. Il diritto a vivere dignitosamente (vedendosi garantiti almeno i minimi vitali, "diritto alla sopravvivenza" o anche "diritto alla sussistenza") è corollario del diritto alla vita[31].

Tutelare il diritto alla esistenza – strettamente collegato al valore della dignità, come tutti i diritti sociali – è, pertanto, precondizione per l'effettivo esercizio degli altri diritti[32].

La collocazione del *ius existentiae* all'interno del sistema costituzionale italiano non è operazione banale e di immediata risoluzione.

L'art. 38 Cost., al comma 1, recita: "*Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale*".

Questa disposizione è stata considerata un "riferimento normativo ambiguo e scivoloso"[33], posto che proprio da esso si tenta di ricavare l'esistenza di un generale *ius existentiae*, cioè il diritto individuale a un'esistenza libera e dignitosa[34]. *Prima facie*, l'interpretazione letterale della disposizione, invero, porta all'esclusione della possibilità di ricavarvi un *ius existentiae*: il diritto al

---

[31] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. 392,393.

[32] L. FERRAJOLI, *Principia iuris,* cit., 401; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *Aggiornamento V*, Utet, Torino, 2012, 224; Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. Cost.*, 1, 2015, 69; V. CASAMASSIMA, E. VIVALDI, *Ius existentiae e politiche di contrasto della povertà*, in *Quad. Cost.*, v. 38, n.1, 2018, 115.

[33] S. GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2014, 151.

[34] F. RAVELLI, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, in S. Giubboni (a cura di), *Reddito di cittadinanza e pensioni: il riordino del welfare italiano. Legge 28 marzo 2019, n. 26. Commentario aggiornato ai decreti "Cura Italia" e "Rilancio"*, Giappichelli, 2020, Torino, 21.

mantenimento e all'assistenza sociale è riconosciuto in presenza di due condizioni, che devono ricorrere congiuntamente: il relativo destinatario deve essere inabile al lavoro, cioè deve ricorrere un'incapacità fisica in senso stretto, come l'età avanzata, e deve essere sprovvisto dei mezzi per vivere.

La sola carenza di mezzi non sarebbe sufficiente e, pertanto, l'art. 38 Cost. non prevede alcuna tutela assistenziale nei confronti dei soggetti che versano in stato di povertà per mancanza di lavoro, ai quali invece fa più specifico riferimento il comma 2 del medesimo articolo. "*I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*". Dunque, la disoccupazione involontaria dovrebbe rientrare nell'impianto categoriale-assicurativo del sistema previdenziale, che, però, lascia gli inoccupati, i disoccupati di lungo periodo e i sottoccupati, privi di un solido sistema di tutela.

In dottrina, tuttavia, molti studiosi ritengono di non potersi accontentare di quanto strettamente desumibile dalla lettera dell'art. 38 Cost.[35], poiché altrimenti si delineerebbe un sistema costituzionale incapace di proteggere proprio gli strati più vulnerabili della popolazione. Ciò che viene rilevato è che le disposizioni attributive di diritti sociali – come, tra l'altro, già visto in precedenza – operano all'interno di una compagine di valori costituzionali omogenei e funzionali, quali dignità, eguaglianza, solidarietà, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost[36]. È, quindi, necessaria un'interpretazione sistemica per l'individuazione del fondamento del *ius existentiae*.

La lettura dell'art. 38, comma 2, Cost. in combinazione con gli altri principi costituzionali, e nello specifico con l'art. 3 Cost., costituisce il diritto a una vita libera e dignitosa.

Siffatto diritto è senz'altro un diritto sociale, per come precedentemente configurati, e – consequenzialmente – un diritto fondamentale: seppure non a contenuto costituzionalmente vincolato, deve dirsi costituzionalmente necessario. Tale ricostruzione è stata avanzata anche dalla Corte costituzionale con la sent. n. 10/2010, quando respinse l'incostituzionalità della disciplina della cd. carta acquisti richiamando, in una "*fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa*", gli artt. 2, 3, comma 2, e 38 Cost., oltre che l'art. 117, comma 2, lettera m), come base costituzionale di una misura concepita allo "*scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, deve poter essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo*"[37]. D'altronde, ancora prima[38], la Corte costituzionale ebbe a chiarire la natura aperta

---

[35] C. TRIPODINA, *Ius existentiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e Reddito di cittadinanza a confronto*, in *Cittadinanza Europea*, v. 15, n. 1, (2018), 38, lo definisce *«buco nella rete» della protezione sociale*.

[36] F. RAVELLI, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, cit., 22; B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto e il pathos della dignità*, in M. NAPOLI, (a cura di), *La dignità*, Vita e pensiero, 2011, 26 ss.; S. GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito*, cit., 150; V. CASAMASSIMA, E. VIVALDI, *Ius existentiae*, cit., 118.

[37] Punto 6.3. del Considerato in diritto.

Contro il decreto-legge n. 112/2008, istitutivo della c.d. *social card*, come già visto, venne presentato un ricorso in via principale dinanzi alla Corte costituzionale dalle regioni Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria. Le disposizioni impugnate erano quelle istituenti un "fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti", cioè a finanziare la concessione della carta acquisti. La Corte costituzionale rigettò il ricorso con la sent. n. 10/2010 affermando una sorta di riserva di poteri dello Stato entro materie costituzionalmente attribuite alle Regioni in nome della tutela dei diritti fondamentali e in situazioni eccezionali come il tempo di crisi: l'intervento dello Stato è ammissibile in quanto "necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti…". Per un commento della sentenza, si veda: E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. Cost.,* LV, 164 ss.; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2010, 941 ss.; F. PIZZOLATO, *La «social card» all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 349 ss.; A. RUGGERI, *«Livelli essenziali» delle prestazioni relative ai diritti e situazioni di emergenza*

dell'art. 38 Cost., che impone un fine da perseguire ma non gli strumenti da utilizzare, che possono pertanto essere atipici e non immediatamente classificabili all'interno delle due categorie ivi previste, cioè previdenza e assistenza.

In conclusione, recentemente la stessa Corte costituzionale ha affermato che "*è compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla «sopravvivenza dignitosa» e al «minimo vitale»*"[39].

Se in Costituzione è necessaria un'operazione interpretativa di ampio respiro, a livello europeo, il legislatore è stato – anche a causa della differenza di periodi storici[40] – più netto nell'individuare il dovere giuridico di un reddito minimo.

L'art. 34 della Carta di Nizza[41] recita: "*L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali.*

Ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.

Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali". Il comma 3della disposizione, a differenza dell'art. 38, comma 1, Cost., fa esclusivo riferimento a soggetti che non dispongono di sufficienti risorse e nei loro confronti riconosce un duplice diritto: da un lato, all'assistenza sociale, dall'altro, all'assistenza abitativa. Interpretativamente è molto più facile giungere alla statuizione del reddito minimo garantito (RMG) e il diritto all'abitazione.

Dunque, anche in questo caso ci ritroviamo dinanzi a un diritto sociale fondamentale[42], sancito da un testo che ha forza pari a quella dei Trattati istitutivi dell'Unione europea.

Il quadro delle fonti, tralasciando le varie raccomandazioni delle istituzioni europee[43], deve essere completato con l'art. 14 del Pilastro europeo dei diritti sociali, che alla rubrica "*Reddito*

---

economica (commento alla sentenza n. 10/2010), in Forum di Quaderni costituzionali, 24/01/2010. Più in generale, G.M. NAPOLITANO, *Le politiche socio assistenziali tra Stato e Regioni a venti anni dalla riforma costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 20/2022, 82 ss.

[38] Corte cost., sent. 3 febbraio 1986, n. 31.

[39] Corte cost., sent. n. 19/2022, nello specifico rv. 44526/0.

[40] I costituenti italiani avevano le idee chiare: "*la Repubblica deve riconoscere a tutti il diritto a una occupazione continua e proficua o almeno a un'assistenza che la surroghi*". Così, infatti, diceva Amintore Fanfani, appartenente al gruppo Democratico Cristiano, nelle sedute del 9 e 10 settembre del 1946 presso la terza Sottocommissione. In quel periodo storico – cioè in pieno *boom* economico – si pensava a una società che offriva lavoro a tutti, ove la disoccupazione volontaria non era contemplabile e chi, pur potendo, non lavorava, non poteva che essere un ozioso. Oggi i dati del report Istat sull'occupazione, datato giugno 2023, dimostrano il contrario: la occupazione totale è del 61,5%, il tasso di disoccupazione totale è del 7,4% e quello giovani del 21,3%.

[41] Prima di esso, già gli artt. 30 e 31 della Carta sociale del Consiglio d'Europa, sul diritto contro il rischio di povertà e di esclusione sociale e sul diritto all'abitazione; e il punto 10 della Carta comunitaria dei lavoratori comunitari del 1989: "*ogni lavoratore della Comunità europea ha diritto a una protezione sociale adeguata e deve beneficiare a prescindere dal suo regime e dalla dimensione dell'impresa in cui lavora, di prestazioni di sicurezza sociale adeguate.*

Le persone escluse dal mercato del lavoro o perché non hanno potuto accedervi o perché non hanno potuto reinserirsi, e che sono prive di mezzi di sostentamento devono poter beneficiare di prestazioni e di risorse sufficienti adeguati alla loro situazione personale".

[42] Con tutte le conseguenze del caso: per proteggere un diritto fondamentale gli Stati possono derogare la normativa eurounitaria sulla libera concorrenza e sul mercato unico o imporre tassazioni particolari.

minimo" dispone: "*Chiunque non disponga di risorse sufficienti ha diritto a un adeguato reddito minimo che garantisca una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi. Per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro*".

Determinata così la questione circa l'*an* di un diritto all'esistenza, si deve verificare la questione circa il *quomodo* della sua tutela.

Pacifica è l'esistenza di due opzioni per la garanzia dei "minimi vitali": da un lato, quella selettiva, cioè la protezione mirata di coloro che sono al di sotto di una soglia reddituale in grado di assicurare una vita libera e dignitosa; dall'altro, quella universale, cioè l'attribuzione a ognuno, a prescindere dalle condizioni economiche del destinatario, di una risorsa monetaria di base come presupposto della cittadinanza.

Partendo dall'ultima, scartata, al momento, dalla maggior parte dei legislatori europei, seppure oggi nelle attenzioni dell'OIL[44], viene chiamata più propriamente reddito di cittadinanza (anche reddito universale o *basic income*), proprio per la condizione unica e necessaria richiesta per il suo ottenimento[45].

Questa copertura, che spetterebbe a tutti senza vincoli, non parrebbe propriamente *contra* bensì *praeter costitutionem*[46], a condizione che tale scelta politica non comporti, per esigenze di bilancio e al fine di assicurarlo a tutti, la fissazione di un importo troppo basso del reddito, al di sotto della soglia del mantenimento, causando così una lesione del diritto al minimo vitale delle persone povere. In tal caso, sarebbe sicuramente *contra costitutionem*.

La prima strada, invece, conduce alla misura del reddito minimo garantito o reddito di inclusione e, dunque, alla erogazione di una somma di denaro tale da eliminare il rischio di esclusione sociale e di altre misure di soccorso indiretto, condizionata a un accertato stato di bisogno e alla disponibilità ad accettare proposte di lavoro.

Elemento differenziale, su cui tanto si dibatte, è proprio la condizionalità al lavoro di quest'ultima tipologia di misura sociale.

Il beneficiario della prestazione – chiaramente abile al lavoro – deve offrire una contropartita, cioè la sua disponibilità a iniziare a lavorare: sul soggetto grava un obbligo di attivazione sociale[47]. Invero, tale condizionalità discenderebbe da una lettura orientata dall'art. 38, comma 1, Cost., che – facendo leva anche sugli artt. 2, 3, comma 2, e 4, Cost. – fonda la necessità di attuare il diritto all'assistenza attraverso modalità che assicurino, al contempo, l'adempimento da parte del beneficiario della misura degli inderogabili doveri di solidarietà. Ciò che, tuttavia, deve essere

---

[43] Si vedano, da ultimo, la *Risoluzione del Parlamento europeo relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva* (2022/2840(RSP), con la quale il Parlamento ha esortato gli Stati membri, anche alla luce della crisi energetica e dell'inflazione in corso, ad aumentare il sostegno mirato ai più bisognosi attraverso il reddito minimo garantito, e la *Raccomandazione sul reddito minimo* del Comitato economico e sociale europeo del 22 marzo 2023 che ha invitato l'adozione di un reddito minimo da parte di tutti gli Stati membri, poiché evidentemente "*condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per consentire una vita dignitosa*".

[44] Risale già al Report del febbraio 2018 la volontà di aprire una riflessione inerente una siffatta misura.

[45] Cfr. P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale,* il Mulino, 2017; E. G, E. BOLZONI, *Il reddito di base*, Ediesse, 2016; S. TOSO, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?* Il Mulino, 2017; G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'età dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, 2018; G. ALLEGRI, *Il reddito di base nell'era digitale*, Fefè Editore, 2018.

[46] F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale,* Giuffrè, 2004, 79-80; C. TRIPODINA, *Diritto all'esistenza, reddito di cittadinanza e Costituzione*, in Bin Italia (a cura di), *Un reddito garantito ci vuole! Ma quale? Strumento di libertà o gestione delle povertà*, 2016, 41 ss.

[47] Si parla di *Workfare*, termine nato dalla fusione di *work* e *welfare*: è un modello alternativo al *Welfare State*, le cui politiche, da un lato, mirano a modificare le caratteristiche soggettive degli inattivi e dei disoccupati di lunga data al fine di accrescerne l'adattabilità al mercato del lavoro e, dall'altro, a rendere più attraente la condizione lavorativa rispetto alla dipendenza dei sussidi.

evitata, poiché altrimenti incostituzionale, è la configurazione della condizionalità in questione nella mera logica del dare per avere. Essa deve essere una "*misura promozionale di (re)inserimento sociale, diretta a rendere il soggetto attivo, autonomo e indipendente grazie al proprio lavoro*"[48]. La condizione della disponibilità – a pena di decadenza dal beneficio – ad accettare occupazioni lavorative è costituzionalmente conforme solo se limitata a offerte congrue alla professionalità pregressa e alle competenze acquisite.

L'ordinamento giuridico italiano si è caratterizzato per un lungo percorso, definibile di sperimentazione legislativa, durante il quale più volte è stato modificato l'approccio nei confronti del reddito minimo.

La sperimentazione è iniziata alla fine del secolo scorso, quando la Legge finanziaria 1998, l. n. 449/1197, confermata poi dal D.lgs. n. 237/1998, introdusse il "reddito minimo di inserimento", cioè una prestazione assistenziale di base destinata al sostegno delle persone esposte al rischio di marginalità sociale e "impossibilitate a provvedere per cause psichiche, fisiche e sociali al mantenimento proprio e dei figli".

Nel 2000, con la Legge n. 328, il reddito di inserimento divenne misura di contrasto della povertà rientrante nelle misure che costituiscono livello essenziale delle prestazioni sociali, nel tentativo di un riordino del sistema assistenziale italiano. Uno degli aspetti più rilevanti fu l'individuazione dei beneficiari del diritto alle prestazioni in senso universalistico, poiché vennero individuati in tutti i cittadini, tanto italiani, quanto europei ed extracomunitari.

Il tentativo non ebbe i risultati sperati e a cominciare dal 2002 alcune Regioni diedero vita a proprie iniziative contro le situazioni di povertà[49].

Dopo l'ennesimo fallimento, questa volta chiamato *Reddito di ultima istanza – RUI*[50], si giunse alla *Social card* del 2008[51], una carta magnetica prepagata, con quaranta euro al mese, per i cittadini residenti in condizioni di maggiore disagio. A ben vedere, e come tutti si accorsero, la misura rappresentò "un netto regresso rispetto alle iniziative sino ad allore assunte"[52].

L'esiguità della somma, il non tenere conto dei componenti del nucleo familiare e i criteri anagrafici e patrimoniali richiesti, limitarono l'effettiva utilità della misura: nel 2014, il totale dei beneficiari fu l'1% degli italiani.

E così, per fare fronte all'ennesimo insuccesso, venne introdotta una nuova carta acquisti[53], denominata *Carta sperimentale*, che, per i requisiti troppo stringenti, non si arrivò nemmeno a esaurire le pur limitate risorse.

---

[48] C. TRIPODINA, *Ius existentiae*, cit., 42.

[49] Il più avanzato dei sistemi regionali – in molti, infatti, decaddero di fatto o di diritto – fu introdotto dalla Regione Lazio, con la legge del 3 novembre 2009, denominata "Istituzione di un reddito minimo garantito". La normativa prevedeva l'erogazione di una somma non superiore a €7.000,00 annui nei confronti di disoccupati, inoccupati, lavoratori precari con reddito personale non superiore a €8.000,00, nella fascia di età tra i trenta e i quarantaquattro anni. La caratteristica più saliente, però, era la previsione della perdita del diritto alla prestazione solo nel caso in cui si fosse rifiutata una proposta di impiego coerente con il salario precedentemente percepito, la professionalità acquisita, la formazione ricevuta e il riconoscimento delle competenze formali e informali in possesso del soggetto. Sul punto, G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, v. 33, n. 130, 2011, 240.

Altre esperienze meritevoli di nota furono la l. regionale del Friuli-Venezia Giulia, n. 15/2015, e la l. regionale della Puglia, n. 3/2016. V. A. BONOMI, *Brevi osservazioni sul «Reddito di dignità» introdotto dalla l. n. 3/2016 della Regione Puglia: aspetti posit*Ivi *e punti di criticità sotto il profilo della compatibilità costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2016, 1-32.

[50] Legge finanziaria del 2004, n. 350/2003.

[51] D.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008.

[52] M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, CEDAM, 2022, 424.

[53] D.l. n. 5/2012, con l'intento di creare una nuova misura di integrazione del reddito, cioè il Sostegno all'Inclusione Attiva (SIA), da estendere su tutto il territorio: Art. 1 comma 216 della l. n. 147/2013 (finanziaria per il 2014): "ai fini della progressiva estensione su tutto il territorio nazionale, non già coperto, della sperimentazione di cui all'art. 60 del

Vi furono dei correttivi, modificando i requisiti d'accesso[54] e ampliando la platea dei fruitori[55], fino a giungere – con un apparente cambio di passo – al Reddito di Inclusione, introdotto con la l. delega n. 33/2017, e il conseguente D.lgs. n. 147/2017, e configurato come livello essenziale delle prestazioni sociali. Era una misura selettiva, anche se definita universale, poiché destinata solamente ai poveri, e condizionata all'attivazione dei beneficiari, in vista della loro inclusione sociale e lavorativa. Il nucleo familiare richiedente doveva dimostrare di trovarsi in condizione di povertà (certificata da un ISEE non superiore a 6000 euro) e otteneva mensilmente – ma per un periodo non superiore a diciotto mesi, rinnovabile per altri dodici mesi dopo il decorso di sei mesi dall'ultima percezione – un importo variabile in base alla composizione della famiglia da 187,50 a 539,82 euro.

Si è giunti poi, *a furore di popolo*, al D.l. n. 4/2019, convertito con modifiche dalla l. n. 26/2019, che ha introdotto il c.d. Reddito di cittadinanza[56].

Come per le precedenti misure, anche il RdC prevedeva la ricorrenza indispensabile e cumulativa di più condizioni. Dal punto di vista soggettivo, vi erano le condizioni riguardanti cittadinanza, residenza e soggiorno (risiedere in Italia da almeno dieci anni di cui gli ultimi due in modo continuativo). Dal punto di vista oggettivo, vi erano il reddito (ISEE inferiore a 9360 euro) e il patrimonio (immobiliare non superiore a 30000 euro e mobiliare non superiore a 6000 euro).

Il beneficio, che era riferito ai nuclei familiari (e non a singoli), era solo economico ed era sia a integrazione del reddito che a supporto dei costi di affitto o di mutuo sostenuti per esigenze abitative, per un importo massimo di 9360 euro annui. Inoltre, veniva erogato per il periodo durante il quale il beneficiario si trovasse in condizioni di disagio economico e, comunque, per un periodo non continuativo non superiore a diciotto mesi, rinnovabili previa sospensione dell'erogazione della prestazione per un periodo di un mese prima di ciascun rinnovo.

Il sussidio era, però, condizionato all'attivazione da parte dei fruitori, posta la necessità della loro "*adesione a un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale*" (art. 4, comma 1, l. n. 26/2019) e del dovere di accettare almeno una di tre[57] offerte di lavoro congrue[58].

---

decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 [..], intesa come sperimentazione di un apposito programma di sostegno per l'inclusione attiva, volto al superamento della condizione di povertà, all'inserimento e al reinserimento lavorativo e all'inclusione sociale".

[54] La legge di stabilità del 2016, cioè la l. n. 208/2015, e D.m. 26 maggio 2016.

[55] D.m. 16 marzo 2017.

[56] Impropriamente detto tale, posto che la denominazione reddito di cittadinanza rinvierebbe più propriamente a una prestazione universale e incondizionata, anzi – più propriamente – condizionata alla mera appartenenza a una comunità politica, e non a una tipologia di reddito minimo selettiva, com'era in effetti. G. IMPELLIZZIERI, S. SPATTINI, *La disciplina del reddito di cittadinanza*, in M. Marocco, S. Spattini (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale. Le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 79, 2019, 1 ss.; F. RAVELLI, *Natura e inquadramento costituzionale del reddito di cittadinanza*, cit., 16.

[57] Con l'art. 1, comma 74, l. n. 234/2021, è stato ridotto a due il numero di offerte lavorative.

[58] La definizione di offerta di lavoro congrua è stata fornita per la prima volta dall'art. 25, D.lgs. n. 150/2015, che, dopo le modifiche apportate dal D.l. n. 4/2019, prevedeva: "*Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali provvede alla definizione di offerta di lavoro congrua, su proposta dell'ANPAL, sulla base dei seguenti principi:*

a) coerenza con le esperienze e le competenze maturate;

b) distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico;

c) durata della disoccupazione;

d) retribuzione superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare l'eventuale integrazione a carico dei fondi di solidarietà, di cui agli articoli 26 e seguenti del decreto legislativo attuativo della delega di cui all'articolo 1, comma 2, della legge n. 183 del 2014, ((ovvero, per i beneficiari di Reddito di cittadinanza, superiore di almeno il 10 per cento rispetto al beneficio mensile massimo fruibile

Ormai è fatto noto che, però, il Reddito di cittadinanza ha avuto vita breve (forse non così tanto, dati i suoi predecessori), poiché il Governo Meloni ha, dapprima, modificato la disciplina del sussidio, riducendo le mensilità a un massimo di sette per l'anno solare 2023 nei confronti di tutti i soggetti occupabili e, dipoi, riformato strutturalmente la misura di reddito minimo, introducendo i nuovi Assegno di Inclusione (ADI) e Supporto per la Formazione e il Lavoro (SFL)[59].

L'ADI spetta ai nuclei familiari composti da almeno un soggetto disabile o minorenne o ultrasessantenne o invalido civile e ai nuclei familiari in condizione di svantaggio e inseriti in programmi di cura e assistenza dei servizi socio-sanitari territorialmente certificati dalla pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi, il richiedente e i membri della famiglia devono essere residenti in Italia da almeno cinque anni (non più dieci, come richiesto per il RdC), di cui gli ultimi due in modo continuativo. Mentre i requisiti oggettivi rimangono invariati rispetto a quelli previsti per il reddito di cittadinanza.

L'importo massimo del beneficio si è abbassato a 7560 euro annui, per i nuclei familiari più disagiati, e ha mantenuto la duplice funzione economica e di integrazione del reddito.

Invariato, invece, rimane il periodo di tempo: spetterà per un periodo continuativo di diciotto mesi, rinnovabili per ulteriori dodici mesi previa sospensione di almeno un mese. La misura viene quindi configurata a tempo indeterminato: verrà erogata fino a quando ne sussisteranno le condizioni; salvo le sospensioni di un mese necessarie tra un rinnovo e l'altro.

I soggetti attivabili al lavoro[60] saranno tenuti tenuto ad accettare un'offerta di lavoro che abbia durata non inferiore a un mese e, se part-time, un orario pari almeno al 60% dell'orario a tempo pieno; con una retribuzione non inferiore ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi; che sia o a tempo indeterminato, su tutto il territorio nazionale, o a tempo determinato, anche in somministrazione, se il luogo di lavoro non dista oltre 80 km dal domicilio o comunque sia raggiungibile entro centoventi minuti con i mezzi di trasporto pubblico.

Scompare così la nozione di offerta congrua, ma il rifiuto di una sola offerta di lavoro rientrante nei parametri citati equivarrà la decadenza dal beneficio dell'intero nucleo familiare, prescindendo da ogni considerazione sulla responsabilità personale delle scelte compiute. Invero, in sede di conversione, il legislatore ha calmierato la rigidità della previsione e ha sancito – all'art. 9, comma

---

da un solo individuo, inclusivo della componente ad integrazione del reddito dei nuclei residenti in abitazione in locazione, riproporzionata in base all'orario di lavoro previsto nel contratto individuale di lavoro));

d-bis) per i beneficiari di Reddito di cittadinanza, retribuzione non inferiore ai minimi salariali previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81; rapporto di lavoro a tempo pieno o con un orario di lavoro non inferiore al 60 per cento dell'orario a tempo pieno previsto nei medesimi contratti collettivi; rapporto di lavoro a tempo indeterminato oppure determinato o di somministrazione di durata non inferiore a tre mesi))".

Così, infatti, la legislazione del RdC prevede espressamente: ai sensi dell'articolo 4, comma 9, lettera a, la prima offerta viene considerata congrua se l'attività lavorativa si trova entro 80 km dalla residenza del beneficiario o raggiungibile in massimo 100 minuti con i mezzi di trasporto pubblici; la seconda offerta, invece, ovunque collocata sul territorio italiano; ai sensi dell'art. 4, comma 9, lettera b, la prima e seconda offerta con rapporto di lavoro a tempo determinato o part-time vengono considerate congrue se il luogo di lavoro non sia distante più di 80 km dalla residenza del beneficiario o raggiungibile nel limite massimo di 100 minuti con i mezzi di trasporto pubblici; ai sensi dell'art. 4, comma 9, lett. c, per rinnovo del RdC l'offerta è congrua anche se ovunque collocata nel territorio italiano.

[59] L'abrogazione del RdC era stata già disposta con la legge di bilancio 2023, l. n. 197/2022, a partire dal 1° gennaio 2024. Mentre la riforma strutturale è avvenuta con il d.l. n. 48/2023, c.d. Decreto lavoro, convertito con modifiche dalla l. n. 85/2023.

[60] Cioè, ai sensi dell'art. 6, comma 4, d.l. n. 48/2023: "Sono tenuti all'obbligo di adesione e alla partecipazione attiva a tutte le attività formative, di lavoro, nonché' alle misure di politica attiva, comunque denominate, individuate nel progetto di inclusione sociale e lavorativa di cui al presente articolo, i componenti del nucleo familiare, maggiorenni, che esercitano la responsabilità genitoriale, non già occupati e non frequentanti un regolare corso di studi, e che non abbiano carichi di cura come indicati al comma 5".

1-*bis* – che, nei casi in cui all'interno del nucleo familiare vi siano figli con età inferiore a quattordici anni, anche se i genitori siano legalmente separati, l'offerta di lavoro, anche a tempo indeterminato, dovrà essere obbligatoriamente accettata solo se il luogo di lavoro non ecceda la distanza di ottanta chilometri dal domicilio del soggetto o comunque è raggiungibile nel limite temporale massimo di centoventi minuti con i mezzi di trasporto pubblico.

per quanto riguarda i soggetti occupabili, invece, cioè coloro che non sono considerati fragili, con età tra i 18 e i 59 anni, che si trovano in condizioni di povertà assoluta e fanno parte di nuclei familiari che non possiedono i requisiti per l'assegno di inclusione oppure che non sono calcolati nella scala di equivalenza, è stata istituita – a partire dal 1° settembre 2023 – un'altra prestazione, cioè il Supporto per la Formazione e il Lavoro, durante la fase di inserimento lavorativo.

Essa non è definita come misura di contrasto alla povertà, ma di attivazione al lavoro, attraverso "*progetti di formazione, di qualificazione e riqualificazione professionale, di orientamento, di accompagnamento al lavoro e di politiche attive del lavoro comunque denominate*".

Il sostegno attivo all'occupazione, dunque, non più complementare al sostegno al reddito.

il richiedente potrà ricevere o individuare autonomamente offerte di lavoro o aderire a servizi di orientamento e accompagnamento al lavoro o partecipare a programmi formativi o di accompagnamento al lavoro come indicati in precedenza, ma sarà così obbligato a frequentare un corso o altra iniziativa di attivazione lavorativa. Invero, l'interessato potrà egli stesso individuare progetti di formazione ai quali essere ammesso.

Il SFL prevede, come indennità di partecipazione alle misure di attivazione lavorativa, un beneficio economico di 350 euro al mese. L'importo viene erogato – tramite bonifico mensile da parte dell'INPS – per tutta la durata del corso o di altra misura di attivazione lavorativa, entro un limite massimo di 12 mesi (quindi in totale €4.200,00), non rinnovabile.

Il beneficio è condizionato, pena decadenza, all'effettiva partecipazione alle attività formative o altre iniziative di attivazione lavorativa.

Cioè, il beneficio equivale a un esiguo indennizzo monetario, per un tempo molto limitato e viene erogato solo nei confronti di chi riuscirà a dimostrare di avere intrapreso un percorso di riattivazione al lavoro.

Il nuovo esecutivo ha, dunque, attraverso un decreto-legge, riformulato la legislazione italiana sul reddito minimo[61].

Prescindendo da qualsiasi idea politica, seppure consapevoli della difficoltà di una operazione del genere, si deve verificare quanto avvenuto meramente da un punto di vista giuridico.

Anticipando in parte quanto si dirà oltre, ciò che è avvenuto è proprio quanto muoveva questo lavoro quando una misura dirompente come il Reddito di cittadinanza entrava a pieno regime nel nostro ordinamento. L'introduzione di un diritto sociale – a questo punto, forse costituzionalmente necessario ma sicuramente euro-unitariamente raccomandato – avrebbe dovuto essere un punto di non ritorno?

---

[61] Questo intervento, attraverso siffatta fonte del diritto, crea non pochi problemi. Chiaramente, è un problema che nasce dalla configurazione del RdC come diritto costituzionalmente necessario, ma una volta appurata questa premessa, sorge la questione sulla capacità o meno dei decreti-legge di sospendere e/o derogare i diritti costituzionali. L'opinione maggioritaria è ferma sull'incapacità dei decreti-legge, v. tra tutti, A. PIZZORUSSO, voce *Emergenza*, *stato di,* in *Enc. sc. soc.*, V, Roma, 1993, 551 ss. In senso opposto, C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss. Ci si limita a sottolineare che "*la storia costituzionale italiana ha dimostrato – paradosso inimmaginabile ai Padri Costituenti – come, a fronte della totale inattuazione e mancata applicazione dell'art. 78 Cost., l'art. 77 sia stato invece utilizzato in maniera inconsulta e incontrollata, sino a determinarne una torsione patologica, tale per cui il decreto-legge è divenuto la fonte privilegiata di produzione normativa, strumento ordinario di espressione dell'indirizzo politico*", A. LAMBERTI, *Oltre la pandemia: brevi riflessioni*, in *AmbienteDiritto*, fasc. 2/2022, 18/05/2022.

Senz'altro, il cammino dei diritti non deve mai essere interrotto, ma si deve sempre tenere conto del fatto che si possono perseguire i medesimi fini con diversi mezzi, e di questo si occupa la politica. Oggi, come già parte di dottrina ha segnalato[62], è evidente che la platea dei fruitori del beneficio è stata falcidiata. Si stima che saranno circa 910.000 nuclei familiari a rimanere senza reddito di sostegno.

Ma l'analisi in questa sede prescinde dai numeri, sarebbe stato ugualmente dirimente anche se fosse stato solo un nucleo familiare a vedersi sottratto di un diritto che il giorno precedente fruiva e ne fruiva a voce di Costituzione.

La prima modifica che evidentemente ha colpito l'affidamento dei consociati è stata la novella, ampliativa, circa i reati ostativi all'ottenimento del Reddito di cittadinanza, con il fortunatamente sventato pericolo di dovere restituire le somme precedentemente ricevute.

La seconda modifica, cioè la riduzione dei mesi di godimento del Reddito di cittadinanza a soli sette mesi, ha creato una lacuna di tutela dato che ci sono stati nuclei familiari – dopo avere usufruito del contributo per i sette mesi previsti – sono rimasti sprovvisti di una misura di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale per i restanti cinque mesi del 2023.

Infine, la terza, quella tellurica, di abrogazione del diritto a un reddito minimo a titolo universale.

La modifica *in peius* del trattamento è palmare. Ciò che si deve verificare è se essa fosse possibile e in che termini. Ci si deve interrogare se l'affidamento dei cittadini e il principio della certezza del diritto possano essere degli argini – e, se sì, quelli adeguati – al sovrano potere legislativo.

4. *Ci si può (af)fidare del (al) reddito di cittadinanza*

La risposta è evidentemente negativa, dato che il Reddito di cittadinanza è stato già abrogato. Tuttavia, sulla scorta di quanto detto finora, è possibile svolgere alcune considerazioni.

Prima di avviare l'analisi interpretativa, si devono porre necessarie premesse logiche e giuridiche.

La premessa è che il RdC e la sua erogazione configuri un rapporto di durata che lega il fruitore, da un lato, allo Stato, dall'altro. La conseguenza è che – una volta ammesso l'individuo alla percezione della prestazione sociale – il singolo su di essa faccia affidamento e pretenda la sua erogazione ai sensi di legge. Ci si spinge fino ad affermare che così il nucleo familiare acquisisce il diritto alla prestazione, perlomeno per il periodo di tempo prestabilito dalla legge, quindi diciotto mesi nella prima erogazione, dodici ai vari rinnovi. Così, la modifica legislativa che interviene sulla disciplina in senso peggiorativo anche se solo con effetti *pro futuro* rientrerebbe nei casi che sono stati definiti di retroattività in senso improprio[63]. È sulla scorta del rapporto così inteso che si muovono le prossime valutazioni.

---

[62] M. APREA, G. GALLO, M. RAITANO, *Verso l'Assegno di Inclusione: un passo indietro di 5 anni*, in Menabò, n. 193/2023, su *eticaeconomia*, 14 maggio 2023; C. TRIPODINA, *Povera Italia*, cit.

[63] Anche questo tema di estrema complessità meriterebbe ben altro approfondimento. Tuttavia, per evitare di dare per scontate troppe nozioni, si ricorda che la retroattività in senso proprio si configurerebbe quando la legge intervenga nei confronti di fattispecie esauritesi nel passato: "indica la pretesa di un atto di applicarsi e di esplicare efficacia in ordine ai rapporti sorti anteriormente a esso" (A. CARIOLA, *Retroattività*, cit., 5171); mentre, la retroattività in senso improprio si configurerebbe quando le nuove disposizioni intervengano nei confronti di fattispecie che erano già disciplinate dalla legge abrogata ma che non si sono ancora esaurite. Cioè, si tratterebbe di una legge modificativa de futuro di rapporti di durata (G. FURGIUELE*, Diritti acquisiti*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 2004 (rist.), 369; F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, 327, che afferma che la norma è impropriamente retroattiva quando incida "*su rapporti di durata modificandone*

Quando il legislatore mette mano e modifica la prima vera e propria forma di *ius existentiae* italiano, o forse più correttamente quando il Giudice delle leggi eventualmente vaglia la legittimità costituzionale di siffatto intervento[64], quali sono i principi che vengono messi *sul piatto del bilanciamento*?

Preliminarmente è necessario chiarire come non si possa concordare con la configurazione giuridica del Reddito di Cittadinanza data dalla Corte costituzionale. Soprattutto con la sentenza n. 19/2022[65], la Consulta ha ritenuto che il RdC, "*pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale*". Tuttavia, seppure la misura abbia una molteplicità di fini, il primo scopo è quello di "*assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo*"[66]. Il virgolettato è proprio quanto detto dalla Corte costituzionale nel 2010 con riferimento alla cd. Carta acquisti, predecessore proprio del Reddito di Cittadinanza. Per questo motivo, non si può negare la natura prettamente assistenziale del RdC e la sua configurabilità costituzionale ai sensi degli artt. 2, 3 comma 2, 38 Cost. Tra l'altro, ciò viene avallato dalla formulazione della nuova misura del Supporto per la Formazione e il Lavoro, che non è definita una misura di contrasto alla povertà ma

---

l'assetto per il futuro e così frustrando le aspettative, per lo più economiche, delle parti". Invero, c'è anche chi ha sostenuto la natura non retroattiva di tali interventi: "*non è retroattiva quella legge che modifica o estingue gli effetti durevoli chiamati a prodursi nel tempo del suo vigore, anche se la situazione di fatto cui essa ricollega il suo effetto giuridico si collochi anteriormente alla sua entrata in vigore*", R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1990, 51).

[64] Non si può che concordare con quanto affermato da A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, cit., 616: "*quando si afferma che il bilanciamento tra valori diversi, e quindi tra diritti in conflitto, è operato dal legislatore e semmai controllato poi dal giudice costituzionale, in fondo si celebra un'ipocrisia, perché la fase sulla ragionevolezza del preteso bilanciamento sopravanza di molto in interesse ed in efficacia quella sull'elaborazione del bilanciamento ad opera del legislatore*".

[65] Il Tribunale ordinario di Bergamo aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 2, comma 1, lettera a), numero 1), del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4 (Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni), convertito, con modificazioni, nella legge 28 marzo 2019, n. 26, che, fra i diversi requisiti necessari per l'ottenimento del reddito di cittadinanza, come visto, richiede agli stranieri il possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Per il giudice *a quo*, l'esclusione sarebbe stata lesiva del nucleo dei diritti essenziali della persona e comunque irragionevole la correlazione tra il requisito e le situazioni di bisogno per le quali la prestazione è stata prevista. La Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità costituzionale perché: "*occorre verificare se esista una ragionevole correlazione tra il requisito fissato dalla norma censurata e la ratio del reddito di cittadinanza. Come già ampiamente sottolineato, tale provvidenza non si risolve in un mero sussidio economico, ma costituisce una misura più articolata, comportante anche l'assunzione di precisi impegni dei beneficiari, diretta ad immettere il nucleo familiare beneficiario in un «percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale» (art. 4, comma 1, del d.l. n. 4 del 2019, come convertito). Va considerato inoltre che la durata del beneficio economico è di diciotto mesi (permanendo i requisiti), con possibilità di rinnovo (art. 3, comma 6). L'orizzonte temporale della misura non è dunque di breve periodo, considerando sia la durata del beneficio sia il risultato perseguito. Gli obiettivi dell'intervento implicano infatti una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato. In questa prospettiva di lungo o medio termine del reddito di cittadinanza, la titolarità del diritto di soggiornare stabilmente in Italia non si presenta come un requisito privo di collegamento con la ratio della misura concessa, sicché la scelta di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma pur sempre prIvi di un consolidato radicamento nel territorio, non può essere giudicata esorbitante rispetto ai confini della ragionevolezza*".

[66] Corte cost., sent. n. 10/2010, già richiamata, v. Parte I, Cap. II, Par. I.

di attivazione al lavoro. Così, il RdC – proprio perché raccoglie una varietà di fini – deve essere intesa sia misura diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo sia misura diretta a una politica attiva del lavoro e dell'integrazione sociale.

Ciò premesso, da un lato, a favore del mantenimento di tale misura di contrasto alla povertà, in primo luogo, deve porsi la dignità umana. Per quanto si possa opinare sulla qualità e sulla modificabilità del Reddito di cittadinanza, esso rispondeva a *input* provenienti dall'Unione europea, che continua a spingere il reddito minimo come un nuovo diritto, e assicurava – meglio di tutte le altre esperienze giuridiche italiane – una vita libera e dignitosa[67]. Come ha sottolineato la Corte costituzionale, "*contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana*" è compito al quale "*lo Stato non può abdicare in nessun caso*"[68].

Così il Reddito di cittadinanza non si pone in contrasto con disposizioni costituzionali ma è volto a realizzare se non il fine ultimo, comunque, uno dei principali fini della Costituzione[69].

A controbilanciare il peso di questi principi, si devono porre le esigenze di bilancio[70], il pluralismo democratico, e quindi l'idea che certi risultati costituzionalmente necessari possano essere perseguiti diversamente, cioè il "*revisionismo permanente alla ricerca del meglio*"[71], e, infine, un elemento – non un principio – di non poco conto ma strettamente collegato al principio precedente, cioè la possibilità da parte del legislatore di verificare il funzionamento della normativa introdotta per vagliarne meriti e disfunzioni.

Così, volendo concludere questa opera interpretativa su un eventuale giudizio di bilanciamento, è possibile individuare una tesi mediana, attraverso l'utilizzo delle idee sviluppate nel corso dell'elaborato.

Il *ius existentiae* è oggi un diritto che con forza si presenta nell'ordinamento giuridico italiano, incalzato – come visto – dall'Unione europea, che si può dire anche costituzionalmente necessario, per come argomentato precedentemente.

Esso, dunque, è senz'altro un *diritto sociale primario*, il cui contenuto essenziale è immodificabile nel tempo, una volta introdotto, e per il quale l'affidamento rileva poco, dato che la sua tutela si poggerebbe su principi costituzionali ben più saldi.

Tuttavia, non si può dire altrettanto sulle sue specificazioni normative, quale a esempio il Reddito di cittadinanza.

Se è vero che la dignità dell'uomo è cuore pulsante della Carta costituzionale italiana, è altrettanto vero che essa possa essere tutelata in molteplici modi e il RdC si sia dimostrato essere

---

[67] Cfr. C. BERGONZINI, *Come un gioco di specchi. Sulle tracce dell'"esistenza libera e dignitosa" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2023, 61 ss.; ma si permetta il rinvio all'intera rubrica della Rivista, *Esistenza libera e dignitosa: la rivoluzione promessa*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2023.

[68] Corte cost., sent. n. 217/1988, con riferimento al diritto all'abitazione. Per il valore della dignità dell'uomo nella Costituzione italiana, M. Bellocci, P. Passaglia, (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese,* 2007, consultabile al sito web della Corte costituzionale.

[69] La dottrina più attenta è giunta ad affermare che la dignità umana, idea centrale della Costituzione italiana e valore fondante la vocazione personalista dell'ordinamento costituzionale, deve interpretarsi come il fine ultimo di tutte libertà costituzionalmente protette, A. RUGGIERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 225 ss.

[70] Economisti hanno evidenziato come si possa ipotizzare ammontante a un miliardo di euro il risparmio che si otterrà con la totale soppressione del Reddito di cittadinanza, v. [70] M. APREA, G. GALLO, M. RAITANO, *Verso l'Assegno di Inclusione*, cit.

[71] G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro,* Napoli, Jovene, 3 ss. Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa,* in *Quad. Cost., 1/2014*, 91.

solo uno di essi. Per questo si ritiene che quest'ultimo debba – per il momento – essere configurato quale diritto sociale legislativo.

Così, ai sensi del consolidamento dell'affidamento attraverso il susseguirsi dei Parlamenti, non può dirsi effettivamente sussistente un affidamento dei consociati nei confronti di siffatta misura sociale, poiché il Reddito di cittadinanza è stato introdotto durante la burrascosa XVIII legislatura (1° giugno 2018 – 21 ottobre 2022), durante il c.d. governo Conte II, ed è stato abrogato nella legislatura immediatamente successiva, dal governo Meloni[72].

Approfondendo le specifiche modifiche della disciplina sul Reddito di cittadinanza, si era precedentemente affermato la sussistenza di tre novelle che avrebbero potuto ledere l'affidamento dei consociati: la prima inerente all'ampliamento dei reati ostativi all'ottenimento del Reddito di cittadinanza; la seconda, attualmente in corso, cioè la riduzione dei mesi di godimento del Reddito di cittadinanza a soli sette mesi; e la terza, quella più importante, l'abrogazione della misura.

Con riferimento alla prima modifica, ha dato risposta la stessa Corte costituzionale in un caso analogo e con la sentenza n. 169/2023[73] ha statuito che rientra nell'ordinaria discrezionalità legislativa il perimetrare la platea dei beneficiari delle prestazioni sociali, valutando l'opportunità di introdurre nuovi requisiti, tra i quali quello dell'assenza di elementi di indegnità.

La Corte, invero, aggiunge – motivando l'assenza di una lesione dell'art. 38 Cost. – che, a ogni modo, la famiglia del soggetto escluso dal beneficio continuerebbe a percepire quelle determinate prestazioni sociali autonomamente e a titolo individuale. Cosa che, come già sottolineato, in realtà, non avveniva per il Reddito di cittadinanza, poiché era una misura che aveva come destinatari i nuclei familiari e non i singoli individui.

Di qui, stante la possibile discrezionalità del legislatore, è fondato ritenere sussistente la lesione dell'*ius existentiae*, per come configurato ai sensi della Costituzione. A nulla, invero, rileverebbe l'eventuale contemporanea lesione dell'affidamento sull'erogazione del beneficio di tutti coloro che – avendo acquisito il diritto a quella prestazione – se ne sono visti privati nel corso del periodo di vigenza del RdC a loro riconosciuto. Affidamento che, tra l'altro, attraverso i principi pretori nazionali e sovranazionali, non potrebbe dirsi leso, perché assente un qualificato consolidamento della posizione soggettiva dei privati.

Con riferimento alla seconda novella legislativa che, come già anticipato, ha limitato la durata della prestazione del RdC nel corso del 2023 a un periodo massimo di sette mesi, e ha effettivamente creato una lacuna di tutela per tutti i nuclei familiari che hanno già goduto dei sette mesi di erogazione della prestazione. Ipotizzando l'inizio dell'erogazione nel gennaio 2023, nel mese di luglio la famiglia fruitrice si vedrebbe senza alcuna tutela fino all'entrata in vigore della nuova disciplina, cioè il primo gennaio 2024.

È evidente che in questo caso vi è stata una svista legislativa nella creazione di un'adeguata disciplina transitoria da un modello di tutela all'altro. Irragionevole appare, infatti, limitare la

---

[72] Probabilmente, di contrario avviso, sebbene precedentemente alla modifica del Governo Meloni, G. BRONZINI, *La via italiana alla tutela della dignità essenziale delle persone*, in S. Giubboni (a cura di), *Reddito di cittadinanza e pensioni*, cit., 10, in cui, quasi a recuperare l'idea qui proposta del susseguirsi delle legislature, afferma: *"Sembra dunque che non si possa in alcun modo tornare indietro, come ci comprova indirettamente il fatto che oggi, nonostante il cambio di maggioranza intervenuto nell'agosto del 2019, nessuno abbia chiesto l'abrogazione della L. n. 26/2019, ma semmai il suo miglioramento, persino tra coloro che nostalgicamente sembrano anche rimpiangere la trascurabile e misera esperienza del ReI*".

[73] Il giudizio di legittimità aveva a oggetto l'art. 2, comma 61, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*) che aveva revocato le prestazioni sociali di indennità di disoccupazione, assegno sociale, pensione sociale e pensione per gli invalidi civili nei confronti dei "soggetti già condannati con sentenza passata in giudicato per i reati di cui al comma 58, [..] con effetto non retroattivo".

fruizione del beneficio a sette mesi, anziché ampliarlo fino alla conclusione dell'anno solare e all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'Assegno di inclusione.

Così anche in questo caso vi sarebbe una lesione del diritto a una vita libera e dignitosa a prescindere dall'affidamento dei consociati.

Invero, questa modifica legislativa ha colpito anche dei rapporti in corso, cioè vi erano soggetti ai quali l'erogazione per diciotto o dodici mesi era stata appena riconosciuta.

Nei confronti di queste fattispecie, è intervenuta una circolare INPS, la n. 61 del 12 luglio 2023, nel tentativo di fare chiarezza sull'applicazione della riduzione temporale del godimento del beneficio.

Si è statuito che per i soggetti beneficiari del Reddito di cittadinanza a cui si applica la predetta riduzione del periodo massimo di fruizione del beneficio e che risultino percettori della misura alla data del 31 dicembre 2022, per l'anno 2023, l'erogazione della misura non potrà eccedere complessivamente la durata massima di sette mensilità.

Di conseguenza, anche se i nuclei familiari avevano acquisito in base alla legislazione precedente il diritto a percepire il beneficio per diciotto o dodici mesi, la fruizione della misura è terminata il 31 luglio 2023.

La circolare apporta due esempi per facilitare la comprensione: 1. "*nel caso in cui il nucleo a cui si applica la riduzione a sette mensilità del periodo massimo di fruizione della misura abbia percepito, fino al 31 dicembre 2022, due mensilità, dal 1° gennaio 2023 potrà percepire ulteriori sette mensilità e non potrà presentare una nuova domanda*"; 2. "*qualora il nucleo a cui si applica la riduzione a sette mensilità del periodo massimo di fruizione della misura abbia percepito, fino al 31 dicembre 2022, quattordici mensilità del Reddito di cittadinanza, dal 1° gennaio 2023 potrà percepire le ulteriori quattro mensilità; dopo un mese di sospensione potrà presentare una nuova domanda per la quale la misura potrà essere riconosciuta per sole tre mensilità*".

Si è, pertanto, dinanzi a una evidente lesione di quelli che sarebbero stati definiti diritti quesiti dei nuclei familiari assegnatari del RdC, ma – ancora una volta, in applicazione degli arresti della Corte costituzionale – essi non possono dirsi intangibili, eccetto ipotesi di irragionevolezza delle disposizioni legislative che, in questo caso, non è possibile constatare. L'unica lesione ravvisabile permane, come anticipato, l'assenza di tutela dello *ius existentiae* per il periodo che va dal 31 luglio 2023 al 31 dicembre 2023, prescindendo da qualsivoglia tipologia di affidamento.

Venendo, infine, al quesito che dà il titolo a questo paragrafo, quindi anche alla terza modifica legislativa, cioè l'abrogazione del Reddito di Cittadinanza, si ripropone quanto detto: sebbene effettivamente configurabili delle situazioni giuridiche soggettive acquisite per disposizioni di legge antecedenti e modificate *in peius* successivamente, l'affidamento su di esse non può dirsi consolidato e, pertanto, gli interventi legislativi peggiorativi non possono essere tacciati di irragionevolezza.

Ricollegandoci all'elenco delle caratteristiche della legge retroattiva, in senso proprio e improprio, ragionevole, il decorso di tempo definibile breve, cioè quasi due anni di esistenza della normativa sul Reddito di cittadinanza, e anzi significativo di una mancata conferma da parte della legislatura successiva, la proporzionalità dell'intervento anche con riferimento al risparmio in bilancio, data la rilevanza dello stesso, la prevedibilità della modifica normativa, posto il grande fragore politico e mediatico creatosi in relazione all'introduzione del RdC, la presenza di una disciplina transitoria, anche se parzialmente lacunosa, si scontrano – sopravanzandolo già solo in termini numerici – con l'unico elemento a favore dell'irragionevolezza, ossia la lesione di diritti quesiti che perseguono finalità costituzionali.

5. *Il convitato di pietra*

Gli studi condotti costituiscono un tentativo di dotare di maggiore tutela i diritti sociali, tenendo comunque a mente che sia impossibile parlare di una totale irreversibilità degli stessi. Invero, si è tentato di ridare vita a una teoria nata in Germania dal giurista, membro della Corte costituzionale tedesca, Konrad Hesse, e ripresa in Spagna, negli anni del transito al regime democratico dopo la morte di Franco[74] e ancora oggi cara ad alcuni giuristi iberici[75].

Lo si è fatto attraverso l'utilizzo di un'altra nozione tanta cara alla nostra cultura giuridica quanto bistrattata nelle sentenze della Corte costituzionale, cioè l'affidamento dei cittadini.

La riflessione nasce proprio dal criterio utilizzato per limitare i diritti sociali, ossia quello secondo il quale "*lo Stato può garantire soltanto ciò che l'individuo può ragionevolmente pretendere dalla Società*"[76].

L'individuo cosa può pretendere dalla Società, o più correttamente dallo Stato? La risposta è semplice: la certezza del diritto, l'applicazione delle leggi vigenti, la tutela dei diritti, perlomeno quelli già riconosciuti. In altre parole, il rispetto di quel legame che lega il consociato allo Stato e su quale si fonda l'affidamento sui rapporti giuridici.

E sebbene si sia tentato, nell'intento di proporre prospettive innovative ma funzionali, di mantenersi all'interno dei solchi tracciati dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, non si possono non evidenziare forti dubbi sull'effettivo rispetto di un principio che dalla maggioranza degli interpreti viene riconosciuto come connaturato al nostro Stato di diritto.

In un ordinamento dove i diritti sociali vengono fatti e disfatti, rapidamente, come per il Reddito di cittadinanza, problema di cui si lamentava anche Dante Alighieri[77], è chiaro che vengano alla luce grossi problemi di affidamento – in senso lato – dei cittadini sull'atto normativo, che causano vere e proprie difficoltà di credibilità dello stesso. Il non potere fare affidamento sulle leggi equivale a depotenziare la credibilità delle stesse.

E così, consequenzialmente, dinanzi alla a-credibilità delle leggi, e quindi in una incertezza generale, anche i diritti che vengono previsti divengono non credibili, e quindi incerti. Ma un diritto incerto non è neppure un diritto[78].

Si deve, infine, segnalare la presenza – in questo lavoro – di un convitato di pietra che meriterebbe una trattazione autonoma e non ancillare, cioè il principio di solidarietà[79].

---

[74] L. TESTA, *Welfare state spagnolo tra dichiarazioni solenni ed emergenza economica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 4, 2013, 1506 ss. L'autore cita i principali esponenti spagnoli di questi studi, L. LÓPEZ GUERRA, J. DE ESTEBAN, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcellona, 1983, I, 384, ed evidenzia come anche la Corte costituzionale spagnola abbia fatto utilizzo di questa teoria, riportando l'esempio della STC 81/1982: "*Dado el carácter social y democrático del Estado del Derecho que nuestra Constitución exige… debe entenderse que no puede privarse al trabajador de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino orotgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y act*Ivi*dad profesional, sin perjuicio de que el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente al actual, siempre que se respete la igualdad de los trabajadores*".

[75] J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, cit.

[76] A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 90.

[77] "*S'io dico 'l ver, l'effetto nol nasconde, / Atene e Lacedemona, che fenno / l'antiche leggi e furon sì civili, / fecero al viver bene un picciol cenno / verso di te, che fai tanto sottili / provvedimenti, ch'a mezzo novembre / non giunge quel che tu d'ottobre fili*". L'edizione da cui è tratto il passo della *Divina Commedia* è A.M. CHIAVACCI LEONARDI, *Dante. Divina Commedia. Purgatorio*, Mondadori-Oscar classici, Milano, 2016, 192-196.

[78] N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961.

[79] F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia,* Giuffrè, 2012; S. GIUBBONI, *Solidarietà,* in *Politica del diritto*, 4/2012, 526 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014; F. REY MARTINEZ, *El valor constitucional de la* fraternité, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 2021, 43 ss.

In estrema sintesi, la Costituzione italiana prescrive come dovere inderogabile la solidarietà della comunità politica nei confronti delle persone economicamente deboli e socialmente fragili.

Il principio in questione potrebbe essere qualificato come fondamento dello Stato sociale in generale, dei diritti sociali nello specifico, e ancora più specificatamente dello *ius existentiae*, ma al contempo, viene utilizzato quale loro principale limite. In un concetto: il contributo di solidarietà.

Dunque, si potrebbe parlare di paradosso dello Stato etico. In un ordinamento che pone la solidarietà a suo fondamento, essa diviene anche la "*giustificazione a tutto tondo delle scelte delle maggioranze di governo*"[80].

Di fatti, contro la supposta tirannia dei diritti quesiti, sarebbe proprio il principio di solidarietà a consentire la limitazione dei diritti individuali[81].

Vieppiù, il principio di solidarietà è convitato di pietra anche perché, come visto, per taluni è il fondamento del legittimo affidamento. E questo creerebbe un paradosso nel paradosso, perché i diritti quesiti, in uno Stato fondato sulla solidarietà, fondati a loro volta sulla scorta di un principio – quello dell'affidamento – che nasce dalla buona fede/solidarietà, troverebbero il loro limite, la loro infondatezza proprio nel principio di solidarietà.

Dunque, si ritiene che, anziché essere posta come limite ai diritti sociali, "*la solidarietà deve restare un titolo per pretendere qualcosa dall'organizzazione pubblica al fine di sviluppare pienamente la propria personalità e partecipare con effettività all'organizzazione del Paese. Essa, cioè, è il fondamento delle richieste di prestazioni nei confronti dello Stato sociale e, quindi, deve valere contro le omissioni del legislatore e dell'amministrazione le volte in cui non siano predisposti strumenti idonei ad assicurare l'eguaglianza dei punti di partenza ovvero non si tutelino in maniera adeguata posizioni soggettive ritenute meritevoli di considerazione*"[82]. D'altronde, è proprio questo il fine ultimo dello Stato sociale, assicurare a tutti le condizioni materiali per il godimento dei diritti e delle libertà costituzionali.

[80] A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, cit., 608.

[81] M. PERSIANI, *Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni,* cit., 9.

[82] A. CARIOLA, *Come nasce un diritto*, cit., 608.

GIORGIA CHIARAMONTE*

Nuovi diritti e tecniche di tutela del produttore agricolo lungo la filiera agroalimentare: il contrasto alle pratiche commerciali sleali**

SOMMARIO: 1. Nuovi diritti e tecniche di tutele in tempi di crisi nella filiera agroalimentare: uno scenario complesso. – 2. Il contrasto alle pratiche commerciali lungo la filiera agroalimentare: da un approccio di *soft law* al d.lgs. n. 198/2021. – 3. Elementi del contratto di cessione e nullità delle pattuizioni costituenti pratiche sleali. – 4. Tecniche e strumenti di tutele "*ex post*". Riflessioni critiche sull'utilità pratica dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie derivanti dai contratti di cessione. – 5. (segue) Strumenti di tutela di *public enforcement*. L'ICQRF e la competenza residuale dell'AGCM. – 6. La denuncia delle pratiche sleali e i poteri ispettivi e investigativi dell'ICQRF. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

ABSTRACT: ***Agri-food law offers a peculiar insight to observe the rise of new rights and new techniques to protect people in times of crisis. Indeed, the agri-food market is a complex sector where the length of the supply chain leads to a dispersion of product value that affects the agricultural producer. Moreover, the agricultural producer is often the victim of unfair commercial practices. To protect the 'supplier', the Italian legislator adopted Legislative Decree No. 198/2021, implementing the minimum harmonisation Directive No. 2019/633/EU on unfair commercial practices in the agri-food chain. The essay analyses the issues related to the ex-post protection tools developed by the legislator, including the provision of ADR instruments and the designation of a new national authority (ICQRF) to ensure the effective enforcement of the prohibitions set forth in Legislative Decree No. 198/2021.***

1. *Nuovi diritti e tecniche di tutele in tempi di crisi nella filiera agroalimentare: uno scenario complesso*

"Nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempi di crisi" è un tema ampio e riflette un mosaico che può scomporsi in una miriade di sfaccettature. L'espressione "nuovi diritti", invero, «*denota, sia pure al di fuori di una tassonomia rigorosa, i diritti* soggettivi *e i diritti* collettivi *che nel corso degli ultimi decenni del Novecento sono stati socialmente e politicamente rivendicati e hanno ottenuto, in forme diverse, riconoscimento pubblico nell'ambito delle strutture politiche occidentali*»[1].

Uno spaccato peculiare per osservare il fenomeno è offerto dal diritto agroalimentare. Quello del mercato agroalimentare, infatti, è un settore complesso, tanto essenziale quanto fragile: essenziale, perché involve diritti fondamentali tra cui, *in primis*, il diritto al cibo, che inteso sia nella prospettiva della *food security*[2], sia in quella della *food safety*[3], è divenuto oggetto di «*una*

* Dottore di Ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore"

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Cfr., D. ZOLO, *Nuovi diritti e globalizzazione*, in *Treccani* on line, 2009. La bibliografia sul tema è vastissima: v., per tutti, E. RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali, nuove tecniche decisorie, nuovi equilibri (rectius, squilibri) istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2023, 24 novembre 2023, 477 ss.

[2] Con l'espressione *food security* si suole indicare la sicurezza alimentare in termini di fabbisogno: è una finalità espressamente indicata nell'art. 39 del TFUE, norma di rilevanza "costituzionale" secondo L. COSTATO, *Le conseguenze della trasformazione del diritto agrario dell'Unione Europea*, in E. Cristiani, A. Di Lauro, E. Sirsi (a cura di*), Agricoltura e Costituzione. Una Costituzione per l'agricoltura. In onore di Marco Goldoni*, Pisa university press, Pisa, 2018, ivi in particolare 29 ss. Cfr., *ex multis*, altresì A. Morrone, M. Mocchegiani (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, Bologna, 2022; A. LUPO, *Il diritto al cibo nella crisi*

vera e propria costituzionalizzazione diffusa»[4]; fragile, perché è esposto in prima linea alle conseguenze catastrofiche della crisi climatica che sta, in larga parte, contribuendo egli stesso a causare[5].

In questa prospettiva, in cui il cibo è un bene essenziale per la sopravvivenza, il rispetto dei diritti dei lavoratori che operano nella filiera agroalimentare acquista rilevanza primaria[6]. Si tratta, tuttavia, di diritti spesso calpestati.

La complessità e la lunghezza della filiera, infatti, determinano una dispersione del valore del prodotto che si ripercuote sul produttore agricolo[7], giacché egli spesso si relaziona non

---

climatica tra sicurezza e "sostenibilità" alimentare, in BioLaw Journal, 2/2023, 277 ss. Si tratta, tuttavia, di un diritto fondamentale garantito solo sulla carta, soprattutto per i Paesi extra-UE. Invero, secondo il Rapporto annuale dell'Agenzia ONU *World Food Program* del 2022, la guerra in Ucraina ha aggravato un'inflazione già di per sé spropositata, con 349 milioni di persone che hanno sofferto la fame acuta e 772.000 persone sull'orlo della carestia. A ciò si aggiunga il genocidio in atto in Palestina, per il quale il *World Food Program* ha lanciato l'allarme per la sicurezza alimentare. Sul punto, il rapporto IPC (sulla classificazione integrata delle fasi di sicurezza alimentare) pubblicato il 22 dicembre 2023, ha evidenziato come la popolazione palestinese – circa 2,2 milioni di persone – sta soffrendo livelli di crisi o peggiori di insicurezza alimentare: «*There is a risk of Famine and it is increasing each day that the current situation of intense hostilities and restricted humanitarian access persists or worsens. The intensification of the hostilities, further reduction in access to food, basic services, and lifesaving assistance, and the extreme concentration or isolation of people in inadequate shelters or areas without basic services are major factors that contribute to increasing this risk. Between 24 November and 7 December 2023, over 90 percent of the population in the Gaza Strip (about 2.08 million people) was estimated to face high levels of acute food insecurity*».

[3] La *food safety* indica la sicurezza igienico-sanitaria nonché la qualità del cibo. Sull'argomento cfr., *ex multis*, C. BOVINO, *Sicurezza alimentare: focus sulla "food safety"*, in *Agricoltura*, 2015, 19 ss.: E. ROOK BASILE, *Sicurezza e qualità degli alimenti*, in M. Goldoni, E. Sirsi, (a cura di), *Per uno studio interdisciplinare su agricoltura e alimentazione. Atti del Convegno di inaugurazione dell'Osservatorio sulle regole dell'agricoltura e dell'alimentazione (Oraal)*, Giuffrè, Milano, 2011, 511 ss.

[4] Come sottolineato efficacemente da S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, Fondazione Corriere della Sera, Milano, 2014, ivi in particolare 4. Sul diritto al cibo cfr., inoltre ed ex multis, M. BOTTIGLIERI, *The protection of the Right to adequate food in the Italian Constitution*, in Forum di Quaderni costituzionali, 11/2015, 23 novembre 2015, 1 ss.

[5] Secondo uno studio pioneristico il sistema agroalimentare è responsabile per oltre un terzo delle emissioni mondiali di gas serra di origine antropica. Sul punto, cfr. X. XU, P., SHARMA, S. SHU, *et al., Global greenhouse gas emissions from animal-based foods are twice those of plant-based foods*, in Nature Food, 2/2021, 724 ss. V., inoltre, F.N. TUBIELLI ET AL., *Greenhouse gas emissions from food systems: building the evidence base*, in *Environmental research*, 6/2021, 1 ss., ove si è per l'appunto sottolineato che «*Agriculture is a significant contributor to climate change, in addition to being one of the economic sectors most at risk from it*».

[6] Come evidenziato da L. PAOLONI, *La sostenibilità "etica" della filiera agroalimentare*, in rivista di diritto alimentare, 4/2020, 5 ss., ivi in particolare 7, «*Il venir meno di questo requisito non solo pregiudica la natura sostenibile del cibo ma anche l'insieme dei public goods che ne originano*». Cfr. altresì, F. DI IACOVO, G. BRUNORI, S. INNOCENTI, *Il cibo come scelta collettiva: le nuove dimensioni del civismo negli alimenti*, S. Silvini, A. Corrado (a cura di), *Cibo locale. Percorsi innovativi nelle pratiche di produzione e consumo alimentare*, Liguori, Napoli, 2013, 125 ss., ove si sottolinea che «*fenomeni di sfruttamento sociale, di lesione dei diritti dei lavoratori, scarsa trasparenza nella distribuzione del valore creato […] sono tutti fattori che rappresentano motivo di preoccupazione individuale e collettiva concorrendo alla riduzione dei beni pubblici sociali creati, su scala locale o internazionale, tramite la produzione di cibo*».

[7] Cfr. le riflessioni di I. CANFORA, *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, in Agriregionieuropa, 55/2018, 33 ss. In argomento, v. anche A. GERMANÒ, M.P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, in particolare 195 ss. Le peculiarità della filiera hanno da sempre imposto l'esigenza di riservare un particolare *favor* per il settore agricolo, attraverso interventi correttivi e normative di protezione. In argomento, cfr., *ex multis*, A. JANNARELLI, *L'associazionismo dei produttori agricoli ed il "tabù"; dei prezzi agricoli nella disciplina europea della concorrenza. Considerazioni critiche sul reg. 261 del 2012 in materia di latte e prodotti-lattiero caseari*, in *Riv. dir. agr.*, 1/2012, 179 ss.; ID., *L'eccezionalismo agricolo e la catena alimentare nel futuro della Pac*, in *Dir. agroalim.*, 1/2016, 61 ss.; ID., *Dal caso 'indivia' al regolamento omnibus n. 2393 del 13 dicembre 2017: le istituzioni europee 'à la guerre' tra la PAC e la concorrenza?* in *Dir. agroalim.*, 1/2018, 109 ss.; ID., *Il mercato agro-alimentare europeo*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata,* 1, L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich (a cura di), Roma Tre Press, Roma, 2020, 251 ss.; I. CANFORA, *Raggiungere un equilibrio nella filiera agroalimentare. Strumenti di governo del mercato e regole*

direttamente col consumatore, bensì con soggetti intermedi, i quali lavorano il prodotto di base e lo cedono alla Grande Distribuzione Organizzata (cd. GDO).

Invero, le differenze strutturali che coinvolgono gli attori del mercato agroalimentare, unitamente alla specificità che caratterizza i prodotti agricoli - deperibili e stagionali, nonché contraddistinti da una notevole incertezza in ordine alla produzione[8] - fanno sì che le relazioni contrattuali che s'instaurano lungo la filiera siano contraddistinte da elevati squilibri economici[9]. Infatti, le imprese della GDO hanno acquisito un impareggiabile potere di mercato[10], che consente loro di definire le condizioni di acquisto dei prodotti alimentari e altresì di controllare, per via contrattuale, il processo di produzione[11].

Tra l'altro, la debolezza del produttore agricolo nel corso delle negoziazioni dei contratti costituisce spesso occasione, per le imprese di trasformazione e distribuzione di prodotti agricoli e alimentari, di servirsi di pratiche commerciali sleali per massimizzare il proprio guadagno. Il ricorso a pratiche commerciali scorrette sfalsa la concorrenza, generando «*costi che in mercati concorrenziali non farebbero parte della loro attività imprenditoriale*»[12]. A questo quadro già di per sé complesso si aggiunga il fatto che delle caratteristiche strutturali della filiera ne risentono altresì le condizioni di lavoro della manodopera. Infatti, l'allocazione inefficiente delle risorse nonché le pratiche scorrette subìte dal produttore agricolo spesso impongono un taglio dei costi di produzione: «*in questo quadro, il ricorso al caporalato e allo sfruttamento del lavoro acquisisce […] una rilevanza sistemica*»[13].

È in questo contesto che, per la tutela dei diritti coinvolti, assume una rilevanza centrale la regolamentazione del settore agroalimentare e il contrasto al ricorso a pratiche commerciali sleali. A tal fine, il legislatore nazionale, con d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198[14], ha dato attuazione alla

---

contrattuali, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata,* 1, cit., 237 ss.; A. MARCIANÒ, *Filiere agroalimentari e regole di funzionamento dei mercati: riflessioni giuslavoristiche*, in Persona e mercato, 2/2022, 439 ss.

[8] Ciò a causa della dipendenza dai processi biologici e all'esposizione ai fattori meteorologici. Sul punto, v. il sesto considerando della Direttiva 2019/633/UE.

[9] V, ancora, A. GERMANÒ, M.P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, cit., 202.

[10] Il potere della GDO è tale che attenta dottrina ha attribuito a queste imprese la qualifica di «*Signori del Mercato*»: così F. ALBISINNI, *Certificazione dei prodotti agroalimentari e globalizzazione, tra concorrenza e tutela*, in Rivista della Regolazione dei Mercati, 1/2018, 24. Cfr. anche il Parere del Comitato Economico e Sociale europeo del 7.4.2005, «*La grande distribuzione: tendenze e conseguenze per agricoltori e consumatori*» (2005/C 255/08).

[11] Si rimanda ancora alle considerazioni di I. CANFORA, *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, cit., 33.

[12] Cfr. Commissione Europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare, Com (2018) 173 def, 13, ove si sottolinea tra l'altro che il contrasto alle pratiche commerciali sleali potrebbe avere vantaggi indiretti sul consumatore e sull'ambiente, giacché l'operatore non soggetto a tali pratiche potrebbe avere «*un margine economico maggiore per investire in una produzione sostenibile dal punto di vista ecologico e rispettosa dell'ambiente e per prevenire gli sprechi alimentari o che si sentano meno incentivati a compensare il margine perduto prendendo scorciatoie per quanto concerne la legislazione in materia ambientale e di sicurezza alimentare*».

[13] Così espressamente F. DE MICHIEL, *Prevenzione e contrasto dello sfruttamento lavorativo e del caporalato in agricoltura*, in Lavoro Diritti Europa, 3/2023, 2 ss., ivi in particolare 4 ss. Cfr. altresì R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare, caporalato e pratiche commerciali sleali*, in *Lav. Dir.*, 1/2022, 179 ss. e in particolare 182 ove evidenzia che «*il fenomeno della contrattazione sui prodotti agricoli, colto […] all'interno del più complesso meccanismo della filiera, consente di notare come la dispersione del valore finale del prodotto vada a favore del venditore finale e a detrimento dei produttori agricoli, dimodoché l'uso di manodopera flessibile e sottopagata (o sotto-appaltata) si rileva un elementare (e a tratti indispensabile) mezzo per le imprese agricole per gestire la forte spinta concorrenziale (specie straniera) e la necessità, derivante dalla catena di produzione del valore, di aumentare gli altrimenti ristretti ricavi marginali che derivano dalla commercializzazione dei prodotti agricoli*».

[14] Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198 è stato parzialmente modificato dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. 13 giugno 2023, n. 69, recante «*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da*

direttiva 2019/633/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare[15].

2. *Il contrasto alle pratiche commerciali lungo la filiera agroalimentare: da un approccio di* soft law *al d.lgs. n. 198/2021*

Prima dell'adozione della direttiva di armonizzazione minima n. 2019/633/UE, a causa della prossimità temporale del fenomeno delle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese della filiera agroalimentare e delle scarse indagini condotte fino a quel momento, la Commissione aveva sempre adottato un approccio di *soft law*[16]. Tra gli strumenti più rilevanti elaborati a livello comunitario può annoverarsi l'iniziativa *Supply Chain Initiative* (*SCI*), avviata nel settembre 2013 nell'ambito del Forum di Alto Livello[17] avente l'obiettivo di migliorare l'equità nelle relazioni commerciali lungo la filiera per l'attuazione volontaria dei principi di buone pratiche. Pur

---

procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano» convertito, con modificazioni, dalla legge 10 agosto 2023, n. 103.

[15] Per una puntuale analisi della Dir. 2019/633/UE si rinvia a A. JANNARELLI, *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 1/2019, 3 ss.; M. IMBRENDA, *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2019, 1133 ss.; A.M. MANCALEONI, *Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare e la tutela civilistica della parte debole alla luce della direttiva UE 633/2019 e dell'esperienza francese*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2/2020, 478 ss.; L. RUSSO, *La Direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.,* 6/2019, 1418 ss.; ID., *Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. agroal.*, 2/2020, 401 ss.; S. PAGLIANTINI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2017/633 tra diritto vigente e in fieri*, in *Leggi civ. comm.*, 1/2020, 220 ss. Sul tema specifico dell'attuazione della dir. 2019/633/UE, cfr. il contributo di A. JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2/2021, 199 ss.; ID., *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 8/2021, 739 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/UE e la toolbox del civilista*, in *Leggi civ. comm.*, 2/2022, 393 ss.; G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agroalimentari*, in *Leggi civ. comm.*, 2/2022, 415 ss.; G. SPOTO, *Le filiere agroalimentari e i divieti di pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2022, 185 ss.; N. LUCIFERO, *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. lgs. 198/2021*, in (a cura di) G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi, S. Orlando, *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2005 ss. V. inoltre M.M. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*, in *Leggi civ. comm.*, 3/2022, 587 ss.; G. ORLANDO, *L'obbligo di concludere per iscritto i contratti di cessione nei rapporti tra le imprese della filiera agricola e alimentare*, ivi, 640 ss.; G. SALVI, *Principi generali e durata minima nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Un private enforcement inefficace*, ivi, 666 ss.; C. ANGIOLINI, *La lista nera e la lista grigia di pratiche commerciali sleali vietate nella filiera agricola e alimentare: l'art. 4 d.lgs. n. 198/21 nel prisma dei rimedi privatistici*, ivi, 681 ss.; G. VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/21*, ivi, 707 ss.; L. VIZZONI, *Il rilievo delle buone pratiche nella filiera agroalimentare*, ivi, 734 ss.; A. IULIANI, *Il controllo sull'equilibrio economico dello scambio nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Note a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198*, ivi, 749 ss. Sia consentito rinviare, altresì, a F. ROMEO, G. CHIARAMONTE, *Filiere agroalimentari e pratiche commerciali sleali: oltre la prospettiva sanzionatoria e strumenti di tutela ex post del «fornitore»*, in *Riv. dir. priv.*, 3/2023, 347 ss.

[16] Il primo atto dell'UE che ha riconosciuto l'esistenza di pratiche scorrette perpetrate lungo la filiera agricola e alimentare è la Comunicazione della Commissione Al Parlamento Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico E Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni "*Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*", COM(2009)591 definitivo, del 28 ottobre 2009. Tra gli atti più rilevanti va annoverato anche il Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa, COM(2013) 37 final.

[17] Decisione della Commissione del 30 luglio 2010 che istituisce il Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare, 2010/C 210/03. Nell'ambito del Forum sono stati elaborati i "*Principles of Good Practice*", attuabili attraverso la *Supply Chain Initiative* (SCI). Si tratta di una iniziativa privata istituita a livello europeo dal Forum e dalla Commissione.

trattandosi di un'iniziativa encomiabile, la *SCI* presentava alcuni limiti, quali l'assenza di indagini indipendenti e di adeguate sanzioni e la mancata partecipazione degli agricoltori, i cui rappresentanti non vi aderirono rilevando criticamente come la *SCI* non garantisse un livello sufficiente di riservatezza a coloro che denunciavano pratiche sleali[18].

Contemporaneamente, diversi Stati membri avevano cominciato a introdurre delle prime specifiche disposizioni in materia di pratiche scorrette lungo la filiera agroalimentare. Si segnala la normativa italiana introdotta con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27[19], il cui art. 62 dettava le modalità di redazione del contratto «*avente per oggetto prodotti agroalimentari […] al fine di corrispondere a un modello di corretta contrattazione*»[20] e prevedeva l'obbligatorietà della forma scritta. In particolare, l'art. 62 ha tipizzato alcune "fattispecie sleali", stabilendo altresì - *ex* comma 2, lett. e) - un generale divieto di adozione di «*ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento*»[21].

Tuttavia, l'eterogeneità o, in taluni casi, l'assenza di normative in materia di pratiche sleali determinava, nei vari Stati membri, condizioni di concorrenza divergenti per gli operatori del settore, necessitandosi dunque un intervento da parte dell'Unione europea volto a garantire un maggiore equilibrio all'interno del mercato unico e una tutela dei diritti della parte contraente debole[22]. Pertanto, preso atto della necessità di armonizzare le normative nazionali, il legislatore europeo è intervenuto con la dir. 2019/633/UE, lasciando comunque agli Stati membri la possibilità di mantenere o introdurre norme nazionali più rigorose al fine di garantire un più alto livello di tutela[23].

Il d.lgs. n. 198/2021 di attuazione della direttiva europea, qualificandosi espressamente come normativa di carattere imperativo, mira non solo a contrastare le pratiche sleali, ma anche a regolamentare le relazioni commerciali tra gli operatori della filiera agroalimentare[24]. Infatti, la

---

[18] Si veda la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare tra imprese, COM(2016) 32 final.

[19] Sull'art. 62 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modifiche, in l. 24 marzo 2012, n. 27 e oggi abrogato dal d.lgs. n. 198/2021, vi è una vasta letteratura. È il caso di segnalare A. JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012 n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr*., 1/2012, 545 ss.; G. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, in *Eur. dir. priv.*, 3/2015, 613 ss.; L. PETRELLI, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in rivista di diritto alimentare, 1/2014, 10 ss.; R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in rivista di diritto alimentare, 4/2012, 2 ss.; P. BORGHI, *Nuove forme di azionabilità dei contratti del settore alimentare*, in rivista di diritto alimentare, 1/2013, 30 ss.; F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Eur. dir. priv*., 4/2017, 1407, in particolare 1453 ss.; A.M. BENEDETTI, F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ*., 6/2013, 641 ss.

[20] Sul punto, si segnala il contributo di E. ROOK BASILE, *La disciplina della cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari fra neo-formalismo contrattuale e abuso del diritto*, in *Studi in onore di Luigi Costato, Diritto Alimentare. Diritto dell'Unione Europea*, vol. II, Jovene, Napoli, 2014, 354.

[21] In questa prospettiva, può essere interessante notare che il legislatore ha altresì previsto, *ex* art. 7 del d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012, l'estensione, ai rapporti tra professionisti e microimprese, delle disposizioni attuative della dir. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11.05.2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Per un commento su tale profilo si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Leggi civ. comm.*, 1/2014, 3 ss.

[22] V., in particolare, la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2016 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare (2015/2065(INI)) e COM (2016) 32 final del 30.9.2016 nonché la Proposta della Commissione di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare, Bruxelles, 12.4.2018 COM (2018) 173 final.

[23] Sul punto, si veda l'art. 9 della dir. 2019/633/UE.

[24] Per tali rilievi, cfr. A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 739 ss. L'A. evidenzia a 757 che il decreto «*il sistema (sanzionatorio civile e amministrativo) delineato nel decreto legislativo intende regolare le relazioni di filiera aventi ad*

normativa italiana, *ex* art. 1, comma 2, si applica «*alla cessione di prodotti agricoli ed alimentari, eseguite da fornitori che siano stabiliti nel territorio nazionale o da fornitori che siano stabiliti in altri Stati membri o in Paesi terzi quando l'acquirente è stabilito in Italia, indipendentemente dal fatturato dei fornitori e degli acquirenti*». Pertanto, il d.lgs. n. 198/2021 estende il proprio ambito di applicazione a tutte le cessioni di prodotti agricoli e alimentari nell'ambito dei rapporti *B2B*, applicandosi anche agli acquirenti[25]. Inoltre, contrariamente a quanto disposto dalla direttiva, si prescinde dalle caratteristiche dimensionali delle imprese[26] e non vi è alcun riferimento in ordine all'accertamento di un effettivo squilibrio di potere contrattuale[27].

3. *Elementi del contratto di cessione e nullità delle pattuizioni costituenti pratiche sleali*

Per rafforzare la tutela della parte debole della filiera agroalimentare e arginare il fenomeno delle pratiche commerciali sleali in via preventiva, il legislatore europeo ha innanzitutto disposto un elenco di fattispecie vietate poiché considerate pratiche scorrette. Occorre rilevare che in nessuno dei testi normativi - né in quello europeo, né in quello di trasposizione interna - è dato riscontrare una definizione di pratiche commerciali sleali. La direttiva e il decreto attuativo, infatti, nel loro primo articolo, fanno esclusivo riferimento alle condotte «*che si discostano nettamente dalle buone pratiche commerciali, sono contrarie ai principi di buona fede e correttezza e sono*

---

oggetto la cessione di prodotti agricoli e agro-alimentari come tali, ossia ben al di là dei soli eventi patologici e devianti, dovuti all'effettiva ricorrenza di uno squilibrio di potere negoziale tra le parti negoziali».

[25] Sulla scelta del legislatore italiano di accordare una tutela anche all'acquirente v. le puntuali riflessioni di S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., 396 ed ivi in particolare 396 ss.; G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agroalimentari*, cit., 415 ed ivi in particolare 424; M.M. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*, cit., 587 ed ivi in particolare 610 ss. Relativamente all'ambito di applicazione della dir. 2019/633/UE, occorre segnalare che il considerando n. 8 ha chiaramente messo in evidenza l'esigenza di garantire elevati *standard* di tutela al fornitore, che, a ben vedere, appare il soggetto debole della filiera agroalimentare. Il legislatore unionale ha così parificato il produttore agricolo agli altri fornitori della filiera nel dichiarato intento di evitare che le pratiche sleali si ripercuotano negativamente, sia pur indirettamente, sui produttori agricoli. Tuttavia, autorevole dottrina ha osservato che sarebbe stato più opportuno rafforzare ulteriormente, attraverso misure più incisive, la posizione dei produttori. Al riguardo, si rinvia a A. JANNARELLI, *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agroalimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, cit., 46; ID., *La direttiva sulle pratiche commerciali: un'occasione persa per la tutela dei produttori agricoli?* in *Giorn. dir. lav. e relazioni ind.*, 3/2019, 452 ss. In argomento v. S. MASINI, *l'Abuso nella contrattazione di imprese nella filiera agroalimentare*, in *Dir. agroal.*, 2/2019, 259; L. RUSSO, *Le pratiche commerciali sleali nei contratti della filiera agroalimentare e la direttiva UE n. 2019/633*, cit., 386; ID., *La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, cit., 1427-1428; Parere del Comitato europeo delle Regioni - Pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare (2018/C 387/09).

[26] La dir. 2019/633/UE prevede che, affinché una pratica commerciale possa effettivamente essere qualificata scorretta, è necessario che tra le parti della relazione commerciale sussista uno squilibrio di potere economico: al fine di agevolare l'applicazione della disciplina, il legislatore unionale ha ancorato la differenza di potere contrattuale alla differenza di fatturati. Tale scelta ha suscitato numerose critiche, poiché, oltre a prestarsi a facili elusioni, è stato altresì acutamente evidenziato che la disparità di potere negoziale e della dipendenza economica non necessariamente coincide con la dimensione economica degli operatori. Sul tema specifico cfr. i contributi di S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., ivi in particolare 395 ss.; ID., *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2017/633 tra diritto vigente e in fieri*, cit., 220 ss.; G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agroalimentari*, cit., ivi in particolare 422 ss.

[27] Motivi di utile riflessione si possono trovare in A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 739 ed ivi in particolare 753 ss., nonché in M.M. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*, cit., ivi in particolare 625 ss.

imposte unilateralmente da un partner commerciale alla sua controparte»[28], per poi procedere a una tipizzazione di fattispecie sleali. A tal fine, il legislatore europeo ha adottato il noto meccanismo della «*black list*» e della «*grey list*»[29], distinguendo cioè tra pratiche assolutamente vietate[30] e pratiche vietate qualora non siano state precedentemente concordate in termini chiari e univoci tra acquirente e fornitore[31].

Il legislatore italiano, in sede di recepimento, ha aggiunto una terza lista di pratiche commerciali vietate che si contraddistingue per la maggiore elasticità dei divieti posti, applicabili in tutti i casi in cui le maglie delle liste di pratiche vietate a livello sovranazionale risultino eccessivamente strette. Tra i profili di novità introdotti dal d.lgs. n. 198/2021 rispetto alla direttiva, vanno altresì segnalati sia l'imposizione dell'obbligo di forma scritta (già a far tempo previsto dall'art. 62 del d.l. n. 1/2012)[32], sia l'inserzione di una previsione apposita in materia di «*vendite sottocosto*»[33]. Il legislatore italiano ha previsto, *ex* art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 198/2021, la nullità

[28] La definizione illustrata ricalca quella del Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali, già criticata nel 2013 dal Comitato economico e sociale europeo, il quale, nel Parere in merito al Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa COM(2013) 37 final, aveva sottolineato come gli elenchi non siano sufficienti e occorrerebbe piuttosto «*proporre una definizione di pratiche commerciali sleali abbastanza ampia da contemplare qualsiasi caso che non possa rientrare in una definizione altrettanto ampia di "pratica commerciale corretta" in termini di "buona fede", "equilibrio contrattuale" e delle regole comunemente seguite dalle imprese nei pertinenti settori economici*».

[29] Sul tema specifico, per un'indagine analitica delle pratiche contenute nella «lista nera» e nella «lista grigia» e sull'apparato dei rimedi applicabili per ogni fattispecie, cfr. C. ANGIOLINI, *La lista nera e la lista grigia di pratiche commerciali sleali vietate nella filiera agricola e alimentare: l'art. 4 d.lgs. n. 198/21 nel prisma dei rimedi privatistici*, cit., 681 ss.

[30] All'interno della lista nera rientrano il mancato o ritardato pagamento della fornitura oltre i termini di legge; l'annullamento di ordini di prodotti deperibili con un periodo di preavviso talmente breve da far presumere che il fornitore non possa trovare destinazioni alternative per i propri prodotti; la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; la richiesta di pagamenti non connessi alla vendita dei prodotti; la richiesta di pagamento per il deterioramento o la perdita dei prodotti verificatasi presso i locali dell'acquirente o comunque dopo il passaggio della proprietà; il rifiuto dell'acquirente di confermare le condizioni per iscritto nonostante la richiesta in tal senso da parte del venditore; l'acquisto, l'utilizzo o la divulgazione di segreti commerciali; la minaccia o messa in atto di ritorsioni commerciali quando il fornitore abbia esercitato i propri diritti; infine, la richiesta di rimborso dei costi sostenuti dall'acquirente per l'esame dei reclami dei clienti sui prodotti del fornitore, pur in assenza di colpa di quest'ultimo.

[31] Nella *grey list* sono annoverate pratiche sleali quali la restituzione al fornitore di prodotti invenduti senza la corresponsione di un corrispettivo e la richiesta al fornitore di farsi carico dei costi degli sconti, della pubblicità, del marketing sui prodotti e dei costi del personale incaricato di organizzare gli spazi destinati alla vendita dei prodotti.

[32] In particolare, l'art. 3 del d.lgs. n. 198/2021 prevede al comma 3 che «*l'obbligo della forma scritta può essere assolto con le seguenti forme equipollenti, a condizione che gli elementi contrattuali di cui ai commi 1 e 2 siano concordati tra acquirente e fornitore mediante un accordo quadro: documenti di trasporto o di consegna, fatture, ordini di acquisto con i quali l'acquirente commissiona la consegna dei prodotti*». Per un'attenta riflessione sull'obbligo di concludere per iscritto i contratti di cessione, cfr. G. ORLANDO, *L'obbligo di concludere per iscritto i contratti di cessione nei rapporti tra le imprese della filiera agricola e alimentare*, cit., 640 ss. L'A. sostiene la necessità di leggere tale obbligo come un requisito "documentale" e non come un requisito di forma scritta *ad substantiam actus*. V. anche S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., ivi in particolare 405 ss.; G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agroalimentari*, cit., ivi in particolare 429 ss. Del resto, anche la previsione dell'obbligo di forma scritta contenuta nell'art. 62 del d.l. n. 1/2012 veniva interpretata come un obbligo imperativo di documentazione: espressamente in tal senso S. PAGLIANTINI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed* in fieri, cit., ivi in particolare 226.

[33] Sul punto, l'art. 7 del d.lgs. n. 198/2021 non contiene una definizione di vendita sottocosto ma richiama sia il d.p.r. n. 218/2001 sia il d.lgs. n. 114/1998, il cui art. 15, comma 7, chiarisce che «*Per vendita sottocosto si intende la vendita al pubblico di uno o più prodotti effettuata ad un prezzo inferiore a quello risultante dalle fatture di acquisto maggiorato dell'imposta sul valore aggiunto e di ogni altra imposta o tassa connessa alla natura del prodotto e diminuito degli eventuali sconti o contribuzioni riconducibili al prodotto medesimo purché documentati*». Motivi di utile riflessione sul tema delle vendite sottocosto nella filiera agroalimentare si possono trovare nei recenti contributi di M.M. BARONE, *Margini di profitto, vendite sottocosto e aste inverse nella filiera agroalimentare*, cit., ivi in particolare

di «*qualunque pattuizione o clausola contrattuale contraria alle predette disposizioni*», specificando che la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

4. *Tecniche e strumenti di tutele* "ex post". *Riflessioni critiche sull'utilità pratica dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie derivanti dai contratti di cessione*

Per ottenere una tutela effettiva della parte debole della filiera agroalimentare, la previsione del divieto di porre in atto pratiche commerciali sleali e la previsione della nullità di pattuizioni costituenti pratiche scorrette di per sé soli non sono sufficienti. Qualunque studio sull'argomento, pertanto, non può prescindere da un'analisi dei rimedi e degli strumenti di tutela preposti a contrastare in un'ottica *ex post* le pratiche scorrette[34].

In particolare, andando oltre agli strumenti di *public enforcement*, il legislatore ha individuato anche peculiari rimedi, quali procedure di risoluzione alternativa delle controversie (cd. *ADR*)[35] e azioni giudiziarie aventi prevalentemente finalità risarcitoria, anche con la previsione di una legittimazione attiva anche di soggetti collettivi[36].

Sul punto, tuttavia, già la Commissione europea, in sede di proposta della direttiva contro le pratiche commerciali sleali, aveva evidenziato come la possibilità di agire dinanzi a un organo giurisdizionale costituisse un rimedio inadeguato per un efficace contrasto alle pratiche scorrette. Ciò a causa del cd. "fattore paura" della parte più debole del rapporto, spesso restìa ad agire in giudizio rischiando di compromettere inesorabilmente la relazione commerciale con l'impresa "abusante"[37].

Alla luce di queste considerazioni, desta non poche perplessità la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 9 del d.lgs. n. 198/2021 nella parte in cui prevede la possibilità di ricorrere a procedure di mediazione o ad altri strumenti di ADR per la soluzione di controversie derivanti dal contratto di cessione. Invero, occorre evidenziare che la disciplina settoriale intervenuta sulle pratiche sleali della filiera agroalimentare ha contenuto espressamente imperativo[38]. Si tratta, infatti, di norme che, come evidenziato, regolano la relazione commerciale e, per quel che riguarda nello specifico il singolo contratto concluso tra le parti, ne modificano il contenuto attraverso la nullità o la sostituzione automatica della clausola. Nell'ambito di siffatta

945 ss.; G. VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/21*, cit., ivi in particolare 714 ss.; nonché, per quanto attiene più nello specifico al rapporto tra prezzo e disciplina della concorrenza, A. IULIANI, *Il controllo sull'equilibrio economico dello scambio nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Note a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 198*, cit., ivi in particolare 751 ss.

[34] Sul tema, si permetta di rinviare a F. ROMEO, G. CHIARAMONTE, *Filiere agroalimentari e pratiche commerciali sleali: oltre la prospettiva sanzionatoria e strumenti di tutela ex post del «fornitore»*, cit., 374 ss.

[35] Per una panoramica sull'implementazione di questi strumenti nell'ambito del d.lgs. n. 198/2021 v. ALESS. ARTOM, ALI. ARTOM, *La risoluzione alternativa delle controversie nelle pcs*, in rivista di diritto alimentare, 1/2022, 29 ss.

[36] In generale sui rimedi privatistici, v. A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 791 ss. Sottolineano l'inadeguatezza e la mancanza di sistematicità dei rimedi privatistici di cui al d.lgs. n. 198/2021 S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., ivi in particolare 410 ss.; G. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agroalimentari*, cit., ivi in particolare 428 ss.; G. SALVI, *Principi generali e durata minima nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Un private enforcement inefficace*, cit., 666. Con precipuo riferimento all'apparato dei rimedi privatistici e la loro applicazione alle singole fattispecie di pratiche sleali previste dal decreto attuativo, v. C. ANGIOLINI, *La lista nera e la lista grigia di pratiche commerciali sleali vietate nella filiera agricola e alimentare: l'art. 4 d.lgs. n. 198/21 nel prisma dei rimedi privatistici*, cit., 681 ss.

[37] Cfr. Commissione europea, Bruxelles, 12.4.2018 COM(2018) 173 final, nonché I. CANFORA, *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, cit., 36.

[38] Come sancito espressamente dall'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 198/2021.

integrazione cogente, per definizione «*antagonista all'autonomia privata*»[39], gli strumenti privatistici di risoluzione delle controversie avranno verosimilmente una portata limitata. Peraltro, i conflitti sulle pratiche sleali perpetrate nella filiera agroalimentare mal si prestano ai microsistemi di *ADR*. Infatti, le tecniche di *ADR* e più in particolare l'inserzione di clausole arbitrali nei contratti di cessione della filiera - sfuggendo il contenzioso al controllo statale - rischiano di aggravare ulteriormente l'isolamento del produttore e compromettere così la protezione dei diritti della parte debole del rapporto[40].

5. *(segue) Strumenti di tutela di* public enforcement. *L'ICQRF e la competenza residuale dell'AGCM*

Nell'ottica di garantire una tutela effettiva all'impresa contraente debole, precipua attenzione deve essere volta ai rimedi pubblicistici. Infatti, la direttiva ha previsto che, per assicurare la corretta applicazione dei divieti imposti, ogni Stato Membro debba designare una o più Autorità di contrasto, dotate di un'articolata serie di poteri. Si tratta, più in particolare, del potere di avviare e condurre indagini di propria iniziativa o a seguito di una denuncia; di chiedere agli acquirenti e ai fornitori di procurare tutte le informazioni necessarie al fine di condurre indagini; di effettuare ispezioni *in loco* in conformità delle procedure nazionali; di adottare decisioni volte a far cessare la pratica commerciale vietata. Siffatte Autorità hanno altresì il potere di avviare procedimenti finalizzati all'imposizione di sanzioni nei confronti dell'autore della violazione e di pubblicare regolarmente le decisioni adottate.

In attuazione dell'art. 4 della dir. 2019/633/UE, l'art. 7 della legge delega ha designato, quale autorità nazionale di contrasto deputata all'attività di vigilanza sull'applicazione delle disposizioni che disciplinano le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e alimentari, l'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione delle frodi dei prodotti agroalimentari (d'ora in avanti, ICQRF)[41], in ragione dell'esigenza di valorizzare le specificità e le peculiarità della filiera agroalimentare[42]. Tuttavia, la scelta di assegnare i suddetti compiti all'ICQRF lascia alcune perplessità, giacché si tratta di una struttura amministrativa interna al Ministero dell'Agricoltura, che appare priva, dunque, dell'indipendenza e imparzialità necessarie ad espletare i compiti previsti dalla legge: ciò tanto più se si tiene conto di quanto previsto dall'art. 10, comma 13, del d.lgs. n. 198/2021, in forza del quale i proventi ottenuti dal pagamento delle

[39] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2011, 471.

[40] Al riguardo, è paradigmatica l'esperienza statunitense laddove alcuni *States* vietano l'inserzione di clausole arbitrali nei contratti della filiera. Per maggiori approfondimenti, si rimanda il lettore al volume di A. JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare e agro-industriale I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, Cacucci, Bari, 2018.

[41] L'ICQRF è un dipartimento del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste articolato, a livello centrale, in due Direzioni generali e, a livello territoriale, in 29 uffici e 6 laboratori accreditati. Per ulteriori approfondimenti si rinvia al recente contributo di F. ASSENZA, *L'ICQRF come Autorità nazionale di contrasto alle pratiche commerciali sleali nelle filiere agroalimentari*, in *rivista di diritto alimentare*, 1/2022, 36 ss. Va altresì segnalato che, a livello centrale, è stata istituita una struttura organizzativa denominata "UPS" (unità in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali tra operatori della filiera agricola e alimentare) e dedicata al coordinamento delle attività. L'unità UPS è stata rinnovata nel 2022 e si è istituita una nuova unità di lavoro (l'Unità Servizi Giuridici – USG) con compiti prevalentemente di supporto tecnico-giuridico agli uffici del Dipartimento dell'ICQRF, nelle materie oggetto del d.lgs. n. 198/2021.

[42] Motivi di utile riflessione si possono trovare ancora in A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 784 ss. L'A. sottolinea la scarsa sensibilità con la quale le autorità garanti della concorrenza dei paesi europei affrontano le tematiche proprie del settore agricolo.

sanzioni amministrative pecuniarie, versati all'entrata del bilancio dello Stato, vengono riassegnati ai capitoli di spesa dell'ICQRF[43].

Occorre rilevare, inoltre, che il legislatore italiano ha effettuato un significativo cambio di paradigma rispetto a quanto previsto dall'art. 62 del d.l. n. 1/2012, che incaricava, invece, l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM) della vigilanza in merito all'applicazione delle disposizioni ivi sancite e delle relative sanzioni[44]. A siffatta autorità amministrativa ad oggi rimane comunque una competenza residuale, giacché l'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 198/2021 fa salve le funzioni e le competenze attribuite all'AGCM dalle leggi vigenti[45]. In specie, si segnala che in capo all'AGCM permane la competenza in materia di abusi di dipendenza economica[46] nonché di vendite sottocosto di prodotti agroalimentari[47]. Ciò, però, crea

[43] Per un commento, v. A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 787, e, altresì, G. SPOTO, *Le interferenze di competenza tra l'Ispettorato centrale della qualità e repressione delle frodi dei prodotti alimentari e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. dir. agroal*., 2/2022, 357 ss., in particolare 366.

[44] All'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 62 d.l. n. 1/2012 l'AGCM provvedeva d'ufficio, su segnalazione dell'ICQRF o di qualunque altro soggetto interessato. Sul punto, v. le considerazioni di A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 784 ss., il quale ha evidenziato che «*la prassi sin qui seguita dall'Autorità garante della concorrenza ha solo assai di recente iniziato ad accostarsi con maggiore attenzione alle peculiarità del settore agricolo il cui mercato è parte integrante del più ampio comparto agroalimentare; ma lo ha fatto pur sempre con un'insufficiente sensibilità culturale e attenzione per le questioni che riguardano la disciplina giuridica del settore primario*» (v., in particolare, 786 ss.). Al riguardo, occorre evidenziare il numero assai esiguo di provvedimenti resi dall'AGCM in materia di pratiche sleali perpetrate nella filiera agroalimentare. Basti qui rilevare che, come emerge nella *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2019*, l'Autorità ha condotto un numero molto modesto di istruttorie sulle pratiche commerciali sleali. In particolare, il riferimento va ai sei procedimenti istruttori (AL15) nei confronti di imprese afferenti alle principali catene distributive nazionali nel settore della GDO: sono state accertate pratiche sleali a danno di imprese di panificazione fornitrici, in violazione dell'art. 62, comma 2, d.l. n. 1/2012, con irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Nel novembre 2019 l'Autorità ha accertato condotte in violazione dell'articolo 62 nel settore sementiero (AL22): le violazioni hanno interessato le annate agrarie 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019. Nel giugno 2019, l'Autorità ha concluso, ritenendo venuti meno i motivi di un proprio intervento, il procedimento (AL21) che era stato avviato, ai sensi dell'art. 62, comma 2, lett. a), del d.l. n. 1/2012, nei confronti di aziende operanti nel settore lattiero-caseario, in merito alla vertenza sul prezzo del latte sardo.

[45] Nello specifico, l'art. 8, comma 5, del d.lg. n. 198/2021 così dispone: «*sono in ogni caso fatte salve le funzioni e le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato previste dalle leggi vigenti, anche in ordine all'accertamento e alla repressione delle pratiche commerciali scorrette di cui agli articoli 18 e seguenti del decreto legislativo 6 ottobre 2005, n. 206 [.]*».

[46] La competenza sugli abusi di dipendenza economica in capo all'AGCM è sancita dall'art. 9, comma 3-*bis*, della legge sulla subfornitura n. 192/1998, inserito con l'art. 11 della l. n. 57/2001 e successivamente modificato dall'art. 10 della l. n. 180/2011. Il richiamato art. 9, comma 3-*bis*, prevede che «*Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica*». Attenta dottrina ha opportunamente rilevato come tale disposizione costituisca un anello di raccordo tra l'abuso di posizione dominante *ex* art. 3 l. n. 287/1990 e l'abuso di dipendenza economica *ex* art. 9, comma 1, l. n. 192/1998. Sul punto, v. le puntuali e condivisibili riflessioni di A. JANNARELLI, *Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, cit., 746. V., altresì, le lucide considerazioni di M. MAUGERI, *Presunzione di dipendenza e applicazione della disciplina sull'abuso di dipendenza economica nella filiera agroalimentare*, in *Riv. dir. agroal.*, 2/2022, 301 ss.; G. SPOTO, *Le filiere agroalimentari e i divieti di pratiche commerciali sleali*, cit. 197 ss.; ID., *Le interferenze di competenza tra l'Ispettorato centrale della qualità e repressione delle frodi dei prodotti alimentari e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., in particolare 367.

un non irrilevante rischio di *bis in idem*[48], poiché talune pratiche sleali possono integrare un vero e proprio abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 della l. n. 192/1998[49]. Si profila, pertanto, l'astratto rischio di una vera e propria "invasione di campo" da parte dell'AGCM rispetto alle competenze assegnate dal d.lgs. n. 198/2021 all'ICQRF[50].

6. *La denuncia delle pratiche sleali e i poteri ispettivi e investigativi dell'ICQRF*

Come anticipato, all'ICQRF sono stati assegnati ampi poteri ispettivi e investigativi in materia di pratiche commerciali sleali.

Al riguardo, in tema di presentazione delle denunce, il d.lgs. n. 198/2021 ha disposto che possono presentare la denuncia non solo le vittime di pratiche sleali (financo sotto forma di denuncia anonima) ma anche le organizzazioni dei produttori e dei fornitori, le rispettive associazioni, nonché le associazioni di parte acquirente[51]. Legittimate sono altresì le organizzazioni indipendenti senza scopo di lucro, purché ricorra un interesse qualificato. La procedura di presentazione della denuncia - di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 198/2021 - si rivela essenziale per tutelare l'identità della vittima delle pratiche sleali, qualora questa abbia il timore di subire ritorsioni commerciali[52].

---

[47] Il d.p.r. 6.4.2001, n. 218, rubricato "*Regolamento recante disciplina delle vendite sottocosto, a norma dell'articolo 15, comma 8, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114*" prevede *ex* art. 6, comma 1, che «*resta ferma la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad intervenire ai sensi del decreto legislativo n. 74 del 1992*».

[48] La stessa AGCM nel documento AS1703 del 23.10.2020 ha rilevato che «*la previsione di due distinte autorità di contrasto delle violazioni - l'ICQRF, per quelle previste dalla direttiva (UE) 2019/633, e la scrivente Autorità, per quelle non incluse in tale perimetro (non sempre chiaramente identificabili) – rischia di creare una notevole confusione, con possibili effetti negativi in termini di rapidità ed efficacia degli interventi a favore dei beneficiari degli stessi. Nel contesto normativo di riferimento, pertanto, l'individuazione di un'unica autorità di contrasto appare costituire un'imprescindibile necessità al fine di evitare un rischio concreto di bis in idem nei confronti di eventuali comportamenti illeciti posti in essere dagli operatori di mercato*».

[49] Preme tuttavia specificare che, dal punto di vista del settore agroalimentare, la disciplina dettata dal d.lgs. n. 198/2021 in materia di pratiche commerciali sleali è in ogni caso più generale rispetto a quella dell'abuso di dipendenza economica, poiché prescinde dall'accertamento in ordine alla ricorrenza in concreto di un'effettiva situazione di dipendenza economica di un contraente rispetto all'altro. Motivi di utile riflessione si possono trovare in M.M. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*, cit., in particolare 622 ss., nt. 85. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *L'attuazione della Direttiva 2019/633/ue e la toolbox del civilista*, cit., 398, il quale afferma quanto segue: «*con una slealtà commerciale che, nel gioco comparativo del d.lgs. n. 198/21 con la l. n. 192/98, non è impostata in termini di sinotticità dei presupposti, la notazione che viene spontanea è se l'affresco variegato del B2b non stia diventando una tela ritorta nella quale coesistono tutele la cui latitudine di dispiegamento è diversa. È esatto che tutte le fattispecie di abuso dell'art. 9 sono ricomprese nel trittico di elenchi del d.lgs. n. 198/21, ma non è vero il contrario […]*».

[50] Va altresì sottolineato che il sistema concorrente di competenze venutosi a creare in materia di pratiche sleali determina altresì una ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. La questione è sollevata da F. FRANCARIO, *L'organizzazione dell'attività amministrativa di contrasto delle pratiche commerciali sleali. Profili di tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. agroal.*, 2/2021, 269 ss. Invero, l'Autore evidenzia che, mentre avverso ogni tipo di provvedimento adottato dall'AGCM la l. n. 287/1990 concentra la giurisdizione in capo al giudice amministrativo, per quanto concerne, invece, i provvedimenti delle altre autorità - tra cui appunto l'ICQRF - resta ferma la divisione originariamente adottata dalla già richiamata l. n. 689/1981 secondo la quale la giurisdizione sulle sanzioni pecuniarie amministrative spetta al giudice ordinario.

[51] Questi soggetti sono legittimati a sporgere denunce su richiesta di uno o più dei loro membri o soci delle rispettive organizzazioni, nel caso in cui questi ultimi ritengano di aver subìto una pratica commerciale vietata.

[52] Dietro il cosiddetto «fattore paura» si cela la ritrosia della parte più debole della relazione commerciale di denunciare le pratiche commerciali sleali subite per timore di ritorsioni (*i.e.* risoluzione del contratto). La situazione sopra descritta è ampiamente illustrata dal Libro Verde, COM (2013) 37 final.

Per ciò che concerne il profilo territoriale, è prevista la possibilità di sporgere denuncia all'ICQRF per i soggetti aventi sede nel territorio nazionale, indipendentemente dal luogo di stabilimento dell'impresa sospettata di aver attuato una pratica sleale[53]. A ciò si aggiunga che il d.l. n. 69/2023, convertito in legge con modificazioni, ha esteso la possibilità per i fornitori stabiliti in Stati membri o Paesi terzi di presentare denunce all'ICQRF quando l'acquirente è stabilito nel territorio nazionale.

La normativa, inoltre, prevede che, qualora l'ICQRF ritenga che vi siano ragioni sufficienti per agire, avvia e conclude un'indagine a carico del soggetto denunciato entro centottanta giorni dal ricevimento della denuncia[54].

Ciò posto, seppure lo strumento della denuncia, garantendo l'anonimità dell'impresa denunciante appaia, sulla carta, particolarmente idoneo per il contrasto alle pratiche sleali, va evidenziato che nel 2022 è pervenuto un numero veramente esiguo di denunce (soltanto tre), tutte rivolte nei confronti di acquirenti del settore ortofrutta[55]. Per contro, la più rilevante attività di contrasto alle pratiche sleali è stata quella condotta su iniziativa degli uffici territoriali dell'ICQRF, focalizzata su specifiche filiere ritenute più suscettibili e meritevoli di protezione[56].

Quanto al quadro sanzionatorio, le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 198/2021 si discostano in parte da quelle previste nella direttiva. Mentre la direttiva faceva riferimento all'efficacia e alla proporzione delle sanzioni, tenendo conto della natura, della durata, della frequenza e della gravità della violazione, il legislatore italiano stabilisce che la misura della sanzione deve essere determinata facendo riferimento, da un lato, al beneficio ricevuto dal soggetto che ha commesso la violazione e, dall'altro, all'entità del danno provocato al contraente. In particolare, il d.lgs. n. 198/2021 ha previsto, in relazione alla violazione commessa, un'articolata griglia di sanzioni parametrate al fatturato dell'impresa sanzionata e alla singola fattispecie violata, stabilendo un minimo edittale a somma fissa, variabile in relazione alla violazione perpetrata e sancendo l'aumento della sanzione nel caso in cui la pratica scorretta sia stata reiterata[57].

Infine, di notevole interesse appare quanto disposto *ex* art. 8, comma 2, lett. g) del d.lgs. n. 198/2021, a mente del quale è onere dell'ICQRF pubblicare una relazione annuale sulle attività svolte, indicando, tra l'altro, il numero delle denunce ricevute e delle indagini avviate o concluse nel corso dell'anno precedente. Per ogni indagine conclusa, nel rispetto degli obblighi di riservatezza, la relazione deve illustrare sommariamente il caso, l'esito dell'indagine e la decisione presa.

---

[53] In ogni caso, la denuncia può essere presentata all'Autorità di contrasto dello Stato membro in cui è stabilito il soggetto sospettato di avere perpetrato una pratica sleale.

[54] Occorre precisare che la contestazione deve esser fatta ai sensi dell'art. 14 della l. 24.11.1981, n. 689.

[55] Come emerso dalla Relazione annuale delle attività di contrasto alle pratiche commerciali sleali 2022, consultabile al sito web del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste. Di tali denunce, due sono state prese in carico dall'ICQRF e sono in corso di istruttoria, una è stata archIviata perché la fattispecie esula dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 198/2021.

[56] Come riferito nella Relazione annuale dell'ICQRF «*sono stati esperiti 139 controlli avendo cura di verificare, nell'ambito di ogni settore, diversi segmenti delle filiere interessate e operatori quali produttori primari, industrie di trasformazione, intermediari e commercio sino agli operatori della Grande Distribuzione Organizzata. Le maggiori violazioni accertate hanno riguardato la carenza di contratti scritti, pagamenti oltre i termini, restituzione di merce invenduta senza la corresponsione del pagamento in favore del fornitore. Nel dettaglio, nel corso del 2022, l'ICQRF ha condotto un totale n. 139 controlli, mediante i quali sono stati verificati n. 76 di operatori, a conclusione di tali attività sono state elevate n. 15 contestazioni amministrative*».

[57] Per maggiori approfondimenti, si rinvia ad F. ASSENZA*, L'ICQRF come Autorità nazionale di contrasto alle pratiche commerciali sleali nelle filiere agroalimentari*, cit., 36 ss.

7. *Brevi considerazioni conclusive*

L'attenzione posta dal legislatore verso relazioni che intercorrono nei mercati agroalimentari caratterizzati da una filiera agroalimentare "lunga" e complessa, manifesta la necessità di risolvere le distorsioni dei rapporti tra imprese «*in un sistema produttivo considerato fondamentale per l'intera comunità in quanto riguarda, in definitiva, la produzione dei beni indispensabili per l'alimentazione umana*»[58].

Le distorsioni delle relazioni commerciali lungo la filiera agroalimentare costituiscono una minaccia non solo per il diritto della concorrenza e dunque per il corretto funzionamento dei mercati, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di tutela del consumatore, ma altresì per i diritti dei lavoratori. Invero, le pratiche commerciali sleali non solo hanno conseguenze nefaste verso la parte debole della relazione contrattuale e, da ultimo, per il produttore agricolo, ma altresì non può sottacersi il loro ruolo indiretto anche relativamente allo sviluppo del lavoro sommerso della manodopera agricola[59].

Rispetto a un tema così sensibile, il d.lgs. n. 198/2021 ha dettato una normativa fortemente impositiva, tendendo a regolamentare le relazioni commerciali tra gli operatori della filiera al fine di estirpare il sistematico ricorso a pratiche commerciali sleali nelle relazioni tra «*acquirenti*» e «*fornitori*» di prodotti agricoli e alimentari.

Tuttavia, i meccanismi di contrasto elaborati dal d.lgs. n. 198/2021 in prospettiva rimediale non sembrano riuscire a cogliere nel segno: la scelta di istituire due diverse autorità di contrasto (AGCM e ICQRF) crea il rischio di sovrapposizioni e interferenze, con conseguenze sfavorevoli in termini di rapidità ed efficacia degli interventi a tutela della parte debole. Inoltre, come evidenziato, lo strumento della denuncia sembra finora esser rimasto sulla carta, nonostante sia stata prevista la possibilità di presentare una denuncia anonima e siano state legittimate anche le organizzazioni e le associazioni dei produttori e dei fornitori, con la conseguenza che è necessario ricorrere all'attività investigativa dell'Autorità di vigilanza.

Si palesano dunque già necessari interventi correttivi e più incisivi, soprattutto per quel che concerne il delicato e fondamentale profilo degli strumenti di tutela *ex post* inherently precarious»[60].

[58] Così espressamente N. LUCIFERO, *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. lgs. 198/2021*, cit., 2033.

[59] Come acutamente evidenziato da R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare, caporalato e pratiche commerciali sleali*, cit., ivi in particolare 194-195, si tratta di un aspetto finora trascurato dal legislatore, sebbene «*la struttura del settore agro-alimentare e agro-industriale crea commistioni articolate e complesse tra la tutela degli agricoltori e quella dei lavoratori ivi impiegati, tantopiù ove appartengano a categorie particolarmente fragili, tra cui, per l'appunto, gli stranieri; così complesse, a dire il vero, da rendere il giurista avvertito dell'impossibilità di giungere solo attraverso forme di tutela incentrate sulla persona del lavoratore sul piano del rapporto di lavoro con il produttore agricolo a una correzione (faticosa, ma comunque indispensabile) degli squilibri del settore. Al contrario, se si bada alla dinamica relazionale tra le imprese appartenenti alla filiera e ai rapporti di forza-debolezza negoziale in relazione alle operazioni di cessione dei prodotti agricoli, il rafforzamento della posizione di mercato delle imprese agricole e la conseguente auspicata riallocazione di margini di guadagno per unità di prodotto a monte della catena consente solo di auspicare uno spontaneo ritorno alla legalità del mercato mediante l'eradicazione di prassi fondate sulla necessità di elisione del costo del lavoro regolare, tanto più in condizione di subordinazione*».

[60] G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights*, cit., 4.

Parte VI
Cyberspace, tassazione, giustizia e ambiente

Federica Azzolina
"Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali nella recente attività normativa dell'Unione Europea"

Stefania Maria Caruso
Transizione digitale, intelligenza artificiale e "amministrazione 4.0"

Luca Collura
L'eredità digitale: ancora sul problema della successione nell'*account*

Miriam Pontillo
Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del contribuente: profili costituzionali e tributari

Francesco Salvatore Guarino
La tutela del contribuente italiano nel procedimento tributario: la duplicità di regime del contraddittorio preventivo alla luce dei principi di uguaglianza e di non discriminazione

Giulia Migliazzo
L'efficienza giudiziaria e la sua implementazione: l'Ufficio per il Processo e l'obiettivo della ragionevole durata dei processi penali

Evelina Cataldo
La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale a sostegno dei diritti fondamentali e dei nuovi diritti del penitenziario

Alice Pepi
Tra fiaba e tragedia: avanzata populista, retribuzione e pena di morte

Gaetano Calcagno
La tutela della persona in tempi di crisi: lo status di vittima nella Convenzione di Lubiana-L'Aja sui crimini internazionali

Chiara Finocchiaro
L'ambiente e i "nuovi" diritti costituzionali

FEDERICA AZZOLINA*

Intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali nella recente attività normativa dell'Unione Europea**

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'attività del Legislatore europeo. – 3. Critiche. – 4. Brevi cenni sull'impiego di sistemi intelligenti in medicina. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The issue contains an overview of the recent activity of the European institutions in regulating the use of systems with artificial intelligence, in various fields.***

What is discussed most extensively is the identification of the balance between the maximum dissemination of new technologies and the protection of the fundamental rights of the individual.

A brief mention is made in closing to the initiatives of the Italian Privacy Guarantor in the area of health data protection, with a view to implementing the digitization of the National Health Service.

1. *Premessa*

La transizione digitale costituisce uno degli obiettivi strategici prioritari dell'Unione Europea la cui importanza e centralità indirizzano fortemente le politiche nazionali, sia attraverso strumenti di finanziamento – come quelli afferenti al Next Generation EU – sia tramite obiettivi normativi e target fissati da documenti programmatici. La finalità dell'Unione è quella di promuovere l'evoluzione tecnologica e, più in particolare, il processo di digitalizzazione, massimizzando i benefici che ne derivano sia nel settore pubblico (soprattutto riguardo ai servizi), sia nell'attività delle imprese, nonché nello sviluppo di infrastrutture di ricerca e nella formazione[1].

Le riflessioni contenute nel presente scritto si incentrano sulla recente approvazione da parte del Parlamento europeo della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (Artificial Intelligence Act), con particolare riguardo agli obiettivi cui si ispira l'attività normativa delle Istituzioni europee nella disciplina delle nuove tecnologie, nell'era dell'Intelligenza Artificiale.

Al fine di introdurre il tema oggetto del contributo, è necessaria una breve premessa definitoria del concetto di Intelligenza Artificiale, attività non semplice data la complessità del fenomeno. Prendendo l'abbrivio dalla definizione "classica" di IA fornita da John Mc Carthy (da molti indicato come il padre di questa tecnologia[2]), si fa riferimento alla scienza e all'ingegneria di creare macchine intelligenti, in particolare programmi informatici intelligenti, intendendosi con "intelligenza" la parte computazionale della capacità di raggiungere degli obiettivi nel mondo. Il fenomeno può essere osservato anche da una diversa prospettiva, ossia quella della capacità dei sistemi dotati di IA di trattare e risolvere problemi anche molto complessi. Ecco allora che può farsi riferimento alla nozione di IA fornita da un insigne giurista italiano, pioniere nello studio di questa affascinante materia, secondo il quale per intelligenza artificiale deve intendersi la capacità di alcuni sistemi informatici di porre in essere con successo e con un grado più o meno elevato di autonomia operazioni simili a quelle che negli esseri umani si traducono in attività di apprendimento e di assunzione di decisioni, al fine di raggiungere determinati obiettivi, grazie

* Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] A. ADINOLFI, *Evoluzione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali: considerazioni sulle attuali strategie normative dell'Unione Europea*, in *Quaderni AISDUE*.

[2] Anche se altri studi fanno risalire la nascita dell'intelligenza artificiale alle teorie e agli esperimenti di Alan Turing.

all'impiego di tecnologie fondate su processi di machine learning, di deep learning e dell'utilizzo di reti neurali, programmate per funzionare sul modello del cervello umano[3]. Occorre però avvertire che è stato da più parti evidenziato che immaginare l'IA alla stregua di "macchine pensanti", cioè come una sorta di cognizione computerizzata sintetica che corrisponde o supera il livello dell'intelligenza umana, sia almeno allo stato attuale una forzatura[4].

L'Intelligenza Artificiale ha tratto ispirazione dalle ricerche condotte in vari settori della conoscenza umana (come la filosofia, la matematica, la medicina, la psicologia, l'economia), ha aggiunto a queste un aspetto ingegneristico e si propone di costruire un'intelligenza simile a quella umana, dando vita ad artefatti intelligenti[5]. Le facoltà conoscitive da realizzare nei sistemi di IA corrispondono, dunque, alle facoltà in cui si esplica l'intelligenza naturale (umana o animale), ma questo non vuol dire escludere l'esistenza di importanti differenze.

Nonostante si abbiano ancora conoscenze parziali circa il funzionamento del cervello umano, si può con certezza affermare che la complessità dello stesso va ben al di là della dei sistemi artificiali oggi disponibili. Solo gli esseri umani sono dotati di intelligenza generale, che permette loro di risolvere i più disparati problemi della vita quotidiana, mentre l'intelligenza dei sistemi artificiali si esplica solo in ambiti specifici, per i quali i sistemi stessi sono stati progettati.

Inoltre, altra fondamentale differenza tra il sistema nervoso umano e i "cervelli artificiali" risiede nel fatto che il primo è immerso nel corpo e quindi la cognizione umana interagisce in modi complessi con le funzioni biologiche svolte dagli organi e con i processi del metabolismo, mentre nei secondi, anche quando si tratti di robot che operano nell'ambiente fisico, l'integrazione di aspetto corporeo e cognitivo è assente o presente in modo elementare[6].

Poste le superiori necessarie premesse, è ormai diffuso in molti settori l'impiego di questa peculiare tecnologia: dalle futuristiche auto a guida autonoma allo studio e messa a punto di sistemi intelligenti di assistenza sanitaria a supporto dell'attività medica e della ricerca scientifica; dalla domotica ai contratti "intelligenti", dalla tutela del patrimonio artistico e culturale di un Paese allo sviluppo della filiera agroalimentare.

Si tratta a ben vedere di tecnologie in grado di apportare contributi significativi al progresso sociale ed economico generale, migliorando la qualità della vita dei singoli, contribuendo alla rimozione degli ostacoli di ordine sociale ed economico che in molti casi impediscono l'equità nell'accesso ai servizi pubblici, senza trascurare più in generale i vantaggi che possono derivare al benessere economico di un Paese.

Occorre tuttavia tenere presente che accanto ai benefici sono possibili rischi per le persone e per gli interessi pubblici tutelati sia dagli ordinamenti interni, sia dall'Unione Europea, dato che l'uso dell'Intelligenza Artificiale, con le sue caratteristiche di opacità, complessità, dipendenza dai dati, comportamento autonomo, può incidere negativamente su diversi diritti fondamentali dell'individuo.

Si spiega così l'interesse del Legislatore europeo per questa tematica e la pressante necessità di introdurre una disciplina armonizzata che individui il giusto equilibrio tra due istanze, ugualmente importanti, ossia la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e la tutela del mercato interno, nell'ottica dell'implementazione della competitività dello stesso nel panorama internazionale[7].

---

[3] U. RUFFOLO, *Responsabilità medica – L'Intelligenza Artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e potenziamento*, in *Giur. It*. 2021, fasc. 2, 456.

[4] S. FANETTI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità extracontrattuale*, in *Jsaidat Law Review*, Issue 2/2022.

[5] G. SARTOR, *L'Intelligenza Artificiale e il Diritto*, Giappichelli, 2022.

[6] *Ibid.*

[7] E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti di Intelligenza Artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, in *Danno e Responsabilità*, 2023, 2, 153. «(…) è bene ricordare gli obiettivi irrinunciabili che le ispirano (le Proposte di Regolamento e di Direttiva di cui si dà conto in seguito), costantemente rimarcati anche nei vari documenti che le hanno preceduti, molto ambiziosi e difficilissimi da conciliare che sono

2. *L'attività del Legislatore europeo*

La proposta di Regolamento europeo sull'IA (nella versione dal Parlamento europeo e dal Consiglio approvata nel giugno del 2023)[8] definisce l'IA come una famiglia di tecnologie[9] in rapida evoluzione che può contribuire al perseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali.

Accanto ai benefici che l'uso delle tecnologie dotate di IA può apportare, come già accennato, si evidenza anche la possibile insorgenza di rischi per le persone e gli interessi pubblici tutelati dall'UE. Rischi che si vogliono scongiurare attraverso, innanzitutto, l'individuazione e la classificazione delle varie tipologie di sistemi il cui uso necessita di una maggiore o minore regolazione.

Si rende pertanto necessario un quadro giuridico europeo armonizzato per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'IA nel mercato interno, garantendo al contempo un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute, la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione.

Come emerge chiaramente dai primi 11 considerando della predetta Proposta di Regolamento, l'obiettivo principale della "transizione digitale" è quello di accrescere il benessere delle persone e della società nel suo insieme, nonché quello di incrementare la competitività industriale dell'Unione, colmando il gap esistente con i Paesi leader in questo settore, come la Cina e gli USA.

Tale intento è accompagnato dall'esigenza imprescindibile di tutelare i valori su cui si fonda l'Unione, muovendo dalla considerazione che le nuove applicazioni della tecnologia possono incidere negativamente su una serie di diritti fondamentale sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea[10].

---

sintetizzabili nei seguenti tre: 1) evitare la frammentazione giuridica, generata dalla fuga (già in atto) verso regole nazionali più adeguate ai danni causati dall'IA, giacché solo un quadro coordinato di regole comuni a tutti gli Stati membri genera certezza e fiducia. Come è evidente si impongono delle scelte giuridiche unitarie, specie in considerazione della minaccia rappresentata dai giganti americani e cinesi; 2) incentivare l'innovazione, spingere, rilanciare il mercato europeo dell'IA cercando di attrarre investimenti pubblici e privati nel settore. Da ciò consegue la necessità di evitare regole troppo penalizzanti per le imprese, in particolare per le PMI e le start- up, perché ciò rischierebbe di frenare, se non di compromettere, l'innovazione; 3) adottare un approccio antropocentrico: l'IA è al servizio dell'uomo (non l'inverso), il che significa garantire un'elevata tutela della persona, della sua dignità, dei suoi diritti fondamentali. Del resto, ciò è necessario non soltanto sul piano etico, ma anche da un punto di vista pragmatico, perché una mancanza di tutela – o comunque, la percezione di una tutela non adeguata ed effettiva – genera a sua volta un abbassamento della fiducia, la quale è assolutamente indispensabile per un efficiente funzionamento del mercato. Un mercato- quello delle tecnologie in generale e dell'IA in particolare- dalle potenzialità economiche spaventose, dal quale non ci si può permettere il rischio di restare fuori».

[8] Proposta di 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 COM/2021/206 final.

[9] La definizione di sistema di IA nel quadro giuridico mira ad essere il più possibile neutrale dal punto di vista tecnologico e adeguata alle esigenze future, tenendo conto dei rapidi sviluppi tecnologici e di mercato relativi all'IA. Al fine di rispettare il principio di certezza del diritto, il Titolo I della Proposta di Regolamento è integrato da un Allegato I che contiene un elenco dettagliato di approcci e tecniche per lo sviluppo dell'IA che deve essere adattato dalla Commissione, in linea con i nuovi sviluppi tecnologici.

[10] Nel documento "Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale – Relazione annuale del 2021 sull'applicazione della CDFUE del dicembre 2021" – la Commissione specifica ulteriormente i diritti sui quali può incidere l'I.A., ossia sui diritti relativi alla dignità umana, alla buona amministrazione, alla protezione dei consumatori, alla sicurezza e all'assistenza sociale, alla libertà di espressione, alla libertà di riunione, all'istruzione, all'asilo, alla contrattazione e all'azione collettive, alle condizioni di lavoro giuste ed eque, all'accesso all'assistenza preventiva, alla diversità culturale e linguistica, ai diritti alla protezione dei dati e al rispetto della vita privata, nonché ai diritti dei gruppi vulnerabili come i minori.

La dialettica tra questi due obiettivi caratterizza l'elaborazione del quadro normativo da parte delle Istituzioni europee, improntando fortemente anche l'attività propositiva della Commissione[11].

Lo High Level Expert Group on Artificial Intelligence, European Commission, nel 2019 ha pubblicato delle linee guida etiche per un'IA affidabile, evidenziando il necessario rispetto di una serie di principi, tra cui l'autonomia umana, la prevenzione del danno, equità nella dimensione sostanziale e in quella procedurale, intesa come eguale distribuzione dei rischi e dei benefici al fine di assicurare che non vengano prodotti pregiudizi e discriminazioni a svantaggio di particolari categorie o gruppi di soggetti; nonché spiegabilità dei processi algoritmici adoperati dai sistemi intelligenti.

Secondo il Gruppo di Esperti, devono necessariamente essere soddisfatti sette requisiti perché si possa parlare di AI affidabile (o meglio, degna di fiducia), ossia la supervisione umana dei processi sottesi al funzionamento del sistema; la robustezza tecnica e la sicurezza, inclusa la resilienza ad attacchi esterni; il necessario rispetto della privacy e la possibilità di governo dei dati; la trasparenza, che include la tracciabilità, la spiegabilità e la comunicazione dei percorsi seguiti per giungere a specifici risultati; il perseguimento del benessere sociale e ambientale, inclusa la sostenibilità e la protezione dell'ambiente; la responsabilità che costituisce uno degli strumenti possibili per far fronte alle conseguenze di eventuali danni provocati alle persone o alle cose.

L'attuazione di questi requisiti deve riguardare l'intero ciclo di vita di un sistema di IA, come richiesto da ciascuna specifica applicazione. Il nesso tra promozione e regolazione viene individuato, in sostanza, nella creazione di un clima di fiducia per i cittadini che, garantiti da un quadro normativo chiaro e affidabile, accoglierebbero con favore la più ampia diffusione delle nuove applicazioni. La proposta di Regolamento da par suo mira ad assicurare un livello elevato di protezione di tali diritti e ad affrontare le varie fonti di rischio attraverso un approccio basato sul rischio chiaramente definito[12]. Tramite la definizione dei requisiti per l'IA affidabile e degli obblighi proporzionati per tutti i partecipanti alla catena di valore[13], il Regolamento promuove la

[11] I documenti della Commissione sintetizzano gli obiettivi con il richiamo alla costruzione di una tecnologia antropocentrica, qualificando l'impegno a realizzare un sistema che ponga i diritti umani come asse centrale dello schema normativo proposto. Gli obiettivi specifici che la Commissione intende perseguire sono, in sostanza, quelli di assicurare che i sistemi di IA immessi nel mercato dell'UE e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione; assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'IA; migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure, affidabili, nonché prevenire la frammentazione del mercato.

[12] G. SARTOR, *L'intelligenza Artificiale e il Diritto*, Giappichelli, 2022, 91, "L'obiettivo del Regolamento non è quello di assicurare ai singoli nuovi rimedi giuridici contro pregiudizi che derivino da usi vietati dell'IA, ma piuttosto di prevenire quei pregiudizi regolando lo sviluppo, la distribuzione e l'uso dei sistemi intelligenti, predisponendo standard e controlli, la cui definizione e verifica è affidata a strutture private e pubbliche. Il Regolamento adotta quindi una prospettiva di tipo amministrativo – preventivo, simile a quella solitamente usata nella disciplina dei prodotti alimentari, dei dispositivi medici o della sicurezza sul lavoro".

[13] Secondo quanto esplicitato dalla Relazione di accompagnamento della Proposta di Regolamento sull'IA del Parlamento e del Consiglio, per i sistemi ad alto rischio indipendenti, sarà istituito un nuovo sistema di conformità e applicazione. Sono previste delle attività di controllo interno da parte dei fornitori, fatta eccezione per i sistemi di identificazione biometrica remota (che sono soggetti a una valutazione di conformità da parte di soggetti terzi): una valutazione completa della conformità ex ante attraverso controlli interni, combinata con una forte azione ex post, che potrebbe costituire una soluzione efficace e ragionevole per la sicurezza di tali sistemi. Infatti, dopo aver effettuato la pertinente valutazione di conformità, il fornitore dovrebbe registrare tali sistemi di IA ad alto rischio in una banca dati gestita dalla Commissione, al fine di aumentare la trasparenza nei confronti del pubblico e la sorveglianza, nonché di rafforzare il controllo ex post da parte delle Autorità competenti. Quanto ai sistemi che sono componenti di sicurezza di altri prodotti (diversi quindi dai sistemi indipendenti), le valutazioni di conformità seguiranno un sistema che prevede procedure di valutazione ad opera di soggetti terzi che sono già stabilite dalla normativa settoriale pertinente in materia di sicurezza dei prodotti.

protezione dei diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana, al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale, alla non discriminazione e alla parità tra donne e uomini. Si intende inoltre prevenire un effetto dissuasivo[14] sui diritti alle libertà di espressione e di riunione, nonché ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa, così come il principio generale di buona amministrazione.

Gli obblighi di prova ex ante, di gestione dei rischi e di sorveglianza umana faciliteranno altresì il rispetto di altri diritti fondamentali, riducendo al minimo il rischio di decisioni errate o distorte assistite dall'IA in settori critici, quali l'istruzione e la formazione, l'occupazione, le attività di contrasto degli illeciti e il sistema giudiziario.

Nel caso in cui si verifichino comunque violazioni dei diritti fondamentali, un ricorso efficace a favore delle persone lese sarà reso possibile assicurando la trasparenza e la tracciabilità dei sistemi di IA, unitamente a rigidi controlli ex post.

Si fa riferimento anche alla c.d. innovazione responsabile, in attuazione della quale la Proposta di Regolamento prevede alcune restrizioni alla libertà di impresa e alla libertà delle arti e delle scienze, al fine di assicurare il rispetto di motivi imperativi di interesse pubblico, quali la salute, la sicurezza e la tutela dei consumatori e la protezione di altri diritti fondamentali, nel momento in cui si diffonde e si utilizza una tecnologia basata sull'IA.

Vengono tutelate anche le posizioni dei soggetti produttori, ideatori e costruttori dei sistemi intelligenti con la previsione secondo la quale i maggiori obblighi di trasparenza imposti non incideranno in maniera sproporzionata sul diritto alla protezione della proprietà intellettuale, dato che saranno limitati alle sole informazioni minime necessarie affinché le persone possano esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo e alla necessaria trasparenza presso le autorità di controllo e di contrasto.

Qualsiasi divulgazione di informazioni sarà effettuata in conformità alla legislazione pertinente nel settore, compresa la Direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del know how riservato e delle informazioni commerciali riservate, contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

Le autorità pubbliche, quando hanno necessità di accedere a informazioni riservate o al codice sorgente per esaminare il rispetto di obblighi sostanziali, sono sottoposti a obblighi di riservatezza vincolanti[15].

---

[14] La Proposta di Regolamento infatti contiene al Titolo IV una disciplina di determinati sistemi di IA che potenzialmente sono in grado di produrre forme di manipolazione, recando dunque con sé seri rischi per i diritti fondamentali di espressione e manifestazione del pensiero, oltre al diritto di voto. È dunque previsto che gli obblighi di trasparenza si applicheranno ai sistemi che sono in grado di interagire con gli esseri umani, che sono utilizzati per rilevare le emozioni o per stabilire un'associazione con categorie sociali sulla base della rilevazione di dati biometrici, o che sono in grado di generare e manipolare contenuti. Quando interagiscono con un sistema di IA o le loro emozioni o caratteristiche vengono riconosciute attraverso mezzi automatizzati, le persone devono esserne previamente informate. Se un sistema di IA viene utilizzato per generare o manipolare immagini o contenuti audio o video che assomigliano a contenuti autentici, dovrebbe essere previsto l'obbligo di rivelare che tali contenuti sono generati con mezzi automatizzati, fatte salve alcune eccezioni dettate da finalità legittime (come tutelare la libertà di espressione o porre in essere attività di contrasto di illeciti di qualsiasi genere). Ciò è idoneo a permettere alle persone di compiere scelte informate o di compiere un passo indietro rispetto a una determinata situazione.

[15] La Proposta di Regolamento, al Titolo VI istituisce i sistemi di governance a livello sia dell'Unione sia nazionale. Quanto al primo livello, si istituisce un Comitato europeo per l'IA, composto dai rappresentanti degli Stati membri e della Commissione, con compiti di facilitazione per un'attuazione agevole, efficace e armonizzata di quanto stabilito dal Regolamento, contribuendo alla cooperazione tra le Autorità nazionali di controllo e la Commissione, nonché fornendo consulenza e assistenza e condividendo le migliori pratiche tra gli Stati membri. A livello nazionale, gli Stati membri dovranno designare una o più Autorità nazionali competenti e, tra queste, l'Autorità nazionale di controllo, cui affidare poteri di controllo dell'applicazione e attuazione dei Regolamento. Il Garante Europeo per la protezione dei dati agirà in qualità di autorità competente per la vigilanza delle istituzioni, delle agenzie e degli organismi dell'Unione nei casi in cui essi rientrino nell'ambito di applicazione del Regolamento.

Ulteriore tassello normativo, volto a integrare il Regolamento, è fornito dalla Proposta di Direttiva[16] relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'IA del settembre 2022, per l'ipotesi di danni prodotti da sistemi intelligenti[17].

Con questo atto, si evidenzia la necessità di armonizzare le normative nazionali dei Paesi membri e di predisporre uno schema efficace di responsabilità, anche al fine di contribuire ad assicurare affidabilità a tali sistemi[18]. Più in particolare, la proposta di Direttiva prevede un approccio in più fasi, muovendo dall'introduzione di previsioni che alleggeriscano l'onere della prova attraverso lo strumento delle presunzioni relative, passando poi per la revisione mirata della materia della responsabilità oggettiva, eventualmente abbinata ad una copertura assicurativa obbligatoria per i casi di utilizzo di sistemi di IA che presentano un particolare profilo di rischio[19].

---

[16] A. DI MARTINO, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile in ambito sanitario*, Giuffré, 2023, 162, "Parlamento e Commissione hanno opportunamente scelto la via dell'introduzione di una Direttiva, poiché passando dall'impostazione generale del tema dell'IA, che ben si prestava alla previsione di norme aventi efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri, alla disciplina concreta della responsabilità civile extracontrattuale, l'integrazione dei principi fissati dalla Direttiva nei singoli sistemi normativi in materia di responsabilità degli Stati membri impone un lavoro di dettaglio e una specifica conoscenza dei singoli quadri giuridici e degli equilibri che li distinguono, che solo i singoli Stati sono in grado di porre in campo".

[17] La Direttiva affronta due temi principali: l'acquisizione di elementi di prova attinenti al funzionamento di sistemi di IA ad alto rischio, come identificati dal Regolamento e l'onere della prova per la responsabilità extracontrattuale per danni da sistemi di IA. Si intende agevolare il danneggiato nell'acquisizione degli elementi di prova, compito estremamente difficile, data la complessità e opacità dei sistemi di IA, rispetto ai quali il convenuto soltanto ha esclusivo controllo e superiori conoscenze. Si stabilisce che i giudici debbano avere il potere di ordinare ai fornitori e utilizzatori di sistemi intelligenti ad alto rischio, che si sospetta abbiano cagionato danni, la divulgazione di elementi di prova. Quest'ultima deve limitarsi a quanto necessario e proporzionato a sostenere una domanda o potenziale domanda di risarcimento del danno. L'onere della prova è invece "alleggerito" quando il convenuto abbia violato un obbligo di diligenza, per cui gli organi giurisdizionali nazionali debbono presumere il nesso di causalità tra la colpa del convenuto e il cattivo funzionamento del sistema di IA, date le seguenti condizioni: l'attore ha dimostrato la violazione dell'obbligo di diligenza direttamente inteso a proteggere dal danno che si è verificato; è ragionevolmente probabile che il comportamento colposo abbia influito sul funzionamento del sistema; l'attore ha dimostrato che il danno è stato causato dal funzionamento del sistema. Si tratta di una presunzione relativa che il convenuto può confutare dimostrando che il danno non è dovuto a sua colpa.

[18] La Proposta di Direttiva prevede che nel caso di domanda di risarcimento del danno, gli organi giurisdizionali nazionali possono ordinare al soggetto convenuto di divulgare gli elementi di prova solo nel caso in cui l'attore dimostri di aver posto in essere ogni attività – proporzionata alla posizione ricoperta nel caso di specie e al tipo di sistema coinvolto – idonea ad ottenere tali elementi di prova dal convenuto. Gli Stati membri provvedono affinché gli organi giurisdizionali, su richiesta dell'attore, abbiano il potere di ordinare misure specifiche di conservazione degli elementi di prova. Gli organi giurisdizionali nazionali limitano la divulgazione degli elementi di prova a quanto necessario e proporzionato per sostenere una domanda o potenziale domanda di risarcimento del danno e limitano la conservazione di tali elementi di prova a quanto necessario e proporzionato per sostenere tale domanda di risarcimento del danno. Nel valutare la proporzionalità di un ordine di divulgazione o di conservazione degli elementi di prova, gli organi giurisdizionali nazionali tengono conto dei legittimi interessi di tutte le parti, compresi i terzi interessati, specialmente in relazione alla protezione dei segreti commerciali e delle informazioni riservate, come le informazioni relative alla sicurezza pubblica o nazionale. Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sia ordinata la divulgazione di un segreto commerciale o presunto segreto commerciale che l'organo giurisdizionale ha indicato come riservato, gli organi giurisdizionali nazionali, d'ufficio o su richiesta debitamente motivata di una parte, abbiano il potere di adottare misure specifiche necessarie per tutelarne la riservatezza se tali elementi di prova vengono utilizzati o se ad essi è fatto riferimento nel processo giudiziario. Gli Stati membri provvedono inoltre affinché la persona cui è stato ordinato di divulgare o conservare gli elementi di prova disponga di adeguati mezzi procedurali per impugnare tali ordinanze.

Se il convenuto non si conforma all'ordinanza di divulgare o conservare gli elementi di prova, l'organo giurisdizionale nazionale presume la non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del convenuto, che gli elementi di prova richiesti erano finalizzati a dimostrare in relazione alla domanda di risarcimento. Il convenuto ha il diritto di confutare tale presunzione.

[19] A. DI MARTINO, op, cit., 162, "l'intento dichiarato è quello di avere una prima fase in cui gli obiettivi sono conseguiti mediante un approccio poco invasivo e una seconda fase, eventuale, nella quale misure più rigorose o più

Infine, il 28 settembre 2022, la Commissione ha emanato anche una Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi[20], che abroga e sostituisce la longeva Direttiva 85/374/CEE e che si inserisce nel nuovo quadro normativo europeo, nel perseguimento del sopraccennato approccio olistico alla materia dell'innovazione tecnologica conformata dall'IA.

Guardando il fenomeno da un altro angolo prospettico, un interrogativo centrale nel dibattito sulla regolazione delle applicazioni tecnologiche porta a chiedersi se le fonti di tutela dei diritti fondamentali, in particolare la CDFUE, forniscano una protezione sufficiente nei confronti dei rischi che queste comportano ovvero se occorra elaborare nuovi strumenti – vincolanti o di soft law – adeguati alle peculiarità delle applicazioni tecnologiche. Tale questione ha acquisito ulteriore interesse a seguito della recente firma, da parte dei presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione, della Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali[21].

La decisione di elaborare un testo che mira a promuovere una transizione digitale conforme ai valori dell'Unione potrebbe far presumere che le Istituzioni ritengono la CDFUE non pienamente sufficiente a garantire una tutela adeguata.

La Dichiarazione sembra tuttavia accogliere non tanto un approccio di tipo integrativo delle fonti vigenti quanto piuttosto si propone di far sì che i diritti già garantiti nel mondo reale lo siano anche nel mondo virtuale, seguendo la linea guida che sollecita a parificare la tutela dei diritti online a quella garantita offline.

In questa prospettiva, il rapporto con la Carta non evidenzia la volontà di enunciare diritti ulteriori rispetto a quelli che sulla base di questa devono essere garantiti, quanto a proiettare nella dimensione virtuale la tutela già offerta; del resto, la Dichiarazione, come indicato nel suo preambolo, "si basa segnatamente sul diritto primario dell'Unione" e, se si guarda al contenuto della medesima, essa enuncia principi di natura essenzialmente programmatica, piuttosto che formulare nuovi diritti.

Elemento comune dell'attività normativa dell'Unione è dato dalla base giuridica, generalmente individuata nell'art. 114 TFUE, che consente di adottare misure volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno. Si muove quindi dalla volontà di eliminare gli ostacoli alla circolazione di prodotti e servizi, sebbene la finalità sia quella di garantire che lo sviluppo tecnologico sia conforme ai diritti fondamentali. Nonostante l'apparente incoerenza della scelta di fondo, nella prospettiva normativa dell'Unione, sono evidenti le ragioni che giustificano la scelta di questa base giuridica e cioè che l'esigenza di definire uno standard comune di tutela dei diritti fondamentali passa attraverso la necessità di evitare ostacoli al funzionamento del mercato interno.

Infine, l'intervento normativo dell'Unione può avere un'incidenza significativa anche sul piano esterno, riguardo alla definizione dei diritti fondamentali rilevanti. La costruzione di regole uniformi di protezione (come quelle delineate nella proposta di Regolamento per l'IA) porterebbe

---

ampie, quali l'introduzione di norme in materia di responsabilità oggettiva per le azioni avviate contro l'operatore di un sistema di IA, sono previste solo quando, a seguito di indagine ad hoc, se ne ravvisi la necessità".

[20] Il testo si compone di 20 articoli, suddivisi in quattro Capi, preceduti da 47 considerando. In sintesi, le previsioni contenute nella Proposta stabiliscono che il difetto rimanga sempre il pre- requisito per l'azione di responsabilità, così come rimane sempre la regola che il danneggiato non deve provare la colpa del fabbricante, così confermando l'ipotesi della responsabilità oggettiva. Le regole sono sostanzialmente le stesse per qualsiasi tipologia di impresa, a prescindere dalle dimensioni e dalla forma giuridica e il danneggiato può essere solo una persona fisica. La Proposta interviene sulle definizioni per allinearle ad altre normative e per adeguare la disciplina alla natura e ai rischi dei prodotti della moderna economia digitale e circolare. Ciò comporta un allargamento dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della disciplina. Si veda E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo,* cit.

[21] *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali*.

l'Unione ad assumere un ruolo di standard setter a livello globale, attraverso limiti e divieti suscettibili di acquisire rilevanza nei rapporti con Stati terzi[22].

3. *Critiche*

Il quadro di disciplina sinteticamente tratteggiato non è andato esente da critiche, delle quali si ritiene di dover dare conto, seppure brevemente, in modo da mettere in evidenza cosa ancora può essere migliorato.

Secondo uno studio critico sull'argomento che ci interessa[23], ci si deve innanzitutto chiedere se un approccio olistico per la regolamentazione dei sistemi di IA, in contrapposizione alla *governance* di settori come il lavoro, la sanità o le applicazioni militari sia la strada più giusta da percorrere e, in caso affermativo, quale dovrebbe essere la sua portata complessiva.

In secondo luogo, è necessario evidenziare che ci sono dibattiti più approfonditi da tenere sul fatto se l'IA esista effettivamente o se si tratti più semplicemente di un termine per software avanzati o ingegneria di dati e nel caso in cui esista, su quale sia il suo scopo.

Occorre inoltre ricordare che ci sono altre organizzazioni internazionali e ordinamenti giuridici che stanno iniziando a regolamentare l'IA e che contribuiscono al dibattito sull'opportunità di addivenire all'individuazione di un modello globale per la regolamentazione dell'IA.

Il riferimento è alle proposte del Consiglio d'Europa sull'IA e i diritti umani, con l'istituzione e l'attività del Comitato ad hoc sull'Intelligenza Artificiale (CAHAI)[24]; ma anche alla Direttiva del Canada[25] sul processo decisionale automatizzato, che impone in alcuni casi l'obbligo di una valutazione di impatto algoritmica basata su questionari nonché alla legge cinese[26] che regola gli algoritmi di raccomandazione e contiene per molti versi una prospettiva decisamente non occidentale e socialista.

Inoltre, un gran numero di enti non statali hanno sviluppato strumenti di *governance* per l'intelligenza artificiale, inclusi principi e codici etici, nonché modelli per la valutazione algoritmica dell'impatto[27]. Sarebbe dunque opportuno trarre spunto da tali iniziative per valutare i miglioramenti da apportare alle proposte già avanzate ma anche per individuare ambiti e scenari non ancora considerati.

Secondo lo studio sopra citato, la Proposta di Regolamento adotta una visione forse troppo semplificata del modo in cui funzionano i sistemi di IA e tale problema deriverebbe dalle origini della struttura della Proposta stessa nell'ambito del Nuovo Quadro Legislativo europeo (NLF), adottato nel 2008 con la finalità di garantire la sicurezza dei prodotti rivolti ai consumatori che entrano e circolano nel mercato interno.

L'Autrice fa notare che, sebbene questo schema abbia funzionato relativamente bene per i prodotti tangibili, tale metodo non sembra il più adeguato nel caso della disciplina dei sistemi intelligenti, caratterizzati da un funzionamento "evolutivo".

---

[22] A. ADINOLFI, *Ibid.*

[23] Lilian Edwards, Studio dell'Ada Lovelace Institute sull'attività di regolazione europea dell'IA del 31 marzo 2022.

[24] Council of Europe's Work in progress.

[25] Governo del Canada. (2020). Strumento algoritmico di valutazione dell'impatto.

[26] V. F. D'ARRIGO,La *regolamentazione cinese dell'IA è una sfida per l'Occidente*, in *StartMagazine* 14 Agosto 2023

[27] Un modello *leader* in questo caso è quello sviluppato da Data and Society, una ONG statunitense. Nel Regno Unito, come esempio settoriale, l'IFOW sta lavorando per promuovere una valutazione d'impatto algoritmica legale per il processo decisionale automatizzato del settore pubblico. V. il Progetto di legge sull'algoritmo dell'autorità pubblica [HL]. [Hansard]. (Vol.816).

E ciò in quanto l'IA non è un prodotto, né un servizio "una tantum" ma si tratta piuttosto di sistemi forniti dinamicamente da più mani (si parla infatti di ciclo di vita dell'IA), in contesti diversi e con differenti impatti su individui e gruppi di persone.

Inoltre, i destinatari finali dei sistemi dotati di IA – considerati come utenti finali, interessati o consumatori – non hanno un ruolo molto evidente e importante all'interno della Proposta di Regolamento, mentre questi soggetti dovrebbero avere la possibilità di far considerare le loro opinioni sia prima, sia dopo che il prodotto venga certificato come valido per entrare nel mercato; dovrebbero avere anche il diritto di contestare la legalità di un sistema dopo che è stato immesso sul mercato.

Anche la presunta natura "basata sul rischio" sarebbe illusoria e arbitraria, essendo piuttosto necessario considerare gli impatti sui gruppi e sulle società nel suo complesso, nonché i rischi per gli individui e i loro diritti, da valutare durante tutto il ciclo di vita dell'IA e non solo al momento dell'ingresso nel mercato.

Infatti, la Proposta non stabilisce i criteri per individuare i sistemi intelligenti che comportano rischi inaccettabili per la società e gli individui, ma designa semplicemente elenchi di quali categorie di sistemi debbano considerarsi vietati dall'UE, per la verità molto esigui. Senza legittimità sul motivo per cui determinati sistemi sono o meno nella "lista rossa", sia la fiducia dei cittadini, sia lo stato di diritto sono compromessi.

4. *Brevi cenni sull'impiego di sistemi intelligenti in medicina*

Posta la superiore rapida ricognizione di quanto messo in atto dal Legislatore europeo per la disciplina delle tecnologie intelligenti, si vuole dedicare qualche cenno a un'interessante applicazione concreta di queste ultime alla materia delle prestazioni sanitarie.

La Proposta di Regolamento sull'IA individua tra i sistemi ad alto rischio quelli che incidono tra l'altro sulla salute, sul diritto alle cure e sulla fruizione dei servizi sanitari, di assistenza medica, nonché sui sistemi di selezione dei pazienti per quanto concerne l'assistenza sanitaria di emergenza.

Innumerevoli sono i vantaggi derivanti dall'impiego di sistemi intelligenti anche nel settore sanitario e altrettanto consistenti sono però i rischi conseguenti, per prevenire o limitare i quali sono necessari appositi interventi legislativi a livello sovranazionale e nazionale.

Occorre prendere le mosse dalla considerazione per cui i sistemi intelligenti, per costruire, migliorare la loro conoscenza e potenziare le loro competenze accedono a enormi masse di dati.

I dati sanitari digitalizzati divengono pertanto il "nutrimento" di questi sistemi, il che comporta che la raccolta, la conservazione e la condivisione dei medesimi siano agevolate attraverso strumenti che si vanno implementando, come il fascicolo sanitario elettronico e la cartella clinica elettronica. Questi strumenti possono contribuire alla costruzione di un efficiente sistema di informazione sanitaria, utile tanto alla salute individuale del singolo paziente quanto all'efficienza del sistema sanitario pubblico (interno e internazionale)[28].

La ricerca scientifica in ambito clinico- sanitario che si avvale dell'impiego di sistemi intelligenti è tenuta a includere tra le fasi che caratterizzano la progettazione delle sperimentazioni cliniche i c.d. Principi FAIR, ossia quattro principi elaborati a partire dal 2016 da un gruppo di esperti internazionale, finalizzati a far si che i dati adoperati siano "*Findable*", rintracciabili, "*Accessible*", accessibili, "*Interoperable*", interoperabili e "*Reusable*", riutilizzabili e che hanno la finalità di

[28] R. CARLEO, *Il trattamento dei dati sanitari digitalizzati, tra tutele individuali e interessi comuni*, in AA.VV. *Intelligenza Artificiale, dispositivi medici e diritto*, a cura di U. Ruffolo e M. Gabrielli, Giappichelli, Torino, 2023, 153 e ss.

migliorare la qualità dei dati e la capacità di poterli integrare per il nobile fine della cura dell'individuo.

Non bisogna però dimenticare che questi dati sono di estremo interesse anche per i criminali informatici e ciò conduce alla necessaria conseguenza che i Principi FAIR vanno estesi con altri due concetti fondamentali, ossia la *Data Sovreignty* e la *Data Protection.* Il primo riguarda il diritto dell'individuo ad avere il pieno controllo sui propri dati, mentre il secondo determina l'insieme dei protocolli dedicati alla protezione dei dati[29].

Questi aspetti sono necessariamente da prendere in considerazione durante l'elaborazione di idee progettuali o sperimentazioni che coinvolgono strumenti di IA in ambito sanitario, per far fronte a varie esigenze, tra cui: permettere una raccolta dei dati adeguata all'uso di soluzioni di IA ma nel frattempo idonee a garantire standard di sicurezza elevati; consentire che la conservazione dei dati sia funzionale al rispetto dei principi di Data Sovereignty e Data Protection; prevedere che un eventuale riuso dei dati sia garantito dal rispetto di elevati standard internazionali di sicurezza e copertura normativa a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Infine, dal punto di vista qualitativo, è opportuno che i dati siano rappresentativi del fenomeno di interesse e quanto più possibile privi di *bias* al fine di garantire robustezza e qualità dei risultati ottenuti[30].

Su questo argomento è, infine, d'uopo un cenno al "Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale", emanato dal Garante per la protezione dei dati personali nel mese di settembre del 2023 e rivolto al Legislatore nazionale[31].

Il punto di partenza è dato dalla considerazione per cui l'elaborazione dei dati sulla salute attraverso tecniche di Intelligenza Artificiale richiama i concetti di profilazione e di decisione sulla base di processi automatizzati, per i quali l'uso di tali strumenti per motivi di interesse pubblico è consentito solo se espressamente previsto dal diritto degli Stati membri, nel rispetto di misure adeguate alla tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi degli interessati.

Ciò sottende alla necessità che il trattamento dei dati sulla salute da parte di soggetti che perseguono obiettivi di interesse pubblico deve fondarsi sul diritto dell'Unione Europea o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'individuo.

A tal fine, il titolare del trattamento sanitario deve conformarsi ed essere in grado si comprovare il rispetto dei principi di protezione dei dati sia dalla progettazione[32] (*privacy by design),* di conoscibilità[33], di non esclusività della decisione algoritmica[34] e di non discriminazione algoritmica[35]. Egli deve garantire anche che i dati siano esatti e aggiornati, adottando tutte le

---

[29] F. BERTINI, D. MONTESI, *L'Intelligenza Artificiale in sanità: il ruolo dei dati*, in AA.VV., *Intelligenza Artificiale, dispositivi medici e diritto*, cit.

[30] *Ibid.*

[31] GPDP, *Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale*.

[32] Che si traduce nella necessità di tener conto che, nella realizzazione di sistemi di IA in ambito sanitario, devono essere adottate misure tecniche e organizzative adeguate ad attuare i principi di protezione dei dati e integrate nel trattamento le garanzie necessarie a soddisfare i requisiti voluti dal Regolamento e tutelare i diritti e le libertà degli interessati.

[33] In base al quale l'interessato ha il diritto di conoscere l'esistenza di processi decisionali basati su trattamenti automatizzati e, in tal caso, ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata, sì da poterla comprendere.

[34] Secondo cui deve esistere nel processo decisionale un intervento umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica.

[35] Il quale esprime la necessità che il titolare del trattamento utilizzi sistemi di IA affidabili che riducano le opacità, gli errori dovuti a cause tecnologiche e/o umane, verificandone periodicamente l'efficacia anche alla luce della rapida evoluzione delle tecnologie impiegate. Ciò anche al fine di garantire che siano rettificati i fattori che comportano

misure necessarie a cancellare o rettificare tempestivamente i dati non corretti rispetto alle finalità per le quali sono trattati.

5. *Conclusioni*

Come emerge da quanto sopra accennato, la strada da percorrere è ancora lunga e irta di insidie e le critiche di cui si è dato sommariamente conto lo dimostrano sufficientemente.

Rassicurare i cittadini è certamente la premessa imprescindibile per consentire l'implementazione dell'uso di queste tecnologie nella vita quotidiana ma è necessario tenere alta la guardia sulla tutela dei diritti fondamentali.

È importante non perdere di vista il ruolo della persona in questo nuovo mondo di cambiamenti repentini e di pervasività crescente della tecnologia, che è il fulcro attorno al quale tutto deve girare; è la tecnologia che deve essere al servizio dell'uomo e non il contrario pur di assecondare le logiche del mercato per non rischiare di essere tagliati fuori.

Occorre ricercare il giusto punto di equilibrio tra interessi contrapposti solo in apparenza: persona e mercato non sono antagonisti ma lo sviluppo del secondo passa necessariamente per la tutela della centralità della prima.

Solo se gli individui saranno in grado di autodeterminarsi consapevolmente davanti all'impiego delle nuove tecnologie, saranno propensi a servirsene e questo può avvenire attraverso il coinvolgimento delle persone nell'individuazione dei mezzi migliori per la disciplina del fenomeno, nella comprensione del reale impatto dell'impiego di un sistema intelligente sia nella vita privata sia nella dimensione pubblica.

È necessario che anche chi "produce" questi sistemi consideri primariamente le persone a cui sono destinati, che abbia consapevolezza della delicatezza e dell'importanza del suo ruolo non solo sul mercato ma nella vita dei singoli che si avvarranno di quel portato della tecnica.

Molte sono ancora le sfide da affrontare e le criticità da superare ma tanto il Legislatore europeo quanto gli ordinamenti nazionali sembrano ben equipaggiati e sulla giusta via per individuare il punto di equilibrio tra tutti i delicati interessi in gioco.

---

inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, visti i potenziali effetti discriminatori che un trattamento inesatto di dati sullo stato di salute può determinare nei confronti di persone fisiche.

STEFANIA MARIA CARUSO*

Transizione digitale, intelligenza artificiale e "amministrazione 4.0"**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La transizione digitale della pubblica amministrazione: dalla PA analogica alla PA 4.0. – 3. Algoritmo e Carte fondamentali: compatibilità costituzionale, convenzionale ed eurounitaria al vaglio. – 4. Evoluzione giurisprudenziale sull'ammissibilità dell'algoritmo nel procedimento amministrativo. – 5. I quattro comandamenti dell'algoritmo nel procedimento amministrativo, come oggi positivizzati all'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici. – 6. Un imprescindibile confronto col GDPR e con l'emanando *AI Act*. – 7. Conclusioni: *habere non haberi*.

ABSTRACT: ***The article addresses the delicate issue of the protection of human rights in the context of the digitisation of administrative activity. The study begins by analysing the digital transition of public administration in general, and then investigates the compatibility of the use of the algorithm in administrative procedures with the principles expressed by the Italian Constitution and the ECHR. The fundamental charters, which place the human person at the centre of the system, are an indispensable guide for tracing the right balance between the efficiency that technology promises in administrative procedures and the incompressible package of protections that citizens are entitled to when interacting with the PA in the so-called 'administrative relationship'. What follows is a synopsis of the developments in Italian jurisprudence concerning the admissibility of algorithms in PA decision-making processes and of the four inalienable cardinal principles carved out by judges concerning the use of algorithms in administrative proceedings. The heart of the study focuses on the analysis of Article 30 of the new public contracts code (legislative decree 36/2023), which affirms the principles already expressed by administrative jurisprudence and, and this is the great novelty, invites contracting stations (i.e. the public commissioning administrations) to also make use of artificial intelligence in the procedures leading to the stipulation of public contracts to which they are party. For the first time in the Italian legal system a regulation governs the use of AI. For the systematic framing of the rules that will have to inspire the implementation of AI in administrative proceedings, the study examines some of the rules of the GDPR as well as some crucial articles of the draft AI Act, which will soon be in the EU. The study, therefore, after examining the problems and opportunities that accompany the use of artificial intelligence in administrative procedures, suggests the public contracts sector as a space for regulatory experimentation, as a preferential observatory, in short, of the benefits and side effects that AI brings in terms of cost-effectiveness, effectiveness, and efficiency of administrative action, on the one hand, and the protection of the human person, on the other.***

* Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

1. *Introduzione*

Il processo di transizione digitale, già in atto da decenni, ha conosciuto ultimamente una notevole accelerazione, arrivando a lambire pressoché ogni area di interesse del consorzio umano.

Un catalizzatore, a tale effetto, è stata senz'altro l'implementazione dell'*AI*: questa tecnologia, come noto, si distingue per una straordinaria rapidità inferenziale e per un'inusitata autonomia.

Altro irrefutabile vantaggio, quantomeno promesso, dall'impiego dell'*AI* è la neutralità. Efficienza, economicità, celerità, imparzialità fanno di questa una tecnologia appetibile, anzi irrinunciabile per la pubblica amministrazione, che già da tempo invero si avvale degli algoritmi in diversi procedimenti.

La transizione digitale ha fatto ingresso nell'*agere* della PA da diverso tempo, ma solo recentemente ha assunto livelli tali da far parlare di "amministrazione 4.0": sintomo di una tale evoluzione è senz'altro la scelta del legislatore del 2023, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, di sposare una digitalizzazione integrale del ciclo di vita dei contratti.

Una scelta vieppiù audace è stata quella di suggerire alle stazioni appaltanti l'utilizzo di soluzioni tecnologiche, inclusa l'intelligenza artificiale, in grado di automatizzare la loro attività. L'art. 30 d.lgs. 36/2023 è un elemento di straordinaria novità nel nostro ordinamento, che solleva evidentemente una serie di preoccupazioni afferenti al coordinamento di una tale scelta con la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Tanto premesso, il presente contributo si propone di evidenziare le criticità che porta con sé l'uso dell'*AI* nelle procedure comparative di cui sopra, anche alla luce delle garanzie postulate dal GDPR e dall'emananando *AI Act*.

Si cercherà di tratteggiare l'evoluzione giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria a proposito dell'impiego degli algoritmi nel procedimento amministrativo, al fine di enucleare quei principi che certamente fonderanno il punto di partenza per un responsabile impiego dell'*AI* in settori nevralgici dell'agire amministrativo e che, indiscutibilmente, costituiranno un baluardo dei diritti del cittadino tanto in sede procedimentale, tanto nella eventuale sede giurisdizionale.

2. *La transizione digitale della pubblica amministrazione: dalla PA analogica alla PA 4.0*

Si è già accennato alla portata dirompente dell'art 30 d.lgs. 36/2023 (Nuovo codice dei contratti pubblici), che con ogni probabilità costituirà un imprescindibile termine di paragone anche al di fuori del settore delle commesse pubbliche e, più ampiamente, al di fuori dello stesso diritto amministrativo. È bene sin da ora, tuttavia, rifuggire dall'equivoco secondo cui l'algoritmo abbia fatto ingresso nell'*agere* della PA solo per mezzo del nuovo Codice. L'art 30 cit. costituisce l'ultimo gradino di un percorso di ammodernamento cominciato decenni addietro e del quale si darà brevemente conto nelle righe a venire.

Negli scorsi decenni si sono infatti succedute, *rectius* stratificate, tre principali modalità di utilizzo delle risorse elettroniche da parte delle PA, ciascuna delle quali riflesso di un diverso stadio di valorizzazione delle potenzialità digitali[1]. Diffusamente in dottrina si discorre oggi di

[1] V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Urbanistica e Appalti,* 2021, fascicolo 5, 581.

"amministrazione 4.0"[2], intendendo: per primo modello di PA quella otto-novecentesca, del tutto analogica; per secondo, quello connotato dall'impiego degli elaboratori elettronici quasi esclusivamente quali meri surrogati della macchina da scrivere, nonché dalla comparsa delle primordiali forme di telecomunicazione (quali il fax); per terzo modello quello connotato dalla prima dematerializzazione dei dati, nonché dall'adozione di provvedimenti amministrativi informatici sottoscritti digitalmente[3], al posto dei tradizionali provvedimenti cartacei con firma autografa, dall'uso di soluzioni tecnologiche idonee a trasmettere gli atti amministrativi informatici con valore legale (cfr. la c.d. "p.e.c."), dal possesso, da parte di ciascuna PA, di un sito Internet di riferimento, nonché, evidentemente, di un domicilio digitale.

L'ultima frontiera della digitalizzazione della PA è stata l'implementazione di procedure decisionali automatizzate per mezzo di algoritmi[4]. L'algoritmo, strumento matematico ancor prima che tecnologico, ha dato prova di grandissime potenzialità, soprattutto nel contesto di procedure standardizzate e ripetitive.

L'innovatività dell'art 30 cit. consiste allora nell'aver dato cittadinanza, nelle procedure competitive per l'aggiudicazione degli appalti (*lato sensu*), non tanto e non solo all'impiego di qualsivoglia algoritmo, bensì, e in ciò si condensa la straordinaria novità della novella legislativa, di algoritmi intelligenti. Sovente, tuttora accade che le espressioni "algoritmo" ed "intelligenza artificiale" vengano ritenute sinonimi, ma così non è. Le due tecnologie sono avvinte da un legame di genere a specie: volendo semplificare e lasciando agli informatici l'elaborazione di partizioni più tecniche, l'intelligenza artificiale è una particolare evoluzione dell'algoritmo, posto che entrambe le espressioni comunque racchiudono in sé una pletora di soluzioni tecnologiche tra loro anche molto differenti. Per scolpire plasticamente le differenze tra le due categorie digitali, allora sembra d'ausilio mettere a confronto la primordiale forma di algoritmo, rispondente alla logica *if-then*, con le tecnologie "autoapprendenti", come il *machine learning* o il *deep learning:* mentre l'algoritmo di prima generazione si caratterizza per una prevedibilità degli *output*, nonché per una chiara ricostruibilità *ex ante* ed *ex post* del percorso logico intrapreso, gli algoritmi di ultima generazione presentano un elevato grado di imprevedibilità non solo del risultato, ma addirittura del procedimento che ha portato allo stesso. Volendo accedere a una metafora: l'algoritmo tradizionale è una scala di vetro, di cui ogni gradino è ben visibile in ogni momento e che dal piano terra porta al primo piano, linearmente; dell'*AI* invece sovente non si conosce il piano di partenza (cfr. i dati, magari, vengono autonomamente acquisiti), non è

---

[2] D. PONTE e G. PERNICE, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in *Giustizia Amministrativa*, 27 ottobre 2021.

[3] D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 23-ter, comma 1: «Gli atti formati dalle pubbliche Amministrazioni con strumenti informatici, nonché i dati e i documenti informatici detenuti dalle stesse, costituiscono informazione primaria ed originale da cui è possibile effettuare, su diversi o identici tipi di supporto, duplicazioni e copie per gli usi consentiti dalla legge». Questa disposizione normativa è sintomatica dell'epocale inversione di rotta conosciuta dalla PA: si è passati, insomma, da una fase in cui il provvedimento amministrativo, nella sua versione originale, era cartaceo, e dello stesso era però possibile realizzare una copia digitale (cfr. una scansione), a una fase in cui, viceversa, il provvedimento è nativamente digitale e dello stesso è possibile estrarre copia cartacea (cfr. una stampa).

[4] «Un algoritmo è una sequenza finita e ordinata di istruzioni chiare e univoche, che si traduce in una serie di passaggi elementari ognuno dei quali eseguibile entro un tempo finito e che produce un risultato in un tempo finito per la risoluzione di un problema», definizione tratta da A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 14; sull'analogia tra le nozioni di algoritmo e di procedimento amministrativo, cfr. M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 1 del 2020, 69.

prevedibile il piano di arrivo (cfr. l'*output*), né è ben chiaro se si tratti di una scala a L, di una scala a chiocciola o di un ascensore, posto che la stessa si colloca al di là di un panno opaco. La metafora architettonica evidenzia la abissale differenza tra le due tecnologie, tanto in termini di trasparenza, quanto in termini di *performance* ed autonomia: le preoccupazioni che accompagnano il loro utilizzo, anche in ambito giuspubblicistico, sono pertanto solo parzialmente coincidenti.

3. *Algoritmo e Carte fondamentali: compatibilità costituzionale, convenzionale ed eurounitaria al vaglio*

Rimandando al paragrafo successivo per una rassegna delle tappe della giustizia amministrativa sulla utilizzabilità degli algoritmi nei procedimenti amministrativi, in questa sede sembra opportuno fare un passo indietro, o meglio "in alto", accedendo insomma ai massimi piani della piramide delle fonti. Si allude, in sostanza, alla necessaria indagine circa la compatibilità (o meno) dell'algoritmo con il modello di PA disegnato dalla Carta costituzionale e dalle altre Carte di diritti, che per suo tramite integrano il nostro ordinamento. Si tratta di un quesito tutt'altro che formale, perché proprio le Carte summenzionate costituiscono, e lo vedremo, fonte e limite dell'utilizzabilità dell'algoritmo nel procedimento amministrativo[5].

È evidente che i Costituenti nel 1947 avessero dinanzi una società ben diversa da quella odierna; pertanto, non stupisce che non sia fatta menzione dell'algoritmo, men che meno, figurarsi, dell'*AI*, nel dettato costituzionale. L'assenza di una esplicita menzione di soluzioni tecnologiche per la PA in Costituzione non è però un ostacolo insuperabile: la Carta si è dimostrata, in questi settanta anni (circa) ben capace di prestarsi a letture evolutive, risultando perciò tutt'altro che obsoleta.

Lo studio della Costituzione, ai nostri fini, se non può prendere le mosse da una espressa menzione della tecnologia, ben può principiare dalla disamina degli articoli dedicati alla pubblica amministrazione. Cruciale la lettura degli artt. 97[6] e 98[7] Cost., dai quali senz'altro si evince la doppia anima della PA, a un tempo organizzazione funzionale di mezzi e funzionari. In dottrina si enfatizza come la Carta costituzionale abbia disegnato un apparato amministrativo composto da persone e al servizio delle stesse[8]: a suffragio di ciò anche gli artt. 28[9], 51[10] e 54[11] (tra gli altri), dai quali si evince la centralità della figura del funzionario

---

[5] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal, n. 1 del 2019, 63 ss.

[6] È utile soffermarsi sui commi 2 e 3, che rispettivamente recitano: «Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari», «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

[7] Il comma 1 così dispone: «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione». Cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 147 ss.; V. TENORE, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione: riflessioni sull'art. 98*, in Rivista della Corte dei Conti, n. 1 del 2022, 3 ss.

[8] G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023, 43.

[9] Il cui comma 1 così recita: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti».

[10] Il cui comma 1 così dispone: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

pubblico. Una tale lettura è corroborata, d'altronde, dal principio personalista, che irraggia tutta la nostra Costituzione. Il testo costituzionale è ricco di principi, ciò è evidente; tuttavia, quello personalista occupa senza dubbio un'importanza preminente, risultando tutti gli altri sua declinazione, o comunque pregni dello stesso[12]. Alla luce della indiscussa centralità della persona, un quesito si impone: è ammissibile che un provvedimento amministrativo, idoneo, come noto, a modificare unilateralmente la sfera giuridica di un soggetto (foss'anche contro il suo volere)[13], sia frutto di una decisione algoritmica? Il procedimento amministrativo, *iter* prodromico alla formazione del provvedimento, è la naturale sede di formazione della volontà della PA[14]: è ivi immaginabile che la volontà algoritmica esautori la volontà umana? In altre parole, ancora, è accettabile, alla luce dei nostri valori costituzionali, che la persona umana subisca modificazioni della propria sfera giuridica frutto di una volontà algoritmica?

Le domande provocatorie innanzi prospettate non sono perfettamente specchio della realtà, ma sono comunque d'ausilio nel centrare il fulcro del problema. Dal dettato costituzionale si evince la impossibilità di una sostituzione del funzionario umano a opera del *software*, ma ciò non appare affatto preclusivo di un affiancamento del secondo al primo, evidentemente in funzione servente. Le norme costituzionali che postulano la responsabilità del funzionario impongono pertanto di ritenere non recidibile il circuito provvedimento-funzionario, donde è sì immaginabile una surroga dello stesso nell'*iter* procedimentale, a patto che a valle sia comunque prevista, ed effettivamente effettuata, una validazione del risultato algoritmico: sarebbe inammissibile, altrimenti, pretendere la permanenza in capo allo stesso di una qualsivoglia responsabilità, che sarebbe, diversamente opinando, ben più che oggettiva, forse assoluta (nel suo significato etimologico) e pertanto difficilmente costituzionalmente compatibile.

La indissolubilità del binomio funzionario-provvedimento, giustificativa peraltro della responsabilità del primo per il secondo (lo si è detto), sembra evincersi altresì dalla Carta di Nizza, che, come noto, ha assunto oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati.

L'art 41[15] CDFUE, rubricato «Diritto ad una buona amministrazione» [16], scolpisce la indefettibilità di una serie di garanzie procedimentali, che a una lettura attenta sembrano

---

[11] Per il comma 2: «I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge». I tre articoli passati in rassegna tratteggiano il rapporto tra cittadino-funzionario e cittadino-utente: il secondo ha diritto a una buona amministrazione; il primo è a questi fini responsabile; ogni cittadino (utente) ha il diritto (ex artt. 51 e 97,4 Cost.) di concorrere in condizioni di parità per rivestire la carica di pubblico funzionario.

[12] Sulla preminenza del principio personalista cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n. 17 del 2013, 1; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1 del 2017, 63 ss.

[13] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 163.

[14] «Il procedimento amministrativo può anche essere definito il processo decisionale formalizzato […] serve proprio a garantire la tracciabilità della decisione e dunque a verificare, sulla base di dati e riscontri obiettivi, la legittimità del provvedimento adottato», così si legge in F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 193.

[15] Che si ritiene utile riportare nella sua integralità: «1. Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. 3. Ogni persona ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. 4. Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue dei trattati e deve ricevere una risposta nella stessa lingua».

suggerire la irrinunciabilità della centralità della persona, sia dal lato attivo che, *a fortiori*, dal lato passivo del rapporto amministrativo: il cittadino ha diritto (tra le altre cose) all'ascolto, all'accesso, alla partecipazione, alla imparzialità del procedimento. Invero, e se ne darà meglio conto nei paragrafi a seguire, la garanzia di questi diritti non per forza deve tradursi nell'ostracismo dell'algoritmo dal diritto amministrativo, potendo invece ben compendiarsi nel «costante controllo umano sulla costruzione, sulla scelta e sull'utilizzo dei *software* di automazione decisionale»[17]. In altre parole, l'automazione digitale di taluni procedimenti amministrativi non può divenire sinonimo di disumanizzazione degli stessi. Una tale conclusione è corroborata, peraltro, dalla lesività della dignità della persona (cfr. art. 1 CEDU e art. 2 Cost.), anche nella sua dimensione relazionale, ove si ammettesse la soggezione della persona umana alla decisione esclusivamente algoritmica, per giunta in un rapporto, quale quello amministrativo, ontologicamente asimmetrico[18]. Una «riserva di umanità», così si esprime la dottrina[19], risulta pertanto essere un risultato costituzionalmente e convenzionalmente[20] imposto.

4. *Evoluzione giurisprudenziale sull'ammissibilità dell'algoritmo nel procedimento amministrativo*

Nel paragrafo immediatamente precedente si è dato conto di alcuni referenti costituzionali e sovranazionali, che costituiscono saldo baluardo avverso la (integrale) disumanizzazione del procedimento amministrativo. Nel richiamare l'art 97 Cost., si è volutamente tralasciato di esaminare il comma 2, che postula tanto il principio di legalità[21], quanto la necessaria funzionalizzazione dell'organizzazione degli uffici al buon andamento e all'imparzialità della PA. È da quest'ultima endiadi che vuole prendere l'abbrivio la riflessione delle prossime righe: "buon andamento" non può che significare, altresì, adeguamento della PA a soluzioni tecnologiche capaci di velocizzarne il funzionamento e, quantomeno *prima facie*, un algoritmo dovrebbe essere la quintessenza dell'imparzialità, in quanto insensibile ai tipici condizionamenti (anche patologici, *id est* corruttivi) di un funzionario umano.

Inoltre, scendendo di un gradino nella gerarchia delle fonti, l'art. 1 l. 241/1990 impone che l'attività amministrativa sia «retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza […] nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Sono questi, pertanto, i criteri di legittimità dell'uso degli algoritmi nelle decisioni amministrative: se, in linea di massima, gli algoritmi assicurano un risparmio di tempo e risorse (i.e. soddisfano sommamente il requisito di economicità[22]), qualche perplessità residua

---

[16] Per una disamina sui corollari del diritto a una buona amministrazione cfr. P. PROVENZANO, *Procedimento amministrativo e diritto ad una buona amministrazione*, in D. U. Galetta (cur.), *Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, Torino, 2014, 331 ss.

[17] V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale,* cit., 586.

[18] G. GALLONE, *Riserva di umanità*, cit., 56.

[19] *Ibid.*

[20] Per una interessante ricostruzione sul necessario volto umano della PA, ex art. 6 CEDU, cfr. G. GALLONE, *Riserva di umanità,* cit., 57 ss.

[21] Sul punto cfr. E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm*., n. 2 del 2020, 273 ss.

[22] Per un paradigmatico esempio di efficienza ed economicità, si può guardare al virtuoso esempio di Prometea (*AI* impiegata a Buenos Aires) che ha consentito di svolgere in quattro minuti il lavoro tendenzialmente smaltito in ventinove giorni lavoratIvi. Sul punto cfr. D.U. Galetta e J. G. Corvalan (curr.),

specialmente a proposito dell'imparzialità e della trasparenza, criticità non passate inosservate alla giurisprudenza amministrativa, di primo e secondo grado.

L'algoritmo ha fatto la propria comparsa nella giurisprudenza amministrativa e, prima ancora, nel procedimento amministrativo, davvero in anni recentissimi. A tale ultimo proposito, efficacemente certa dottrina ha definito l'*agere* vincolato della PA come il cavallo di troia[23] dell'algoritmo nelle decisioni amministrative. È la natura sillogistica dell'attività vincolata a rendere ivi agevole (se non fisiologico) l'utilizzo di algoritmi rispondenti alla logica *if-then*[24]: al ricorrere dei presupposti di legge, si producono, ancorché per effetto della mediazione di un provvedimento amministrativo vincolato (sic!), ben predefiniti effetti giuridici in capo al destinatario dell'atto. Procedure seriali e standardizzate come quelle di trasferimento contestuale o di prima assegnazione di sede agli insegnanti sono state il campo elettivo dell'esordio degli algoritmi nell'attività della PA[25], nonché il banco di prova della prima giurisprudenza sul punto[26]. In principio, si è registrato un forte stigma da parte della giurisprudenza amministrativa di merito[27]. Gli algoritmi sono infatti stati tacciati di incostituzionalità, in quanto violativi delle guarentigie procedimentali di cui agli artt. 7,8, 10 e 10–bis della l. 241/1990[28], dell'obbligo motivazionale oggi scolpito all'art. 3 della stessa legge, nonché del diritto all'interlocuzione con il responsabile del procedimento (ex art. 6 l. 241/1990) [29]. Tra le più gravi critiche mosse all'automazione digitale delle decisioni amministrative, ha campeggiato quella dell'opacizzazione[30] del procedimento amministrativo, *vulnus* al quale senz'altro, sin dalle prime pronunce, la giurisprudenza si è preoccupata di porre rimedio: dapprima, ammettendo la accessibilità al codice sorgente, equiparando insomma il *software* a un atto amministrativo informatico[31], in seguito, richiedendo non solo la conoscibilità, ma anche la comprensibilità dell'algoritmi, *id est* la traduzione della regola informatica nella regola giuridica.

La giurisprudenza si è dapprima preoccupata, lo si è visto, di operare dei correttivi all'impiego degli algoritmi nell'attività amministrativa, richiedendo perciò una trasparenza rafforzata e ribadendo la non esautorabilità del funzionario umano. Se in prima battuta si è ritenuta ammissibile l'automazione digitale delle sole attività vincolate, in una seconda fase

---

Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in federalismi.it, n. 3 del 2019, 9.

[23] L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* in federalismi.it, n. 21 del 2018, 5.

[24] P. S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedimentali in una prospettiva human oriented*, in Amministrazione In Cammino, 26 maggio 2020.

[25] Per altre ipotesi applicative, si pensi alla «erogazione di contributi assistenziali agli aventi diritto sulla base di parametri predeterminati […] alle decisioni sfavorevoli, agli accertamenti fiscali fondati su base presuntiva i cui dati siano "messi insieme" da una macchina o alle sanzioni amministrative (per esempio, per eccesso di velocità) elaborate in via automatizzata sia quanto alla rilevazione dell'infrazione sia per la determinazione della correlativa sanzione e la "formazione" stessa del provvedimento», tratto da F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo,* in Giustizia Amministrativa, 28 agosto 2018.

[26] F. MARCONI, *Alcune questioni in tema di decisioni robotizzate: note a margine della decisione n. 2270/19 del Consiglio di Stato*, in Giustamm, n. 8 del 2020.

[27] Tra le tante pronunce, cfr. TAR Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, n. 9224.

[28] G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali*, in Labour & Law Issues, vol. 7, n. 1 del 2021, 77 ss.

[29] Per una rassegna sistematica di giurisprudenza sul contenzioso originato dalla cd. Riforma "Buona scuola" cfr. I. A. Nicotra, V. Varone (curr.), *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC, n. 4 del 2019, 86 ss.

[30] G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Giustizia Amministrativa, 16 gennaio 2020.

[31] T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-bis, 14 febbraio 2017, n. 3769.

l'algoritmo ha acquisito cittadinanza anche nell'attività amministrativa implicante la cd. discrezionalità tecnica. Recentemente, il Consiglio di Stato si è espresso positivamente altresì circa l'impiego degli algoritmi nell'attività puramente discrezionale della PA[32].

5. *I quattro comandamenti dell'algoritmo nel procedimento amministrativo, come oggi positivizzati all'art. 30 del nuovo Codice dei contratti pubblici*

Gli approdi più maturi della giurisprudenza hanno recentemente trovato positivizzazione all'art. 30[33] del nuovo Codice dei contratti pubblici. Tale articolo, sia pur destinato, come evidente, a disciplinare lo specifico settore delle commesse pubbliche, sembra tuttavia vocato ad assurgere a paradigma, nei suoi principi fondamentali, della disciplina dell'automazione digitale dell'attività amministrativa in generale[34]. La portata dirompente della disposizione in esame si apprezza, *a fortiori*, tenendo conto di un dato: allo stato dell'arte, non è rinvenibile nell'intero panorama giuridico italiano alcun'altra norma che espressamente disciplini l'impiego dell'*AI*.

È bene ora fare un passo indietro e procedere con ordine. Innanzitutto, il nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023, si è distinto per una pluralità di passi in avanti sulla via della transizione digitale della PA[35], e in specie dell'evidenza pubblica, consentaneamente a quanto richiesto, d'altronde, sia dalla legge delega[36], sia, a monte, dal PNRR. Il nuovo

---

[32] Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

[33] D.lgs. 31 marzo 2023, art. 30. (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici)

1. Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia.

2. Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti:

a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento;

b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione.

3. Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di:

a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata;

b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata;

c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici.

4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale.

5. Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività.

[34] F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici,* in *Giustizia Amministrativa*, 13 giugno 2023.

[35] D. U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *federalismi.it*, n. 12 del 2023.

[36] Legge 21 giugno 2022 n. 7, Delega al Governo in materia di contratti pubblici, art. 1,2 lett. m) «riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso […] la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure».

Codice è stato diffusamente definito dalla dottrina un codice di principi, data la preminenza (anche topografica) assunta dagli stessi nel testo normativo: la parte I del Libro I è rubricata "Dei principi" ed in effetti ivi si rinviene una rassegna dei più importanti, tuttavia diversi altri articoli nel codice sono proprio dedicati a principi. Tra questi, per quel che ai nostri fini più interessa, l'art. 19, intitolato «principi e diritti digitali» [37]: è qui richiesto che le stazioni appaltanti assicurino il rispetto dei principi «di neutralità tecnologica[38], di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica».

Non si deve incappare, però, nell'equivoco che la digitalizzazione fosse un obiettivo sconosciuto alla PA prima d.lgs 36/2023: si rammenti, in tal senso, il CAD (d.lgs. 82/2005), o, ancora, l'art. 44[39] del d.lgs. 50/2016 (il previgente codice degli appalti), il cui decreto attuativo[40] è però pervenuto con estremo e sterilizzante ritardo, nonché l'art. 3 bis[41] della l. 241/1990, introdotto dal dl.76/2020. A ogni modo, se, come si è rilevato, il d.lgs. 36/2023 non è la prima esperienza normativa a propugnare un ammodernamento in chiave digitale della PA, probabilmente, sino ad ora, risulta comunque la più virtuosa e matura, peraltro in un settore, quale quello dei contratti pubblici, che costituisce una importante forza motrice dell'economia italiana ed europea[42]. La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti, la creazione di un ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, la creazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, presso la Banca dati nazionale predisposta dall'ANAC, sono solo alcuni dei lodevoli traguardi raggiunti dal Codice in materia digitale, ma non è questa la sede adatta per addentrarsi in un loro esame[43].

Tornando allo studio dell'art. 30, questo appare per certi aspetti come la sintesi della migliore giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di automazione decisionale presso la PA, tanto che non dovranno stupire le affinità tra le considerazioni a venire e quelle che si sono già dipanate nei paragrafi precedenti. L'assoluta novità dell'art. 30 riguarda invece, lo si è anticipato, la caldeggiata implementazione dell'*AI* nei procedimenti amministrativi.

---

[37] G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *Giustizia Amministrativa*, 26 aprile 2023.

[38] Con l'espressione "neutralità tecnologica" si allude alla necessità che la PA, nelle scelte tecnologiche utili al proprio ammodernamento procedimentale, non pretenda l'utilizzo, da parte degli operatori economici e degli altri suoi "interlocutori" e/o utenti, di soluzioni tecnologiche non sufficientemente diffuse: trattasi, evidentemente, di un concetto dai confini mobili, destinato a restringersi o ad allargarsi a seconda della professionalità dei soggetti con cui la PA interagisce.

[39] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 44: «Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto».

[40] D.M. 12 agosto 2021, n. 148 recante "Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell'articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

[41] L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 3 bis: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

[42] Sull'importanza economica dell'ammodernamento digitale dell'approvvigionamento delle PA cfr. L. RODIO NICO, *Appalti, digitalizzazione, economia: spunti alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n. 1 del 2023, 284 ss.

[43] Per un approfondimento cfr. G. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *federalismi.it*, n. 19 del 2023, 110 ss.

Il comma 1 dell'articolo postula che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, nei limiti del possibile e col fine ultimo di migliorare l'efficienza, automatizzino le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, «ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti»: è l'efficienza il fondamento e il limite dell'automatizzazione digitale dell'attività amministrativa, che non è un valore per sé, ma un valore strumentale al raggiungimento del risultato, principio cardine del Codice, donde è l'efficienza[44] il metro del giusto equilibrio tra attività analogica e digitale.

Dai commi 2 e 3 si ritengono estrapolabili "quattro comandamenti" per l'impiego degli algoritmi (tradizionali e intelligenti) nelle decisioni amministrative: la conoscibilità; la comprensibilità; la non esclusività della decisione algoritmica e la non discriminazione algoritmica[45].

I primi due principi sono due facce della stessa medaglia e servono a dare contenuto a un altro principio cardine dell'*agere* della PA: la trasparenza. Invero, l'impiego degli algoritmi può tanto essere foriero di opacizzazione del procedimento amministrativo (doglianza mossa, lo si è visto, in più di un ricorso), quanto invece concorrere alla realizzazione della PA quale "casa di vetro": in altre parole, la sapiente conformazione dell'uso dell'algoritmo può trasformare quest'ultimo da attentato alla trasparenza delle decisioni amministrative, in alleato della stessa. D'altronde, all'indomani delle plurime bocciature patite in sede di giurisdizione di primo grado, in dottrina si è individuato proprio nella "trasparenza rafforzata" lo strumento principe per "riabilitare"[46] l'algoritmo nell'*agere* amministrativo.

La conoscibilità si traduce nel diritto dell'operatore economico a essere informato, anzitutto, circa l'utilizzo in una procedura che lo riguardi di processi decisionali automatizzati, giusta l'art. 30, comma 2, lett. a), che anche obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ad assicurare la disponibilità: del codice sorgente, già dalla giurisprudenza qualificato come atto amministrativo informatico (in quanto tale accessibile), della relativa documentazione, nonché «di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento». Quest'ultimo virgolettato introduce già il secondo elemento dell'endiadi, cioè la comprensibilità: l'operatore economico non solo ha diritto a conoscere, ma anche a comprendere l'algoritmo (tradizionale o intelligente che sia), cioè ha diritto a essere informato circa la logica impiegata dallo stesso. La conoscibilità dell'algoritmo sarebbe insomma garantita solo in apparenza, ove non fosse suffragata dalla concreta possibilità di comprenderne le logiche di funzionamento: l'ulteriore requisito della comprensibilità serve allora a riempire di contenuto il diritto alla trasparenza, che altrimenti verrebbe garantito solo sulla carta. A tali fini, si rende pertanto necessaria una traduzione della regola informatica in regola giuridica[47], adempimento indefettibile anche e soprattutto per l'effettivo esercizio del diritto di difesa da parte del cittadino inciso dal provvedimento amministrativo, nonché, specularmente, per un sindacato effettivo da parte del giudice, che

---

[44] Per una interessante analisi di ipotesi applicative per il miglioramento dell'efficienza nel *procurement* cfr. A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *federalismi.it*, n. 19 del 2023, 128 ss.

[45] C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria,* Rivista AIC, n. 3 del 2020, 318 ss.

[46] P. S. MAGLIONE, *La Pubblica Amministrazione "al varco",* cit., 32.

[47] Cfr. Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270: «In altri termini, 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, sia per i cittadini che per il giudice».

solo avendo piena cognizione della logica utilizzata può valutare la legittimità del concreto uso del potere.

Proseguendo, la lett. b) del comma 3 scolpisce a chiare lettere la necessaria riserva di umanità[48] nella decisione automatizzata: in dottrina la "non esclusività della decisione algoritmica"[49] è stata ritenuta «fondamentale fattore di legittimazione sociale»[50] dell'impiego degli algoritmi e dell'*AI* nel procedimento amministrativo. Il ruolo del funzionario umano resta infatti cruciale[51], a monte e a valle della decisione. Dapprima, questo è infatti impegnato nella scrupolosa selezione del programma informatico che meglio si attagli al perseguimento dell'interesse pubblico in cura della PA di appartenenza (cd. "approvazione" del *software*). È poi altresì compito del funzionario vagliare la qualità (*lato sensu*) dei dati destinati a essere elaborati dalla macchina. Non si esaurisce qui il ruolo dell'operatore, che è coinvolto anche, e indefettibilmente, nella fase decisoria: è sua irrinunciabile prerogativa controllare infatti l'*output* algoritmico, sia sotto il profilo della conformità ai parametri legali, sia sotto quello della sua intrinseca ragionevolezza [52].

La lett. c) codifica l'ultimo "comandamento", cioè il principio di non discriminazione algoritmica. Nelle pagine precedenti si è cercato di evidenziare la natura bifronte dell'algoritmo, a un tempo potenziale alleato e nemico della realizzazione dei fondamentali principi dell'azione amministrativa. Uno dei profili sotto cui maggiormente si manifesta la sua "doppiezza" è probabilmente proprio l'imparzialità (cfr. art. 97 Cost): se da un lato l'algoritmo promette di restituire un risultato epurato da qualsivoglia "inquinamento" (anche corruttivo), un risultato giusto in quanto matematicamente imposto, invero è proprio nella selezione dei dati a monte, nonché nelle logiche di funzionamento, che si annida il pericolo di esiti discriminatori. Anche al di fuori del diritto amministrativo, è sconfinata la letteratura in merito ai cd. algoritmi discriminatori: sovente si discorre di *bias* cognitivi dell'algoritmo per indicare quei pregiudizi che si traducono in codice binario, per ciò solo ammantandosi di imparzialità. Plurimi sono stati i casi censurati di algoritmi razzisti, omofobi, sessisti: d'altronde, l'algoritmo altro non è che una proiezione delle convinzioni del proprio progettista che, più o meno consapevolmente, può costruire la sequenza sillogistica di modo che l'esito giovi a un gruppo sociale e risulti pregiudizievole per un altro. Invero, queste distorsioni cognitive dell'algoritmo possono essere il risultato non solo di una dolosa preordinazione del loro autore (e questo senz'altro è uno dei più grandi pericoli che le nostre democrazie si apprestano a fronteggiare), ma anche di una acritica riproduzione da parte della macchina di dati[53] statisticamente veri, ma logicamente poco significativi. È compito del titolare della decisione mettere in atto «misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici». Il comma 4, meglio specifica che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano

[48] Espressione coniata da J. PONCE SOLÈ, *Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico*, in Revista General de Derecho Administrativo, n. 50 del 2019.

[49] In questi termini si esprime l'art. 30.

[50] G. GALLONE, *Riserva di umanità*, cit., 32.

[51] Cfr. Cons. St., n. 8472 del 2019, cit., 9: «Deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica».

[52] V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale*, cit., 592.

[53] Sulla importanza della «qualità dei dati», cfr. F. LAVIOLA, *Algoritmico, troppo algoritmico: decisioni amministrative automatizzate, protezione dei dati personali e tutela delle libertà dei cittadini alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa,* in BioLaw Journal, n. 3 del 2020, 389 ss.

inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale».

La doverosa prevenzione di esiti discriminatori non esime di certo, e per contro, il responsabile del procedimento dalla concreta verifica, a valle, che non si siano prodotti risultati discriminatori: è proprio in questo vaglio che si riespande la centralità della persona umana nella decisione amministrativa, che essendo destinata a incidere nella sfera soggettiva della persona, è doveroso che venga scrutinata, già prima di spiegare efficacia, da un'altra persona umana[54].

6. *Un imprescindibile confronto col GDPR e con l'emanando AI Act*

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, e in specie del suo art. 30, l'unico referente normativo che si occupasse di decisioni automatizzate era il Regolamento (UE) 2016/679, sul trattamento dei dati personali. L'art. 13, comma 2, lett. f) e l'art. 14, comma 2, lett g), rispettivamente per il caso in cui i dati siano raccolti presso l'interessato e per il caso in cui, viceversa, siano ottenuti presso terzi, pongono in capo al titolare del trattamento, al fine di «garantire un trattamento corretto e trasparente», il dovere di informare l'interessato dell'esistenza «di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, [di fornire] informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché [sul]l'importanza e [sul]le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Per converso, in capo all'interessato sorge un diritto a ricevere le informazioni di cui sopra, giusta l'art. 15, comma 1, lett. h).

L'art. 22 GDPR, destinato a operare a beneficio delle sole persone fisiche, al primo paragrafo scolpisce il diritto dell'interessato a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Questo principio di non esclusività della decisione algoritmica, che si mostra invero in armonia con le riflessioni delle pagine addietro, patisce però ben più di un'eccezione, giusta il secondo paragrafo del medesimo articolo, a norma del quale il primo paragrafo non si applica ove la decisione: sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; oppure sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; o, ancora, si basi sul consenso esplicito dell'interessato. Per il primo e il terzo caso passati in rassegna, il titolare del trattamento è comunque tenuto ad attuare «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, e quanto meno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione», giusta il terzo paragrafo.

[54] B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal,* n. 2 del 2021, 367 ss.

Il quarto paragrafo, infine, esclude che i dati cd. sensibilissimi (cioè quelli di cui all'art. 9, comma 1[55], GDPR) possano fondare decisioni esclusivamente automatizzate (*id est* senza riserva di umanità) a meno che, ex art. 9, comma 2, lett. a), l'interessato abbia «prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1» dell'art. 9, o, ex art. 9, comma 2, lett. g) il trattamento sia «necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato», salvo che, in entrambi i casi, siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. L'articolo 22 non è una disposizione dall'architettura semplice, proprio perché norma di compromesso, di sintesi, insomma, tra interessi contrapposti: da un lato la efficienza, la celerità, la *performance* del trattamento dei dati, dall'altro la necessità di salvaguardia della persona umana, tutela alle volte rinunciabile da parte della stessa, alle altre, per volontà del legislatore Ue o nazionale, invece indisponibile.

Le guarentigie apprestate dall'art. 22, certamente più preganti rispetto a quelle in via generale previste dagli artt. 13 e 14 richiamati, sono però di portata limitata, in quanto riferite alle sole persone fisiche (alle persone giuridiche sono garantiti, appunto, i soli diritti informativi di cui specularmente all'art. 15, comma 1, lett. h) citato). Ma la critica più severa mossa dalla dottrina[56] è un'altra, e cioè che la norma in alcun modo si preoccupi di conformare il processo decisionale automatizzato.

È proprio questo denunciato *vulnus* a far emergere, per converso, il pregio dell'art. 30, che pur operando anch'esso in un settore circoscritto (quello appunto dei contratti pubblici), comunque non manca di mostrarsi di più ampio respiro: il citato articolo infatti non discrimina tra persone fisiche e giuridiche nella sua portata garantista (indirizzandosi indistintamente a entrambe le categorie) e, per quel che più importa, enuclea chiaramente quattro pilastri immancabili nella costruzione e nell'impiego di procedimenti automatizzati, cioè la conoscibilità, la comprensibilità, la non esclusività della decisione algoritmica e la non discriminazione algoritmica.

L'importanza dell'art. 30 si coglie *a fortiori* addentrandosi nello studio dell'emanando *AI Act*[57], che giusto pochi giorni fa, il 26 gennaio 2024 per l'esattezza, i 27 Stati Membri hanno

[55] Reg. Ue 27 aprile 2016, n. 679, art. 9, comma 1: «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

[56] F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo,* cit., 5.

[57] Il testo normativo è in cantiere da ben tre anni ed ha preso l'abbrIvio dalla "Proposta di regolamento" della Commissione su una Legge sull'Intelligenza Artificiale, COM/2021/206 final.

Il 14 giugno 2023 il Parlamento europeo ha approvato il testo con emendamenti.

Sono poi proseguite le negoziazioni, sfociate il 9 dicembre 2023 in un accordo provvisorio tra Parlamento e Consiglio.

Il testo così risultato è stato sottoposto infine ai rappresentanti degli Stati membri (Coreper), che il 26 gennaio 2024 si sono espressi positivamente sulla sua approvazione.

È bene precisare che il Regolamento non è entrato in vigore, il che accadrà esclusivamente con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, in seguito al voto definitivo allo stato fissato per il 24 aprile 2024. Comunque l'accordo provvisorio prevede che il regolamento sull'IA si applicherà due anni dopo la sua entrata in vigore, con alcune eccezioni per disposizioni specifiche.

approvato all'unanimità nel suo testo definitivo[58], che ci si attende entrerà in vigore nei prossimi mesi. Si tratta davvero di un passo epocale, sia per l'Europa che per l'intera comunità globale, specie se si tiene in considerazione che il suddetto regolamento è stato salutato come il primo testo normativo olistico sull'*AI* in assoluto. «Il progetto di regolamento mira ad assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato europeo e utilizzati nell'UE siano sicuri e rispettino i diritti fondamentali e i valori dell'Ue. La storica proposta punta inoltre a stimolare gli investimenti e l'innovazione in materia di IA in Europa», così si legge sul sito del Consiglio dell'Ue[59]. Per completezza, è bene dare conto di un ulteriore documento, anch'esso recentissimo (18 gennaio 2024), adottato dalla Commissione europea: si tratta della Comunicazione sull'intelligenza artificiale nella Commissione europea (AI@EC)[60] ed offre una chiara sintesi degli obiettivi dell'organo Ue in materia *AI*.

Cercheremo ora di indagare le più significative interrelazioni tra l'art. 30 d.lgs. 36/2023 e l'emanando *AI Act* (o meglio la sua bozza più aggiornata). Partendo dal presupposto che il legislatore europeo adotta un approccio "risk-based", suddividendo le intelligenze artificiali[61] in classi di rischio[62], e pertanto modulando la loro disciplina sulla scorta di tale tassonomia, non si può che principiare interrogandosi se il procedimento amministrativo automatizzato oggetto del presente studio sia o meno un'attività ad alto rischio, cui pertanto riferire quello statuto di garanzie e precauzioni che il Regolamento in cantiere riserva a questo tipo di attività.

Il progetto di *AI Act* passa in rassegna all'art. 6 e all'Allegato III le attività che il legislatore europeo qualifica come ad alto rischio (per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone fisiche) e che, pur non vietando, pretende abbiano certi requisiti, proprio utili ad arginare la concretizzazione del pericolo loro intrinseco. Un'indagine meramente formale del dato normativo (*in fieri*) suggerirebbe la non predicabilità del settore degli appalti pubblici quale attività ad alto rischio per sé, non essendo espressamente in elenco[63]. Tuttavia, non è difficile immaginare che un procedimento contemplato dal Codice dei contratti pubblici possa, per il suo concreto oggetto (e se facente uso di *AI*), infine rientrare mediatamente in una di quelle attività che in quanto ad alto rischio richiedono quel pacchetto di misure preventive disegnato al Capo II[64] e al Capo III del Titolo III dell'*AI Act*. Si pensi al caso in cui l'appalto o la concessione dovessero tangere, direttamente o

[58] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts- Analysis of the final compromise text with a view to agreement.

[59] V. *Regolamento sull'intelligenza artificiale: il Consiglio e il Parlamento raggiungono un accordo sulle prime regole per l'IA al mondo*.

[60] Artificial Intelligence in the European Commission (AI@EC). A strategic vision to foster the development and use of lawful, safe and trustworthy Artificial Intelligence systems in the European Commission.

[61] Sembra davvero più congruo parlarne al plurale data la variabilità dei livelli di autonomia.

[62] Le attività a rischio inaccettabile sono espressamente vietate dall'art 5, rubricato "Prohibited Artificial Intelligence Practices". Tra gli usi censurati categoricamente, ad esempio, l'impiego di sistemi *AI* capaci di condizionare l'agire delle persone mediante messaggi subliminali. Un interessante compromesso è stato raggiunto nel testo (finora) definitivo: l'elenco include il divieto di identificazione biometrica in tempo reale da parte delle autorità di contrasto in spazi accessibili al pubblico, ma con alcune eccezioni degne di nota e chiaramente definite, elencate all'articolo 5, paragrafo 1, lettera d), che sono ora soggette a una serie di salvaguardie, tra cui misure di monitoraggio e supervisione e obblighi limitati di rendicontazione a livello UE.

[63] M. BARBERIO, *L'uso dell'intelligenza artificiale nell'art. 30 del d.lgs. 36/2023 alla prova dell'AI Act dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2 del 2023, 253 ss.

[64] Che richiede per questi sistemi specifici requisiti in materia di: dati e *governance* dei dati, documentazione e conservazione delle registrazioni, trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti, sorveglianza umana, robustezza, accuratezza e sicurezza.

indirettamente, la gestione delle cd. «infrastrutture critiche», l'«accesso e fruizione di servizi privati essenziali e di servizi e benefici pubblici essenziali» o, ancora, la «gestione del traffico stradale», «la fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità», settori esplicitamente considerati come ad alto rischio dall'Allegato III.

Inoltre, il considerando 58 b[65] (innestato con un emendamento dal Parlamento nel giugno 2023 e successivamente di nuovo rimaneggiato), pone l'accento sulla centralità degli utilizzatori (ai nostri fini le stazioni appaltanti), che più di chiunque altro possono valutare i rischi connessi all'impiego dello specifico sistema *AI* adottato: la pericolosità di un sistema *AI*, ammonisce il considerando in esame, non deriva esclusivamente dal modo in cui viene progettato, ma anche (e forse soprattutto) dalle specifiche modalità applicative dello stesso. Un sistema *AI* astrattamente innocuo potrebbe rivelare potenzialità nocive trascurate dal suo progettista e di cui sia occasione il concreto ambito di utilizzo: è pertanto la prossimità della stazione appaltante rispetto alla precipua area di rischio a renderla il soggetto elettivamente deputato alla sua gestione. Taluno[66] preconizza che proprio questo emendamento, che molto responsabilizza gli operatori, sarà causa di fuga delle stazioni appaltanti dall'uso dell'*AI* nei propri procedimenti.

A ogni modo, uno strumento giuridico di particolare interesse nella gestione dei pericoli scaturenti dall'uso di *AI* ad alto rischio, la cui elaborazione sarà demandata all'operatore (nei nostri esempi la stazione appaltante o l'ente concedente) è la cd. valutazione di impatto, contemplata all'art. 29 a, e che presenta evidenti affinità con le analoghe valutazioni richieste in settori sensibili come quello della *privacy* o dell'ambiente.

La vocazione sistematica dell'art 30 d.lgs. 36/2023 si coglie vieppiù attenzionando l'art 53 dell'*AI Act,* rubricato «*AI regulatory sandboxes*»[67] . L'articolo in esame richiede agli Stati Membri di istituire almeno uno spazio di sperimentazione normativa, precisando che ulteriori "*sandboxes*" potrebbero ben essere istituiti anche a livello regionale o locale. La *regulatory sandbox* è uno strumento normativo connotato da una circoscrizione applicativa temporalmente e spazialmente limitata, utile per mettere alla prova, in un contesto particolarmente controllato ma comunque reale, concreto, una nuova soluzione giuridica. Allo spirare del termine preventivato, è normalmente previsto un momento di valutazione critica dei risultati, di modo da vagliare l'adeguatezza delle soluzioni normative sperimentate e meditare, con dati alla mano, circa l'opportunità di adottare quelle stesse norme anche al di fuori del "laboratorio normativo"[68]. Si intravede nell'art 53 *de quo* una grande occasione

[65] «[…] Gli utilizzatori di sistemi di IA ad alto rischio svolgono quindi un ruolo cruciale nel garantire la tutela dei diritti fondamentali, integrando gli obblighi del fornitore durante lo sviluppo del sistema di IA. I distributori sono nella posizione migliore per capire come il sistema di IA ad alto rischio verrà utilizzato concretamente e possono quindi identificare potenziali rischi significativi che non erano stati previsti nella fase di sviluppo, grazie a una conoscenza più precisa del contesto di utilizzo, delle persone o dei gruppi di persone che potrebbero essere interessati, compresi i gruppi vulnerabili. Gli implementatori dei sistemi di IA ad alto rischio di cui all'Allegato III svolgono inoltre un ruolo fondamentale nell'informare le persone fisiche e dovrebbero, quando prendono decisioni o assistono nel prendere decisioni relative a persone fisiche, se del caso, informare le persone fisiche che sono soggette all'uso del sistema di IA ad alto rischio. Tali informazioni dovrebbero includere lo scopo previsto e il tipo di decisioni prese. L'implementatore deve inoltre informare la persona fisica del suo diritto a ricevere le spiegazioni previste dal presente regolamento…».

[66] M. BARBERIO, *L'uso dell'intelligenza artificiale,* cit., 259.

[67] Cfr. T. BUOCZ, S. PFOTENHAUER, I. EISENBERGER, *Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety?* in *Law, Innovation and Technology*, Vol. 15, n. 2 del 2023, 357 ss.

[68] S. PENASA, *Verso un diritto "technologically immersive": la sperimentazione normativa in prospettiva comparata*, in *DPCE online, n.1 del 2023, 671 ss.*

per il diritto amministrativo italiano, e in specie per il settore delle pubbliche commesse, proprio grazie alla porta spalancata[69] dall'art. 30 d.lgs. 36/2023.

È evidente che questa non sia la sede più idonea per una approfondita disamina *dell'AI Act*, peraltro ancora in cantiere e pertanto passibile di ulteriori modifiche: ciò su cui il presente paragrafo vuole porre l'accento è che l'entrata in vigore del Regolamento sortirà sicuramente un innalzamento di tutele, specie ove l'attività in rilievo nel caso concreto dovesse inscriversi tra quelle ad alto rischio, rispetto alle quale la sorveglianza umana (già richiesta dal nostro art. 30) si accompagna ad altre e più pregnanti guarentigie, specificamente individuate nel Capo II, alla cui lettura si rimanda.

7. *Conclusioni: habere non haberi*

L'intelligenza artificiale ha ormai fatto ingresso nelle nostre vite in maniera pervasiva e irreversibile.

Molto più spesso di quanto ne abbiamo contezza, una scelta che incide profondamente sulle nostre vite, come ad esempio la concessione di un prestito bancario, è demandata a un decisore algoritmico, ed è questa una evenienza destinata a farsi sempre più frequente. Le preoccupazioni che accompagnano l'uso dell'*AI* sono plurime, questo è innegabile, eppure la soluzione più strategica per arginarle non sembra certo quella bandire l'*AI* dalla nostra quotidianità. *Habere non haberi*, questa pare ai più la filosofia che deve ispirare l'interazione con questa nuova tecnologia: per scongiurare il rischio di c.d. "algocrazia", la persona umana deve mantenere un ruolo centrale e gli algoritmi non possono che svolgere una funzione servente rispetto alla migliore realizzazione della stessa.

Le insidie sono moltissime, è evidente: da più lati si teme la potenziale strumentalizzazione di queste innovazioni da parte di una élite della popolazione, a detrimento della restante parte, e solo le Carte fondamentali possono costituire un saldo baluardo contro scenari di questo tipo.

Il buon andamento e l'imparzialità della PA (art. 97 Cost), la centralità della persona umana (art. 2 Cost.), sono i *vademecum* imprescindibili per la realizzazione di una amministrazione 4.0 costituzionalmente compatibile. L'art. 30 d.lgs. 36/2023 sembra in tal senso un esempio virtuoso di normazione dell'impiego degli algoritmi, anche intelligenti, al servizio del cittadino, perciò destinato con ogni probabilità a spiegare una efficacia esemplare ben al di là dello stesso diritto amministrativo.

[69] M. BARBERIO, *L'uso dell'intelligenza artificiale,* cit., 262.

LUCA COLLURA*

L'eredità digitale: ancora sul problema della successione nell'*account***

SOMMARIO: 1. Il problema della digitalizzazione agli occhi del giurista. – 2. Inquadramenti dogmatici delle principali questioni preliminari. – 3. L'accesso all'*account* ad esito di una successione *mortis causa.* – 4. L'accesso ai dati contenuti nel "profilo" dell'utente dopo la morte del titolare. – 5. L'accesso al contenuto delle "pagine personali" *post mortem* del titolare. – 6. Il caso dei servizi di posta elettronica. – 7. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The paper, after having framed from a dogmatic point of view some res typical of the digital world, reconstructs the position of jurisprudence, both international and domestic, relating to the debated issue of access to the account by the heirs of the holder and proposes a solution that differs from the one endorsed by the rulings examined and which, due to the typical characteristics of our legal system, seems to be the preferable one, as it provides the successors of the holders of a so-called account with greater protection against the giants of the network.***

1. *Il "problema" della digitalizzazione agli occhi del giurista*

Nell'ultimo mezzo secolo la società in cui viviamo ha subito radicali cambiamenti, che l'hanno resa significativamente diversa da quella che era prima. Dall'immissione in commercio dei primi computer[1], e con il parallelo sviluppo delle potenzialità di Internet[2], lo sviluppo di queste nuove tecnologie ha avuto un'accelerazione talmente eccezionale che in poco tempo si è passati dalla necessità di enormi calcolatori, che erano in realtà poco più che dei giocattoli se paragonati a quelli di attualmente a nostra disposizione, addirittura alla c.d. *Internet of Things*, cioè ad una realtà in cui quasi ogni oggetto della vita quotidiana acquista una sua "identità digitale" e "vive" costantemente connesso con noi e tutti gli altri oggetti, "imparando" e mutando i propri "comportamenti" sulla base delle "esperienze" di ogni giorno.

La rapida evoluzione delle dette tecnologiche ha "scatenato" il fenomeno della c.d. digitalizzazione, cioè quel processo per cui molte delle cose che eravamo abituati a pensare come un *quid* fisico perdono la loro materialità, per trasmigrare in una sorta di mondo parallelo, privo di consistenza, ma potenzialmente infinito e capace di ospitare una miriade di informazioni, e, una volta assunta questa nuova "essenza", divengono pressoché immortali e capaci di resistere indefinitamente allo scorrere del tempo[3]. Uno dei risultati della digitalizzazione è quindi la nascita di nuovi beni, talvolta simili a quelli che eravamo abituati a conoscere, seppur da essi profondamente differenti, spesso addirittura privi di un supporto fisicamente identificabile ed

* Dottore di ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] È nel 1981 che la IBM annuncia al mondo la messa in commercio del "Personal Computer 5150", vale a dire il primo computer che, per caratteristiche ed aspetto, si avvicina alla nostra odierna idea di computer desktop; nello stesso anno, poi, la "Osborne Computer Corporation" mise in commercio "Osborne 1", il primo computer portatile della storia. Dobbiamo, però, tornare indietro fino al 1946 per rinvenire il primo calcolatore interamente elettronico, messo a punto da John Mauchly e John Eckert e battezzato "Eniac".

[2] Le cui origini sono comunemente individuate in "Arpanet", la rete di computer costituita nel 1969 da ARPA negli U.S.A.

[3] C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inf.*, 2018, 66, definisce la digitalizzazione come qualcosa capace «di contrastare la finitezza naturale e la obsolescenza delle "cose", e di produrre una *Memoria del mondo* da rendere accessibile a tutti».

esistenti solo nella "rete"[4], altre volte nuovi *tout court*, perché completamente diversi da ciò che fino ad allora avevamo identificato come "bene" o, anche più genericamente, come "cosa".

La classificazione di queste nuove *res* è stata, ed a ben vedere è ancora oggi, motivo di qualche "imbarazzo" tra la dottrina, che, non riuscendo ad elaborare un paradigma unanimemente condiviso, ha proposto molteplici sistemazioni dogmatiche, tutte in linea di principio valide e al contempo tutte praticamente inadeguate a cogliere pienamente la complessità e l'eterogeneità del mondo digitale.

Una prima classificazione, di respiro anche internazionale[5], distingue tra patrimonio digitale *offline* e *online* e fa rientrare nella prima categoria tutti i beni digitali che trovano collocazione su un supporto materiale appropriabile (si pensi ad una chiavetta USB o ad un CD) e nella seconda tutti i beni digitali che non hanno un supporto fisico, come per esempio i *files* conservati esclusivamente nel *cloud*[6].

Una seconda distinzione proposta in dottrina[7] è quella tra beni digitali aventi un carattere/valore meramente personale e beni aventi invece rilevanza patrimoniale, indipendentemente dal fatto di essere o meno incorporati su un supporto fisico: i primi sarebbero quelli che, benché non abbiano in senso assoluto un valore economico, sono suscettibili di assumerne uno morale o affettivo per un certo specifico soggetto, il quale, in considerazione dell'importanza che assumono per lui, attribuisce loro anche un valore economico[8]; tra i secondi rientrano invece quei beni digitali dotati di un intrinseco valore economico, che è anche possibile sfruttare[9].

L'ultima delle bipartizioni di matrice dottrinaria[10] è quella tra i beni digitali sui quali si possono vantare dei diritti reali o di privativa[11] e quelli che rilevano solo rispetto a rapporti di natura contrattuale sorti *online*[12] e che permettono al soggetto di fruire di servizi, siano essi completamente digitali oppure prestati *offline*[13]. Nella seconda *species* rientra quello che sarà l'oggetto principe della presente trattazione, *i.e.* l'*account*.

---

[4] Si pensi ai *files* conservati esclusivamente nel *cloud*.

[5] N. CHAN, *Postmortem Life On-Line*, in *25 Probate&Property*, 35 ss.; E. CARROLL, *Digital Assets: A Clearer Definition, Digital Est. Resource*, 30 gennaio 2012, in *the digitalbeyond*.

[6] Per fare un esempio si pensi alle foto scattate col cellulare e che, per risparmiare spazio sul dispositivo, vengono conservate soltanto sul *cloud*, magari mediante un abbonamento ad un servizio di conservazione offerto da uno dei tanti fornitori di questi servizi.

[7] G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 88; B. VIGORITO, *La 'persistenza' postmortale dei diritti sui dati personali: il caso* Apple, in *Dir. inf.*, 2021, 41 ss.

[8] Esempio classico sono le foto personali. Si pensi alle foto della festa data per il compleanno del proprio gatto: sebbene, per il resto del mondo, non abbiano alcun valore, possono assumerne uno anche molto grande per il loro titolare, che potrebbe essere finanche disposto a pagare pur di recuperarle ove le avesse smarrite.

[9] Si immagini che qualcuno abbia scoperto una formula per la produzione di un siero che dona l'eterna giovinezza: è evidente che, se la formula venisse conservata su un *file* di testo, quel *file*, per quanto immateriale, avrebbe *ex se* un valore economico.

[10] C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., 65; G. RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 891.

[11] Un esempio può essere la già richiamata formula del siero dell'eterna giovinezza, sottoposta alla disciplina del diritto d'autore e della proprietà intellettuale.

[12] I famosi *account* per l'utilizzo di servizi come quelli offerti da Amazon, Facebook, Spotify, ecc.

[13] Con specifico riferimento al tipo di servizio prestato a fronte della conclusione del contratto mi pare opportuno richiamare la partizione operata da A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 178 ss., che distinguono tra: a) contratti che hanno ad oggetto la prestazione di uno o più servizi della società dell'informazione (servizi la cui definizione legislativa si rinviene nell'art. 1, c. 1, lett. b), l. 21 giugno 1986, n. 317), cioè quei contratti volti ad ottenere servizi prestati a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature di elaborazione e memorizzazione di dati e su richiesta del destinatario; b) contratti che hanno ad oggetto la prestazione del c.d. "servizio sottostante", cioè quelli finalizzati a beneficiare di servizi diversi da quelli della società dell'informazione e che possono essere forniti sia dalla piattaforma stessa, tramite una persona fisica sua dipendente,

A fronte di una tale eterogeneità, è facile immaginare come numerose siano le disquisizioni su quali siano le norme applicabili in sede di successione *mortis causa* laddove nel patrimonio del *de cuius* si trovino anche uno o più beni digitali. Se, secondo la dottrina[14], infatti, non vi sarebbero particolari problemi nell'ammettere la piena applicabilità delle normali regole codicistiche in materia successoria rispetto ai beni digitali dotati di un supporto fisico o sui quali l'ereditando poteva vantare dei diritti reali o di privativa o dotati di un intrinseco valore economico, parecchie sono invece le remore ad ammettere l'operare delle regole successorie classiche nel caso che vengano in rilievo i rapporti contrattuali finalizzati all'ottenimento di servizi (siano essi *online* o *offline*), i quali, dopo la stipula del contratto, prevedono, per l'erogazione del servizio, la creazione di una "identità digitale" da parte del fruitore, che permetta al debitore-erogatore di essere certo che chi richiede la prestazione sia il vero creditore e al creditore di legittimarsi ai fini della richiesta del servizio.

Per comprendere compiutamente quali siano i problemi cui il diritto successorio è chiamato a far fronte dinanzi all'apertura della successione di un soggetto che in vita era titolare di beni digitali e, nello specifico, di un *account lato sensu* inteso (tale precisazione sarà chiarita nel prosieguo), occorrerà però affrontare alcune questioni preliminari la cui soluzione risulta indispensabile per dare una sistemazione dogmatica di massima ad alcuni concetti che l' oggetto della presente trattazione porta con sé. Dovremo, quindi, anzitutto comprendere[15]: a) quali siano la funzione e la natura giuridica dell'*account*; b) quale sia la natura del contratto stipulato tra l'utente e la piattaforma; c) quali siano la natura e la funzione dei cc.dd. profilo e pagine personali dell'utente nonché quale sia la natura dei dati in essi presenti.

Le sopra ricordate questioni dovranno essere affrontate, però, con il *modus operandi* di tipo logico-deduttivo riferibile alla pandettistica tedesca, diverso, cioè, da quello di tipo induttivo che, a mio parere, è stato finora adottato in dottrina e in giurisprudenza, e quindi non guardando al concreto atteggiarsi delle realtà oggetto di analisi per estrapolarne principi e condurre dei ragionamenti che, spesso, paiono tuttavia finire per trasformarsi in mere elucubrazioni, bensì osservando la realtà *de qua* per individuarne la più intima natura giuridica e, una volta che si sia in ciò riusciti, ricostruire la disciplina ad essa applicabile sulla base del diritto positivo[16]. Una volta

---

che da un soggetto terzo, indipendente dalla piattaforma, la quale ultima fa soltanto da tramite, mettendo in contatto il fornitore del servizio con l'utente interessato alla sua fruizione.

[14] F. PINTO, *Sulla trasmissibilità* mortis causa *delle situazioni giuridiche soggettive "digitali"*, in *Riv. not.*, 2021, 706: «Non desta particolari questioni l'applicazione della disciplina "ordinaria" del diritto delle successioni al patrimonio digitale conservato ed incorporato su supporti fisici o materiali, nonché, con riferimento al patrimonio digitale *online*, ai beni sui quali il *de cuius* aveva diritti di privativa o di esclusiva, anche con riferimento a quanto sia suscettibile di assumere un valore meramente morale, affettivo o familiare, nonché ai beni caratterizzati per un loro intrinseco valore economico»; C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, cit., 65; G. RESTA, *La morte digitale*, cit., 891; R. E. DE ROSA, *La trasmissibilità* mortis causa *del "patrimonio digitale"*, in *Not.*, 2021, 497 ss.: «Orbene, ove sia configurabile un diritto reale del *de cuius* su tali supporti, essi ed il relativo contenuto si trasmetteranno *mortis causa*, in conformità alle norme generali del diritto successorio. Tali beni, infatti, vengono ritenuti l'equivalente digitale dei beni materiali, che per loro natura, sono liberamente trasmissibili. […] Parimenti, ove i beni digitali del patrimonio offline si configurino come opere dell'ingegno del defunto (si pensi alla creazione di un sito *web* originale, di un *blog* che sia fonte di reddito o ai nomi a dominio registrati), si assisterà alla devoluzione *mortis causa* del diritto allo sfruttamento economico degli stessi, secondo le regole ordinarie».

[15] Come acutamente osserva R. E. DE ROSA, *La trasmissibilità* mortis causa *del "patrimonio digitale"*, cit., 498: «volendo sgombrare la scena da ogni possibile equivoco, occorre precisare che l'espressione "successione *mortis causa* dell'*account*" deve essere intesa nel senso di (verificare la) trasmissibilità del rapporto contrattuale e dei relativi dati digitali, in caso di morte dell'utente. Orbene, tale interrogativo non è di agevole soluzione stante il delicato rapporto tra tutela della *privacy* e dell'identità digitale del *de cuius* – ovvero, come si è efficacemente detto, "tutela post-mortale dei dati personali" – e successione universale».

[16] E ciò, si badi bene, non perché, per usare le parole di M. CINQUE, *L'"eredità" digitale alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 76 ss., «l'uomo fatichi, in generale, a concepire il nuovo e si rifugi in note e rassicuranti

fatto ciò sarà possibile procedere oltre e affrontare la vera questione oggetto del presente studio, vale a dire quella su quale debba essere la sorte di quanto "contenuto" all'interno di un certo *account* alla morte del suo titolare.

2. *Inquadramenti dogmatici delle principali questioni preliminari*

Come detto nel precedente paragrafo, per poter giungere ad una risposta consapevole alla *quaestio* da ultimo prospettata è preventivamente indispensabile condurre un'opera giuridica di ricostruzione tesa a fornire una ben precisa cornice dogmatica ad alcune *res* tipiche del mondo digitale e che devono essere tenute in considerazione per prospettare una soluzione giuridicamente fondata e condivisibile alla domanda che ci si pone.

In altra sede[17] ho già avuto modo di trattare molto approfonditamente le tematiche cui mi riferisco, ragione per la quale è ora possibile richiamare brevemente le conclusioni cui ero addivenuto.

In riferimento alla funzione e alla natura giuridica dell'*account*, deve premettersi ch'è possibile individuare almeno due differenti accezioni possibili accezioni dello stesso, a seconda di ciò a cui ci si stia riferendo. Nello specifico si deve distinguere tra un "*account* in senso stretto" e un "*account* in senso lato":

a) nella prima accezione l'*account* può essere definito come «il complesso dei dati identificativi di un utente, che gli consentono l'accesso a un servizio telematico[18]» e, più nello specifico, il connubio di nome (c.d. ID o nome utente) e parola di accesso ad esso associata (c.d. *password*) necessario per identificare univocamente l'avente diritto alla fruizione dei servizi (della società dell'informazione o sottostanti[19]) forniti dalla piattaforma alla quale l'*account* si riferisce e in virtù del contratto stipulato con la società che la gestisce;

b) nella seconda esso indica solitamente l'insieme dei contenuti che si trovano all'interno dei cc.dd. "profilo" e "pagine personali" presenti negli spazi digitali che la piattaforma di riferimento[20]

---

classificazioni», ma in considerazione del fatto che, a mio avviso, i fenomeni che nel presente scritto andremo ad indagare non hanno nulla di così "nuovo" da richiedere per loro l'elaborazione di categorie giuridiche ulteriori rispetto a quelle con cui siamo abituati a trattare, nonostante, secondo l'A. citata, invece, «l'usuale strumentario giuridico per la "successione" di cui parliamo […] non è adeguato, […] perché ci troviamo di fronte a qualcosa di così differente, che le categorie della tradizione sono a volte più di intralcio che di aiuto».

[17] Mi riferisco a L. COLLURA, *L'eredità digitale: il problema della successione nell'*account, in *IANUS – Quaderni 2023*, 67 ss., in *Ianus*.

[18] È questa la definizione riportata che ne dà "Oxford Languages", rinvenibile tramite una ricerca effettuata in rete.

[19] Sul tema richiamo la distinzione già riportata *supra*, alla nota 13.

[20] Anche relativamente alla classificazione dei vari tipi di piattaforma si rimanda a A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., 115 ss., i quali distinguono tra: a) piattaforme di pubblicità, che raccolgono informazioni e dati sugli utenti che utilizzano la piattaforma per poi profilarli e, sulla base del loro profilo, proporre beni e servizi specifici (tra queste rientrano sia i motori di ricerca, come Google, che i *social networks*, come Facebook, Instagram, TikTok, ecc.); b) piattaforma di servizi, attraverso le quali le imprese che le gestiscono forniscono servizi di varia natura, come la visione di video o l'ascolto di musica in *streaming* (si pensi a YouTube Music, Netflix e Spotify) o la conservazione di dati nel c.d. *cloud* (per esempio Dropbox e Google Drive) o l'invio, la ricezione e la conservazione di corrispondenza elettronica (tra i tanti, Virgilio e Hotmail); c) piattaforme di *e-commerce*, che permettono lo scambio di beni fisici attraverso contratti conclusi in rete e che possono o fare solo da intermediario tra due persone fisiche/giuridiche diverse dalla piattaforma stessa (ad es., eBay), che concluderanno tra loro il contratto di compravendita, oppure, oltre a fornire un servizio di intermediazione, concludere esse stesse contratti di compravendita di propri beni con l'utente (ad es., Amazon); d) piattaforme di *sharing economy*, che fanno da intermediarie tra privati per permettere loro di condIvidere propri beni, come l'auto, la stanza degli ospiti, i posti auto, attrezzi da lavoro, ecc. (si pensi a Rent to Runway, Uber, Airbnb, BlaBlaCar).

mette a disposizione dell'utente che intenda utilizzare i servizi dalla medesima forniti, nonché i dati necessari per l'accesso ai servizi offerti dalla piattaforma.

Una volta individuato con esattezza ciò a cui ci si riferisce, è possibile comprendere esattamente la natura giuridica di ciò che, tecnicamente o meno, viene identificato come "*account*":

a) nel caso dell'*account stricto sensu* siamo senz'altro dinanzi ad una *res* riconducibile ai documenti di legittimazione di cui all'art. 2002 c.c., vale a dire quei documenti che «*servono solo a identificare l'avente diritto alla prestazione*» e che autorizzano il loro legittimo possessore a chiederne (ma non anche a pretenderne) l'esecuzione in suo favore, e ciò in considerazione del fatto che la piattaforma, nonostante la comunicazione di ID e *password* da parte di chi ne sia in possesso, può sempre identificare esattamente il vero avente diritto a fruire dei beni/servizi dalla stessa somministrati/prestati mediante altre modalità, ad esempio richiedendo l'inserimento di un'*OTP* di volta in volta inviata ad uno specifico dispositivo precedentemente comunicato o l'utilizzo dell'impronta digitale;

b) nel caso dell'*account lato sensu* siamo, invece, dinanzi ad una serie di fenomeni molto eterogenei. Appurato che i dati necessari per l'accesso ai beni/servizi somministrati/prestati dalla piattaforma rappresentano l'*account* in senso stretto, quant'altro esula da essi rientra invece nell'accezione di *account* in senso lato.

Onde evitare di attenzionare fattispecie non di nostro interesse, occorrerà qui focalizzarci solo sul contenuto del "profilo" e delle "pagine personali" creati e/o gestiti dall'utente in seguito alla stipula con la piattaforma del contratto volto ad ottenere una certa prestazione, premettendo che:

a) si parla di "profilo" quando si fa riferimento all'insieme dei dati personali (nome, cognome, luogo e data di nascita, domicilio/residenza, lavoro svolto, titoli di studio, ecc.) che l'utente comunica e che vengono inseriti dalla società gestrice in una scheda personale del cliente[21];

b) si parla di "pagine personali" con riferimento a dei beni/servizi che la piattaforma di riferimento somministra/presta alla controparte contrattuale, intendendosi con ciò, a seconda dei casi:

b.1) lo spazio privato all'intero del quale la stessa può monitorare tutta la propria attività in seno all'architettura digitale creata dalla piattaforma per la prestazione del proprio servizio (si pensi alla pagina personale di Amazon o di eBay, dove è possibile consultare gli acquisti, gli oggetti in vendita, ecc., ma anche a quella di *social networks* come Facebook o Instagram, nella quale è possibile rivedere le interazioni con gli altri utenti), che si può indicare con la locuzione "pagina personale privata passiva";

[21] C'è però da mettere immediatamente in chiaro un aspetto in riferimento al "profilo" e cioè che la comunicazione dei propri dati personali da parte del cliente è sempre "volontaria" e non obbligatoria, nel senso che, se è vero che la comunicazione di alcuni – nello specifico il nome, il cognome e la data di nascita – è richiesta dalla piattaforma come condizione preliminare per la stipula del contratto, è altresì vero che la piattaforma non effettua alcun controllo sulla veridicità dei medesimi, sia perché non è di suo interesse sapere chi effettivamente sia il soggetto al quale presta il servizio – che si legittima alla fruizione dello stesso soltanto comunicando i dati che costituiscono l'*account* in senso stretto –, sia perché diventerebbe senz'altro enormemente complicato per un soggetto che stipula contratti standardizzati potenzialmente con ogni abitante del pianeta accertarsi dell'effettiva identità di ciascuna controparte contrattuale. Si deve quindi immediatamente fare una precisazione in merito alla definizione di "profilo" come "insieme dei dati personali comunicati dall'utente", e cioè che ha senso parlare di "dati personali" (per come definiti dal par. 4, n. 1), Reg. UE 2016/679 [c.d. GDPR]) solo laddove quelli forniti dall'utente siano reali, in quanto, laddove non sia possibile identificare una certa persona sulla base di quei dati, essi cessano, per espressa previsione normativa, di rilevare come "personali".

b.2) lo spazio privato all'interno del quale ella può conservare *files* digitali di varia natura, come foto, video, *files* di testo, *files* audio, ecc., spazio che si può indicare con la locuzione "pagina personale privata attiva";

b.3) lo spazio, non privato ma pubblico o semi-pubblico, che rappresenta uno dei modi con cui l'utente può interagire con gli altri soggetti che utilizzano lo stesso bene/servizio somministrato/prestato dalla piattaforma, spazio nel quale egli è generalmente ammesso a "pubblicare" (cioè rendere visibili agli altri utenti) dei propri scritti o pensieri (più o meno brevi, comunemente detti "post") e delle proprie foto e/o video nonché "condividere" dei contenuti di cui non è titolare ma che appartengono ad altri utenti, che li hanno a loro volta pubblicati, oppure di origine esterna rispetto allo spazio della piattaforma (ad es., un *link* che rinvia ad un'altra pagina *web*, quale può essere quello che rimanda ad una pagina di un noto giornale nel caso in cui l'utente voglia mettere in evidenza una notizia che lo ha particolarmente interessato), spazio cui ci si può riferire con la locuzione "pagina personale pubblica".

Lasciando da parte il caso della "pagina personale privata passiva", il cui contenuto è gestito dalla piattaforma e che è un mero riassunto delle operazioni svolte dall'utente all'interno dell'architettura digitale della piattaforma stessa, è, invece, fondamentale comprendere che il contenuto delle pagine personali del secondo e del terzo dei tipi sopra distinti è rappresentato da delle *res* sulle quali è innegabile che l'utente che ve le ha inserite possa vantare dei diritti, sia reali che non[22], che, salvi casi particolari, sono disponibili sia *inter vivos* che *mortis causa*.

Una volta compreso il substrato pratico di riferimento e inquadrate le varie fattispecie all'intero di precise categorie dogmatiche, è possibile procedere oltre nella trattazione e focalizzarci su quale sia la sorte del contenuto dei due tipi di pagina personale da ultimo menzionati una volta che il loro titolare sia giunto al *suae vitae supremum exitum*.

3. *L'accesso all'*account *ad esito di una successione* mortis causa

Un problema che ha enormemente impegnato la dottrina e la giurisprudenza in tempi anche molto recenti è, come già in parte anticipato, quale sia la sorte dell'*account* in senso lato dopo la morte del suo titolare.

Nei casi che sono stati sottoposti all'attenzione delle Corti, in *primis* straniere[23], la *quaestio* preliminare da risolvere è spesso stata quella di comprendere se il rapporto contrattuale utente-piattaforma sia suscettibile di successione *mortis causa* a seguito della morte dell'utente medesimo, con conseguente subingresso dei suoi eredi/legatari in tutti i diritti allo stesso derivanti dal contratto stesso. Al di fuori della decisione del *Bundesgerichtshof* (l'omologo tedesco della nostra Corte di cassazione) del 2018, il quale ha ritenuto che anche il rapporto contrattuale in parola fosse suscettibile di successione a causa di morte, negli altri casi – decisi da Corti di *Common Law* – si assiste a soluzioni diametralmente contrapposte, in virtù delle quali quando gli interessati hanno ottenuto accesso al contenuto dell'*account* ciò hanno fatto sulla base di compromessi, talvolta anche di matrice contrattuale.

Con riferimento alla posizione dottrinale, può tranquillamente dirsi che la trasmissibilità *mortis causa* di quanto in parola è fortemente discussa, potendosi distinguere un fronte negazionista, che, sulla base dell'assunto, da me non condiviso, per cui i contratti in argomento sarebbero da qualificarsi come *intuitu personae*, nega la loro trasmissione a causa di morte, ed un fronte

[22] Si pensi, per esempio, al diritto di proprietà sulle proprie foto o al diritto d'autore di un'opera teatrale di cui l'utente è autore e che ha scritto su un documento digitale ed ha conservato sul *cloud*.

[23] Per maggiori riferimenti in merito alla giurisprudenza straniera rimando nuovamente a L. COLLURA, *L'eredità digitale: il problema della successione nell'*account, cit., 86 ss., e ai richiami ivi presenti.

possibilista, per il quale, invece, i contratti *de quibus* non sarebbero caratterizzati dall'*intuitus personae* e sarebbero, pertanto, liberamente trasmissibili per successione *mortis causa*.

Nella soluzione del problema parrebbe poter giocare un ruolo dirimente il nuovo art. 2-*terdecies* d.lgs. 196/2003, il cui comma 1 ammette che, a seguito della morte di un soggetto, «*chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione*» possa esercitare sui di lui dati personali i diritti previsti dagli artt. 15-22 GDPR, e cioè i diritti di accesso, rettifica, cancellazione, limitazione di trattamento, ricevere la notifica della rettifica o cancellazione dei dati o della limitazione del loro trattamento, portabilità, opposizione al trattamento, non essere sottoposto a una decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati. Sulla base di questa disposizione, oggi, è senz'altro possibile per chi rientri nell'ambito applicativo della norma richiedere alla società che tratta i dati personali del *de cuius* di esercitare i diritti di cui *supra*. Proprio in virtù dell'articolo in parola, pertanto, sono state di recente risolte alcune questioni sottoposte al vaglio delle nostre Corti di merito[24] ed aventi ad oggetto la richiesta di determinati soggetti, particolarmente vicini (nello specifico, genitori e coniuge superstite) al defunto titolare di un *account* di una nota società produttrice di *smartphones*, di ottenere da parte della società medesima il supporto necessario per accedere all'*account* stesso e recuperare alcuni "dati personali" del defunto, rivelatisi poi essere, però, più che veri e propri dati personali secondo il senso fatto proprio dal GDPR, dei beni digitali, in particolare *files* contenenti delle ricette di determinati piatti o foto del *de cuius*. Ciononostante, è mia opinione che la vera portata dell'articolo in commento non sia stata pienamente compresa. Leggendo con più attenzione la disposizione normativa, infatti, non si può non avvedersi che il nuovo articolo 2-*terdecies* d.lgs. 196/2003:

a) non ha in nessun modo regolato la trasmissibilità per successione a causa di morte del rapporto contrattuale, la quale, dunque, deve continuare ad essere ammessa o esclusa a seconda che si ritenga di dover qualificare il contratto come *intuitu personae* o meno;

[24] Trib. Milano, 10 febbraio 2021, in *One legale*: "Deve ritenersi ammissibile la domanda cautelare volta ad ottenere un ordine alla società produttrice di un telefono cellulare di fornire assistenza ai genitori nel recupero dei dati personali dagli *account* del figlio deceduto, stante la sussistenza del *fumus boni iuris* – considerato che, ai sensi dell'art. 2-*terdecies* dal Nuovo Codice della Privacy, i diritti riguardanti le persone decedute possono essere esercitati per ragioni familiari meritevoli di protezione – e del *periculum in mora*, atteso che i sistemi della suddetta società, dopo un periodo di inattività dell'*account i-cloud* vengono automaticamente distrutti"; Trib. Bologna, 25 novembre 2021, ivi: "Posto che il Considerando 27 del Reg. UE 679/2016 dispone che: 'Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute' e che l'art. 2-*terdecies*, d.lgs. n. 101/2018, prevede che: 'I diritti di cui agli artt. da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell' interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione', è ammissibile la domanda cautelare volta ad ottenere una pronuncia che legittimi la parte ricorrente, che si trovi nelle condizioni previste dall'art. 2-*terdecies*, ad ottenere il recupero dei dati personali contenuti nell'*account* digitale di un soggetto defunto"; in *Dir. inf.*, 2022, 19 ss., con nota di M. FELEPPA, *L'accesso ai dati del defunto conservati su smartphone: soluzioni emergenti e problemi aperti*; Trib. Roma, 10 febbraio 2022, ivi: «È legittima la richiesta da parte di una vedova, che agisce "*iure proprio* sulla base di un interesse meritevole di protezione di natura familiare, ad avere accesso all'account Apple del marito in quanto finalizzata a recuperare foto e filmati di famiglia destinati a rafforzare la memoria del tempo vissuto insieme ed a conservare tali immagini a beneficio delle figlie in tenera età. L'accesso ai dati personali contenuti nell'account non è precluso dall'accettazione delle condizioni generali di contratto al momento dell'acquisto del dispositivo. È infatti incontroverso che le condizioni generali del contratto accettate al momento dell'attivazione del servizio prevedano la non trasferibilità dell'account e che qualsiasi diritto sull'*Id* Apple e sul suo contenuto si estingua con la morte; tuttavia, poiché l'art. 2-*terdecies* del Codice privacy, al comma 3, prevede che la volontà dell'interessato di vietare l'esercizio e l'accesso ai diritti digitali dopo il suo decesso debba essere espressa in maniera libera, informata e specifica e che possa sempre essere revocata o modificata, allora la mera adesione alle condizioni generali di contratto, in difetto di approvazione specifica delle clausole predisposte unilateralmente dal gestore non appare soddisfare i requisiti sostanziali e formali espressi dalla norma richiamata, tenuto conto che le pratiche negoziali dei gestori in cui le condizioni generali di contratto si radicano non valorizzano l'autonomia delle scelte dei destinatari".

b) ammette determinati soggetti ad esercitare alcuni specifici diritti previsti dal GDPR aventi ad oggetto solo "dati personali" del defunto.

Queste puntualizzazioni fanno comprendere che, anche ad esito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'articolo *de quo*, è necessario, come già qualcuno in parte ha sagacemente puntualizzato[25], operare una distinzione tra la trasmissibilità *mortis causa* del rapporto contrattuale tra l'utente e la società che gestisce la piattaforma e la trasmissibilità *mortis causa* dei diritti di cui il *de cuius* era titolare sui dati personali inseriti all'interno del "profilo" e sul contenuto delle "pagine personali" del secondo e del terzo dei tipi sopra definiti.

Se, come detto, è discusso quale sia la sorte del contratto utente-piattaforma all'apertura della successione dell'utente e sul punto nessun contributo reale può apportare la disposizione poc'anzi citata, ci si deve pertanto focalizzare sugli altri due aspetti appena sopra ricordati, vale a dire la possibilità che, alla morte dell'utente, i diritti che al medesimo spettavano sui dati personali ch'egli aveva inserito all'interno del "profilo" creato in seno alla piattaforma e su quant'altro era contenuto nel secondo e nel terzo tipo di "pagina personale" siano suscettibili di trasmettersi per causa di morte.

Per trovare una risposta a questi interrogativi, appurato che il nuovo art. 2-*terdecies* cit. non è lo strumento idoneo a regolare tutte le fattispecie in argomento – quanto meno laddove oggetto delle istanze degli interessati siano delle *res* qualificabili come beni digitali –, punto di partenza, a mio avviso, deve essere, allora, la natura giuridica da riconoscere ai dati inseriti nel "profilo" e a quanto contenuto nelle "pagine personali".

4. *L'accesso ai dati contenuti nel "profilo" dell'utente dopo la morte del titolare*

In precedenza ho già precisato che per "profilo" si intende l'insieme di dati riferibili alla propria persona che in sede di stipula del contratto l'utente comunica alla società che gestisce la piattaforma e che quest'ultima inserisce all'intera di un'apposita scheda personale per "profilare" la controparte contrattuale. Ho altresì precisato che, laddove questi dati non siano veritieri e non permettano, pertanto, di identificare compiutamente l'utente, non ci si potrà riferire agli stessi come "dati personali" nel senso di cui al par. 4, n. 1), GDPR, mentre, nel caso ch'essi siano reali e permettano di identificare una specifica persona, si rientrerà pienamente nell'ambito applicativo dell'appena citato par. 4.

Rebus sic stantibus, nel caso di dati *lato sensu* "falsi" vi sono alcune conseguenze in punto di diritto:

a) da un punto di vista generale, non essendo essi dei dati personali veri e propri non si applicherà loro la disciplina del GDPR;

b) dal punto di vista della società che gestisce la piattaforma, essa potrebbe anche eliminarli o disporne come vuole successivamente alla morte di colui ai quali dovrebbero in teoria riferirsi, in quanto non permettono di identificare con esattezza Tizio o Caio e non godono di nessuna particolare tutela[26];

---

[25] F. DE FRANCESCO, *La successione* mortis causa *nei rapporti contrattuali: spunti interpretativi sull'art. 2*-terdecies *codice* privacy *e sull'eredità "digitale"*, in *Contr. impr.*, 2022, 669: «è dunque necessario distinguere fra subentro nel rapporto con tutti i poteri e le facoltà da esso derivanti – da escludersi nel caso in cui il contratto digitale sia *intuitu persone* […] – e successione degli eredi nella titolarità dei dati e delle informazioni contenute nell'*account*, con loro conseguente diritto ad accedervi per recuperarli».

[26] Si pensi al caso di Tizio che sottoscriva con la società "Alfa" un contratto per l'utilizzo del *social network* dalla stessa gestito e che al momento della sottoscrizione dica di chiamarsi Romolo Romani e di essere nato a Roma il 01.01.1990: salvo che esista realmente una persona con queste generalità, i dati non potranno qualificarsi come

c) dal punto di visto degli eredi dell'utente e dei terzi, difficilmente essi potranno dimostrare di avere un interesse meritevole di tutela tale da legittimarli all'esercizio dei diritti del GDPR cui si riferisce l'art. 2-*terdecies* d.lgs. 196/2003 e pertanto è plausibile che non sarà possibile che agli stessi trovi applicazione l'articolo in parola.

A diversa soluzione dovrà evidentemente pervenirsi per il caso che l'utente abbia comunicato dei veri e propri dati personali. Ad essi, infatti:

a) da un punto di vista generale si applicherà loro la disciplina del GDPR;

b) dal punto di vista della società che gestisce la piattaforma, anche dopo la morte del titolare essa dovrà continuare a trattarli secondo la citata disciplina comunitaria;

c) dal punto di vista degli eredi dell'utente e dei terzi, laddove essi dimostrassero l'esistenza di uno dei presupposti cui si riferisce il citato art. 2-*terdecies*, potranno saranno legittimati ad esercitare sugli stessi i diritti di cui agli artt. 15-22 GDPR.

Interessante, a questo punto, è comprendere se la legittimazione ad esercitare i diritti appena menzionati dopo la morte del loro titolare si acquisti *iure proprio* o *iure hereditatis*.

Le uniche tre pronunce finora intervenute sull'articolo in questione, come già detto, sono riferibili a tre diverse Corti di merito, nello specifico il Tribunale di Milano, il Tribunale di Bologna ed il Tribunale di Roma, in quest'ordine temporale. Tuttavia, se tanto il Tribunale di Milano[27] quanto quello di Roma[28] si sono limitati ad osservare che dal testo legislativo non è chiaro se si tratti di un acquisto *mortis causa* o di una legittimazione *iure proprio*, il Giudice bolognese, seppur implicitamente, pare aver preso posizione nel senso di ritenere che la legittimazione in argomento si acquisti *iure proprio*[29].

A differenza di quanto potrebbe apparire *prima facie*, trovare la risposta non è un mero esercizio dogmatico. Ove si ritenesse che l'acquisto avvenga *iure hereditatis*, infatti, legittimati all'esercizio dei diritti richiamati dalla disposizione, sempre che ricorrano i presupposti dalla stessa richiesti, sarebbero soltanto gli eredi del defunto, indipendentemente dal fatto di essere o meno suoi stretti congiunti, nonché l'eventuale mandatario; aderendo, invece, alla tesi per cui la legittimazione deriverebbe *iure proprio*, chiunque potrebbe essere legittimato ad esercitare i diritti in parola, perfino un soggetto completamente estraneo alla sfera familiare del *de cuius*, per quanto intesa in modo ampio, purché, ovviamente, ricorrano i presupposti cui si riferisce la disposizione normativa.

Volendo prendere una posizione, mi pare preferibile la tesi per cui la legittimazione all'esercizio dei diritti *de quibus* si acquisti *iure proprio* e ciò quanto meno per due ordini di ragioni.

La prima è che i presupposti della disposizione in commento – l'avere un interesse proprio, l'agire a tutela del defunto e/o l'esistenza di ragioni familiari meritevoli di tutela – sembrano essere stati formulati in maniera volutamente generica, di modo da permettere l'esercizio dei diritti in parola a chiunque ne avesse in qualche modo la necessità, per cui parrebbe quanto meno riduttivo limitare la legittimazione in argomento solo a coloro che abbiano conseguito il *titulus* di erede del defunto, con l'ulteriore problema per cui sarebbe difficilmente spiegabile perché magari i diritti in commento dovrebbero poter essere esercitati dal Comune della Città "X", istituito erede

---

personali, in quanto mancano della caratteristica indispensabile consistente nella loro idoneità a permettere, mediante il loro utilizzo, di identificare una specifica persona.

[27] Trib. Milano, 10 febbraio 2021, cit., 3.

[28] Trib. Roma, 10 febbraio 2022, cit., 2.

[29] Trib. Bologna, 25 novembre 2021, cit., 5: «Con riferimento al caso di specie, si rileva che qui è la sola madre, qualificatasi altresì erede (ma forse non unica), in base al doc. 3, del figlio, ad agire in giudizio; ciononostante, si ritiene, alla luce delle allegazioni contenute nel ricorso e nella memoria integrativa, e non contestate, che la stessa, agendo *iure proprio*, sia titolare di un interesse proprio ad esercitare i diritti già spettanti al figlio, o che comunque agisca per ragioni familiari meritevoli di protezione, circostanze tutte che inducono a ritenere sussistente il *fumus boni iuris*».

testamentario, e non invece dal coniuge superstite o il figlio del defunto, pretermesso nel testamento e che non ha potuto ottenere in altro modo il titolo di erede per avere già avuto soddisfatta la propria legittima con donazioni ricevute dal *de cuius* mentre era in vita e, conseguentemente, non aver potuto esercitare l'azione di riduzione, nonostante sia evidente che la presenza di un interesse proprio o di ragioni familiari meritevoli di tutela siano più facilmente immaginabili in riferimento ad uno di questi ultimi due soggetti rispetto al Comune della Città "X".

La seconda ragione, forse più tecnica, è quella per cui un'interpretazione di questo tipo parrebbe maggiormente adeguata ad un sistema, come il nostro, in cui è stato lo stesso *conditor legis*, stante l'intrasmissibilità *mortis causa* dei diritti della personalità, a ritenere opportuno affidare la legittimazione alla loro tutela *post mortem* del titolare ai suoi più stretti congiunti, che ottengono un simile potere *iure proprio* e non *iure hereditatis*[30].

Tutto ciò, ovviamente, è indipendente dalla tesi che si ritenga di sposare con riguardo alla trasmissibilità *mortis causa* del rapporto contrattuale utente-piattaforma, la quale, come detto, non è regolata dal nuovo art. 2-*terdecies* cit. ma che, ciononostante, non pare poter rappresentare un ostacolo all'esercizio dei diritti richiamati dalla disposizione *de qua*.

5. *L'accesso al contenuto delle "pagine personali"* post mortem *del titolare*

Discorso a parte, come visto, merita la *quaestio* relativa all'accesso – e all'eventuale "recupero" – da parte di terzi al contenuto delle "pagine personali" a disposizione dell'utente dopo la morte di lui.

Ho già puntualizzato che questa specifica problematica giuridica non può in alcun modo dirsi regolata dal nuovo art. 2-*terdecies* d.lgs. 196/2003, il quale, riferendosi *apertis verbis* solo a "dati personali", non può ritenersi utilizzabile per la risoluzione di controversie aventi ad oggetto diritti insistenti su beni digitali. Pertanto, nonostante le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito e già richiamate e commentate *supra*, è mia opinione che la disposizione in parola non possa giocare alcun ruolo nella ricerca di una soluzione al problema in argomento.

Pure in questo caso punto di partenza deve essere la comprensione della natura giuridica di quanto è oggetto della nostra ricerca, nel senso che prima di poterci spingere ad elaborare una soluzione giuridicamente valida per la questione in trattazione è indispensabile appurare quale sia la "divisa" indossata dal contenuto delle "pagine personali" nel mondo del diritto. Anche su questo argomento ho già, seppur brevemente, detto in precedenza; giunti a questo punto è opportuno operare la presente distinzione:

a) il contenuto della "pagina personale privata attiva" è costituito da beni digitali sui quali l'utente può vantare diritti reali o "di privativa[31]" o comunque diritti personali di godimento di varia tipologia ed estensione[32];

b) il contenuto della "pagina personale pubblica", invece, è costituito:

b.1) ora da *res* sui quali l'utente può vantare diritti reali o "di privativa" (ad es., è possibile vantare un diritto d'autore o di proprietà sulle foto o i video personali o sui contenuti che assumono forma scritta);

b.2) ora da *res* di titolarità di altri soggetti, ma che l'utente ha potuto "condividere" sulla propria pagina personale.

---

[30] Un esempio per tutti è quello di cui all'art. 23 l. 633/1941, che, al comma 1, legittima i più stretti congiunti del defunto, indipendentemente dal fatto di essere suoi eredi, a tutelarne il diritto morale d'autore dopo la sua morte.

[31] Per es., un *file* di testo contenente un progetto da brevettare.

[32] Magari il *file* per l'installazione di un *software* che l'utente può usare solo per un certo periodo di tempo e sulla base di un certo diritto acquistato per via contrattuale dal produttore.

Se, quindi, il contenuto delle "pagine personali" dei tipi anzidetti è rappresentato da delle *res* sulle quali l'utente può vantare specifici diritti, per giungere ad una soluzione all'interrogativo su quale sia la sorte di esse alla morte dell'utente stesso, indipendentemente dalla tesi cui si scelga di aderire in merito alla trasmissibilità del rapporto contrattuale utente-piattaforma, è necessario interrogarsi su quale sia la disciplina successoria applicabile ai detti diritti e, nello specifico, se essi sopravvivano alla morte dell'originario titolare e, di conseguenza, entrino a far parte del *relictum* ereditario, cadendo a pieno titolo in successione e venendo da ultimo acquistati dagli eredi/legatari del *de cuius*, o se, e per qualche motivo, cessino di esistere una volta che sia venuto meno il loro titolare originario (si pensi al diritto di usufrutto, che si estingue con la morte dell'usufruttuario[33]) e, pertanto, non siano suscettibili di cadere in successione.

Laddove i diritti che l'utente può vantare su quanto ha inserito all'interno delle sue "pagine personali" dovessero sopravvivere alla sua dipartita, è mia opinione che non vi sia motivo per cui gli stessi non debbano trasferirsi ai suoi eredi (legittimi o testamentari) e/o legatari. E, se tale trasferimento è possibile, è di tutta evidenza che nulla legittimerebbe la società che gestisce la piattaforma a negare a costoro di "recuperare" i beni che sono oggetto dei diritti in parola, in quanto, una volta che ne siano divenuti titolari, sarebbero loro gli unici legittimati ad esercitarli, indipendentemente tanto dalla circostanza che i beni su cui insistono non abbiano una materialità ed esistano soltanto sulla rete quanto da quella che gli eredi/legatari siano subentrati anche nel rapporto contrattuale tra la società e l'utente.

Seppur il contratto tra l'utente e la società gestrice della piattaforma dovesse risolversi alla morte del primo, magari perché caratterizzato dall'*intuitus personae*, infatti, è chiaro che tale evenienza non potrebbe influenzare i diritti, del tutto slegati dal rapporto contrattuale, esistenti su quanto l'utente aveva inserito nelle "pagine personali" a sua disposizione in virtù di detto rapporto.

Per comprendere meglio, si pensi al contratto esistente tra Tizio e la banca "Alfa" per l'utilizzo di una cassetta di sicurezza: se anche il regolamento contrattuale prevedesse che alla morte di Tizio il rapporto si risolva automaticamente, è indubbio che ciò non comporterebbe per i successori di Tizio la perdita dei diritti che lo stesso aveva sul contenuto della cassetta di sicurezza e di cui ora essi sono divenuti titolari per successione *mortis causa*[34] e, di conseguenza, vi sarà un obbligo per la "Alfa" di permettere a costoro di recuperare il contenuto della cassetta stessa.

Alla morte dell'utente, pertanto, la società gestrice della piattaforma, pur ammettendo che il rapporto contrattuale tra lei e l'utente sia intrasmissibile per causa di morte, dovrebbe fare quanto necessario a permettere ai successori della sua controparte contrattuale di recuperare ciò che quest'ultima aveva *lato sensu* inserito nelle varie "pagine personali".

A tanto la detta società sarà tenuta, si badi bene, senza che sia necessario il ricorso dei presupposti di cui all'art. 2-*terdecies* d.lgs. 196/2003 – che, come detto, non è nemmeno applicabile alla fattispecie – e senza che sia legittimata, com'è successo in passato nei casi decisi dalla giurisprudenza richiamata *retro*, a sollevare obiezioni relative alla tutela dei dati personali del defunto, i quali, ormai, sono oggetto di una disciplina speciale.

[33] A meno che, si badi bene, l'usufruttuario deceduto non sia colui che lo aveva acquistato originariamente ma un soggetto diverso, che tale diritto aveva acquistato dal primo usufruttuario, alla cui vita, pertanto, dovrà aversi riguardo ai fini dell'estinzione del diritto.

[34] Laddove il contratto disciplinasse anche la trasmissione dei beni contenuti nella cassetta dopo la morte del contraente, infatti, si sarebbe con tutta evidenza dinanzi ad un patto successorio, vietato dall'art. 458 c.c., che prevede, in questi casi, la sanzione della nullità.

6. *Il caso dei servizi di posta elettronica*

Un discorso separato è opportuno condurre con riferimento alle società che forniscono un servizio di posta elettronica, sia esso il solo servizio fornito (si pensi, per es., al caso di Virgilio o Hotmail) o costituisca un servizio ancillare e collegato al bene/servizio somministrato/fornito all'utente in via principale (per es., il servizio di messaggistica di Facebook). Anche di questo argomento mi sono già occupato approfonditamente[35], per cui, onde evitare eccessivi dilungamenti, mi limito a richiamare i punti più significativi della questione.

Quando si usufruisce di un servizio di posta elettronica, la piattaforma fornisce all'utente un duplice servizio: a) consegna la corrispondenza da lui inviata e ricevuta; b) conserva una copia di tutta la corrispondenza inviata e ricevuta. Nel primo caso siamo certamente dinanzi ad un servizio pienamente coincidente con quello fornito da un operatore postale "analogico" (si pensi a "Poste Italiane S.p.A."), ragione per cui il contratto stipulato con l'utente è da qualificare come appalto di servizi; nel secondo caso il servizio si sostanzia, invece, nella conservazione di tutta la corrispondenza ricevuta ed inviata e nell'estrazione di una copia di quella inviata prima di spedirla al destinatario, anch'esso qualificabile come appalto di servizi.

Se è così, è di tutta evidenza, quindi, che l'utente è titolare del diritto di proprietà sia della corrispondenza ricevuta quanto della copia di quella inviata ed è libero, in ogni momento, di procedere all'eliminazione di tutta o parte della corrispondenza inviata o ricevuta, come potrebbe, *mutatis mutandis*, eliminare la corrispondenza cartacea ricevuta o la copia della corrispondenza cartacea inviata, ove ne abbia conservata una. Né può sostenersi che, per una quanto mai generica e non meglio qualificabile necessità di tutelare la *privacy* del destinatario rispetto al contenuto della corrispondenza lui inviata, sia in qualche modo vietato al mittente di estrarre una copia di quanto abbia scritto e spedito al destinatario. Dopotutto, laddove il titolare ritenga che dal contenuto di quanto in parola possa derivare una lesione a diritti suoi o di terzi, ben potrebbe liberarsene in maniera semplicissima, per cui, laddove, invece, non l'abbia fatto, non mi pare azzardato presumere che lo stesso abbia ritenuto non necessario farlo e, di conseguenza, che forse l'eventuale conoscenza del predetto contenuto non comporti rischi così grandi; in ogni caso, poi, ove a venire a conoscenza del contenuto della corrispondenza ricevuta ed inviata dal *de cuius* siano i suoi eredi, non vedo quale tipo di tutela debba invocarsi per la *privacy* di coloro che con lui se l'erano scambiata nei confronti di soggetti che sono i continuatori di tutte le posizioni giuridiche attive e passive dell'ereditando che non si sono estinte per effetto della di lui morte.

Particolare è anche la natura della "pagina personale" all'interno della quale l'utente può consultare la posta ricevuta e la copia di quella inviata. Una pagina di questo tipo, infatti, presenta alcune peculiarità:

a) contiene delle *res*, i "messaggi digitali", sulle quali, come ho detto, l'utente vanta un diritto reale, nello specifico di proprietà;

b) quanto in essa contenuto non viene inserito dall'utente ma viene conservato direttamente dalla società che offre il servizio, in quanto la corrispondenza ricevuta dall'utente e la copia di quella da lui inviata non fuoriesce mai dallo spazio digitale in cui è stata creata, dal quale viene spedita, nel quale viene ricevuta e in cui viene archiviata.

Si è dunque al cospetto di una "pagina personale" ibrida, che si pone a metà strada tra quella che ho definito "privata passiva" e quella che ho definito "privata attiva", benché si avvicini più al secondo che al primo tipo, in quanto i contenuti in essa presenti non sono dati personali ma *res* in titolarità dell'utente, epperò non è l'utente ad inserire questi contenuti nella pagina personale ma

[35] L. COLLURA, *L'eredità digitale: il problema della successione nell'*account, cit., 82 ss.

la piattaforma, che, in esecuzione del contratto stipulato con l'utente, ne archivia sia la posta ricevuta che la copia di quella che ha inviato.

Ai nostri fini la circostanza di sicuro più rilevante è quella per cui l'utente vanta sulla corrispondenza presente nella "pagina personale" un diritto di proprietà, che, salvo dimostrare il contrario, sopravvive alla morte del suo titolare ed è trasmissibile *mortis causa*. Non può sfuggire, dopotutto, che i "messaggi digitali" sono in tutto e per tutto assimilabili alle lettere cartacee, che il defunto potrebbe scrivere ed inviare, eventualmente conservando una copia di quanto inviato, così come ricevere. In merito alle lettere, valga in particolare evidenziare che la letteratura[36] le fa rientrare nella più ampia categoria delle "carte di famiglia" o "ricordi di famiglia", di cui la dottrina maggioritaria[37] – e, a mio avviso, preferibile – ammette la loro caduta in successione alla morte di colui che ne era il titolare; se, pertanto, alla morte di Tizio cadranno in successione le lettere cartacee da lui ricevute e le eventuali copie di quelle inviate, cosa osta acché concorrano a comporre il *relictum* anche le "lettere digitali" inviate e le copie delle "lettere digitali" ricevute? Si potrebbe, forse, obiettare che osti a ciò la necessità di tutelare la *privacy* di chi ha intrattenuto rapporti col *de cuius* mediante quelle lettere, per cui, come già è successo in casi riferibili ad altri ordinamenti[38], arrivare a sostenere che magari gli *heredes* potranno avere accesso solo ad alcune

[36] *Ex multis*, L. CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, 159 ss.; R. TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, in *Dir. pers. e succ.*, 2016, 159 ss., *passim*.

[37] A. ASCOLI, *Comproprietà, Archivio di famiglia*, cit., 106 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e f. Messineo, XII, t. 1, 2a ed., Milano, 1961, 71; A. FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1977, 209 ss.; r. TUCCILLO, *La successione ereditaria avente ad oggetto le carte, i documenti, i ritratti e i ricordi di famiglia*, cit., spec. 187 ss., il quale ne ammette il trapasso ai successori anche nel caso che quanto in argomento sia oggetto di una disposizione testamentaria, anche a titolo particolare: «Le disposizioni aventi ad oggetto carte, documenti, ritratti e ricordi di famiglia, pur rivestendo interesse morale, possono avere valore patrimoniale, nelle ipotesi in cui risultino suscettibili di valutazione economica. Ne deriva l'applicabilità della disciplina prevista per la successione dei rapporti giuridici patrimoniali. Pertanto, anche la disposizione avente ad oggetto carte di famiglia può avere un contenuto valutabile economicamente e, quindi, essere oggetto di legato. […]. In particolare, in dottrina, con riferimento alle carte familiari, si è ritenuto che se vi è anche un solo soggetto interessato, diverso dal proprietario, alle stesse è attribuita una valutazione economica soggettiva. […]. La teoria prevalente, tuttavia, è propensa ad attribuire efficacia giuridica alle disposizioni testamentarie aventi ad oggetto beni familiari, anche nelle ipotesi in cui la prestazione non sia suscettibile di valutazione economica, privilegiando l'autonomia testamentaria, nei limiti previsti dall'ordinamento giuridico, mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 587, comma 2, c.c.». In senso parzialmente contrario, pur ammettendone *lato sensu* la caduta in successione, nel senso che i beni *de quibus* non formerebbero propriamente oggetto dell'*hereditas* ma sarebbero sottoposti ad una normativa speciale, tale per cui il loro acquisto da parte dei membri della famiglia superstiti avverrebbe *iure proprio* e su di essi si formerebbe una comunione collettiva indissolubile e per quote indisponibili, F. SANTORO-PASSARELLI, *Vocazione legale dell'eredità (lezioni sul diritto civile sul nuovo codice)*, Padova, 1940, 136 ss., e ciò anche in virtù del fatto che l'art. 334 del Progetto preliminare del Codice civile prevedeva che, in assenza di una disposizione testamentaria sul punto, «gli archIvi storici e le raccolte di carte familiari rimangono proprietà comune dei soli coeredi appartenenti alla famiglia», nonostante tale previsione non sia stata inserita all'interno del Codice civile. *Contra*, ritenendo che rispetto ai beni in parola non avvenga il trapasso *mortis causa*, né *iure successionis* né *iure proprio*: L. FERRI, *Successioni in generale. Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità, della capacità di succedere, dell'indegnità, della rappresentazione, dell'accettazione dell'eredità. Art. 456-511*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1966, 30; P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 132; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, I, Napoli, 1977, 576.

[38] Si pensi al caso del *marine* americano morto durante un'operazione militare a Falluja i cui genitori si sono visti rifiutare da Yahoo! la possibilità di accedere alla sua casella di posta elettronica, ottenendo da ultimo, peraltro in via transattiva, l'accesso alle sole *e-mails* ricevute ma non a quelle inviate (sulla vicenda A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., 273, e, più approfonditamente, I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'*account *e condizioni generali di contratto predisposte dagli* internet services providers, in *Contr.*, 2020, 585) o a quello della ragazza di Manchester precipitata in circostanze misteriose dal dodicesimo piano dello stabile in cui viveva, i cui genitori, dopo il rifiuto di Facebook di permettere loro di accedere all'*account* della figlia, sono risultati

lettere e non ad altre (per esempio, a quelle ricevute ma non a quelle inviate, o solo a quelle ricevute e già aperte, ecc.); ma mi pare che una simile soluzione sia tutt'altro che condivisibile e trascuri la circostanza per cui, nonostante il servizio sia prestato completamente in rete e l'invio, la ricezione e la conservazione delle lettere avvenga soltanto in un mondo digitale, qualunque questione deve essere affrontata dal giurista applicando la legge, senza possibilità di giungere a soluzioni diverse per casi analoghi – per quanto tra loro differenti sotto qualche piccolo aspetto –.

Ebbene: se, come appurato, è da ritenersi ammissibile la successione *mortis causa* relativamente alle lettere di cui era titolare il *de cuius*; se nulla vieta al mittente di conservare una copia di ogni lettera che si trovi ad inviare, con la conseguenza ch'essa poi ricadrebbe tra i beni facenti parte del *relictum*; se è financo possibile per gli eredi ritirare la posta indirizzata al *de cuius* che si trovi in giacenza presso un fornitore di servizi postali semplicemente dimostrando la propria qualità di eredi[39]; non v'è da peritarsi ad ammettere che costoro, dopo il decesso del precedente titolare dell'*account* di posta elettronica, possano avere accesso a tutta la corrispondenza inviata e ricevuta ivi conservata limitandosi a fare valere il proprio titolo ereditario e a prescindere dall'ammettere o meno la successione nel rapporto contrattuale per la fruizione del servizio fornito dalla piattaforma[40].

Ecco, allora, che anche rispetto ai servizi di posta elettronica il "problema" della digitalizzazione può essere superato senza particolari difficoltà, purché, come non ho mancato di puntualizzare in apertura, l'approccio alla questione si basi su un approccio logico-deduttivo che conduca all'applicazione della legge positiva e non su principi fin troppo astratti, di origine incerta e forse figli delle difficoltà che la multiforme realtà del mondo virtuale pone a chi tenti di ricondurne tutti gli aspetti a quello del diritto[41]. Pure rispetto alle "lettere digitali", pertanto, la società gestrice della piattaforma, per il solo fatto che la precedente controparte contrattuale è deceduta e nella

---

soccombenti anche dinanzi alla Corte Federale del *Northern District* della California, che ha ritenuto che la richiesta di accedere all'*account* violasse le previsioni dello *Stored Communications Act* (sulla vicenda ancora I. MASPES, *Successione digitale, trasmissione dell'*account *e condizioni generali di contratto predisposte dagli* internet services providers, cit., 585 ss.).

[39] Ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), d.p.r. 655/1982.

[40] Così anche da G. RESTA, *La morte digitale*, cit., 913 ss.

[41] La conclusione cui si è qui giunti, già proposta dalla dottrina tedesca (S. HERZOG, *Der digitale Nachlass — ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, in *NJW*, 2013, 3749), viene criticata da G. RESTA, *La morte digitale*, cit., 912, secondo il quale, nonostante essa sia attualmente quella maggioritaria, «non può risultare del tutto soddisfacente, ove si consideri che la mole delle informazioni personali acquisibili attraverso il controllo della corrispondenza elettronica di un individuo non è per nulla comparabile alla ben limitata invasIvità della posta cartacea. La posta elettronica svolge oggi una funzione per molti aspetti assimilabile quella del telefono, permettendo un rapido e continuo scambio di opinioni tra molteplici interlocutori e dando vita, quindi, a un fitto flusso di informazioni in entrata e in uscita. Tali informazioni possono essere pertinenti alla sfera professionale, ma possono anche toccare gli aspetti più intimi della personalità, rivelando profili dell'identità o della vita relazionale che l'individuo vorrebbe mantenere celati, anche e in taluni casi soprattutto nei confronti dei propri eredi. Inoltre si pone un evidente problema di tutela della confidenzialità dei messaggi di natura personale ricevuti dai terzi, i quali verrebbero necessariamente esposti allo sguardo indagatore dei successibili. […]. Di conseguenza, legittimando un'automatica ostensione agli eredi dei messaggi spediti e ricevuti dal *de cuius*, si rischierebbe di ledere l'interesse al riserbo di terze persone». L'A., tuttavia, pretende, a mio avviso, di differenziare due casi, quello della posta elettronica e quello della corrispondenza cartacea, che in nulla sono diversi se non per il fatto che la prima ha una sua materialità e la seconda no. Così come, anticamente, il marito fedifrago si scambiava con la propria amante lettere cartacee, oggi potrebbe scambiarsi lettere digitali mediante un servizio di posta elettronica; perché, quindi, se, come credo, non possono esservi dubbi circa il fatto che le lettere d'amore testimoni del tradimento del marito verso la moglie aventi forma cartacea che eventualmente fossero state rinvenute dopo la morte del predetto cadano in successione e diventino liberamente consultabili e disponibili dai suoi eredi, dovrebbe invece ritenersi che non siano suscettibili di trapasso per causa di morte quelle contenute in un archivio digitale? La sola mancanza di materialità è inidonea, a mio modo di vedere, ad autorizzare una deroga alle regole dettate dal Codice civile in tema di successione per causa di morte.

titolarità di esse sono subentrati i suoi successori, sarà tenuta a coadiuvarli nel recupero delle stesse, senza la necessità del ricorso di altri presupposti e indipendentemente dall'ammettere o meno la successione nel rapporto contrattuale tra la predetta ed il *de cuius*.

7. *Conclusioni*

Ad esito di tutto quanto sin qui detto ed argomentato, possiamo adesso avviarci alla conclusione.

Abbiamo visto che il fenomeno della digitalizzazione è fonte di non pochi problemi per l'operatore del diritto, che si trova ad avere a che fare con realtà nuove, non specificamente regolamentate dal legislatore e difficili da regolare appositamente in via positiva a causa della frenetica e continua evoluzione che le caratterizza. Ciononostante, un approccio attento a cogliere la più intima natura giuridica delle cose e che applichi propriamente il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. nella parte in cui impedisce che situazioni uguali siano trattate in maniera diversa è idoneo a permettere di individuare, in seno al diritto positivo, la disciplina applicabile alla fattispecie sottoposta all'attenzione del giurista.

Sulla scorta di ciò abbiamo affrontato i problemi successori che il c.d. *account* porta con sé e siamo giunti a delle conclusioni tali che, indipendentemente dalla soluzione che si decida di sposare in merito alla trasmissibilità *mortis causa* del rapporto contrattuale tra utente e società gestrice della piattaforma finalizzata al/alla godimento/fruizione di un certo bene/servizio digitale, non siano pregiudicate le posizioni e gli interessi di quanti, essendo successori dell'utente, si dovessero ritrovare nella titolarità di diritti di cui i giganti della rete potrebbero negare loro l'esercizio sollevando eccezioni infondate in punto di diritto.

Se il legislatore ha ormai regolato espressamente la gestione dei dati personali di colui che non appartiene più al mondo dei vivi, infatti, tale regolamentazione positiva non è applicabile *tamquam* a *res* che non sono dati personali e che, dunque, necessitano dell'individuazione, in seno a quella vigente, della disciplina loro applicabile e tale disciplina non può che essere quella che, in assenza della particolarità rappresentata dall'immaterialità dei beni digitali, si ritiene comunemente disciplinante la corrispondente fattispecie "materiale", non potendo la mancanza di materialità legittimare il giurista ad un'arbitraria deroga alle regole generali, alle quali tutti i consociati sanno di essere sottoposti e delle quali, in tutta onestà, non si comprende pienamente il motivo in virtù del quale una parte della dottrina pretenda di poter giustificare la non applicazione.

MIRIAM PONTILLO*

Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del contribuente: profili costituzionali e tributari**

SOMMARIO: 1. Il diritto alla riservatezza del contribuente al crocevia tra autorità e libertà. – 2. Nuove tecnologie e situazioni di interferenza con il diritto alla riservatezza del contribuente. – 2.1. Raccolta dei dati e *open sources*. – 2.2. Trattamento e conservazione dei dati: la fatturazione elettronica. – 2.3. La diffusione dei dati. – 3. Tecnologie, fisco e *privacy*: la necessità di un nuovo equilibrio tra potere pubblico e interessi privati.

ABSTRACT: ***In the contrast between the taxpayer's right to privacy and fiscal interest, in which the recessive nature of the former compared to the latter has so far been revealed in terms of 'physiological' inevitability, a critical element has recently entered the scene, namely digital technology, the use of which by tax offices seems to determine an excessive - and therefore pathological - compression of the subjective position of the taxpayer.***

Traces of a sometimes excessive sacrifice of private individuals' requests for confidentiality are beginning to be visible at various moments in the performance of public fiscal activities. Among all, however, three would seem to take on a particularly problematic connotation: the collection of taxpayer data, no longer limited to public registers but extended to 'open sources', the conservation, in particular of the information contained in electronic invoices, and dissemination via the web. The contribution aims to focus attention on these.

1. *Il diritto alla riservatezza del contribuente al crocevia tra autorità e libertà*

In tema di tutela della persona, una questione da sempre particolarmente delicata attiene al bilanciamento tra poteri pubblici e posizioni giuridiche soggettive dei privati, e, più nello specifico, all'individuazione del *giusto* grado di invasività dei poteri pubblici rispetto ai diritti fondamentali dell'individuo. Benché gli ultimi anni siano stati lo scenario di un'importante evoluzione dell'ordinamento nella direzione di un rafforzamento delle posizioni di garanzia dei singoli rispetto all'*agere* pubblico, l'interazione con l'azione amministrativa pubblica contempla innumerevoli momenti di recessività degli interessi del privato, in nome del perseguimento di quelli superiori pubblici, ponendo la questione dell'individuazione del limite massimo oltre il quale tale condizione di legittimo squilibrio in favore dell'autorità degeneri piuttosto in abuso o in arbitrio.

Il tema, che si pone come centrale già nel diritto pubblico, assume contorni notoriamente più problematici in materia tributaria, dove taluni diritti dei privati, di fronte all'interesse pubblico alla pronta e sollecita riscossione dei tributi, finiscono inevitabilmente col soccombere[1].

Un esempio eloquente di tale dialettica è dato proprio dal diritto alla riservatezza del contribuente, un diritto che, seppur riconosciuto come valore irrinunciabile della sfera di ciascun individuo[2], a contatto con l'azione dell'Amministrazione è spesso destinato a subire un sacrificio.

---

* Dottoressa di ricerca in Scienze Politiche, Università degli Studi di Catania.

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Sul tema del rapporto tra interesse fiscale e diritti dei contribuenti, E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali*, Giuffrè, Milano 2006; P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Giappichelli, Torino, 2002; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1996.

[2] Tra i diritti della personalità, la riconducibilità del diritto alla riservatezza a un'autonoma categoria di diritto soggettivo costituisce aspetto quanto mai controverso, anche se esso viene ormai unanimemente ammesso nel nostro ordinamento. Su questi temi, si rinvia a G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, 1968, 1243 ss.; S.

Questa dinamica è visibile in maniera più accentuata nella fase di svolgimento di attività istruttoria o di controllo, anche se essa finisce col connotare in generale tutta l'azione dell'amministrazione finanziaria[3]. Dalla disciplina degli accessi locali dove il contribuente svolge la sua attività o presso la sua abitazione, a quella delle indagini bancarie e finanziarie o sulla acquisizione e conservazione dei dati relativi alle spese effettuate, sono infatti diverse le ipotesi che testimoniano come, al fine di far acquisire la consapevolezza di elementi economici giuridicamente rilevanti per l'attuazione dei tributi, la legge riconosce al Fisco poteri pregnanti per la ricerca di tali notizie, quasi a controbilanciare la situazione di inferiorità conoscitiva in cui l'Amministrazione versa rispetto al privato. Con la conseguenza che, nella delicata opera di bilanciamento tra interessi pubblici e diritti dei singoli, il legislatore ammette, pur con tutta una serie di garanzie per il contribuente, un sostanziale sacrificio del diritto di quest'ultimo a non vedere violata la propria sfera di riservatezza[4].

Significative conferme del privilegio che l'ordinamento intende accordare all'interesse fiscale della collettività anziché alla riservatezza del singolo contribuente provengono dalla specifica disciplina tributaria[5] ma anche da norme deputate alla tutela del diritto alla riservatezza stessa. In tal senso, infatti, è il Codice Privacy (il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196) che, a seguito di una modifica del 2019[6], prevede all'articolo 2-*sexies* che tra i trattamenti «necessari per motivi di interesse pubblico rilevante» vi sono le attività di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale, nonché, all'art. 2-*undecies*, la possibilità di limitare i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento (cioè del GDPR) qualora dall'esercizio di tali diritti possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto «agli

---

RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 1984, 721 ss.; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 1997, 583 ss.; ID., *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Dir.*, 4/1991, 521 ss.; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e nei nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, Milano 1990; A. CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto alla)*, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, 1 ss.; A. CERRI, *Riservatezza* (*diritto alla*), III, *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1995, 3 ss.; G.B. FERRI, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 137 ss.; M. ATELLI, *Riservatezza (diritto alla)*, III, *Diritto costituzionale*, *postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XXXI, 2001, 1 ss.

[3] Per approfondimenti sul tema della tutela della riservatezza del contribuente, si vedano ad esempio: P. BORIA, *La* privacy *dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in AA.VV., *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto dei diritti del contribuente: studi in onore del prof. Gianni Marongiu*, a cura di A. Bodrito - A. Contrino - A. Marcheselli (a cura di), Giappichelli, Torino 2012, 257 ss.; ID., *La* privacy *dei contribuenti e la dichiarazione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 3/2006, 183 ss.; G. FRANSONI, *"Indagini finanziarie", diritto alla riservatezza e garanzie "procedimentali"*, in *Corr. trib.*, 44/2009, 3587 ss.; M. BASILAVECCHIA, *La tutela della riservatezza nelle indagini tributarie*, in *Corr. trib.*, 44/2009, 3577 ss.; Id., *Riservatezza e indagini fiscali: dalle norme alla prassi*, in *Corr. trib.*, 1/2010, 49 ss.; ID., "Privacy" *e accertamento sintetico: primi segnali di riequilibrio*, in *Corr. trib.*, 1/2014, 9 ss.;

[4] In tale prospettiva vanno considerati gli artt. 13 e 14 della Costituzione che consentono la limitazione delle libertà personali e di domicilio in considerazione delle esigenze perseguite dalle leggi tributarie. È il caso di osservare che la riservatezza patrimoniale non viene annoverata nella categoria dei diritti fondamentali di libertà. Significativa, a tal riguardo, è la pronuncia della Corte costituzionale (cfr. sentenza 18 febbraio 1992, n. 51) nella quale, con riferimento specifico al dovere del segreto bancario, cui sono tradizionalmente tenute le imprese bancarie in relazione alle operazioni, ai conti e alle posizioni concernenti gli utenti dei servizi da esse erogati, statuisce che ad esso «non corrisponde nei singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità».

[5] In fase istruttoria, la normativa di riferimento è contenuta oggi negli artt. 32 e 33, d.p.r. del 29 settembre 1973, n. 600 in materia di imposte dirette, e negli artt. 51 e 52, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 in materia di IVA. Sui poteri istruttori cfr. S. LA ROSA, *I procedimenti tributari: fasi, efficacia e tutela*, in *Riv. dir. trib.*, 10/2008, 803 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario*, Giappichelli, Torino 2018; A. VIOTTO, *I poteri di indagine dell'Amministrazione finanziaria. Nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione*, Giuffrè, Milano 2002.

[6] La modifica è stata apportata dal comma 681 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2020).

interessi tutelati in materia tributaria e allo svolgimento delle attività di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale».

2. *Nuove tecnologie e situazioni di interferenza con il diritto alla riservatezza del contribuente*

In questa contrapposizione, tra diritto del singolo e interesse fiscale, in cui la natura recessiva del primo di fronte al secondo si rivela per così dire in termini di 'fisiologica' ineluttabilità, è venuto di recente a inserirsi un nuovo elemento di criticità, ossia la tecnologia digitale, in particolare l'Intelligenza artificiale, il cui impiego crescente da parte degli Uffici fiscali sembra determinare un'eccessiva compressione delle posizioni soggettive del contribuente, a partire dalla sua sfera privata. I nuovi strumenti tecnologici, infatti, se da un lato, grazie soprattutto alla velocità e alla precisione mediante cui elaborano le informazioni, contribuiscono a promuovere e a proteggere interessi pubblici rilevanti, in funzione di un efficientamento dell'azione pubblica, dall'altro lato, invece, proprio per le caratteristiche con cui operano (prima fra tutte la necessità di essere 'nutriti' da enormi moli di dati per poter funzionare o funzionare meglio), si prestano a delineare una realtà in cui l'Amministrazione si impone pervasivamente nella dimensione privata dei singoli, violandone la sua privacy. Tale questione, che ha cominciato già a destare qualche perplessità[7], attraversa diversi momenti dello svolgimento di attività pubbliche fiscali; fra tutti, tre sembrerebbero assumere una connotazione particolarmente problematica ed è su questi che si vuole qui concentrare l'attenzione.

2.1 *Raccolta dei dati e open sources*

Un primo esempio di significativa interferenza dell'uso di tecnologie in ambito fiscale con il diritto alla riservatezza riguarda il momento della *raccolta* di dati o di informazioni relative ai

[7] Sulla tematica della protezione dei dati personali in campo fiscale, A. CONTRINO, *Spinte evolutive (sul piano sovranazionale) e involutive (a livello interno) in tema di bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati dei contribuenti ed esigenze di contrasto dell'evasione fiscale*, in Riv. dir. trib. (suppl. online), 3 ottobre 2023; ID., *Banche dati tributarie, scambio di informazioni fra autorità fiscali e "protezione dei dati personali": quali diritti e tutele per i contribuenti?* in Riv. dir. trib. (suppl. online), 29 maggio 2019; ID., *Tecnologie digitali, controlli e accertamenti tributari (per evasione fiscale interna e internazionale) e diritto del contribuente alla privacy*, in *Privacy&*, 3/2019; ID., *Protezione dei dati personali e pervasività delle banche dati fiscali: quale contemperamento?* in AA.VV., *La digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria tra contrasto all'evasione e tutela dei diritti del contribuente, Quaderni tributari*, 3, vol. II, a cura di A. Contrino - E. Marello, 110 ss. (nello stesso volume D. CONTE, *Digitalizzazione,* Data protection *e tecniche di profilazione nell'attività di accertamento tributario: quali diritti per i contribuenti?* 133 ss.; G. CONSOLO, *Sul trattamento dei dati personali nell'ambito delle nuove procedure automatizzate per il contrasto dell'evasione fiscale*, 179 ss.); G. SALANITRO, *Amministrazione finanziaria e Intelligenza Artificiale, tra titolarità della funzione e responsabilità*, in AA.VV., *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità. I. Neuroscienze. II. Intelligenza artificiale. III. Tutela della persona e modelli di responsabilità*, a cura di S. Aleo, Pacini Giuridica, Pisa 2022, 414 ss.; A. MARCHESELLI - S. RONCO, *Dati personali, Regolamento GDPR e indagini dell'amministrazione finanziaria: un modello moderno di tutela dei diritti fondamentali?* in *Riv. dir. trib.*, 3/2022, 118 ss.; L. QUARTA, *L'impiego di sistemi IA da parte di Amministrazioni finanziarie ed agenzie fiscali. Interesse erariale versus privacy, trasparenza, proporzionalità e diritto di difesa*, in Intelligenza artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea, a cura di A.F. Uricchio - G. Riccio - U. Ruffolo, Cacucci, Bari 2020, 199 ss.; G. PALUMBO, *Fisco e Privacy. Il difficile equilibrio tra lotta all'evasione e tutela dei dati personali*, Pacini Giuridica, Pisa 2021; F. FARRI, *Digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria e diritti dei contribuenti*, in *Riv. dir. trib.*, 6/2020, 121, ove, a proposito dell'uso delle tecnologie in ambito fiscale, si osserva che «sotto il profilo assiologico, la lontananza temporale – almeno nell'Europa Occidentale – delle esperienze totalitarie rischia talvolta di far dimenticare che i diritti della persona (tra cui quello all'autonomia della propria sfera privata) sono di regola superiori rispetto all'interesse pubblico e che un "grande fratello" che controlla ogni aspetto della vita del contribuente non è una realtà desiderabile, neppure se esso mira alla realizzazione di una funzione pubblica di primario rilievo e valore qual è quella tributaria».

contribuenti. Come è noto, già da qualche anno l'amministrazione finanziaria ha avviato una fase di sperimentazione di soluzioni tecnologiche innovative, basate sull'analisi dei Big Data, volte a individuare i contribuenti a maggior rischio fiscale.

A tale scopo, gli Uffici utilizzano le più avanzate tecnologie digitali per raccogliere e incrociare i dati relativi ai contribuenti e, una volta ricostruita la loro situazione reddituale, per procedere eventualmente all'adozione di atti di accertamento.

Ebbene, tale accesso, non è più limitato solo ai dati presenti in pubblici registri[8] ma tende ad estendersi, nella prassi, anche alle cosiddette fonti aperte (*open sources*), ossia fonti che sono sì pubbliche ma estranee agli Archivi ufficiali dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza. Tipici esempi di fonti aperte sono i *social network* (come *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*) ma anche siti internet o articoli di stampa, oppure ancora, *Google Earth*, altro sistema da tempo utilizzato dall'Agenzia delle Entrate per effettuare controlli sugli immobili, con l'obiettivo di individuare eventuali strutture abusive. Si tratta di dati (o di informazioni), quelli delle *open sources*, che vengono resi pubblici per scelta – presumibilmente – consapevole di chi ha il diritto di disporne, la cui condivisione è funzionale al perseguimento di scopi di natura essenzialmente sociale.

L'utilizzo di queste informazioni da parte del Fisco per rintracciare situazioni di potenziale evasione o elusione fiscale non è contemplato a livello legislativo[9] ma avviene sulla base di indicazioni contenute in circolari dell'Agenzia delle Entrate[10] e della Guardia di Finanza[11], ponendo certamente il problema dell'assenza di un'adeguata base normativa che individui con precisione i presupposti di accesso, di raccolta e di utilizzo delle informazioni sul cittadino se ritraibili da fonti connotate da finalità lontane da quelle fiscali[12]. Esiste invero una norma che riconosce oggi all'amministrazione finanziaria il potere di acquisire dati dei contribuenti da fonti ad essa estranee, ma non sembra in questo caso applicabile. Di recentissima introduzione, l'articolo 9-*ter*[13] dello Statuto dei diritti del contribuente[14] prevede infatti che l'Amministrazione, nell'esercizio della sua azione amministrativa e al fine di realizzare la corretta attuazione del prelievo tributario, possa acquisire dati e informazioni riguardanti i contribuenti, anche attraverso l'interoperabilità, ma con la precisa indicazione che essi siano contenuti in banche dati di altri *soggetti pubblici*, e solo quelli, lasciando dunque fuori l'ipotesi in cui il prelievo venga effettuato da banche dati o da soggetti qualsiasi[15].

---

[8] Come i registri immobiliari, ad esempio, o quello dei dati dell'anagrafe tributaria o dei dati dell'anagrafe dei rapporti finanziari.

[9] Ad agevolare l'immediatezza di utilizzo di questi dati mirano però alcune disposizioni introdotte nella Legge di bilancio del 2020 (legge 27 dicembre 2019, n. 160, art. 1, commi da 681 a 686), con le quali si sono venuti a creare i presupposti, a livello legislativo, per ampliare le possibilità di accesso e di utilizzo, mediante queste tecnologie, di informazioni già a disposizione delle articolazioni dell'apparato fiscale.

[10] Si veda la Circolare 16/E del 28 aprile 2016 dell'Agenzia delle Entrate, dove viene raccomandato agli Uffici di effettuare controlli il più possibile mirati attraverso un uso appropriato delle notizie «che pervengono da altre fonti, ivi incluse fonti aperte». Nella stessa direzione si muove anche il Piano della Performance 2020-2022.

[11] Il riferimento va alla Circolare 1/2018 del 4 dicembre 2017 della Guardia di Finanza dove sono contenute indicazioni analoghe a quelle fornite dall'Agenzia delle Entrate.

[12] L'Italia non è l'unico ordinamento in cui il Fisco si avvale dei dati provenienti da fonti aperte. In Francia, ad esempio, con la Legge di bilancio del 2020 è stata ammessa, in via sperimentale e per la durata di tre anni, la possibilità di attingere dati – tramite strumenti intelligenti – dalle *open sources* al fine di incrociare le informazioni reperibili ed indirizzare l'Amministrazione nei controlli sulla effettività della residenza fiscale dichiarata dai contribuenti. Tale possibilità di utilizzo di fonti aperte è ammessa anche in Spagna, in particolare dei dati reperiti sui *social network*.

[13] Tale articolo è stato introdotto con il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 219.

[14] Legge 27 luglio 2000, n. 212.

[15] Aggiunge l'art. 9-*ter*, comma 1, dello Statuto che tale acquisizione di dati e di informazioni deve avvenire «fermo il rispetto di ogni limitazione stabilita dalla legge». Si tratta degli adempimenti previsti GDPR: valutazione di impatto privacy, informative ai contribuenti, protocolli di sicurezza per tracciare eventuali accessi abusIvi alle banche dati

La questione, inoltre, relativa alle *open sources*, sembrerebbe assumere contorni ancor più critici laddove si consideri pure che tali dati (o informazioni) possono essere raccolti e incrociati tramite algoritmi di Intelligenza artificiale, anche di *machine learning*, come fa Ve.R.A., (dove Ve.R.A. sta per Verifica dei Rapporti Finanziari), lo strumento di *data analysis* recentemente introdotto al fine di contribuire alle analisi del rischio di evasione[16]. L'uso di tali avanzate tecniche, notoriamente deputate a gestire e a funzionare in presenza di enormi quantitativi di dati, è suscettibile di determinare, da un lato, un controllo pervasivo, con algoritmi capace di insinuarsi e di incrociare l'enorme massa di dati presente nelle fonti aperte e, dall'altro, una elaborazione che potrebbe non corrispondere alla realtà, proprio perché effettuata da un sistema artificiale sulla base di dati estrapolati da contesti che non nascono per accogliere notizie fiscalmente rilevanti[17]. Laddove il risultato dell'elaborazione venga posto a fondamento dell'atto impositivo, non potrebbero sottacersi le difficoltà per il contribuente di dimostrare l'infondatezza della pretesa fiscale, poiché egli può non avere contezza delle informazioni che sono state assunte alla base della decisione e con quale grado di incidenza, oltretutto in presenza degli algoritmi sempre più sofisticati e meno intelligibili di cui l'amministrazione finanziaria ha cominciato ad avvalersi[18].

2.2. *Trattamento e conservazione dei dati: la fatturazione elettronica*

Un secondo esempio di come l'uso della tecnologia incida sulla riservatezza del contribuente riguarda, invece, il *trattamento* dei dati dei consumatori presenti nelle fatture elettroniche. In questo caso, le potenziali interferenze non riguardano il momento in cui gli Uffici svolgono l'attività di ricerca di notizie del contribuente ma quello diverso in cui l'Amministrazione conserva, seleziona e utilizza dati che le pervengono in virtù dell'adempimento di obblighi tributari effettuati mediante l'uso – talvolta esclusivo – di tecnologie.

---

interconnesse (A.C. MESSINA, *Tela di ragno contro l'evasione. Il fisco pescherà dalle banche dati dei soggetti pubblici*, in *ItaliaOggi*, 6 gennaio 2024.

[16] Come spiegato nella Circolare 21/E del 20 giugno 2022, l'Agenzia delle Entrate usa il nuovo algoritmo per identificare anomalie da parte dei contribuenti (come anomalie tra redditi, conti correnti, numero di case, movimenti effettuati con moneta elettronica e acquisti digitali, numero di accessi alle cassette di sicurezza), utilizzando in maniera integrata i dati presenti nella già nota Anagrafe tributaria e le informazioni comunicate dagli operatori finanziari all'Archivio dei rapporti finanziari (informazioni, queste ultime, ampliate ulteriormente con Provvedimento direttoriale dell'Agenzia delle Entrate n. 176227/2022 del 23 maggio 2022, con il quale sono state ad esempio inserite le criptovalute). Questa elaborazione viene effettuata tramite i classici metodi deterministici ma anche per mezzo di quelli «basati sulle moderne tecniche supervisionate di *machine learning* e sulle altre soluzioni supervisionate di intelligenza artificiale» (MEF, Relazione per orientare le azioni del governo volte a ridurre l'evasione fiscale derivante da omessa fatturazione – Attuazione misure del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – del 20 dicembre 2021, 21). Sulle analisi basate sui dati dell'Archivio dei rapporti finanziari, si veda pure l'Informativa sulla logica sottostante i modelli di analisi del rischio basati sui dati dell'archivio dei rapporti finanziari, pubblicata dell'Agenzia delle Entrate il 19 maggio 2023.

[17] Pertanto, se un soggetto pubblica foto sui social network che lo ritraggono all'ingresso di ristoranti di lusso, l'informazione ritraibile (che abbia un reddito superiore se ne dichiara uno incompatibile con lo stile di vita di chi frequenta quei locali) potrebbe non essere corrispondente al vero (in quei ristornati non vi è mai entrato, ad esempio): la decisione di utilizzare questa informazione come elemento indiziario nella ricostruzione della sua effettiva situazione patrimoniale sarebbe del tutto arbitraria e ingiustificata. Sul punto, L. QUARTA, *L'impiego di sistemi IA da parte di Amministrazioni finanziarie ed agenzie fiscali. Interesse erariale versus privacy, trasparenza, proporzionalità e diritto di difesa*, cit., 209 ss.

[18] Sul punto si veda C. FRANCIOSO, *Intelligenza artificiale nell'istruttoria tributaria e nuove esigenze di tutela*, in *Rass. trib.*, 1/2023, 47 ss., ove pure si sottolinea la necessità di porre maggiore attenzione al tema dei rischi legati alle diverse tecniche di Intelligenza artificiale già in uso presso l'amministrazione finanziaria. Sulle diverse tipologie di algoritmi, cfr. G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale,* machine learning *e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica* data governance, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?* a cura di A. Pajno - F. Donati - A. Perrucci, II, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Il Mulino, Bologna 2022, 79 ss.

La fatturazione elettronica rientra in questi casi: in virtù dell'obbligo generalizzato di emissione e di accettazione della fattura elettronica, posto al fine di ridurre il livello di *tax gap* IVA, viene trasmessa all'amministrazione finanziaria un'enorme mole di dati, anche molto dettagliati, relativi al contribuente, la cui memorizzazione e/o utilizzazione senza distinzione alcuna può determinare anche in tali casi un'ingerenza nella sfera privata del contribuente, compreso il rischio di una profilazione, sulla base dei suoi gusti, delle sue scelte o delle sue abitudini.

A tal proposito, il Garante per la protezione dei dati personali (da qui anche Garante della privacy) è più volte intervenuto, manifestando perplessità in ordine a un trattamento – quello appunto dei dati personali contenuti nei *file* delle fatture elettroniche – che non opera distinzioni tra tipologie di informazioni o tra categorie di interessati e che comporta una raccolta di dati eccedenti quelli necessari ai fini fiscali[19].

Significativo è il Provvedimento del 15 dicembre del 2018, in cui tale Autorità osserva che la memorizzazione integrale delle fatture da parte dell'Agenzia delle Entrate, fuori dai casi in cui sia lo stesso contribuente a richiederlo, è da ritenersi 'sproporzionata'; in un altro Provvedimento del 2022[20], sempre il Garante, richiamando un proprio precedente parere del dicembre 2021 sullo schema di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate recante le regole tecniche in materia di fatturazione elettronica[21], ribadisce, da un lato, la necessità di avviare i controlli fiscali nei confronti del consumatore fondati su informazioni presenti nei file XML delle fatture elettroniche solo in seguito a puntuali verifiche fiscali, dall'altro, l'impossibilità di utilizzare, al di fuori di tale ipotesi, i dati contenuti nei file XML delle fatture elettroniche nei confronti dei consumatori finali[22]. Quel che emerge da questi interventi del Garante della privacy è un costante richiamo a che il trattamento e la memorizzazione dei dati avvenga con ragionevolezza, implicitamente confermando la tendenza dell'Amministrazione ad utilizzare gli strumenti tecnologici in maniera 'sproporzionata', ossia con un sacrificio dei diritti dei contribuenti eccessivo rispetto al fine di contrastare l'evasione[23].

---

[19] Uno dei campi in cui il Garante della privacy ha riscontrato maggiori criticità in ordine alla compatibilità con la normativa in materia di protezione dei dati personali è quello della fatturazione delle prestazioni sanitarie, poiché essa comporta il trattamento di dati sulla salute di regola non direttamente rilevanti a fini fiscali, ma connesse alle descrizioni delle cessioni di beni e prestazioni di servizi oggetto di fatturazione.

[20] Provvedimento del 30 luglio 2022, n. 276. Quest'intervento ha riguardato, nello specifico, il D.M. 28 giugno 2022 del Ministero dell'Economia e delle finanze, attuativo delle nuove analisi di rischio basate sull'interconnessione fra le banche dati dell'Anagrafe tributaria di cui all'art. 1, comma 682, legge 160/2019 (Legge di Bilancio 2020). Il comma in questione riguarda l'utilizzo, da parte dell'Agenzia delle Entrate, di tecnologie, elaborazioni e interconnessioni con le banche dati di cui dispone, allo scopo di individuare criteri di rischio utili per far emergere posizioni da sottoporre a controllo e incentivare l'adempimento spontaneo, anche previa pseudonimizzazione dei dati personali.

[21] Si tratta del Parere del Garante della privacy sullo schema di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate relativo alle nuove regole tecniche per la memorizzazione delle fatture elettroniche, da utilizzare per l'analisi del rischio e controllo a fini fiscali e per le funzioni di polizia economica e finanziaria, n. 454, reso il 22 dicembre 2021.

[22] Aggiunge il Garante, nel Provvedimento di luglio 2022, che occorre inoltre tenere presente che «non essendovi l'obbligo per il cedente/prestatore di identificare il cessionario/committente, salvo in alcuni casi circoscritti (ad esempio per obblighi antiriciclaggio), la riferibilità a un consumatore dei dati personali presenti nelle fatture, a fini diversi da quelli per i quali sono raccolti (quali, in particolare, l'attuazione delle disciplina dell'IVA), potrebbe portare a trattamenti non corretti, con errata rappresentazione della sua capacità contributiva, e in relazione ai quali potrebbe risultare impossibile (o, quantomeno, difficile) per l'interessato comprovare, a posteriori e a distanza di tempo, l'inesattezza».

[23] Sulla necessità del rispetto del principio di proporzionalità nel trattamento dei dati alla luce nel conseguimento dell'obiettivo del contrasto dell'evasione fiscale, A. CONTRINO, *Spinte evolutive (sul piano sovranazionale) e involutive (a livello interno) in tema di bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati dei contribuenti ed esigenze di contrasto dell'evasione fiscale*, cit., 3; F. FARRI, *Digitalizzazione dell'amministrazione finanziaria e diritti dei contribuenti*, cit., 123 ss.

2.3. *La diffusione dei dati*

Il terzo e ultimo esempio riguarda invece le interferenze con il diritto alla riservatezza del contribuente dovute – non alla raccolta o alla conservazione ma – alla *diffusione* di dati da parte del Fisco operata tramite il *web*.

Esiste un precedente in Italia, del 2008, quando l'Agenzia delle Entrate ha pubblicato su internet le dichiarazioni dei redditi dei contribuenti (relative al 2005), senza alcun filtro per la consultazione[24]. Il risultato è stato quello di consentire agli utenti – di ogni parte del mondo – di accedere a innumerevoli dati dei soggetti debitori del Fisco, così come di estrarne copia, di creare liste di profilazione e di immetterli ulteriormente in circolazione. In quell'occasione, il Garante della privacy è intervenuto e, con il Provvedimento del 6 maggio 2008, ne ha contestato l'illegittimità[25].

Un altro caso, ancor più eclatante, ha riguardato invece i contribuenti ungheresi. Nel 2016, in applicazione di una legge del 2003[26], l'Autorità fiscale ungherese ha proceduto a pubblicare una lista dei 'grandi evasori', ossia dei contribuenti con arretrati fiscali superiori ai 10 milioni di fiorini ungheresi, corredata di dati personali come nome, cognome, indirizzo di residenza, codice fiscale e ammontare del debito tributario. La lista, peraltro, veniva ripubblicata da un sito online, il quale realizzava una sorta di 'mappa nazionale degli inadempienti', interattiva, in cui gli evasori venivano individuati geograficamente insieme ai loro dati personali. A seguito di ricorso presentato alla Corte EDU da un cittadino di Budapest ricompreso in tale lista, i Giudici di Strasburgo, nel 2021[27], hanno sancito che tale forma di pubblicazione da parte dell'amministrazione finanziaria, rientrando nel margine di discrezionalità di cui ogni singolo Stato gode nelle scelte di politica anche fiscale, non viola l'art. 8 della CEDU in materia di protezione della riservatezza[28]. Questa conclusione, di sostanziale annientamento del diritto alla protezione dei dati personali in materia tributaria al cospetto all'interesse erariale al contrasto dell'evasione fiscale, è stata però

[24] In Italia, la pubblicazione di elenchi nominatIvi fu invero disposta per la prima volta, naturalmente su supporti cartacei, con il regio decreto 18 agosto 1871, n. 411, controfirmato dall'allora ministro delle Finanze, Quintino Sella. In un suo discorso alla Camera dei deputati del 27 maggio 1871, si ritrova, probabilmente, la prima idea di tale scelta (S. MANESTRA, *Elenchi dei contribuenti: il debutto oltre 140 anni fa*, in *FiscoOggi, Rivista Telematica dell'Agenzia delle Entrate*, 27 dicembre 2011).

[25] Il Provvedimento del Garante è stato confermato dalla Corte di cassazione con ordinanza n. 15075 del 18 giugno 2008 («con una siffatta pubblicazione on line, quegli elenchi hanno avuto – per le caratteristiche proprie della rete – una diffusione certamente ben superiore rispetto ai limiti territoriali (ciascun comune interessato) e temporali (un anno) imposti dall'appena riportata normativa, così violandosi non solo i principi e le regole che presiedono al trattamento dei dati personali ma anche le specifiche norme che, nel caso di specie, miravano a scongiurare una consultazione indiscriminata dei suddetti dati, rendendoli fruibili per tempi più lunghi oltre che per finalità (anche) ben diverse da quelle avute di mira dal legislatore». Per un approfondimento, G. CITARELLA, D. STEVANATO, M. VANTAGGIO, R. LUPI, *Divulgazioni delle dichiarazioni fiscali tra basi normative,* privacy *e trasparenza fiscale*, in *Dial. trib.*, 4/2008, 5 ss. Più recentemente, C. FRANCIOSO, *Pubblicazione di dati fiscali e diritto al rispetto della vita privata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1/2023, 82 ss., in cui pure si esclude di poter dare rilievo a concezioni moralistiche (c.d. *public shame* correlato alla pubblicazione della dichiarazione) nella dinamica impositiva.

[26] L'articolo 55, comma 3, della legge n. XCII del 2003 sull'amministrazione fiscale ungherese prevedeva che l'autorità fiscale dovesse pubblicare sul proprio sito web i dati personali di coloro i cui arretrati fiscali superavano i 10 milioni di fiorini ungheresi su un apposito elenco dei 'contribuenti inadempienti'. Questa legislazione è stata modificata nel 2006 per includere anche coloro che avevano debiti tributari nel regime di pubblicazione.

[27] CASE OF L.B. V. HUNGARY (Application no. 36345/16). Significative, al par. 52, le affermazioni della Corte EDU secondo cui «The Court does not find it unreasonable that the State considers it necessary to protect its general economic interest in collecting public revenue by means of public scrutiny aimed at deterring persons from defaulting on their tax obligations».

[28] Per un commento, A. TOMO, *Liste evasori e CEDU: riflessioni in merito alla (dubbia) proporzionalità delle misure di* public shame, in *Riv. dir. trib. (suppl. on line)*, 17 settembre 2021; A. CONTRINO, *Spinte evolutive (sul piano sovranazionale) e involutive (a livello interno) in tema di bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati dei contribuenti ed esigenze di contrasto dell'evasione fiscale*, cit.

successivamente rovesciata dalla Grand Chamber EDU, a cui il caso era stato deferito a seguito dell'accoglimento della richiesta del ricorrente. Con una pronuncia del 2023[29], la Grande Camera ha invece riconosciuto nel caso di specie proprio una violazione dell'art. 8 della CEDU in materia di protezione della riservatezza. Particolarmente significativa, anche per le implicazioni che la stessa pronuncia potrebbe avere in tema di tutela della riservatezza del contribuente in ipotesi diversi dalla diffusione dei suoi dati, è l'argomentazione secondo cui il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia anche tributaria non è illimitato, ma subordinato al rispetto di alcuni requisiti idonei ad assicurare un bilanciamento tra interessi erariali e tutela dei diritti fondamentali del contribuente.

In tema di trasmissione all'esterno dei dati, il legislatore italiano è recentemente intervenuto prevedendo il divieto in capo all'amministrazione finanziaria – al comma 2 dell'art. 9-*ter* dello Statuto dei diritti del contribuente, poc'anzi citato – di divulgare i dati e le informazioni che essa raccoglie dalle banche dati dei soggetti pubblici, salvi gli obblighi di trasparenza previsti per legge, ove da essa non specificamente derogati. Come emerso già dai primi commenti[30], la norma sembrerebbe porre problemi di coordinamento con il Codice Privacy nella misura in cui la prima riferisce il divieto alla 'divulgazione' dei dati mentre nel secondo, per definire l'atto del dare conoscenza di dati a soggetti indeterminati, viene utilizzato il termine 'diffusione' (art. 2-*ter*). Fermo restando come il divieto riguarderebbe l'ipotesi specifica di cui al comma 1 dell'art. 9-*ter* (dati raccolti da banche dati di soggetti pubblici), occorre capire se 'diffusione' e 'divulgazione' siano da considerare come sinonimi oppure se, ravvisata una qualche differenza dal punto di vista terminologico, all'Amministrazione sarebbe vietata solo la divulgazione e non anche la diffusione. La questione, invero, sembrerebbe potersi risolvere propendendo per la prima soluzione. Attingendo al linguaggio comune[31], in assenza di una chiara distinzione tra i due termini in quello giuridico, sembra piuttosto chiaro che l'atto del rendere qualcosa noto a tutti possa essere definito tanto come 'diffusione' quanto come 'divulgazione', il che ci conduce a ritenere, in ossequio pure alla *ratio legis*, che il divieto per l'amministrazione finanziaria ricopra tanto la divulgazione quanto la diffusione dei dati acquisiti da terzi soggetti pubblici.

3. *Tecnologie, fisco e privacy: la necessità di un nuovo equilibrio tra potere pubblico e interessi privati*

Nella ricerca, già difficile, di un equilibrio tra esigenze pubbliche di controllo e di contrasto all'evasione, da una parte, e di tutela della riservatezza dei contribuenti, dall'altra, le tecnologie sembrerebbero rappresentare un ulteriore elemento di complicazione. Se il loro impiego risulta funzionale all'efficientamento dell'azione pubblica nel perseguimento dell'interesse fiscale alla percezione dei tributi, in un'epoca in cui i dati hanno assunto un ruolo cardine, balza altresì in evidenza la facilità con cui la tecnologia da strumento di ricerca di notizie dei contribuenti si possa subito trasformare – o, meglio, degenerare – in strumento di controllo della sfera privata dei singoli

[29] Sentenza della Corte EDU, Grand Chamber, 9 marzo 2023, sul caso L.B. contro Ungheria (n. 36345/2016), in cui si legge che «the discretion enjoyed by States in this area is not unlimited. In this context, the Court must be satisfied that the competent domestic authorities, be it at a legislative, executive, or judicial level, performed a proper balancing exercise between the competing interests», su cui A. MARINELLO, "Name and shame" *e diritto al rispetto della vita privata: la Grand Chamber della Corte EDU censura la gogna mediatica per gli evasori fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2023, 119 ss.; A. CONTRINO, *Spinte evolutive (sul piano sovranazionale) e involutive (a livello interno) in tema di bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati dei contribuenti ed esigenze di contrasto dell'evasione fiscale*, cit.

[30] A.C. MESSINA, *Tela di ragno contro l'evasione. Il fisco pescherà dalle banche dati dei soggetti pubblici*, cit.

[31] Il Vocabolario Treccani, alla voce *Divulgare* prevede: Rendere noto a tutti o a molti, diffondere (mentre alla voce *Diffondere*: Spargere intorno per largo spazio, divulgare, propagare.

(prima ancora che contribuenti). Tale deviazione nell'uso dello strumento tecnologico sembrerebbe ravvisarsi nel caso delle *open sources*, dove a una incontrollata e sproporzionata raccolta massiva di dati si accompagna una ingiustificata compressione della riservatezza del contribuente.

Sebbene alcune indicazioni si possano ritrarre dalle disposizioni contenute nella legge di bilancio del 2020, ove è esplicitata la possibilità per l'Agenzia delle Entrate «previa pseudonimizzazione dei dati personali» di avvalersi «delle tecnologie, delle elaborazioni e delle interconnessioni con le altre banche dati di cui dispone, allo scopo di individuare criteri di rischio utili per far emergere posizioni da sottoporre a controllo e incentivare l'adempimento spontaneo», è però evidente come il meccanismo che risulta da queste disposizioni insieme a quelle del Codice Privacy (che annovera tra i trattamenti «necessari per motivi di interesse pubblico rilevante» le attività di prevenzione e contrasto all'evasione fiscale) amplia di molto la possibilità di raccolta, di trattamento e di conservazione dei dati riguardanti l'individuo, a prescindere dal suo consenso[32], e anche quando si tratta di dati che per loro connaturata funzione giuridica non sono destinati ad essere di pubblico dominio. Si avverte dunque la necessità di definizione di un quadro normativo che identifichi puntualmente la natura dei dati oggetto di reperimento, delle fonti da cui possono essere estrapolati e i limiti del loro utilizzo, al fine di evitare complicazioni della tutela del contribuente a fronte di provvedimenti autoritativi emanati sulla base di informazioni fiscalmente irrilevanti e/o non corrispondenti al vero[33].

---

[32] Sancisce l'art. 18, comma 4, del d.lgs. 196/2003 che «salvo quanto previsto nella Parte II per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, i soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato». Si legge altresì nella Circolare 1/2018 del Comando Generale della Guardia di Finanza che «al ricorrere delle condizioni previste dalle norme fiscali per l'esercizio di tale specifica facoltà ispettiva, non potrà essere invocata la legge sulla privacy per sottrarsi al relativo dovere di fornire risposta; infatti, se la regola generale è che i privati possono procedere al trattamento di dati personali solo con il consenso espresso dell'interessato, tale consenso non è necessario quando si tratti di adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria e, quindi, per osservare gli obblighi di riscontro sanciti dalle leggi tributarie, la cui violazione è peraltro sanzionata in via amministrativa».

[33] Fermo restando il problema della contrazione degli spazi di riservatezza dei privati a fronte dell'attività dell'Amministrazione, la cui pervasività risulta nella prassi accentuata dal ricorso agli strumenti tecnologici, occorrerebbe altresì verificare quali siano o quali possano essere le conseguenze a cui essa va incontro in caso di violazione di tale diritto del contribuente. Se la violazione inerisce allo svolgimento di attività istruttoria – com'è probabile che avvenga, considerato che è in questa fase che il Fisco ricerca quanti più dati possibili relativi al contribuente, col rischio dunque di violare la sua privacy – l'interrogativo sulle possibilità di tutela del privato sembrerebbe evocare le complesse questioni che da sempre si agitano intorno: al momento della tutela (se 'immediata' in questa fase o 'differita' con l'impugnazione del provvedimento impositivo) e alle conseguenze sull'atto impositivo (in termini di invalidità derivata o di inutilizzabilità del materiale probatorio) per i vizi attinenti alla fase istruttoria. Pur non potendosi soffermare compiutamente su questi temi, è qui sufficiente dire che, volendosi privilegiare quella ricostruzione secondo cui va riconosciuta tendenziale autonomia funzionale, e quindi procedimentale, dell'attività conoscitiva e di controllo dell'Amministrazione rispetto alla successiva eventuale attività di accertamento (sul punto, S. LA ROSA, *Caratteri e funzioni dell'accertamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, I, 729 ss.; ID., *I procedimenti tributari: fasi, efficacia e tutela*, in *Riv. dir. trib.*, 10, 2008, 803 ss.; F. GALLO, *Discrezionalità nell'accertamento tributario e sindacabilità delle scelte dell'ufficio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1992, 655 ss.; R. SCHIAVOLIN, *Poteri istruttori dell'amministrazione tributaria*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 193 ss.; G. VANZ, *I poteri conosci*tivi *e di controllo dell'amministrazione finanziaria*, Cedam, Padova 2012; C. BUCCICO, *Tutela immediata contro atti istruttori illegittimi*, in *Riv. dir. impr.*, 1/2018, ss.), in virtù anche delle sollecitazioni che promanano dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali, al contribuente andrebbe riconosciuta la possibilità di una tutela immediata delle situazioni giuridiche soggettive lese (in questo caso il suo diritto alla riservatezza), mentre, relativamente all'atto di accertamento eventualmente successivo, la valutazione degli effetti del vizio dell'attività istruttoria andrebbe fatta in termini di infondatezza (se basato sul materiale probatorio illegittimamente acquisito). Una conferma in tal senso, peraltro, è recentemente pervenuta dal d.lgs. 219/2023 che ha introdotto nello Statuto dei diritti del contribuente un articolo – il 7-*quinquies* (vizi dell'attività istruttoria) – ove è sancita l'inutilizzabilità ai fini dell'accertamento amministrativo o giudiziale del tributo degli elementi di prova acquisiti oltre i termini previsti dallo Statuto per

Sul lato della conservazione e del trattamento, non pare possa essere in dubbio che anche in questo caso la mancanza di un quadro di principi di riferimento dell'amministrazione finanziaria 'digitalizzata' determini il rischio di una sistematica compressione dei diritti dei contribuenti, nella misura in cui i dati tendono ad essere conservati e utilizzati senza distinzione alcuna e nel rispetto soltanto delle esigenze di contrasto dell'evasione fiscale. Nonostante il ruolo di primo piano nella promozione di condizioni di tutela dei contribuenti rivestito dal Garante della privacy, con i suoi plurimi richiami alla 'proporzionalità' del trattamento, l'incedere casistico impedisce di fissare limiti all'azione dell'Amministrazione, con la conseguenza, anche in questo caso, che il trattamento dei dati personali da parte dell'amministrazione finanziaria tende a essere giustificabile in nome del perseguimento di finalità di interesse pubblico (*ex* art. art. 2-sexies, D.Lgs. 196/2003).

Quanto alla diffusione, incisive – come si è visto – risultano essere le indicazioni fornite recentemente dalla giurisprudenza sovranazionale. La pronuncia della Grand Chamber appare particolarmente significativa nella parte in cui statuisce che le norme nazionali relative all'utilizzo di dati dei contribuenti debbono essere vagliate alla luce di un sindacato di proporzionalità, attento a contemperare gli interessi contrapposti. Questo richiamo alla proporzionalità, da accogliere certamente con favore, contribuisce a fornire utili indicazioni in merito ai limiti cui è sottoposta l'Amministrazione nel suo rapporto con i privati, ma è nell'esistenza di un ampio margine di apprezzamento in materia da parte degli Stati che, ancora una volta, potrebbe celarsi la giustificazione di un sacrificio del diritto dei singoli.

In definitiva, il diritto alla riservatezza del contribuente, la cui fondamentalità è indiscussa, rischia di essere messo profondamente in discussione. Dal quadro che si va progressivamente delineando, più che il ridimensionamento di un'istanza privata rispetto ad un'altra pubblica, sembrerebbe emergere un eccessivo – e dunque patologico – sbilanciamento degli interessi coinvolti a scapito del diritto alla riservatezza del contribuente, di fronte al quale, in uno Stato che non voglia dimenticare la centralità della persona umana, soprattutto in un contesto in cui le tecnologie tendono a invadere spazi e prerogative umane, un aggiornamento della normativa è auspicabile che sia quanto prima compiuto.

.

---

l'esecuzione di verifiche da parte dell'amministrazione finanziaria (di cui all'articolo 12, comma 5 della medesima legge n. 212 del 2000), o in violazione di libertà costituzionalmente riconosciute. Inoltre, nel caso in cui al contribuente derivi un pregiudizio, non è da escludersi la possibilità di tutela risarcitoria, in virtù del pacifico riconoscimento, in capo all'amministrazione in generale e anche a quella finanziaria, della responsabilità civile per fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. (sul tema della responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione finanziaria, cfr. *ex multis* E. MANZON, A. MONDOLO, *La tutela giudiziale del contribuente avverso le illegalità istruttorie ed i comportamenti illeciti dell'amministrazione finanziaria nell'attività impositiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 243 ss.; C. GIOÈ, *Profili di responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria*, Cedam, Padova 2007; P. Rossi (a cura di), *La responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria. Questioni teoriche e pratiche*, collana *Quaderni della Rivista di Diritto Tributario*, n. 5, Giuffrè, Milano 2009; P. MARONGIU, *La responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria*, Cacucci Editore, Bari 2018).

FRANCESCO SALVATORE GUARINO*

La tutela del contribuente italiano nel procedimento tributario: la duplicità di regime del contraddittorio preventivo alla luce dei principi di uguaglianza e di non discriminazione**

SOMMARIO: 1. La posizione del contribuente italiano nel rapporto tra diritto interno ed europeo: anticipazione delle riserve sulla duplicità di regime del contraddittorio preventivo e gli aspetti che verranno trattati nella presente relazione. – 2. L'art. 41, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *right to be heard*: i limiti applicativi e la c.d. prova di resistenza. – 3. L'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000 e l'approccio c.d. formalistico della Corte di cassazione quali termini di confronto con il contraddittorio preventivo di matrice europea. – 4. Riserve sulla duplicità di regime del contraddittorio preventivo alla luce dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. – 5. Brevi considerazioni in ordine alla prossima riforma fiscale.

ABSTRACT: ***Despite the gradual evolution of the domestic tax system towards compliance, the position of the Italian taxpayer in the relationship among legal systems is compromised by the duplicity of the right to be heard regime arising from CJEU's decisions. Also in the proceedings, the adversarial principle is a corollary of the equality principle and the prohibition of discrimination, so this European-derived right cannot result in discrimination based on the harmonized or merely national nature of the tax. The last reform did not resolve this procedural protection deficit, however the upcoming one raises new and better hopes.***

1. *La posizione del contribuente italiano nel rapporto tra diritto interno ed europeo: anticipazione delle riserve sulla duplicità di regime del contraddittorio preventivo e gli aspetti che verranno trattati nella presente relazione*

La tutela procedimentale del contribuente italiano, sotto lo specifico profilo del contraddittorio preventivo, rappresenta un tema particolarmente discusso e foriero di riserve; da ultimo, il dibattito è stato riacceso dal disegno di legge delega per la prossima riforma fiscale[1].

Pur nell'ambito di una tendenziale evoluzione dell'ordinamento fiscale domestico verso la compartecipazione del contribuente e del Fisco all'accertamento del tributo, l'implementazione del contraddittorio nel procedimento tributario ha avuto un andamento ondivago, dovuto ai contrasti registratisi in seno alla Corte di cassazione, al sostanziale astensionismo del legislatore – più volte invitato ad intervenire dalla Corte costituzionale, anche in seguito alla modifica del 30

* Dottorando in Scienze Economiche aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] La legge delega, che dovrebbe attuare una profonda revisione dell'ordinamento tributario, prevede la tanto auspicata generalizzazione dell'obbligo per l'Amministrazione finanziaria di provocare il contraddittorio endoprocedimentale con il contribuente; v. P. PIANTAVIGNA, *Contradditorio preventivo. Qualche suggerimento per il legislatore delegato della riforma fiscale,* in *IPSOA Quotidiano*, 10 giugno 2023. Invero, l'ultimo intervento in materia – *i.e.* il d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 28 giugno 2019, n. 58 – aveva fatto registrare presso gli studiosi i medesimi pronostici, senonché le eccezioni contenute nel nuovo art. 5-*ter* del d.lgs. n. 218 del 1997, limitando oltremodo l'applicazione della nuova previsione di contraddittorio preventivo, avevano senz'altro tradito il supposto obiettivo di generalizzazione dell'istituto *de quo* (v. *infra*); parimenti, nonostante nell'anzidetta delega sia dato ravvisare la tendenza del legislatore verso l'omogeneizzazione del contraddittorio endoprocedimentale, è lecito nutrire qualche dubbio sull'effettiva realizzazione di tale propensione.

aprile 2019 – nonché all'impatto delle fonti europee e della giurisprudenza della Corte di giustizia sul c.d. giusto procedimento tributario interno.

Con riferimento a quest'ultimo, devo rappresentare sin da ora come l'inapplicabilità del capo III della l. n. 241 del 1990 al procedimento tributario e l'interpretazione restrittiva dell'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente impediscano attualmente di ravvisare un obbligo generalizzato per l'Amministrazione finanziaria di invitare il contribuente al contraddittorio prima dell'emissione del provvedimento impositivo.

Il *deficit* di tutela è evidenziato dal confronto con le fonti di matrice europea, la cui applicazione rimane tuttavia relegata alle fattispecie fiscali interne connotate da profili di sovranazionalità. L'art. 41, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come interpretato dalla Corte di giustizia, prevede in via generale il c.d. *right to be heard* del contribuente dinnanzi all'azione dell'Amministrazione finanziaria, sebbene tale diritto sia stato da sempre ancorato ad una visione c.d. sostanzialistica dell'istituto *de quo* che ne ha ridotto in concreto la portata applicativa.

L'ultimo intervento del legislatore italiano, per un verso, non ha colmato l'anzidetta lacuna dell'ordinamento interno, per l'altro, ha sostanzialmente lasciato inalterata la posizione del contribuente italiano nel rapporto tra ordinamenti. È opinione diffusa, difatti, che l'introduzione dell'art. 5 *ter* nel d. lgs. n. 218 del 1997 debba considerarsi l'occasione mancata per il superamento dell'anzidetto *deficit* di tutela procedimentale; al fine di neutralizzare l'insidiosa duplicità di regime del contraddittorio preventivo originata dalle fonti europee – *rectius*, dalla loro necessaria applicazione alle sole fattispecie tributarie c.d. armonizzate – sarebbe stato opportuno un recepimento positivo spontaneo della norma europea e degli insegnamenti della Corte di giustizia[2].

Partendo dagli sviluppi del contraddittorio preventivo di matrice europea e dalle lacune della normativa interna, sarà mio interesse evidenziare i contrasti innescati dalla contrapposizione della concezione c.d. sostanzialistica dell'istituto – propria della Corte di giustizia – con il diverso originario approccio della Corte di cassazione. Da ultimo, anche facendo appello ai principi di uguaglianza e di non discriminazione, mi soffermerò sulle contraddizioni sistemiche innescate dalla duplicità di regime dell'istituto oggetto della presente relazione.

2. *L'art. 41, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di* right to be heard*: i limiti applicativi e la c.d. prova di resistenza*

L'attualmente discussa – in ambito interno – necessità di introdurre per via legislativa un obbligo generalizzato di contraddittorio preventivo muove dall'inapplicabilità degli artt. 111 e 24 della Costituzione al procedimento[3]. Siffatta impostazione, con la quale la Corte costituzionale ha inteso negare l'imprescindibilità del rispetto del contraddittorio nel procedimento e rimettere al legislatore la possibilità di introdurlo o meno, trova fondamento nella distinzione tra processo e procedimento nonché bilanciamento nella presenza di un sistema giurisdizionale volto ad assicurare il rispetto del medesimo principio, sebbene *ex post* attraverso l'esercizio da parte del contribuente del diritto di difesa nel processo.

[2] Per approfondimenti, v. S. GIANONCELLI, *I principi UE nella giurisprudenza tributaria della Cassazione: primato del diritto europeo e discriminazioni a rovescio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 3/2014, 613 ss.

[3] Nell'art. 111, comma 2, Cost., la questione è risolta testualmente; con riferimento all'art. 24, comma 2, Cost., la Corte costituzionale ha da tempo chiarito che tale norma si applica esclusivamente al giudizio (*cfr.*, *ex multis*, C. cost. nn. 103 e 210 del 1995).

Parimenti, nell'ordinamento europeo gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza sono da ritenersi garanzie processuali, inidonee in quanto tali a tutelare il diritto al contraddittorio preventivo. In altri termini, le anzidette norme – in tema, rispettivamente, di diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo e di presunzione di innocenza e diritto di difesa – pur costituendo la fonte del principio del contraddittorio quale implicito, sebbene necessario, corollario del diritto di difesa, subiscono la medesima sorte degli artt. 111 e 24 della Costituzione.

Tuttavia – differentemente dalle fonti interne – la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea offre un appiglio positivo di rango primario su cui fondare l'estensione procedimentale del contraddittorio. Nella specie, è l'art. 41, par. 2, a garantire il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che l'Amministrazione adotti un provvedimento individuale che possa potenzialmente recarle pregiudizio.

In tema di *right to be heard*, il *leading case* nel quale la Corte, esprimendosi sull'interpretazione della norma, ha assunto un ruolo di assoluta centralità nell'implementazione del contraddittorio endoprocedimentale è senz'altro il c.d. caso Sopropé[4]. Le posizioni del Giudice del Lussemburgo sono state poi riaffermate nella decisione resa nel c.d. caso Kamino, ove ha asserito, in sostanza, che il mancato rispetto del diritto di difesa in sede procedimentale può essere fatto valere dai singoli direttamente dinnanzi al giudice nazionale[5].

Nonostante gli sviluppi del contraddittorio preventivo fatti registrare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal suo impatto sugli ordinamenti degli Stati membri, tale strumento procedimentale di tutela dei diritti del contribuente ha sollevato – almeno – due problematiche di non poco rilievo: la prima, di ordine sistemico, relativa alla duplicità di regime dell'istituto dovuta alla sovrapposizione di differenti discipline sulla posizione del contribuente italiano; la seconda concernente, invece, l'estrinsecazione pratica della nuova garanzia e dunque la sua effettività.

La prima questione è logica conseguenza dei limiti connaturati all'ambito di applicabilità della Carta di Nizza, direttamente connesso, quest'ultimo, alle competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione europea[6]. All'esito di un complesso dialogo tra Corti – sul quale non mi soffermerò per ovvie ragioni – la Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 80 del 2011, giunse alla conclusione che la Carta dovesse applicarsi alle fattispecie interne disciplinate, anche parzialmente, dal diritto europeo e non a quelle prive di un qualsiasi legame con l'ordinamento dell'Unione[7]. Tale impostazione risultò essere perfettamente in linea con le posizioni della Corte di

[4] La Corte di giustizia, nella suddetta decisione, ha riaffermato la centralità del diritto di difesa quale principio generale dell'ordinamento europeo, precisando che lo stesso deve trovare applicazione anche nel corso del procedimento – ovverosia ogniqualvolta l'Amministrazione ponga in essere una qualche attività finalizzata all'adozione, nei confronti di un soggetto, di un atto potenzialmente pregiudizievole – chiarendo altresì che, per l'effetto di siffatta impostazione, il contribuente deve essere preventivamente messo nelle condizioni di poter validamente manifestare le proprie considerazioni difensive in merito agli elementi di fatto sui quali l'Amministrazione intende basare l'emissione dell'atto; *cfr.* sentenza della CGUE del 18 dicembre 2008, Causa 349/07, c.d. caso Sopropé.

[5] In tal modo, la Corte ha verosimilmente inteso blindare la tutela procedimentale prevista dall'art. 41 della Carta, evitando che i giudici nazionali potessero, per via interpretativa, privare dell'effetto diretto la disposizione appena citata; *cfr.* sentenza della CGUE del 3 luglio 2014, Cause riunite 129 e 130/13, c.d. caso Kamino.

[6] L'art. 6 del TUE, par. 2, dopo aver attribuito alla Carta il medesimo valore giuridico dei Trattati, ne delimita, sebbene in linea di massima, l'ambito di applicazione, chiarendo che le disposizioni dell'atto *de quo* non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione così come definite nei Trattati. Sulla scorta di tale norma e dell'art. 51 della Carta, la dottrina suole evidenziare come la c.d. forza espansiva dei diritti fondamentali trovi un limite invalicabile nel principio di attribuzione delle competenze che caratterizza la struttura istituzionale dell'Unione europea; v. B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, Vol. 6, 2021; v. la giurisprudenza della CGUE ivi riportata e, in particolare, le decisioni dell'8 maggio 2014, Causa 483/12, del 12 luglio 2012, Causa 466/11, nonché la sentenza del 15 novembre 2011, Causa 256/11.

[7] La questione prospettata trova origine nella creazione di un ordine giuridico *sui generis* ad opera della giurisprudenza c.d. costituente della Corte di giustizia e nel successivo recepimento di quest'ultima impostazione da parte della Corte costituzionale italiana. Per approfondimenti circa la progressiva estensione dell'ambito di

giustizia, la quale aveva chiarito che i diritti fondamentali garantiti nella Carta dovevano trovare applicazione, oltre che nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, in tutte le fattispecie interne in cui la norma nazionale presentasse un collegamento di una certa consistenza con una norma europea – beninteso, diversa dalla disposizione della Carta di cui eventualmente si lamenti la violazione – ma non al di fuori di esse.

Approfondirò nel prosieguo le contraddizioni sistemiche e le difficoltà applicative che siffatta interpretazione ha provocato con riferimento all'istituto oggetto della presente relazione, per il momento, ritengo opportuno passare in rassegna la seconda questione, relativa, come anticipato, all'effettività della nuova garanzia.

Seguendo l'impostazione del Giudice del Lussemburgo, la violazione dell'obbligo di invitare il contribuente a comparire deve ritenersi atta a inficiare la validità dell'avviso di accertamento solamente qualora il contribuente dimostri, nel giudizio di impugnazione, la verosimile presenza di elementi di fatto che lo stesso avrebbe potuto far valere in sede endoprocedimentale[8]. In altri termini, il mancato rispetto da parte dell'Amministrazione finanziaria dell'obbligo costituisce causa di invalidità del provvedimento finale soltanto se l'espletamento del dovere *de quo* avesse comportato – potenzialmente, in quanto sarebbe del tutto irragionevole esigere una valutazione in termini di certezza – l'emissione di un atto diverso da quello adottato, trattandosi, in caso contrario, di una mera irregolarità formale[9]. Sul punto, con la promessa di un approfondimento futuro, mi limito a rappresentare come una simile estrinsecazione pratica dell'istituto, la cui azionabilità risulta subordinata alla presenza di ulteriori motivi di invalidità dell'atto finale, porti agevolmente ad interrogarsi sull'effettiva utilità dello strumento così concepito.

3. *L'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000 e l'approccio c.d. formalistico della Corte di cassazione quali termini di confronto con il contraddittorio preventivo di matrice europea*

Come ho anticipato, nonostante negli ultimi decenni si sia registrata una crescente attenzione del legislatore tributario e della giurisprudenza di legittimità verso la partecipazione del contribuente ai procedimenti finalizzati all'adozione di un atto impositivo, nell'attuale quadro normativo non è dato rinvenire in capo all'Amministrazione finanziaria un obbligo generalizzato di provocare il contraddittorio preventivo.

---

applicazione delle norme europee, v. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; per un rapido, ma sistematico, *excursus* sulla teoria costituzionale europea, v. F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, CEDAM, 2013, 1-8; sul dialogo tra la Corte di giustizia e l'ordinamento giudiziario nazionale, v. B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Il mulino, Bologna, 1998, versione italiana a cura di V. Biagiotti e J.H.H. Weiler, 227 ss., *excursus II*, *La corte europea di giustizia e l'integrazione europea*.

[8] La tesi secondo cui il diritto al contraddittorio debba intendersi in senso sostanziale – ovverosia nel senso di cui sopra – è stata ribadita dalla Corte di giustizia nella sentenza del 3 luglio 2014, cause riunite 129 e 130/2013, c.d. caso Kamino, al punto 80.

[9] D. MENDOLA, *Il procedimento amministrativo tributario tra diritti del contribuente e poteri dell'amministrazione*, CEDAM, Milano, 2021, 49. L'opinamento della Corte di giustizia è fondato su un'interpretazione dell'art. 263 TFUE che attribuisce rilievo alle "*forme sostanziali*", per cui dalla violazione delle garanzie partecipative di natura europea non può derivare l'invalidità del provvedimento adottato qualora il contraddittorio sia stato comunque raggiunto ovvero – anche per via della mancanza di discrezionalità in capo all'amministrazione procedente – l'esito della decisione non sarebbe potuto essere diverso; v., *ex multis*, le sentenze della CGUE del 29 ottobre 1980, Cause riunite 209, 215 e 218/78, e del 21 marzo 1990, Causa 142/87. Per approfondimenti, v. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale,* G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

Una volta chiariti i limiti delle norme costituzionali, la suddetta mancanza è da ricondursi, anzitutto, alla legge n. 241 del 1990. Per via della specificità della materia fiscale, in sede di normazione del procedimento amministrativo il legislatore ha ritenuto di non consentire l'applicazione integrale dell'anzidetta legge all'attività dell'Amministrazione finanziaria; per quanto adesso rileva, preciso che non trovano applicazione nel procedimento tributario le disposizioni relative alla partecipazione del cittadino.

Per comprendere come la limitazione di cui all'art. 13, comma 2, legge n. 241 del 1990, risulti ormai anacronistica, specie se indagata alla luce dell'evoluzione conosciuta dall'ordinamento tributario, basti pensare che all'entrata in vigore la legge *de qua* determinò un cambiamento radicale nel rapporto tra l'Amministrazione e il titolare degli interessi coinvolti nel procedimento: in un momento storico in cui la giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, era inamovibile nel negare il rango costituzionale al principio del giusto procedimento e attribuiva alla partecipazione procedimentale del privato valore precettivo meramente eventuale – parimenti a quanto avviene oggi in materia fiscale – l'entrata in vigore della legge n. 241 segnò il superamento, per via legislativa, di quell'atteggiamento conservatore della posizione autoritativa di necessaria preminenza sul privato della Pubblica amministrazione[10].

Se si tiene a mente come la posizione odierna del contribuente possa agevolmente essere paragonata a quella del privato coinvolto nel procedimento amministrativo antecedentemente all'entrata in vigore della legge in parola – nella quale non era ravvisabile, salvo alcune eccezioni relative a procedimenti settoriali, alcuna garanzia di partecipazione generalizzata[11] – risulta davvero difficile comprendere come il legislatore non abbia ancora provveduto a svecchiare lo Statuto dei diritti del contribuente sotto questo profilo.

Lasciando la speranza di quest'ultimo proposito all'emananda riforma, devo ricordare che, in secondo luogo, l'assenza di un obbligo generalizzato di invitare il contribuente al contraddittorio prima dell'emissione del provvedimento impositivo è dovuta all'interpretazione restrittiva dell'art. 12 della l. n. 212 del 2000 abbracciata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nel 2013 e successivamente ribadita a più riprese. Invero, prima che si giungesse a siffatta impostazione, la formulazione della disposizione ha provocato una certa discordia di opinioni in merito all'individuazione dell'ambito di operatività della norma – circostanza, quest'ultima, che definirei senz'altro normale, atteso che una lettura estensiva della disposizione *de qua*, sebbene forzosa del dato letterale, era da ritenersi pressoché imposta da esigenze di avvicinamento delle garanzie partecipative tributarie a quelle previste dalla l. n. 241 del 1990 e dalle norme europee – nonché in ordine alle conseguenze per l'Ufficio del mancato rispetto del disposto normativo.

Con riferimento all'esatta portata applicativa della norma, attualmente non è dato revocare in dubbio la correttezza dell'interpretazione che vede l'ambito di operatività della norma circoscritto agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali presso i locali del contribuente[12]. Non posso non rappresentare, tuttavia, come la stessa Corte di cassazione, in più

[10] Per approfondimenti, v. L. PEDULLÀ; *La costituzionalizzazione del giusto procedimento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

[11] C. Cacciavillani, F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, 200-201.

[12] Sebbene, come ho anticipato, la tesi dell'interpretazione estensiva fosse da ritenersi opportuna per esigenze di sistematicità e innovazione dell'ordinamento complessivamente inteso, risulta difficilmente sindacabile che le disposizioni di natura tributaria non offrano spunti "*per postulare l'esistenza di una clausola generale di contraddittorio endoprocedimentale*", v. Cass. SS. UU. n. 18184 del 2013. Invero, si sono registrati dei tentativi di ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 12 anche successivamente all'intervento delle Sezioni unite, v. Cass. n. 2594 del 2014; nella sentenza appena citata, tuttavia, l'analisi della motivazione compiuta dalle Sezioni unite in un ulteriore loro intervento, palesa il dubbio di un qualche fraintendimento in ordine al significato da attribuirsi ai termini "*accessi*" e "*verifiche*", v. Cass. SS. UU n. 24823 del 2015. Pertanto, deve ritenersi che il superamento delle distonie di cui *infra* non avverrà per via interpretativa.

pronunce aveva elevato il contraddittorio procedimentale a principio fondamentale immanente nell'ordinamento interno, il cui rispetto doveva considerarsi necessario anche in assenza di una specifica previsione normativa in tal senso; tale tendenza – diffusasi timidamente anche in recepimento della giurisprudenza della Corte di giustizia – venne poi soffocata da un ulteriore intervento delle Sezioni unite del 2015[13].

Tacendo in ordine ai dubbi relativi alla mancata generalizzazione dell'obbligo, oramai ampiamente discussi e irreversibilmente superati, vengo alla seconda questione. Nella testuale assenza di un'espressa previsione di nullità, l'opinamento di chi intendeva il silenzio normativo, *sic et simpliciter*, quale mancanza di conseguenze negative sull'atto di accertamento emesso in violazione della norma si contrappose all'impostazione volta a sostenere che la mancata istaurazione, da parte dell'Ufficio, del contraddittorio *post* verifica, avrebbe dovuto comportare la nullità dell'avviso di accertamento emesso *ante tempus* ovvero la sua inesistenza giuridica. Sul punto, anche la stessa Corte di cassazione tenne inizialmente posizioni altalenanti[14]. Per la dottrina più accorta, invece, il giudice di merito doveva comunque ritenersi tenuto a far rispettare la *ratio* della disposizione, con conseguente impossibilità per quest'ultimo di considerare la violazione *tamquam non esset*[15].

Ad ogni modo, i dibattiti dottrinali nonché i contrasti sorti in seno alla giurisprudenza di legittimità sono stati composti con la sentenza delle Sezioni unite n. 18184 del 2013; quest'ultime, mostrandosi sensibili alle esigenze di implementazione dell'istituto che provenivano dal panorama europeo, hanno considerato l'osservanza del termine dilatorio di sessanta giorni previsto dall'art. 12, comma 7, quale requisito di legittimità dell'atto impositivo e, per l'effetto, invalido l'atto emesso *ante tempus*, salva la ricorrenza delle oggettive specifiche ragioni d'urgenza di cui alla medesima norma[16].

---

[13] Nello specifico, il Giudice di legittimità ha dapprima sgombrato il campo da supposti divieti normativi, precisando che l'art. 13, comma 2, della legge n. 241 del 1990, lungi dall'avere contenuto precettivo di divieto, fosse da intendersi quale norma di rinvio alle norme speciali. Constatata la perfetta compatibilità, poi, dell'istituto partecipativo con il procedimento tributario, ha ritenuto che la necessità di improntare l'attività dell'Amministrazione finanziaria alle regole costituzionali nonché di assicurare l'effettività della tutela del contribuente nella fase del procedimento imponesse la conclusione che la pretesa tributaria trovi legittimità nella "*formazione procedimentalizzata di una decisione partecipata mediante la promozione del contraddittorio (che sostanzia il principio di leale collaborazione) tra amministrazione e contribuente (anche) nella fase precontenziosa o endoprocedimentale*". A tale impostazione, la Corte era giunta mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata – artt. 24 e 97 Cost., ovvero artt. 41, 47 e 48 Carta di Nizza – dell'art. 12 dello Statuto, v. Cass. nn. 26635 del 2009, 18184 del 2013, 19667 e 19668 del 2014. Tuttavia, con il successivo intervento delle Sezioni unite, è prevalso un opinamento diametralmente opposto, secondo cui, per un verso, la norma dello Statuto non reca "*il benché minimo indice rivelatore dell'indefettibilità del contraddittorio endoprocedimentale*", per altro verso, la generalizzata operatività dell'istituto *de quo* fondata sulle norme costituzionali dovrebbe inevitabilmente transitare per la declaratoria di incostituzionalità della normativa ordinaria, essendo questa composta da disposizioni che, complessivamente intese, sono di segno opposto; quanto all'estensione della portata applicativa dell'art. 12 in ottemperanza alle disposizioni della Carta di Nizza, l'anzidetto intervento ha ribadito che, in conformità con la giurisprudenza della CGUE in materia di contraddittorio preventivo, siffatta interpretazione non può ritenersi imposta nelle fattispecie non disciplinate, neanche parzialmente, dal diritto dell'Unione; v. Cass. SS. UU n. 24823 del 2015.

[14] Per la tesi secondo cui l'inosservanza del contraddittorio preventivo fosse da considerarsi alla stregua di una mera irregolarità, v. Cass. nn. 16092 del 2012, 21103 del 2011, nonché 19875 del 2008.

[15] Per approfondimenti, v. F. A. CIMINO, *L'avviso di accertamento emanato prima della scadenza del termine previsto per il contraddittorio anticipato: tra nullità ed inesistenza giuridica*, in *Dir. Prat. Trib.*, CEDAM, Milano, 2009, 457 ss.

[16] Quanto alle esigenze di tutela del contribuente provenienti dal panorama giuridico europeo, si consideri che, nella suddetta sentenza, le Sezioni unite si riportano alla sentenza della CGUE del 18 dicembre 2008, Causa 349/07, c.d. caso Sopropé, affermando che con tale decisione "*sia pure in materia di tributi doganali, ma con evidenti riflessi di ordine generale, è stato valorizzato il principio della partecipazione del contribuente – il quale deve essere messo in*

A questo punto, è mio intento confrontare la valenza pratica dell'istituto previsto dall'art. 12 dello Statuto con quello di cui all'art. 41 della Carta di Nizza. A tal fine, devo preliminarmente ricordare che, sebbene l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale della citata norma interna abbia senz'altro subito condizionamenti dalle pronunce della Corte di giustizia, i due modelli di contraddittorio preventivo – quello domestico e quello europeo – non si configurano come perfettamente sovrapponibili.

Tralasciandone dunque la portata applicativa, la differenza tra l'istituto di matrice europea e quello di cui all'art. 12 è rappresentata da una diversa configurazione delle conseguenze scaturenti dall'inosservanza dell'obbligo da parte dell'Amministrazione finanziaria: mentre nel secondo la nullità consegue in maniera automatica all'emissione *ante tempus* dell'atto impositivo, nel primo, affinché l'atto possa subire effetti demolitori, è fatto onere al contribuente di fornire la c.d. prova di resistenza. A riguardo, alcuni autori hanno ritenuto di poter definire come formalistico l'approccio della Corte di cassazione, contrapponendolo a quello sostanzialistico proprio invece della Corte di giustizia[17].

Pur con la precisazione che le considerazioni pocanzi svolte circa la sanzione da comminare alla violazione dell'obbligo attengono all'applicazione della sola norma statutaria, personalmente ritengo che una simile classificazione trasmetta una visione distorta dei due diversi modi di concepire il contraddittorio preventivo e ammanti di una certa negatività il modello italiano.

In una prospettiva più ampia – e dunque prendendo in considerazione tutte le ipotesi partecipative previste dalla normativa interna – la Corte di cassazione si è espressa con pronunce contrastanti. La tesi pocanzi indicata come formale è ben definita nella sentenza della Corte di cassazione n. 23050 del 2015, ove il Giudice, attribuendo rilevanza assorbente alla mera divergenza tra il modello procedimentale legale e quello concretamente seguito dall'Amministrazione nell'espletamento della fase di accertamento, aveva escluso l'applicabilità dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990 alla materia tributaria[18]. In seguito, la stessa Corte ha capitolato su una posizione più restrittiva, mostrandosi ferrea nel ritenere necessario ai fini della nullità dell'atto il soddisfacimento dell'onere della prova di resistenza, precisando altresì che questo debba considerarsi raggiunto soltanto qualora il contribuente dimostri che il rispetto del contraddittorio preventivo avrebbe condotto ad un risultato diverso[19]. Tuttavia, basandosi sull'orientamento giurisprudenziale maggioritario, la prova di resistenza non è generalizzata, in quanto tale onere è circoscritto ai soli casi in cui manchi nella disposizione un'espressa previsione di nullità per violazione dell'obbligo[20].

---

condizione di far valere le proprie osservazioni – a procedimenti in base ai quali l'amministrazione si proponga di adottare nei suoi confronti un atto di natura lesiva".

[17] Cfr. P. PIANTAVIGNA, *Contradditorio preventivo*, cit.

[18] La c.d. prova di resistenza, anche prima della nuova positIvizzazione ad opera del legislatore delegato in occasione dell'introduzione dell'art. 5 *ter* nel d.lgs. n. 218 del 1997, non risultava priva di appiglio positivo in ambito interno: v. art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990 (v. *infra*). Come detto, nella sentenza n. 23050 del 2015 la Cassazione ha dubitato dell'applicabilità di quest'ultima norma al procedimento tributario; peraltro, la Corte sembrerebbe far propria la configurazione dell'atto impoesattivo quale fattispecie complessa a necessaria formazione successiva. Per approfondimenti su quest'ultima impostazione, v. F. A. CIMINO, *L'avviso di accertamento*, cit., 457 ss.

[19] Seguendo il ragionamento del Giudice di legittimità, solo in tal caso potrebbe ritenersi che il contribuente destinatario del provvedimento finale abbia subito un effettivo pregiudizio al proprio diritto di difesa; Cfr. Cass. n. 12832 del 2018. In quest'ultima pronuncia, appare evidente il riferimento all'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, a mente del quale il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti non è annullabile qualora, per la natura vincolata dell'atto, il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto comunque essere diverso da quello in concreto adottato.

[20] Per converso, nell'ipotesi in cui la nullità sia prevista dalla disposizione il contribuente non è tenuto al soddisfacimento dell'onere, v. Cass. SS. UU. n. 24823 del 2015. Schematizzando e semplificando, dunque, la nullità opera senz'altro nelle ipotesi di cui agli artt. 6, comma 5, e 10 *bis*, comma 6, l. n. 212 del 2000, in materia,

Ritornando al discorso interrotto in favore di quest'ultima doverosa precisazione, in entrambi i modelli, l'operatività della nullità è prevista – a seconda dei casi, espressamente o meno – quale sanzione comminata alla violazione dell'obbligo, sicché l'Amministrazione finanziaria sia inderogabilmente tenuta al rispetto della regola procedimentale posta a tutela del contribuente; tuttavia, mentre in base all'approccio c.d. formalistico l'attività dell'Ufficio risulta irrimediabilmente compromessa per il sol fatto di discostarsi dal modello legale, in quello sostanzialistico il mancato avvio del contraddittorio preventivo comporta l'invalidità dell'atto finale soltanto qualora, a seguito di impugnazione, il destinatario dimostri le ragioni che avrebbe potuto far valere se l'obbligo non fosse stato violato.

A primo acchito, si potrebbe ritenere che quest'ultimo modello sia incentrato sulla sostanza – *i.e.* le ragioni che si sarebbero fatte valere – e releghi, quindi, la nullità alle sole ipotesi di rilevanza funzionale del contraddittorio. Invero, ad una più attenta analisi, una simile impostazione realizza un'inopportuna commistione tra procedimento e processo; in altri termini, il contraddittorio endoprocedimentale, venendo rimesso alla capacità del contribuente – *rectius*, ricorrente – di dimostrare in giudizio motivi di nullità o infondatezza dell'accertamento diversi dalla stessa violazione dell'obbligo procedimentale di attivazione dell'istituto in parola, finisce per divenire mera formalità, senz'altro privo di un'autonoma funzione, non aggiungendo alcun *surplus* di tutela ma rinviando *sic et simpliciter* alla fase processuale, esattamente a quanto avverrebbe in assenza delle norme analizzate in precedenza[21].

In conclusione, il contraddittorio preventivo di matrice europea, specie se confrontato con l'art. 12 dello Statuto, appare più votato al vuoto formalismo che alla sostanza, non potendosi negare, almeno a mio parere, che l'azionabilità effettiva di tale strumento, una volta condizionata alla dimostrazione in giudizio di ulteriori elementi autonomamente idonei a inficiare l'atto impugnato, finisca per rimanere assorbita da quest'ultimi e dunque, più in generale, dalla fase processuale.

---

rispettivamente di controllo automatizzato (art. 36 *bis*, d.p.r. n. 600 del 1973) e controllo formale (art. 36 *ter*, d.p.r. n. 600 del 1973) e di c.d. clausola generale antielusiva, nonché in quella di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 156 del 2015, inerente all'interpello *ex* art. 11, comma 2, della l. n. 212 del 2000, nelle quali la nullità è prevista testualmente. Nel caso dell'art. 12, comma 7, l. n. 212 del 2000 e dell'art. 38, comma 7, d.p.r. n. 600 del 1973 (determinazione sintetica del reddito complessivo), pur nell'assenza di un'espressa previsione in tal senso, la nullità dell'avviso di accertamento emesso in violazione dell'obbligo è prevista per giurisprudenza consolidata. Quanto all'ulteriore ipotesi di cui all'art. 32 d.p.r. n. 600 del 1973, per la dottrina, le presunzioni operanti in materia di indagini bancarie non possono fondare l'accertamento se non è stato invitato il contribuente a provare il contrario prima dell'emissione del provvedimento finale, per la giurisprudenza maggioritaria, in questo caso il contraddittorio endoprocedimentale non è obbligatorio (nel senso della mera irregolarità, v., *ex multis*, Cass. nn. 1682 del 2013, 10767 del 2014, nonché 4581 del 2018; *contra* Cass. nn. 4314 e 18370 del 2015). Peculiare appare poi la formulazione del nuovo art. 5 *ter* del d.lgs. n. 218 del 1997, ove sebbene l'invalidità dell'avviso di accertamento sia testualmente prevista in caso di mancato avvio del contraddittorio, è comunque richiesto che il contribuente dimostri in sede di impugnazione le ragioni che avrebbe potuto far valere in sede procedimentale.

[21] Si noti che tale impostazione è – almeno parzialmente – condivisa da una parte della giurisprudenza; per alcune considerazioni critiche a riguardo, si vedano le sentenze riportate in Cass. SS. UU. n. 24823 del 2015, tra le quali le sentenze della CGUE del 1° ottobre 2009, Causa 141/08, e del 2 ottobre 2003, Causa 194/99, nonché la sentenza dell'8 luglio 1999, Causa 51/92. Tra le decisioni passate al vaglio dalla Corte di cassazione, oltre a posizioni di critica serrata verso l'onere *de quo* – che considerano il contraddittorio preventivo così concepito "*in assoluto derubricato a precetto senza sanzione*" – si rinvengono anche letture della prova di resistenza più ponderate, nelle quali si sostiene che l'interessato non possa essere obbligato "*a dimostrare che la decisione avrebbe avuto un contenuto differente, bensì solo che tale ipotesi non va totalmente esclusa in quanto avrebbe potuto difendersi più efficacemente in assenza dell'irregolarità procedurale*".

4. *Riserve sulla duplicità di regime del contraddittorio preventivo alla luce dei principi di uguaglianza e di non discriminazione*

Come anticipato, il contraddittorio procedimentale rappresenta uno strumento che ha sollevato, a causa della sovrapposizione di discipline non coincidenti sulla posizione del contribuente italiano, questioni di ordine sistemico. Riassumendo, la complessiva disciplina dell'istituto *de quo* risulta innanzitutto scissa con riferimento alla natura delle norme che regolano la fattispecie fiscale per cui si procede; in questo senso, all'esito degli sviluppi visti in precedenza, risulta necessario distinguere i tributi non armonizzati, per i quali si applica la normativa nazionale, da quelli c.d. armonizzati, ovverosia rientranti nella sfera di competenza del diritto dell'Unione europea, per i quali, invece è riconosciuto in via generale il c.d. *right to be heard* in applicazione dell'art. 41, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per i primi, poi, sarà necessario comprendere se la fattispecie sia soggetta a una specifica previsione di contraddittorio preventivo e, conseguentemente, se si tratti di un'ipotesi in cui la violazione dell'obbligo rappresenta una mera irregolarità ovvero è idonea a inficiare la validità dell'atto; in quest'ultimo caso, ai fini della prova di resistenza, deve ulteriormente distinguersi il caso in cui la nullità sia testualmente prevista dalla disposizione dall'ipotesi in cui manchi una previsione positiva in tal senso. Come se il quadro normativo non fosse già inutilmente complesso, si consideri che, da un punto di vista pratico, la distinzione pocanzi riportata risulta senz'altro artificiosa negli accertamenti che hanno ad oggetto tributi di entrambe le categorie.

Considerando le possibili configurazioni, può innanzitutto verificarsi che un determinato caso rientri contestualmente nella sfera di applicazione della Carta di Nizza e in una delle previsioni specifiche interne; in tale situazione, atteso che il contribuente dovrà comunque essere sentito dall'Ufficio, potrebbero sorgere dei dubbi applicativi con riferimento alle conseguenze della violazione dell'obbligo. Nella specie, essendo al contempo applicabili entrambi i regimi dell'istituto – europeo e interno, che, come detto, non sono perfettamente sovrapponibili – ci si è chiesti se dovesse essere richiesta al contribuente, in sede di impugnazione dell'atto finale, la prova di resistenza.

Adottando – in una prospettiva di cieca prevalenza del diritto europeo – l'interpretazione della Corte di giustizia, e ritenendo così i tributi armonizzati governati dal principio generale del contraddittorio di fonte europea codificato nell'art. 41 della Carta di Nizza, a rigore parrebbe di dover porre in capo al contribuente l'anzidetto onere. Seguendo tale impostazione, tuttavia, l'ipotesi prospettata darebbe luogo a problemi – in questo caso, facilmente superabili – di coordinamento con i principi di uguaglianza e di non discriminazione, in quanto aggraverebbe con un importante onere processuale la posizione del contribuente destinatario, oltre che delle norme europee, anche di una disciplina interna più favorevole. In tal caso, quindi, si avrebbe l'applicazione di una disciplina a questi meno favorevole ovvero, se si condividono le argomentazioni che ho svolto in precedenza, una retrogradazione dell'obbligo posto in capo all'Amministrazione a precetto senza sanzione qualora la fattispecie interna commini la nullità. Da tale considerazione si giunge agevolmente alla soluzione della questione prospettata, essendo sufficiente non richiedere la prova di resistenza ove la norma interna preveda espressamente la nullità; diversamente, si giungerebbe a sostenere che il legislatore nazionale non possa conferire maggiore effettività ai diritti riconosciuti al contribuente dalle norme europee[22]. La giurisprudenza di legittimità, difatti, sovente ha ritenuto non necessario, per i tributi armonizzati, che il contribuente assolva all'onere della prova di resistenza nei casi di accessi, ispezioni e verifiche di cui al detto art. 12 e, più in

[22] L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, nonché G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, 258 ss.

generale, ove la normativa interna preveda la sanzione della nullità[23]. Senz'altro più problematica appare invece l'ipotesi in cui il contribuente italiano sia destinatario di un atto avente ad oggetto una fattispecie fiscale disciplinata dal solo diritto nazionale non rientrante in una delle previsioni speciali di contraddittorio preventivo; in tal caso, dunque, per l'Amministrazione non vi sarebbe alcun obbligo interno di sentire in via procedimentale il destinatario dell'accertamento, così come, al contempo non risulterebbero applicabili le norme europee. In tale situazione, quindi, la natura armonizzata o meno del tributo determina il sorgere, a causa della duplicità di regime giuridico dell'istituto *de quo*, di un chiaro caso di c.d. discriminazione alla rovescia[24].

Prescindendo da ulteriori specificazioni, l'ipotesi pocanzi prospettata palesa come l'analisi dell'impatto del diritto europeo sul c.d. giusto procedimento tributario interno giunga agevolmente a conclusioni deludenti. Il pedissequo rispetto del c.d. *right to be heard* di matrice europea – e dei limiti applicativi connaturati alla Carta di Nizza – unitamente all'assenza di un valido intervento del legislatore italiano hanno prodotto una paradossale discrasia nell'ordinamento complessivamente inteso, ove l'implementazione di un corollario del principio di uguaglianza comporta quale necessaria contropartita la violazione di quest'ultimo[25].

In altri termini, il principio del contraddittorio – anche procedimentale – e il principio di non discriminazione, entrambi espressione dell'uguaglianza tutelata tanto a livello costituzionale quanto dal diritto primario europeo, risultano, alla luce del quadro giuridico ricostruito in questa sede, talmente mal coordinati da doversi ritenere che la duplicità di regime del primo comprometta il secondo.

A questo punto, prima di passare in rassegna le modifiche legislative auspicabili, intendo soffermarmi brevemente sulla possibilità di superare la questione per via interpretativa. Invero, una simile opzione è già stata vagliata e scartata dalla giurisprudenza di legittimità; la Corte di cassazione, infatti, da una parte ha denunciato l'impossibilità di individuare una disposizione interna che possa fondare un'interpretazione estensiva di una delle previsioni particolari di contraddittorio preventivo, dall'altra si è farisaicamente adagiata, a più riprese, sulla supposta esistenza di volontà del legislatore di farsi carico della questione.

---

[23] V., *ex multis*, Cass. n. 701 del 2019.

[24] Generalmente, la locuzione è utilizzata per indicare le situazioni che si verificano quando fattispecie disciplinate dal solo diritto nazionale ricevono un trattamento deteriore rispetto alle corrispondenti fattispecie di valenza europea; Cfr. A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 87. Invero, nella definizione pocanzi riportata rientrano ipotesi concettualmente diverse. A riguardo, la dottrina ha evidenziato almeno tre diversi meccanismi che possono dar luogo a discriminazioni alla rovescia: l'applicazione di una misura nazionale sfavorevole che non trova invece applicazione nella fattispecie europea corrispondente; l'interazione delle disposizioni nazionali con le norme europee in materia di diritti fondamentali, tutelati soltanto qualora la fattispecie rientri nel campo di applicazione del diritto europeo ovvero presenti con quest'ultimo una correlazione di una certa consistenza; la mancata estensione di regimi giuridici più favorevoli di derivazione europea a fattispecie disciplinate dal solo diritto nazionale. Cfr. F. A. CIMINO, *Imposta sulle transazioni finanziarie*, Wolters Kluwer, Rass. Trib. 4/2020.

[25] Il principio di uguaglianza, appartenente agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, rileva ora in ordine al divieto di discriminazione di cui all'art. 18 TFUE, il cui ambito di applicazione non coincide, ovviamente, con la materia tributaria; v. sentenza della CGUE del 14 febbraio 1995, Causa 279/93, c.d. caso Schumacker. Un riferimento normativo più specifico, in materia di imposizione indiretta, si rinviene negli artt. 110-113 TFUE; mancando nei Trattati, una disposizione che consenta l'operatività del principio in parola in materia di imposizione diretta, l'estensione del divieto di discriminazione ai tributi aventi per presupposto reddito e patrimonio si deve alla Corte di giustizia. Per approfondimenti su quest'ultimo punto, v. P. PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, commento in *Dir. Prat. Trib.*, 1995, 1471; quanto alla portata applicativa dei principi UE, v. P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, 9-10; per il ruolo del soggetto istituzionale nelle cui mani è posto lo strumento giuridico dei principi, *i.e.* la Corte di giustizia, v. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea - Parte Istituzionale*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2016, 220.

Con buona pace della giurisprudenza, ritengo che *medio tempore* – quindi, in attesa di un comunque necessario intervento normativo – la duplicità di regime del contraddittorio potrebbe essere, se non superata, almeno meglio raccordata con il principio di uguaglianza in base al dato normativo interno. L'obbligo generalizzato di matrice europea potrebbe dispiegare la sua efficacia anche nelle fattispecie non connotate da profili di sovranazionalità, ovverosia con riferimento ai tributi non armonizzati, in forza dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 che dichiara applicabili i principi di origine europea a tutti i procedimenti amministrativi nazionali, non eccettuati quelli di natura tributaria. Per l'effetto, i principi di uguaglianza e di non discriminazione di matrice europea avrebbero potuto giustificare, per il tramite dell'anzidetta norma di rinvio interna, una lettura estensiva del contraddittorio di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, evitando in tal modo che le fattispecie tributarie disciplinate dal solo diritto nazionale ricevessero un trattamento deteriore rispetto a quelle di valenza europea.

In vista della riforma, credo sia superfluo soffermarsi ulteriormente sugli argomenti utilizzabili dall'interprete per sterilizzare le conseguenze della duplicità; per tal motivo, svolgerò senza ulteriori argomentazioni delle brevissime considerazioni sul prossimo intervento normativo.

5. *Brevi considerazioni in ordine alla prossima riforma fiscale*

In precedenza, ho ricostruito l'ambito in cui il rispetto delle norme europee è da ritenersi imprescindibile; con riferimento alle fattispecie che ne rimangono escluse, resta comunque ferma la possibilità di un'adesione spontanea del legislatore agli insegnamenti della Corte di giustizia relativi all'opportunità della generalizzazione dell'obbligo di cui si discute. Sebbene quest'ultima via appaia da tempo come obbligata, anche in considerazione dell'evoluzione dell'ordinamento tributario verso schemi più partecipativi nonché per – ormai ovvie – esigenze di ordine sistemico, l'ultimo intervento del legislatore italiano può senz'altro considerarsi l'occasione mancata per il superamento del *deficit* di tutela procedimentale evidenziato dalle fonti di matrice europea e della condizione di discriminazione alla rovescia ancorata alla natura armonizzata o meno dei tributi.

Senza dilungarmi troppo su una disposizione già ampiamente criticata, intendo analizzare brevemente i limiti dell'art. 5 *ter* del d. lgs. n. 218 del 1997 che più hanno deluso la dottrina, nella convinzione che da tale analisi possano derivare validi suggerimenti per il legislatore delegato della prossima riforma fiscale[26].

Rinviando alle considerazioni svolte in precedenza per la – inopportuna – positivizzazione della prova di resistenza nella disposizione *de qua* e tralasciando l'esclusione degli accertamenti parziali dall'applicazione dell'invito obbligatorio, una prima doverosa critica attiene alla collocazione della nuova norma. Lungi dall'auspicato tentativo di generalizzazione dell'istituto che si credeva la modifica dovesse realizzare, l'art. 4 *octies*, comma 1, lett. b, d. l. n. 34 del 2019 ha introdotto la nuova ipotesi di contraddittorio preventivo all'interno del capo II del d. lgs. n. 218 del 1997, relegandone in tal modo l'applicazione alle imposte sui redditi, all'IVA e – in forza del rinvio operato dall'art. 25, comma 1, del d. lgs. n. 446 del 1997 – all'IRAP.

Cogliendo tale limite come spunto, devo evidenziare come un qualsiasi tentativo di generalizzazione dell'obbligo in capo all'Amministrazione finanziaria di attivare il contraddittorio preventivo e di riordino della disciplina in materia di diritto del contribuente a partecipare alla fase precontenziosa non possa che trovare collocazione nella l. n. 212 del 2000, sicché la nuova norma non incontri impliciti limiti applicativi legati alla materia disciplinata dal testo nel quale questa viene inserita.

[26] Per approfondimenti sulla novella legislativa del 2019, v. AA.VV., A. Cuva, A. Damascelli (a cura di), *L'accertamento tributario alla prova del contraddittorio endoprocedimentale obbligatorio*, Cacucci editore, Bari, 2021.

Altra scelta ampiamente criticata al legislatore è stata quella di non abrogare, contestualmente all'introduzione dell'art. 5 *ter*, le varie disposizioni che prevedono la partecipazione del contribuente al procedimento prima dell'emissione di un avviso di accertamento. Invero, la scelta legislativa è da ritenersi coerente con la – estremamente ridotta – portata applicativa del nuovo invito a comparire, tuttavia deve senz'altro ritenersi corretto l'opinamento di chi sostiene che il riordino e la generalizzazione del contraddittorio preventivo debbano necessariamente passare per l'abrogazione delle varie disposizioni che lo prevedono settorialmente.

Una volta fatto tesoro degli errori del passato, al legislatore delegato non rimarrà che scegliere quale impostazione conferire alla partecipazione del privato alla formazione dell'atto impositivo. Sul punto, ritengo che lo schema da seguire non possa che essere quello dell'art. 12, comma 7, dello Statuto – che contestualmente andrà abrogato per evitare pericolose sovrapposizioni – in quanto il termine dilatorio concesso al contribuente per comunicare le proprie osservazioni e la sanzione della nullità per l'atto emesso *ante tempus* rappresentano gli elementi portanti di uno schema partecipativo ben procedimentalizzato; del resto, anche le altre frammentarie previsioni di contraddittorio procedimentale sono modellate nel medesimo modo.

All'esito delle considerazioni complessivamente svolte, sul legislatore delegato della riforma grava, da una parte, il non più rinviabile compito di superare la frammentarietà della disciplina interna e la paradossale – con riferimento ai principi di uguaglianza e di non discriminazione – condizione in cui versa il contribuente italiano, dall'altra, la consapevolezza di non dover fallire nel raggiungimento di un obiettivo che risulta oramai ben definito dalle pronunce giurisprudenziali, dalle critiche della dottrina e dagli errori compiuti nel precedente intervento normativo.

GIULIA MIGLIAZZO*

L'efficienza giudiziaria e la sua implementazione: l'Ufficio per il Processo e l'obiettivo della ragionevole durata dei processi penali**

SOMMARIO: 1. Il principio della ragionevole durata dei processi tra diritto interno e sovranazionale. – 2. PNRR e riforma della giustizia penale: tra obiettivi di efficienza e competitività del settore giustizia. – 3. Ufficio per il Processo: impatto positivo per la tutela dei diritti?

ABSTRACT: ***The Italian justice system has long suffered from a long-standing problem, namely the excessive expansion of the time taken to celebrate trials. This view runs counter to the principle of the reasonable duration of the process at the constitutional and supranational level.***

Art. 6, par. 1, ECHR, as the second paragraph of Article 111 of the Costitution provides for the right of every person to have his dispute dealt with fairly, publicly and within a reasonable time. The European Court of Human Rights has repeatedly condemned our country for violating this principle.

According to Montesquieu, a delayed justice is to be considered denied and, therefore, not able to respond adequately to requests from citizens.

In particular, as regards the criminal process, the reform of criminal justice is one of the objectives that our country is called to pursue for the implementation of the PNRR.

This contribution aims to address the structure of the Office for the Criminal Process already established pursuant to art. 16-octies of d.l. 18 October 2012, n. 179, converted, with modifications, from l. 17 December 2012, n. 221, and the provisions of d.lgs. 13 July 2017, n. 116.

In particular, art. 6 of d.lgs. n. 151/2022, in accordance with the delegation to the Government contained in l. n. 134/2021, provides the Officer of the Office for the Process (AUPP) with preparatory functions consisting, for example, in the study of files, in the preparation of hearings, in the preparation of minutes of measures as well as in the increase of the production capacity of the office.

The results so far achieved by this structure are to be considered encouraging.

In fact, according to the relative data relative to the first semester of year 2023, comes in relief a strong reduction of disposition time in all the phases of the judgment regarding the first semester of year 2022: - 22.7 % in Court of First Instance, - 12.6 % in Court of Appeal and - 28.2 % in the Court of Cassation. These data enable the total duration of criminal proceedings to be estimated at less than 1000 days.

The decrease in disposition time is accompanied by the simultaneous reduction in the number of pending proceedings (- 13.1 % in the Court of First Instance, - 6.5 % in the Court of Appeal and - 24 % in the Court of Cassation) due to an increase in definitions (- 12.5 % in the Court of First Instance and - 7 % in the Court of Appeal) (cf. report on statistical monitoring of PNRR indicators - 1st half 2023 of 11 October 2023).

1. *Il principio della ragionevole durata dei processi tra diritto interno e sovrannazionale*

La l. cost. n. 2/1999 ha introdotto nel comma 2 dell'art. 111 Cost. il principio della c.d. "ragionevole durata del processo".

* Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

Nel corso dei lavori parlamentari, sul tema, era stato evidenziato che l'introduzione di tale principio era volto ad immettere il nostro Paese all'interno di uno "spazio giudiziario europeo", avendo anche riguardo alle prerogative fondamentali della persona, nonché a adeguare il nostro ordinamento giuridico, al pari a quelli degli altri paesi europei, conferendo dignità costituzionale ad un principio di civiltà giuridica[1].

Invero, si è osservato che tale principio reca carattere programmatico poiché, pur vincolando il Legislatore, non specifica quali siano le modalità attraverso le quali esso dovrebbe essere attuato in positivo e in negativo. Il rispetto di tale precetto costituzionale si pone sia in funzione di garanzia dell'individuo nei cui confronti è stato instaurato un processo penale ma, al contempo, anche in funzione di garanzia del buon funzionamento della giustizia[2].

Si ha modo quindi di apprezzare come, all'interno di tale disposizione costituzionale, siano state trasposte soltanto talune delle previsioni normative contenute nell'art. 6 CEDU.

Ai tempi, parte della dottrina aveva sottolineato come l'*iter* processuale come congeniato nel nostro ordinamento inevitabilmente comportava dei rallentamenti in ordine alle tempistiche necessarie per giungere ad una decisione. In altre parole, il rispetto delle garanzie processuali e la celerità del processo spesso costituiscono valori non facilmente conciliabili. Dunque, ciò implicava che le garanzie volte ad assicurare un giusto processo dovevano essere predisposte in modo tale da non contraddire il principio della ragionevole durata del processo. In questo senso, occorreva predisporre meccanismi normativi che impedissero l'utilizzo pretestuoso di determinati istituti (uno fra tutti, la prescrizione)[3].

Per meglio comprendere la rilevanza di tale novella legislativa, occorre altresì tenere in considerazione anche l'art. 6, par. 1, CEDU che sancisce il diritto ad un processo equo in virtù del quale ogni individuo ha, tra l'altro, il diritto a che la sua causa venga esaminata entro un termine ragionevole. In sostanza, la disposizione sopramenzionata si propone in materia penale di far sì che l'imputato non rimanga per troppo tempo in balia di un processo penale e che si decida circa la fondatezza o meno della pubblica accusa.

Tale assunto è stato messo in evidenza dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[4].

Ancora, la Corte di Strasburgo si è molto soffermata circa la valutazione del termine ragionevole.

Viene in evidenza la duplice valenza dell'art. 6, par. 1, CEDU, ossia, da un lato, fissa il principio di una buona amministrazione della giustizia oltre che la rapidità dei processi.

Per stabilire se la durata del processo sia stata effettivamente, la Corte di Strasburgo ha dato rilievo a taluni aspetti come, ad esempio, la complessità della causa, la condotta del ricorrente nonché quella dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente[5] .

---

[1] Cfr. Relazione della Prima Commissione Permanente del Senato della Repubblica relativa al disegno di legge costituzionale S. 3619, 12

[2] P. FARRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Questione Giustizia*, 109-110, Franco Angeli, 2000.

[3] V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, 436-437.

[4] Ad esempio, si veda in questo senso la pronuncia Wemhoff c. Germania.

[5] *Ex multis*, si veda in questo senso la pronuncia Neumeister c. Austria. Dalla guida sull'art. 6 della Convenzione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo sono forniti esempi concreti che permettono di ritenere esistenti i profili sopramenzionati. Ad esempio, la complessità del procedimento può discendere anche dal numero dei capi d'accusa e delle persone coinvolte nel procedimento o dalla dimensione internazionale della controversia. Ancora, si deve tenere conto anche del comportamento del ricorrente consistenti in atteggiamenti ostruzionistici che incidono negativamente sull'andamento del processo. Infine, in ordine al comportamento delle autorità competenti, assume rilievo l'organizzazione del sistema giudiziario dello Stato membro interessato.

Infine, è necessario fare riferimento al rimedio interno delineato mediante la c.d. "legge Pinto" (cfr. l. n. 89/2001) che consente di proporre il ricorso dinanzi ad un'autorità giudiziaria interna volto a far valere il diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo.

Tuttavia, tale strumento non ha affatto introdotto alcuna garanzia nei confronti dei cittadini che permettesse di tutelare l'aspirazione di una celere risoluzione delle controversie.

Difatti, la l. 89/2001 si è limitata a delineare un mero sistema indennitario affinché si eviti di adire direttamente la Corte europea dei diritti dell'uomo in maniera tale da deflazionare il contezioso con la Corte EDU scaturente dalla lentezza dei processi. Però, tale soluzione incide negativamente sul sistema della protezione dei diritti a livello internazionale[6].

La Corte di Strasburgo è stata impegnata nell'esame dei casi italiani e, in tali occasioni, è stata denunciata l'inadeguatezza dei meccanismi processuali in ambito penale.

2. *PNRR e riforma della giustizia penale: tra obiettivi di efficienza e competitività del settore giustizia*

Alla luce di quanto sinora premesso, il sistema della giustizia italiana patisce da tempi immemori il problema dell'eccessiva dilatazione dei tempi di celebrazione dei processi.

La riforma della giustizia penale costituisce uno degli obiettivi che il nostro Paese è chiamato a perseguire ai fini dell'attuazione del PNRR.

Per i fini che a noi interessano, la l. 134/2021 ha delegato il Governo ad adottare i provvedimenti legislativi necessari recanti le disposizioni in materia di ufficio per il processo, istituito presso i Tribunali e le Corti d'appello, ai sensi dell'art. 16-*octies* del d.l. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. 221/2012 e delle disposizioni contenute nel d.lgs. 116/2017[7].

---

[6] F. RAIA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2006, 698-699.

[7] Di seguito si riporta per intero l'art. 1, comma 26, l. n. 134/2021: **«**Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti disposizioni in materia di ufficio per il processo, istituito presso i tribunali e le corti d'appello ai sensi dell'articolo 16-octies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e delle disposizioni di cui al decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una compiuta disciplina dell'ufficio per il processo penale negli uffici giudiziari di merito, individuando i requisiti professionali del personale da assegnarvi, facendo riferimento alle figure già previste dalla legge; b) prevedere che all'ufficio per il processo penale negli uffici giudiziari di merito, previa adeguata formazione di carattere teorico-pratico degli addetti alla struttura, siano attribuiti i seguenti compiti:

1) coadiuvare uno o più magistrati e, sotto la direzione e il coordinamento degli stessi, compiere tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte del magistrato, provvedendo, in particolare, allo studio dei fascicoli e alla preparazione dell'udienza, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale e alla predisposizione delle minute dei provvedimenti; 2) prestare assistenza ai fini dell'analisi delle pendenze e dei flussi delle sopravvenienze, del monitoraggio dei procedimenti di data più risalente e della verifica delle comunicazioni e delle notificazioni; 3) incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei precedenti, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità, e con la formazione di una banca dati dell'ufficio giudiziario di riferimento; 4) fornire supporto al magistrato nell'accelerazione dei processi di innovazione tecnologica; c) prevedere che presso la Corte di cassazione siano istituite una o più strutture organizzative denominate «ufficio per il processo penale presso la Corte di cassazione», individuando i requisiti professionali del personale da assegnarvi, facendo riferimento alle figure previste dalla legislazione vigente per le corti d'appello e i tribunali ordinari, in coerenza con la specificità delle funzioni di legittimità della medesima Corte; d) prevedere che all'ufficio per il processo penale presso la Corte di cassazione, sotto la direzione e il coordinamento del Presidente o di uno o più magistrati da lui delegati, previa adeguata formazione di carattere teorico-pratico degli addetti alla struttura, siano attribuiti compiti: 1) di assistenza per l'analisi delle pendenze e dei flussi delle sopravvenienze e per la verifica delle comunicazioni e delle notificazioni; 2) di supporto e contributo ai magistrati nella complessiva gestione dei ricorsi e dei provvedimenti giudiziari, mediante, tra

Tale delega legislativa è stata esercitata mediante l'adozione del d.lgs. 151/2022.

In particolare, l'art. 6 ove vengono pedissequamente definiti i compiti dell'ufficio per il processo penale presso i Tribunali ordinari e le Corti d'appello.

A tale Ufficio compete di «a) coadiuvare uno o più magistrati e, sotto la direzione e il coordinamento degli stessi, compiere tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte del magistrato, provvedendo, in particolare, allo studio dei fascicoli e alla preparazione dell'udienza, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale e alla predisposizione delle bozze dei provvedimenti; b) prestare assistenza ai fini dell'analisi delle pendenze e dei flussi delle sopravvenienze, del monitoraggio dei procedimenti di data più risalente e della verifica delle comunicazioni e delle notificazioni; c) incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei precedenti, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità, e con la formazione di una banca dati dell'ufficio giudiziario di riferimento e d) fornire supporto al magistrato nell'accelerazione dei processi di innovazione tecnologica».

Alcuni osservatori hanno ritenuto che tale ufficio non potesse essere inquadrato né come un organo né come una struttura bensì come un peculiare modo di pensare il rapporto e l'interdipendenza tra i soggetti coinvolti e che realizzano la giurisdizione sotto il profilo dell'offerta dei servizi.

Tale struttura organizzativa si pone certamente nel solco del principio della ragionevole durata del processo poiché, come già sopra evidenziato, l'art. 111 Cost. reca carattere meramente programmatico e il Legislatore non si è preoccupato di preordinare gli appositi strumenti che consentano di dare sostanza a tale principio[8]. Nello specifico, esso è finalizzato a «garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» (art. 16 *octies* del d.l. 179/2012, così come modificato dal d.l. 90/2014).

---

l'altro: 2.1) la compilazione della scheda del ricorso, corredata delle informazioni pertinenti quali la materia, la sintesi dei motivi e l'esistenza di precedenti specifici; 2.2) lo svolgimento dei compiti necessari per l'organizzazione delle udienze e delle camere di consiglio; 2.3) l'assistenza nella fase preliminare dello spoglio dei ricorsi, anche attraverso l'individuazione di tematiche seriali, la selezione dei procedimenti che presentano requisiti di urgenza, la verifica della compiuta indicazione dei dati di cui all'articolo 165-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, la verifica della documentazione inviata dal tribunale del riesame nel caso di ricorso immediato per cassazione; 2.4) lo svolgimento di attività preparatorie relative ai provvedimenti giurisdizionali, quali ricerche di giurisprudenza, di legislazione, di dottrina e di documentazione; 3) di supporto per l'ottimale utilizzo degli strumenti informatici; 4) di ausilio ai fini della formazione del ruolo delle udienze dell'apposita sezione di cui all'articolo 610, comma 1, del codice di procedura penale; 5) di raccolta di materiale e documentazione anche per le attività necessarie per l'inaugurazione dell'anno giudiziario; e) prevedere l'istituzione, presso la Procura generale della Corte di cassazione, di una o più strutture organizzative denominate «ufficio per il processo penale presso la Procura generale della Corte di cassazione», individuando i requisiti professionali del personale da assegnarvi, facendo riferimento alle figure previste dalla legislazione vigente per le corti d'appello e i tribunali ordinari, in coerenza con la specificità delle attribuzioni della Procura generale in materia di intervento dinanzi alla Corte di cassazione; f) prevedere che all'ufficio per il processo penale presso la Procura generale della Corte di cassazione, sotto la direzione e il coordinamento degli avvocati generali e dei magistrati dell'ufficio, previa adeguata formazione di carattere teorico-pratico degli addetti alla struttura, siano attribuiti compiti: 1) di assistenza per l'analisi preliminare dei procedimenti che pervengono per la requisitoria, per la formulazione delle richieste e per il deposito delle memorie dinanzi alle sezioni unite e alle sezioni semplici della Corte; 2) di supporto ai magistrati, comprendenti, tra l'altro, l'attività di ricerca e analisi su precedenti, orientamenti e prassi degli uffici giudiziari di merito che formano oggetto dei ricorsi e di esame delle questioni che possono richiedere l'assegnazione del ricorso alle sezioni unite; 3) di supporto per l'ottimale utilizzo degli strumenti informatici; 4) di raccolta di materiale e documentazione per la predisposizione dell'intervento del Procuratore generale in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario".

[8] R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il Processo e i suoi pilastri*, in *Questione Giustizia*, n.6, 2004, 4.

Lo stesso CSM ha predisposto delle linee guida e ha specificato che a tale struttura nei Tribunali ordinari e nelle Corti d'Appello A tale struttura sono assegnati nei Tribunali ordinari e nelle Corti d'appello: i giudici onorari di pace, i tirocinanti di cui all'art. 16 *octies* del d.l. 179/2012, convertito con modifiche dalla l. n. 221/2012 e poi successivamente modificato dall'art. 50, comma 1, del d.l. 90/2014, a sua volta convertito con modifiche dalla l. 114/2014), ovvero coloro che svolgono lo *stage* ai sensi dell'art. 37, comma 5, del d.l. 98/2011 e coloro che svolgono il tirocinio formativo di cui all'articolo 73 del d.l. 69/2013, nonché il personale amministrativo di cancelleria e i soggetti di cui all'art. 50, comma 1-*bis*, del d.l. 90/2014 possono essere assegnati all'ufficio per il processo, in via prioritaria con funzioni di supporto dei servizi di cancelleria e, infine, gli addetti all'ufficio per il processo di cui agli articoli 11 e seguenti del d.l. 80/2021.

Sempre in tale documento, è posta in evidenza la flessibilità organizzativa qualificata come fisiologica in quanto deve tenersi conto delle caratteristiche dei singoli uffici giudiziari e, al contempo, favorire la definizione di modelli organizzativi efficaci dato che il personale dell'Ufficio per il Processo deve prestare la propria attività lavorativa in modo esclusivo per la riduzione dell'arretrato. In tale contesto, assurge un ruolo imprescindibile per il corretto funzionamento della struttura di cui si discorre il coordinamento della medesima spettante ai presidenti di sezione o, in caso di motivata impossibilità di questi ultimi, i giudici delegati ai compiti di coordinamento e di controllo dell'Ufficio.

Per l'appunto, spetta proprio al coordinatore la verifica dell'impiego produttivo delle risorse impiegate nella specifica sezione e la predisposizione di forme di flessibilità organizzativa in modo tale che ciascuno addetto possa essere impiegato al pieno delle sue potenzialità.

In definitiva, lo stesso organo di autogoverno della magistratura sottolinea la priorità e l'essenzialità della specializzazione degli addetti all'Ufficio per il Processo in relazione al perseguimento degli obiettivi previsti nel PNRR in tema di riduzione dell'arretrato e del *disposition time* avendo comunque attenzione alla qualità della giurisdizione[9].

L'operatività della figura dell'addetto all'Ufficio per il Processo, rivitalizzata con il PNRR permette di cogliere l'occasione quasi irripetibile di eliminazione o, quantomeno, di riduzione dell'arretrato che attanaglia la giustizia italiana poiché la permanenza di tale situazione incide negativamente sulla qualità del servizio reso agli utenti e sull'immagine stessa della magistratura vista in affanno a fronte dell'imponente mole di procedimenti iscritti nel ruolo di ciascun giudice.

3. *Ufficio per il Processo: impatto positivo per la tutela dei diritti?*

Alla luce dei dati emersi dai monitoraggi effettuati per l'anno 2022, riguardanti l'attività dell'Ufficio, l'apporto dell'addetto per l'Ufficio per il Processo aveva già inciso positivamente sotto diversi profili in ordine all'ufficio giudiziario in cui è stato impiegato.

La maggior parte degli uffici avevano evidenziato la rilevante utilità di tale figura in termini di velocizzazione dei tempi di redazione dei provvedimenti, di riduzione dell'arretrato, maggior speditezza dei procedimenti e di aumento di produzione di provvedimenti giurisdizionali (specie quelli aventi carattere seriale o, comunque, più semplici) così da impattare favorevolmente sull'efficienza organizzativa dell'ufficio giudiziario di riferimento.

[9] Cfr. *Linee guida per l'Ufficio per il Processo* ex art. 50 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) ed ex art. 11 del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113) adottate con delibera del Plenum in data 13 ottobre 2021 e consultabili al sito web del CSM.

Inoltre, si è realizzato un vero e proprio raccordo tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa così da meglio seguire l'attività istruttoria e decisoria ma anche quelle connesse all'udienza.

Invero, tale trend positivo è rilevabile anche nell'anno 2023 poiché nella relazione di monitoraggio statistico degli indicatori del PNRR del primo semestre, per il settore penale, si è constatato un netto miglioramento del *disposition time* rispetto alle baseline 2019 pari a 1.392 giorni (- 29%) nonché rispetto ai dati relativi all'anno 2022 (-17,5%) ravvisabile in tutti gli uffici giudiziari (per l'appunto, nell'anno 2019, la durata totale dei processi penali si attestava in media a 1.392 giorni; nell'anno 2022, tale durata si è ridotta a 1.253 giorni ed, infine, nel primo semestre del 2023, essa si attesta a 929 giorni. La riduzione del *disposition time* ha interessato l'81% dei Tribunali (114 su 140) e il 79% delle Corti d'Appello (23 su 29).

Tale aumento di definizioni si è accompagnato ad una riduzione delle pendenze (il 74% dei Tribunali e il 62% delle Corti d'Appello).

Secondo il Ministero della Giustizia, tale tendenza si pone in linea rispetto al raggiungimento degli obiettivi concordati in sede europea ossia la riduzione del 25% della durata dei processi penali entro il 30 giugno 2026[10].

In attesa della pubblicazione dei dati attinenti all'ultimo trimestre dell'anno 2023, è possibile asserire che il sostegno fornito dalle strutture organizzative denominate "Ufficio per il Processo" dislocate nei vari uffici giudiziari ha, nella maggior parte dei casi, ha contributo seppur parzialmente ad ancorare l'attività giurisdizionale ad assicurare il principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost.

Nondimeno, non mancano certo le storture riscontrabili in svariati uffici giudiziari come, ad esempio, l'impiego di tali addetti al fine di colmare vuoti di organico nei vari uffici dei Tribunali e delle Corti d'Appello e, dunque, in ambiti che nulla hanno a che vedere con il perseguimento degli obiettivi fissati nel PNRR giustizia.

[10] I dati menzionati nel presente paragrafo sono consultabili al sito web del Ministero della giustizia, 11 ottobre 2023.

EVELINA CATALDO[*]

La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale a sostegno dei diritti fondamentali e dei nuovi diritti del penitenziario[**]

SOMMARIO: 1. Crisi del paradigma sociale e crisi della politica. – 2. La sostituzione delle categorie delle classi sociali con quelle culturali e l'avvento dei nuovi diritti nel panorama della globalizzazione. – 3. L'insussistenza dei nuovi diritti senza la garanzia di quelli fondamentali. – 4. Il vecchio diritto dello spazio vitale nel sistema penitenziario italiano e i nuovi diritti all'affettività sanciti dalla Corte costituzionale con sentenza 10/2024, a riconferma del problema del sovraffollamento. – 5. Le istituzioni possono re-istituirsi attraverso conflitto e contraddizione. – 6. Le contaminazioni sul tema dei colloqui affettivi tra le varie Corti europee spingono verso una politica dei diritti umani e a una sua funzione di collante tra mappature locali e globali.

ABSTRACT: ***A sociological approach about the conflict is emerging in societies characterized by crisis and it refers us as a scenario of uncertain democracy. Social changes move at a different speed compared to the normative power of rights, generating a constant crisis. Conflict pervades rights, power and institutions. Institutions are increasingly fragile compared to the rights power. The analysis of the Prison's Administration and the failure to realize the fundamental rights of prisoners regarding the living space allows us to also address the issue of the new rights. The new right of affectivity, approuved by the Italian Constitutional Court with sentence number 10/2024 – affirming as illegal part of the article 18 of the Law n. 354/75 which prohibited intimate meetings - poses an essential question: How is it possible conceiving a new right without having guaranteed the main right of human dignity? Are compensatory remedies enough to balance the procrastination of overcrowding and inhumane and degrading treatment?***

1. *Crisi del paradigma sociale e crisi della politica*

Il tema dal titolo *I nuovi diritti e nuove tecniche di tutela della persona in tempo di crisi* si presenta come un argomento dal forte impatto sociale e politico.

Seguendo una prospettiva prettamente giuridica, possiamo affermare che i diritti prevedono un sistema di tutela intrinseco, viste le garanzie propriamente riconosciute dal sistema normante, tutela tanto più evidente quanto più ci si riferisca a diritti fondamentali della Carta costituzionale.

Gli strumenti e le prospettive del solo ambito giuridico non appaiono sufficienti per una disamina compiuta sull'argomento, occorrendo, a tal riguardo, una pronta analisi sociologica.

Questa scelta è dettata dalla necessità di dover confrontare i nuovi diritti con quelli fondamentali, dovendoli esaminare alla luce delle dinamiche del mutamento culturale e dei prospettati condizionamenti interdisciplinari. Al Comitato scientifico dell'Università Kore di Enna, ho avanzato la proposta di partire da una premessa irrinunciabile, ovvero dal riconoscere che si assiste da tempo a una condizione generale di crisi della politica. Gli effetti delle crisi della politica si riversano anche nelle istituzioni e nelle società che, in modi diversi, mostrano costanti tracce del conflitto. Lo scenario è una società dell'incertezza[1] simbolicamente e altrimenti definita come

[*] Dottoranda in Scienze Giuridiche e Politiche, Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi".

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] S. VECA, *Dell'incertezza, tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli Editore, Milano, 2021, affronta l'importanza di linguaggio, traduzione, interpretazione e comunicazione. Schematizza nelle sue riflessioni i passaggi dal capire ciò che è, da ciò che vale, (diritti umani, il liberalismo politico, libertà, giustizia e tolleranza), da ciò che siamo e infine, da ciò

liquida[2], del rischio[3], senza vincoli[4], la quale, come supposto, fa emergere le sue dirette conseguenze sia nei contesti politici che in quelli istituzionali.

Un primo e interessante indizio si ritrova nella crisi del paradigma del sociale[5], intravisto come risultato dell'avvento del mercato e della globalizzazione, nell'emersione di un'economia che si sta sostituendo sempre più al discorso della politica.

Assistiamo alla disgregazione delle categorie sociali osservando la loro sostituzione con le categorie culturali[6]. Questo cambiamento di posizione sta determinando la perdita del campo sociale come oggetto di studio privilegiato della scienza sociale. "Nuove" categorie di tipo culturale si mostrano attraverso altri tipi di interazione, anche di tipo simbolico, e i loro linguaggi e modelli comunicativi si trasformano in continuazione. Per tale ragione, risulta molto difficile sia interpretare in maniera complessiva questi cambiamenti, che ricostruire puntualmente gli effetti che si sono o si stanno determinando in quel dato momento storico.

In un'analisi storiografica[7] di lungo respiro, in cui viene affrontato l'avvento del liberismo, si può osservare il collegamento tra l'instaurarsi di regimi autoritari in assenza di meccanismi di regolamentazione da parte dello Stato. Oggi, allo stesso modo, l'incessante dinamismo economico spinto dagli effetti della globalizzazione, ha cancellato l'interdipendenza tra settori e attori sociali, e di fatto, ci sta mettendo di fronte a grandi interrogativi rispetto ai cambiamenti in atto e a quelli che potrebbero generarsi come modelli regressivi.

"(…) È il declino del sociale a provocare, allo stesso tempo, la crescita di violenza e il ricorso al soggetto personale. (…) L'invasione del campo sociale da parte di forze impersonali (…) potrà essere combattuta solo facendo ricorso a princìpi di azione che (…) chiamino in causa quelli che definiamo diritti umani[8]*."*

Anche il declino degli stati nazionali, ci fa prendere atto della mancata realizzazione della comunità europea secondo le prospettive indicate da uno dei suoi fondatori, Jacques Delors. A tal riguardo, solo uno Stato di europei legato da una politica internazionale comune avrebbe potuto compiersi come *modello sociale europeo*[9]*.*

---

che esprimiamo e da come lo comunichiamo. La capacità di comunicare agli altri in maniera adeguata e giusta apre a un nuovo spazio del riconoscimento tra il sé e il noi.

[2] Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Editori Laterza, Bari, 2002, affronta la società liquida come risposta della crisi della politica collegando il senso di precarietà e di solitudine del cittadino occidentale alle indeterminatezze e alla perdita della dimensione collettiva.

[3] U. BECK, *La società del rischio*, Carocci editori, Roma, 2013, rappresenta il rischio di società attraversate da modelli in cui le conseguenze delle decisioni assunte, non sono più controllabili.

[4] R. DAHRENDORF, *Libertà attiva, sei lezioni su un mondo instabile*, Editori Laterza, Bari, 2003, nello specifico, definisce l'assenza di "legature", ovvero di vincoli e di legami, come una delle cause dell'instabilità moderna e capace di accentuare anche problemi di ordine e legalità in ambito sociale.

[5] A. TOURAINE, *La globalizzazione e la fine del sociale, per comprendere il mondo contemporaneo*, Il saggiatore, 2008 affronta in maniera complessiva gli effetti della globalizzazione sugli indIvidui ed ha il grande merito di aver reso più chiara la fine del modello sociale e l'avvento di un individuo desocializzato.

[6] Cfr. Per un ulteriore approfondimento sul tramonto del modello sociale e sulla perdita del valore ordinante della categoria del sociale, è possibile fare riferimento al saggio di F. DUBET, *Sociologia dell'esperienza*, a cura di E. Toscano, Mimesis edizioni, 2017

[7] K. POLANYI, La grande trasformazione, le origini economiche e politiche della nostra epoca, Einaudi, 2010, Lo studio analitico di Polanyi traccia uno scenario storico di lungo periodo che parte dai Tudors e dalle enclosures sino ad arrivare all'instaurazione dei regimi autoritari, con un attento sguardo critico sul liberismo e il mercato autoregolantesi.

[8] *Ibid.* nota 5, 28

[9] *Ibid.* nota 5, J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, ed. Laterza, 2011 A seguito della globalizzazione e la crisi degli stati nazionali rappresenta la necessità di espandere la politica fuori da quei confini territoriali, prospettando una "forma transazionale di comunità civica".

2. *La sostituzione delle categorie delle classi sociali con quelle culturali e l'avvento dei nuovi diritti nel panorama della globalizzazione*

Il paradigma sociale è venuto meno e sono decadute le distinzioni di classe, pertanto, si sta consolidando un mondo fondato sulle diversità culturali. Si tratta di uno stato europeo disegnato sulla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali, caratterizzato dalla costante tensione tra indirizzo utilitaristico e universalistico e vede acuiti i sentimenti legati alla paura, alla crisi e alla continua incertezza.

I risvolti di questi sentimenti sono avvertiti a diversi livelli dello scenario che tentiamo di rappresentare: *"(...) quando il legame tra il sistema e l'attore si rompe, quando il senso di una norma per il sistema non corrisponde più a quello che riveste per l'attore." (…) riflette i suoi effetti di disgregazione sia nelle istituzioni che nelle norme*[10]*.*

Nei rapporti internazionali le trame conflittuali che subentrano tra diversi sistemi culturali si presentano nella forma dello scontro di civiltà. (…) L*a cultura e le identità culturali (…) sono alla base dei processi di coesione, disintegrazione e conflittualità che caratterizzano il mondo post guerra fredda*[11]*.*

Il conflitto che va emergendo come aspetto delle società in crisi necessita, quindi, di lenti diverse e sovrapposte per poter essere esaminato nelle sue peculiarità. Può assumere caratteri diversi in base al contesto o al settore cui si riferisce ma conserva anche una positiva funzione istituente, ovvero può costruire con innovazione, senza distruggere l'esistente.

Quello che emerge è un contesto instabile, privo di legami, dove si va affermando l'individuo rispetto al ruolo sociale, il soggetto rispetto all'identità e dove la soggettivazione rende ognuno attore di sé stesso;" *esseri culturali per resistere alla commercializzazione di tutti gli aspetti dell'esistenza*[12]."

Questo mutamento crea difficoltà anche nel mantenimento dell'ordine e della legalità in quanto i soggetti sono disuniti rispetto ai legami e ai vincoli. Una condizione che, a livello generale, si traduce in una democrazia incerta, rappresentata dalla tensione conflittuale che può istituire nuove forme e rappresentazioni del sociale. Le parole di Lefort descrivono questo processo: la "*democrazia come 'regime dell'indeterminazione si istituisce e si mantiene nella dissoluzione dei punti di riferimento certi, inaugurando una storia in cui gli uomini sperimentano (…) il fondamento della relazione dell'uno con l'altro - a ogni livello della vita sociale*[13]'".

Senza avere la presunzione di scandagliare ogni aspetto della complessità del contesto generale di crisi, è possibile intravedere nell'ambito della materia giuridica la posizione contrastante tra sistemi normativi diversi, tra giurisdizione ed esecuzione, tra profilo pubblico e quello privato. Allo stesso modo, se ci disponiamo con lo sguardo verso gli Stati *nazionali,* possiamo osservare come le guerre siano state mezzo di risoluzione estremo delle controversie; o, nel campo delle dottrine del pensiero politico, l'opposizione possa essere osservata nel confronto tra conservatorismo e progressismo riformista.

Conflitto non significa sempre violenza e violenza non è sinonimo di conflitto.

Il conflitto, a differenza della violenza, non richiama concetti di distruzione e annientamento.

Allo stesso modo, crisi della politica non sta a significare morte o fine di se stessa ma solo un evidente cambiamento di veste.

---

[10] *Ibid.*, nota 5 75-88.

[11] S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, 2010 4.

[12] A. TOURAINE, *La globalizzazione e la fine del sociale, per comprendere il mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, 2008, 139.

[13] C. LEFORT, *Saggi sul politico XIX e XX secolo*, Il Ponte editrice, 2007.

La politica come scienza sociale può riproporsi come effettiva istanza di mediazione e negoziazione dei diversi bisogni della comunità, si pensi al tema dei diritti come possibilità e chances o alle garanzie di eguaglianza o della dignità universale. Di questi tipi di diritti, sempre attuali, Dahrendorf offre una lettura emblematica: "Di tutti i legami che alle opzioni della moderna società economica conferiscono le indispensabili legature, la società di cittadini è la più importante. (…) Le chances di vita hanno senso soltanto quando le opzioni rimangono inserite in coordinate di solidarietà, appartenenza e comunanza. Se la società si disgrega e subentra l'anomia, tutte le possibilità di scelta scompaiono[14]."

La politica può assistere, altresì, a effetti negativi del sociale quando è *"priva di strumenti di immunizzazione* sia riguardo alla condizione di cittadinanza che a un equo funzionamento delle istituzioni rappresentative"[15].

Le società sono quindi pervase dal conflitto e questi moti di scontro diventano elementi pervasivi di diritti, potere e istituzioni pubbliche.

Quando gli sfondi socioculturali si modificano, come sta accadendo, il conflitto può diventare un elemento persistente. Le istituzioni pubbliche, non essendo pronte di fronte ai cambiamenti che si sono prodotti, possono rispondere con sistemi e tecniche di tutela inadeguate agli scopi.

Le istituzioni, forme utili e necessarie per rendere la vita dei consociati equilibrata, stanno pian piano perdendo i loro caratteri di certezza a causa degli effetti della globalizzazione.

Il paradosso esistente tra *vita e forma*[16]*,* si riproduce tanto tra gli esseri umani quanto nelle istituzioni e nei modelli sociali. I conflitti dell'esistenza si fissano nelle forme della relazione, dell'istituzione, dei simboli, nei prodotti economici, e, anche nelle opere d'arte.

"Il mutamento continuo dei contenuti della cultura è l'indice o la conseguenza della infinita fecondità della vita ma anche della contraddizione in cui sta il suo eterno divenire (…)[17]." Il riferimento a Simmel è calzante perché oltre a definire come la vita fluisca e si riproduca instancabilmente in diverse forme, punta l'attenzione sulla sua *trascendenza immanente* ovvero sulla soggettivazione che, di volta in volta, produce per affermarsi. Egli ritrova nel conflitto dell'uomo lo scontro tra normatività sociale e autonomia personale, una tensione decisiva che tiene nello scontro cultura e civilizzazione. "*Il conflitto decisivo che costituisce l'esistenza dell'uomo si forma tra la volontà dell'individuo di autonomia e la normatività sociale che lo tiene legato a vincoli collettivi, a quella civiltà della tecnica, che pone la dicotomia tra Kultur e Zivilisation, inglobandolo all'interno di strutture sociali che mutano con il progredire del tempo storico*"[18].

"In queste istituzioni gli scopi della vita vengono trattati e praticati collettivamente, gli esseri umani in queste istituzioni si orientano a definire certezze su ciò che va fatto e ciò che non va fatto, con lo straordinario guadagno di una stabilizzazione anche della vita interiore, di modo che essi non debbano in ogni circostanza contrapporsi affettivamente o estorcersi decisioni fondamentali"[19].

---

[14] R. DAHRENDORF, *Libertà attiva, sei lezioni su un mondo instabile*. Laterza, 2003, mette in discussione molti impianti certi della modernità, interessante è la libertà che egli intende come esercizio possibile all'interno dell'ambito lavorativo, non come mera libertà dal lavoro. Inoltre, considerando la delinquenza una "forma di individualizzazione del conflitto sociale", vede nell'associazionismo cooperativistico una nuova forma di esercizio dei diritti civici.

[15] R. ESPOSITO, *Communitas, origine e destino della comunità*, Einaudi, 2006, si è soffermato sul concetto di immunità come meccanismo di protezione della comunità ma rappresentando, al contempo, che una protezione eccessiva, rischia di spezzare i legami e i collanti interni ad essa.

[16] Cfr. G. Simmel nell'articolo di Francesco Mora dal titolo «Forme di vita» l'ossimoro di Georg Simmel in IRIS Università Ca' Foscari Gdm 1-2018.

[17] P. JEDLOWSKI, *Il mondo in questione, introduzione alla storia del pensiero sociologic*o, Carocci editore, 107.

[18] Cfr. G. SIMMEL*, La forma della storia*, pres. di G. Cantillo, a cura di F. Desideri, Edizioni 10/17, Salerno 1987. in nota 16.

[19] A. GEHLEN, *Prospettive antropologiche*, Universale Il Mulino, 1987, 97.

Le istituzioni, ancora, possono avere il compito di "neutralizzazione del conflitto"[20] ma "il conflitto può anche rivelarsi (...) strumento di congiunzione di istituzioni, società e politica"[21].

In questa trama di ordine e disordine, libertà e doveri, vecchi e nuovi diritti, si intravede la forma di una vita istituita che non può rimanere sempre tal quale e che, mentre muta, si allinea ai bisogni sociali e alle istanze prevalentemente presenti in un dato momento.

Nel contesto rappresentato, vanno emergendo con una certa velocità anche mutamenti di habitus o status, dinamiche sociali che si esprimono in una democrazia emergente come "un mosaico pieno di dissonanze"[22].

Il contrasto più evidente sussiste nella lentezza di interpretazione e comunicazione normativa. Il potere regolamentare è meno spedito rispetto alla velocità del mutamento sociale, condizionati da una temporalità asimmetrica.

Pensare a un nuovo equilibrio tra potere e interessi, diritto e giustizia sociale, significa accettare l'esistenza di una società dove conflitti e dissonanze possano essere interpretati nel tracciato delle relazioni sociali, economiche e politiche.

Le istituzioni sono i luoghi, le procedure, le prassi entro cui si rapportano potere e conflitto. Istituzione è ciò che garantisce al conflitto politico di continuare a svolgere il proprio ruolo attivo e regolativo all'interno della società[23]*.*

3. *L'insussistenza dei nuovi diritti senza la garanzia di quelli fondamentali*

Nell'ambito delle strutture dei sistemi sociali, i diritti hanno espresso il legame e uno scambio diretto tra il ruolo delle identità e il riconoscimento sociale. Oggi questa relazione è più sfuggente perché, di fronte a categorie sociali ibride, destrutturate e trasformatesi in categorie culturali, ciò che si affaccia sul panorama globale è poco determinabile.

Restano riconosciuti i diritti dei cittadini e della cittadinanza, trama sociologica che richiama l'art.3 della Costituzione italiana. Si tratta della disposizione che coniuga valore formale e sostanziale al principio di eguaglianza, considerato nel rispetto fondamentale della dignità umana. "*Dignità della persona che si coniuga con eguaglianza (...) che oggi non è solo parità di fronte alla legge, divieto di trattamenti discriminatori (art. 3 comma 2 Cost.) ma obiettivo da raggiungere con la rimozione degli ostacoli che generano diversità. (art.3 comma 2 Cost.)"*[24]*.*

L'esercizio dei diritti – sia vecchi che emergenti- vive una stagione di cambiamento continuo che si traduce nella forma di istituzioni che appaiono deboli, poco dialoganti in relazione al potere normativo.

La carenza di esercizio del dialogo tra i diversi organismi o sistemi normativi ha creato difficoltà di lettura e interpretazione dei diritti ma anche carenze applicative. Ciò apre a costanti richieste di intervento da parte della Consulta, e anche, delle Corti europee.

L'esempio su cui ho posto l'attenzione è la crisi dell'istituzione penitenziaria italiana, tra disconoscimento della dignità umana e i nuovi diritti dell'affettività.

La Costituzione repubblicana prevede all'art. 27, comma 3, che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

---

[20] R. ESPOSITO, *Dieci pensieri sulla politica*, Il Mulino, 2011.

[21] R. ESPOSITO, *Istituzione*, Il Mulino, 2021, 58.

[22] S. VECA, *Il mosaico della libertà, democrazia, libertà e spazio pubblico*, Pandora Rivista, 2022, vede la vita democratica come una forma di tessere ovvero strutture storicamente situate che ospitano forme (istituzioni, procedure elettorali, governi) ma nella sua idea lo spazio pubblico (spazio delle varietà sociali) e la libertà democratica rappresentano gli elementi necessari per realizzare un giusto governo.

[23] *Ibid.* nota 21, 61.

[24] L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione, la nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012.

É un chiaro indirizzo di portata generale. Significa che tutte le istituzioni deputate a tale scopo devono conformarvisi.

È un principio fondante che si innesta nella legge penitenziaria n. 354 del 1975, disegnata nel rispetto del principio di umanizzazione della pena e di risocializzazione dei condannati.

Dopo anni di detenzioni illegali rispetto a tale principio, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, ovvero per aver attuato un trattamento disumano e degradante nei confronti delle persone detenute. Tale violazione è stata causata da un sovraffollamento divenuto sistemico e strutturale.

Il forte ancoraggio alla carcerazione e a principi della sicurezza ha reso visibile la fragilità degli scopi fondamentali della Carta, i c.d. vecchi diritti, diritti fondamentali ancora non pienamente riconosciuti erga omnes.

4. *Il vecchio diritto dello spazio vitale nel sistema penitenziario italiano e i nuovi diritti all'affettività sanciti dalla Corte costituzionale con sentenza 10/2024 a riconferma del problema del sovraffollamento*

La sentenza "Torreggiani", emessa dalla Corte Edu nel 2013 ha segnato una cesura importante riconoscendo nella violazione dell'art.3 della Convezione europea dei diritti dell'uomo, il trattamento inumano e degradante nei riguardi delle persone detenute.

Il sovraffollamento, come sofferenza aggiuntiva rispetto alla condanna della limitazione della libertà personale, ha attivato meccanismi di rimedi risarcitori alla violazione dei diritti umani.

In particolare, ha dato avvio alla tecnica di tutela del reclamo giurisdizionalizzato previsto all'art.35 ter O.P. La possibilità di proporre reclamo attraverso il ricorso alla magistratura di sorveglianza ha visto spesso intimata l'Amministrazione penitenziaria nell'assumere le opportune iniziative per far cessare lo stato di illegalità. La liberazione anticipata speciale e il risarcimento economico sono divenuti gli strumenti riconosciuti per sanare il sovraffollamento diffuso nei penitenziari italiani.

Alla fine del 2013, è stata prevista stabilmente la figura del Garante nazionale delle persone detenute. Ciò nonostante, la situazione dell'esecuzione penale ha continuato a vivere un periodo di forte criticità. Il problema degli spazi, individuali e collettivi, rappresenta una questione fondamentale in un contesto limitato e protetto come il carcere. Uno spazio congruo e dignitoso riconosce dignità della persona e consente la partecipazione del condannato alle funzioni rieducative della pena.

Il caso *Torreggiani* esprime una linea intransigente da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia sul problema del sovraffollamento delle carceri e, più in generale, della condizione penitenziaria[25].

In questi casi, coloro che si sono fatti assistere da un legale sono riusciti a vedersi riconosciuto un equo indennizzo pecuniario per il danno patito. La Presidenza della Repubblica, allora incarnata da Giorgio Napolitano, in data 8/10/2013 aveva inviato un messaggio alle Camere in ordine alla questione del sovraffollamento carcerario. Il Presidente aveva rammentato il termine di un anno per risolvere l'emergenza. Aveva considerato" *mortificante conferma la perdurante incapacità del nostro Stato a garantire i diritti elementari dei reclusi in attesa di giudizio e in esecuzione di pena e nello stesso tempo una sollecitazione pressante da parte della Corte a imboccare una strada efficace per il superamento di tale ingiustificabile stato di cose"*[26].

[25] P. DE STEFANI, La *sentenza Torreggiani: una sentenza pilota contro il sovraffollamento delle carceri italiane,* in *Human Rights Academic Voice*, 2013.

[26] Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulle condizioni delle carceri italiane.

Inoltre, veniva evidenziato come i meccanismi della giurisdizione della magistratura di sorveglianza "pur prevedendo la tutela dei diritti in sede di reclamo giurisdizionale, rimanesse pur sempre priva di qualsivoglia meccanismo di esecuzione forzata, finendo per generare quei fenomeni di ineffettività della tutela che sono la negazione del concetto stesso di giurisdizione"[27].

5. *Le istituzioni possono re-istituirsi attraverso conflitto e contraddizione*

La riflessione posta in risalto è la seguente: "E' lecito che un'Amministrazione pubblica rimedi successivamente alla mancata attuazione di principi costituzionali, di leggi e di tutela dei diritti umani? Ha senso parlare di nuovi diritti di affettività in relazione a un'istituzione ancora incurante della tutela di quelli fondamentali, come lo spazio vitale? L'esercizio di un nuovo diritto come l'affettività nei penitenziari può sollecitare alla celere dotazione di spazi dignitosi di convivenza? E la rieducazione, diritto fondamentale, è possibile senza un adeguato spazio sociale?"

Queste domande devono essere lette insieme. Nella loro complessità ci offrono una risposta chiara ovvero che i diritti fondamentali, meglio definiti come diritti umani, devono essere sempre garantiti pena l'inutilità nel definirne o esercitarne di nuovi.

Il 31 gennaio 2024 è stata pubblicata la decisione assunta dalla Corte costituzionale italiana con sentenza n.10/2024 del 6 dicembre 2023 sul tema dell'affettività delle persone recluse. Richiamando altre Corti europee, in particolare - Corte EDU, grande camera, sentenza 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito, poi Corte EDU, sentenze 7 luglio 2022, Chocholáč contro Slovacchia, e 1° luglio 2021, Lesław Wójcik contro Polonia – la Corte costituzionale italiana ha riconosciuto l'illegittimità dell'art.18 della l.354/75 nella parte in cui ha escluso possibilità di incontri intimi tra condannato e la persona a cui lo stesso sia legato affettivamente. Pur stabilendo un giusto bilanciamento tra interessi pubblici e privati in gioco, il nuovo diritto all'affettività viene affermato rispetto a principi fondamentali, quali quello della genitorialità, del divieto di trattamento inumano e degradante (artt. 3 e 8 CEDU) e l'art. 27, comma 3, e l'art. 13, comma 1, della Costituzione italiana[28].

(…) "*Una contraddizione entro la Costituzione italiana che in Italia è rimasta latente per decenni e che oggi appare esplosiva è la contraddizione tra cittadinanza e diritti umani"*[29]**.**

La questione penitenziaria ci richiama ai diritti del condannato; egli non perde quelli fondamentali di cittadino, vedendo compresso, e per il solo tempo della condanna, lo spazio in cui può agire la propria libertà personale.

Attraverso il lemma utilizzato da Roberto Esposito di *vitam instituere* e quello di *diritto vivente* possiamo riconoscere l'esistenza di un rapporto complesso tra vita e diritto e la necessità di riconsiderare le istanze sociali trasposte nei diritti costituzionali, essendo essi già transitati "dall'individuo alla persona, dal soggetto di diritto al soggetto di carne e consentono di dare progressivamente rilievo al destino di socializzazione della persona"[30].

I soggetti riaffermano l'importanza di collegarsi a reti sociali per evitare che le criticità si traducano in disequilibri, capaci, a loro volta, di mettere a rischio valori universalmente riconosciuti.

---

[27] S. BUZZELLI, *Il carcere tra eccessi e vuoti: troppe risposte, nessuna risposta*, lezione del 18/3/2013 c/o Università degli studi di Bologna.

[28] Sentenza Corte costituzionale n. 10/24 del 6 dicembre 2023, depositata in cancelleria il 26 gennaio 2024

[29] G.U. RESCIGNO, *La Costituzione come garanzia,* in *Osservatorio sulle fonti*, fasc.3/2018 Cfr. Rescigno rappresenta la globalizzazione come fenomeno mondiale che ha condizionato l'economia e i cui effetti si sono rivelati anche nelle Costituzioni. L'economia e il rapporto tra stati, a suo dire sono gli elementi che determinano gli scollamenti dai diritti costituzionali.

[30] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza Bari, 2012.

"Il soggetto è ciò che unisce il mondo e l'identità al suo contesto sociale, ciò che mantiene un legame tra il dentro e il fuori, ciò che articola l'appartenenza culturale e la partecipazione alla vita generale della società"[31].

6. *Le contaminazioni sul tema dei colloqui affettivi tra le varie Corti europee spingono verso una politica dei diritti umani e a una sua funzione di collante tra mappature locali e globali*

È chiaro che se da un lato non si può disconoscere il valore della gerarchia delle fonti del diritto, dall'altra, appare sempre più ovvia l'idea di un naturale condizionamento culturale tra le Corti, compartecipative al richiamo della garanzia dei diritti fondamentali e dei soggetti che ne hanno messe in moto le richiamate esigenze.

Riconoscere il valore delle Costituzioni e dei diritti originari, della contaminazione tra le Corti, e delle istituzioni che si re-istituiscono come frutto di un determinato sviluppo storico, significa favorire la negoziazione in ordine ai vari sistemi normativi.

Ciò consente di raggiungere un compromesso simbolico e costruttivo tra diritto fondamentale e nuovi diritti ma il valore da imprimere alla crisi della politica può essere rimesso in gioco attraverso la facoltà di esercizio della libertà attiva, riconosciuta come legante tra comunità locali e globali. Solo questo movimento può ricreare il valore dell'appartenenza e della legittimazione sociale verso la pace, nel riconoscimento delle culture e nella politica dei diritti umani.

[31] M. WIEVIORKA, *La différence*, Editions Balland, 2001, 194.

ALICE PEPI*

Tra fiaba e tragedia: avanzata populista, retribuzione e pena di morte**

ABSTRACT: ***In a scenario in which the advance of populist parties suggests changes in penal policies, it is appropriate to return to the issue of the death penalty and the question of the retributive conception of punishment. In a context in which, for electoral purposes, populist drifts use and instrumentalise the simplistic effects of imagining a "society without the offender", a legal investigation oriented by the Law and Literature method can open up unexplored horizons that do not stop at the didactic-descriptive dimension of events, but widen to a reflection on the ethical-didactic dimension.***

In particular, worthy of investigation is an analysis that takes into due consideration the differences in purpose with which, through different schemes, fairy tale and tragedy give rise to a fictitious reality while contributing to the emergence of an alternative world of values that only apparently overlaps with the real world: if, in order to provide children with the fundamentals of moral education, the "fairy tale jurisprudence" is constructed with a deliberately bare representation of reality and centred on the idea that virtue is always rewarded and vice always punished, the political pedagogy of a work such as Antigone is useful in building in the readers of all times more sophisticated interpretative structures in which, regardless of its physical elimination, the true victor can be an unjustly executed transgressor capable of reincarnating into new subjects, in defence of new rights and against the arrogance of new powers.

In uno scenario in cui l'avanzata dei partiti populisti lascia immaginare cambiamenti nelle politiche penali, la scelta con cui la Corte suprema ha di recente confermato la legittimità dell'esecuzione per inalazione di azoto impone di tornare a riflettere sul tema della pena di morte e, più in generale, sulla questione della concezione retributiva della pena.

Più precisamente, in ragione di un filo conduttore che lega populismo, eguaglianza e teoria della giustizia, il successo di alcune compagini politiche lascia intravedere un possibile ritorno ad antiche concezioni legalitarie: per un verso – per usare una prima e più diffusa accezione di formalismo giuridico – quella secondo cui l'"atto giusto è quello conforme alla legge"; per un altro – per fare riferimento alla formula con cui Norberto Bobbio definisce il "formalismo etico" – quella secondo cui "buono è l'atto compiuto per adempiere alla legge, cattivo quello compiuto per trasgredirla"[1]. Corollario di questo arcaico armamentario concettuale è anche la concezione retributiva della pena secondo cui, a fronte di certi crimini efferati, il valore dell'uguaglianza sembrerebbe completamente rispettato dall'esecuzione della pena capitale e l'eliminazione fisica del reo apparirebbe come realizzazione agognata di una giustizia vendicativa, ispirata dal desiderio di creare un mondo giusto.

In una evoluzione attuale del tema della pena di morte, che a suo fondamento pone il miglioramento della società, le logiche e le origini della lotta tutta hobbesiana tra "*auctoritas*" e "*veritas*" e della giustizia retributiva sono da ricercare, attraverso un gioco di prospettive, nella tragedia greca e nella fiaba.

---

* Borsista di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, Milano 1977, 80-81.

Antigone disobbedisce al potere, vuole seppellire il fratello Polinice, contro il volere di Creonte (che ordina che il corpo del traditore Polinice venga dato in pasto alle fiere proclamando la ragion di stato e l'ordine che garantisce la sopravvivenza dello Stato) e si colloca dalla stessa parte della dignità umana contro la ragion di Stato, sulla soglia non superabile dal diritto e dal potere di punire, quella kantianamente intesa della non riduzione della persona a cosa[2].

Attraverso schemi diversi, la tragedia greca e la fiaba rappresentano rispettivamente la creazione di una realtà alternativa e di una realtà fittizia che contribuiscono in ugual misura alla nascita di un mondo valoriale.

La maschera del teatro, la conformazione architettonica stessa del teatro greco che ingloba il suo pubblico al suo interno e la luce chiara del giorno, volutamente utilizzata per fornire una durata del tempo scenico quanto più possibile aderente al tempo reale, sono ad esempio tutti elementi di una nuova realtà in cui si muovono attori e macchine teatrali.

In questa nuova dimensione, formata dal piano della vita e dal piano del teatro, si formano gli uomini che concepiscono l'atto di partecipare all'evento teatrale non come semplice intrattenimento ma come fatto religioso, politico e agonistico che, dal rapporto tra individuo e comunità che è alla base del teatro greco, trae la sua principale funzione educativa.

E se il "C'era una volta" delle fiabe, potrebbe sembrare meno incisivo del teatro dei Greci del V secolo, e il fatto che" Non esiste nessuna infanzia senza fata" sembra inneggiare soltanto a retaggi infantili, è proprio la formula del "C'era una volta" che consente l'ingresso in un mondo di fantasia e che l'interlocutore abbassi la guardia e resti quasi incantato, sia che esso sia un bambino dalla mente sicuramente più impressionabile o un adulto che, anche se impoverito spiritualmente, è a partire dalla sua infanzia, dotata ancora di fate e pensiero magico, che anela il lieto fine e potrebbe emulare le gesta dell'eroe fiabesco[3].

Anche il romanzo moderno, d'altra parte, come la tragedia greca, scrive Joseph Campbell nella sua opera "L'eroe dai mille volti" "celebra i misteri del disgregamento dell'anima"[4], ma è sulla fiaba e sul suo schema fisso, descritto da Vladimir Propp nel suo saggio "Morfologia della fiaba" che le azioni dell'eroe si compiono, secondo uno specifico schema, nel quale un iniziale equilibrio viene letteralmente spezzato da un momento di rottura cui seguiranno le azioni dell'eroe tese al ristabilimento dell'equilibrio[5].

Ristabilire l'equilibrio è nelle fiabe spesso, un risultato ottenuto tramite il meccanismo della giustizia retributiva, mediante assoluti morali e un sistema di ricompense e punizioni che premiano il buono e riservano al malvagio esattamente quello che merita, consegnando al bambino un messaggio potente, quello che "i cattivi non solo perdono ma perdono alla grande" e che fonda le sue ragioni d'essere in una punizione vendicativa[6].

Il perdono è raro nelle fiabe e la vendetta, molto più comune, è poeticamente e crudelmente intimidatoria, la sua esistenza poi quindi la sua legittimazione *ex lege* in un qualsiasi ordinamento di un regno narrato in una fiaba, costringe ad un "buon comportamento" e rafforza l'analogia tra fiabe e legge.

---

[2] P. GONNELLA, *Antigone. Dignità. Rieducazione*, in *Questione Giustizia*, 2/2015, 10 settembre 2023, 85 ss.

[3] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2001/2, 508-511, 524.

[4] J. CAMPBELL, *L'eroe dai mille volti*, Feltrinelli Editore, Milano, 1958, 29.

[5] V. PROPP, *Morfologia della fiaba,* Einaudi, Torino, 1966

[6] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale,* cit., 512-519.

Le fiabe hanno una indubbia valenza normativa e in quanto tali sono legali perché contengono e interiorizzano nei lettori atti e norme di buon comportamento e distinguono, atti legittimi e illegittimi di violenza, per mezzo di processi di condanna o premi[7].

Sicuramente la vecchia strega dei fratelli Grimm in "Hänsel e Gretel" merita la morte in un forno, e i due bambini la redenzione assoluta tramite un'azione, quella di Gretel che getta la strega nel forno esercitando l'esercizio del diritto di difesa, salvandosi insieme al fratello Hänsel, che senza quell'azione, avrebbe subito la stessa fine per mano della strega.

La logica dell'occhio per occhio che è oggettivamente celata nelle situazioni di imminente pericolo per la vita, aleggia in tutte le fiabe e permea il sistema dei valori condivisi in una società[8].

Distinguere il bene dal male nel V secolo, in una foresta della Germania immaginata da scrittori nel 1800 o nell'America liberal-democratica delle derive populiste trumpiane con riferimento al rilancio delle esecuzioni federali avvenuto negli ultimi mesi della sua amministrazione (si ricordi come emblematica l'esecuzione di Lisa Montgomery nel 2020 tra l'altro affetta da un ritardo mentale) non è un'operazione che si può compiere grazie a meccanismi di negazione, del bene e del male (esistono entrambi) e grazie all'umanizzazione della pena capitale (evitando inutili sofferenze). Ciò che nelle fiabe è crudele è anche molto chiaro e per questo perfettamente intellegibile, non passa dalla redenzione dell'eroe o dalla comprensione o *pietas* per il cattivo, l'eroe è già salvo perché è nel giusto mentre il cattivo ha quello che si merita[9] e la differenza tra lotta per la giustizia seguendo le leggi di natura e l'ordine costituito dalle leggi positive è in uno scenario così chiaro come quello della fiaba, poco rappresentato ma tutto implicito al suo interno.

Antigone e Creonte nelle fiabe, esistono ma si scontrano, ognuno con una *auctoritas* e una *veritas* che al di là di ogni confronto tra il diritto positivo e il diritto naturale, sia in termini di efficacia (il diritto naturale non ha l'attributo dell'efficacia che invece ha il diritto positivo) che in termini di scopo, (il diritto naturale al contrario del diritto positivo non garantisce né la pace, né la sicurezza) attiene a ciò che è giusto e ingiusto, nella prospettiva che solo il vero male è colpevole.

In questa particolare ottica, nella fiaba, a differenza della tragedia greca, non c'è universalizzazione del senso di colpa (come ad esempio in Antigone che è destinata a perdere nei tempi brevi, le tante Antigone vengono infatti sconfitte dai diversi Creonte ma, *ex malo bonum*, nei tempi lunghi vincono, perché Antigone rinasce e si incarna in nuovi soggetti, in difesa di nuovi diritti contro l'arroganza di nuovi poteri)[10] e la giurisprudenza fiabesca[11] si basa sul fatto che la virtù venga sempre ricompensata e il vizio sempre punito[12], diventando questo specifico assunto, il metro del giudizio morale che chi legge la fiaba è capace di esprimere.

Le derive populistiche che utilizzano e strumentalizzano gli effetti semplicistici dell'immaginazione di una società senza il reo per ottenere ritorni elettorali e che, sul piano delle politiche criminali, portano ad una mitizzazione di un diritto penale che possa realizzare

[7] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale,* cit., 511 e ss.

[8] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale,* cit., 513 e ss.

[9] K. J. ROBERTS,, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, cit., 513-514.

[10] L FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in Giustizia Civile, 2/2014, 24 agosto 2023, 27 e ss.

[11] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, cit., 509 e ss.

[12] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, cit., 512-513.

l'interesse collettivo ad ogni costo utilizzando processi sommari, trattamenti inumani e la deterrenza della morte, sono molto lontane dal mondo fiabesco.

Il ritorno al passato sul tema della pena di morte (basti pensare a Victor Orbàn che nel 2015 si schierò in favore della pena di morte, così come al primo ministro polacco Morawiecki che si dichiarò favorevole, come il suo esecutivo, alla pena di morte per i crimini più brutali), non è un nostalgico revival dei meccanismi della fiaba.

La fiaba possiede delle regole che servono agli obiettivi tematici del racconto e il modello dei fatti, spesso volutamente scarso, così come la forte caratterizzazione dei personaggi che vengono nominati solo in relazione al protagonista[13], non sono facili schemi atti ad evidenziare tautologie dalle quali trarre riduzioni sempliciste della realtà che legittimino la brutalità delle pene ma, elementi potenti, per la creazione di uno strumento educativo e di un significato comune che nasce tra la fiaba e i suo lettori, in un rapporto di fiducia e di responsabilità che mentre cresce alimenta effetti persuasivi e di controllo sociale[14].

Anche la tragedia greca come pedagogia politica con al centro la polis, così come riferisce Gustavo Zagrebelsky, non è uno "spettacolo per accarezzare il potere individuale ma rito e investimento della città per ottenere effetti catartici e di redenzione degli incubi collettivi"[15].

La parola che può trasformarsi in atto, comune alla tragedia greca con la sua funzione pedagogica ufficiale e alla fiaba come strumento educativo, costringe a non dare per scontato il mondo che vediamo, sia esso rappresentato, letto o vissuto, e a non accontentarsi dell'interpretazione di fiabe, tragedie o fatti di attualità in senso didascalico-descrittivo ma ad allargare l'orizzonte didascalico-etico comprendendo un luogo che, come Aristotele afferma riferendolo alla tragedia, (che considera come più filosofica della storia) consenta una conoscenza più profonda che trascenda il particolare per attingere all'universale e che "mediante pietà e terrore produce la purificazione di siffatte passioni"[16].

[13] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, cit., 519-525.

[14] K. J. ROBERTS, *Once Upon the Bench: Rule Under the Fairy Tale*, cit., 504-506.

[15] G. ZAGREBELSKY, *Antigone fra diritto e politica*, in *Associazione per gli studî e ricerche parlamentari*, Quad. n. 13, Torino, Giappichelli, 2003, 3 ss.

[16] D. DEL CORNO, *Letteratura greca*, Principato, Milano, 1995, 177.

GAETANO CALCAGNO*

La tutela della persona in tempi di crisi: lo status di vittima nella Convenzione di Lubiana-L'Aja sui crimini internazionali**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Genesi, evoluzione e definizione del concetto di vittima nel diritto penale internazionale. – 3. La tutela della vittima nello Statuto della Corte penale internazionale. – 4. La tutela della vittima nella Convenzione di Lubiana-L'Aja sui crimini internazionali. – 5. La tutela della vittima nel diritto dell'Unione europea. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: ***The paper focuses on the Ljubljana-The Hauge Convention, also known as the MLA Convention, which was adopted at the outcome of the Ljubljana-The Hague conference on May 26, 2023. This tool is primarily intended for all states as a practical means to strengthen their capacity to investigate and prosecute international crimes. It is composed of VII chapters and 87 articles, and it aims to identify central cooperation bodies, definitions and status of victims, witnesses, experts and other persons, international legal assistance and extradition procedures, transfer of convicts and dispute resolution procedures.***

1. *Introduzione*

Nel corso degli ultimi decenni si è assistita ad una poderosa ridefinizione dei meccanismi preposti alla salvaguardia effettiva dei diritti e al susseguirsi di innumerevoli strumenti di tutela della persona su un piano nazionale ed internazionale. È proprio il secondo, quello più ampio, il livello che merita di essere approfondito, perché è riuscito a predisporre strumenti finalizzati a promuovere la tutela dei diritti riconosciuti dalle tante Carte internazionali, a cominciare dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo* delle Nazioni Unite.

Uno strumento recente in grado di incidere significativamente sulla tutela della persona in tempi di crisi è la *Convenzione sulla cooperazione internazionale nelle indagini e nel perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e altri crimini internazionali* (o Convenzione MLA), adottata all'esito della conferenza di Lubiana-L'Aja del 26 maggio 2023. La Convenzione rappresenta un passo importante nella lotta comune contro l'impunità e negli sforzi per ottenere giustizia per le vittime dei crimini più gravi. È composta da VII capitoli e 87 articoli ed è finalizzata ad individuare gli organi centrali di cooperazione, le definizioni e lo *status* delle vittime, dei testimoni, degli esperti e di altre persone, l'assistenza legale internazionale e le procedure di estradizione, nonché il trasferimento dei condannati e le procedure di risoluzione delle controversie.

Recente è anche l'attenzione del diritto internazionale ai diritti delle vittime di crimini internazionali, con un sistema di giustizia penale internazionale che riconosce diritti sostanziali e poteri processuali di notevole importanza. In questo contributo si cercherà di individuare gli strumenti della Convenzione in grado di offrire una maggiore tutela per le vittime di crimini internazionali, nonché di comprenderne la correlazione rispetto allo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia (Spazio LSG).

* Dottorando in Scienze Economiche aziendali e Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore".

** Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

2. *Genesi, evoluzione e definizione del concetto di vittima nel diritto internazionale penale*

Le vittime di crimini internazionali cominciano ad ottenere una particolare attenzione nel diritto internazionale nella seconda metà del secolo scorso.

Il primo strumento che merita di essere richiamato in questo breve *excursus* storico è la Risoluzione dell'Assemblea Generale 40/34, adottata dal VII Congresso delle Nazioni Unite sulla criminalità tenutosi a Milano il 29 novembre 1985. Per *vittime*, ai sensi dell'articolo 1 della Dichiarazione, si intendevano le "*persone che, collettivamente o individualmente, siano state danneggiate a livello fisico, mentale, emozionale od economico ed abbiano avuto una sostanziale lesione dei propri diritti fondamentali tramite atti od omissioni che rappresentino violazioni del diritto penale nazionale o di norme internazionalmente riconosciute relative ai diritti umani*".

Seppur non giuridicamente vincolante per gli Stati membri e pur essendo inserita nel quadro delle misure di contrasto alla criminalità, la Risoluzione è importante perché costituisce, sul piano internazionale, uno dei primi riconoscimenti dei diritti delle vittime.

È con il *Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia* (ICTY) e con il *Tribunale penale internazionale per il Ruanda* (ICTR)[1], che i diritti delle vittime cominciano ad ottenere un riconoscimento formale, vincolante e incisivo. Difatti, l'articolo 22 dello Statuto dell'ICTY e l'articolo 21 dello Statuto dell'ICTR, relativi alla "Protezione delle vittime e dei testimoni", demandavano ai Regolamenti di Procedura e Prova (RPP) il compito di individuare, sul piano processuale, delle forme di protezione per le vittime e per i testimoni.

La ragione principale che, nel quadro giuridico dell'ICTY e dell'ICTR, favorirono la previsione di numerose garanzie processuali fu il fatto di non esser stati uno strumento di giustizia "dei vincitori sui vinti", bensì dei Tribunali istituiti con una risoluzione del Consiglio di Sicurezza[2].

Con riferimento alla tutela della vittima, il Regolamento di Procedura e Prova dell'ICTY, a differenza del quadro normativo dell'odierno sistema di giustizia internazionale penale, era molto limitato anche se, rispetto alle esperienze passate, oltre alla *partecipazione*, riconosceva il *diritto alla protezione* e il *diritto alla riparazione*.

[1] Dopo i Tribunali di Norimberga e Tokio, i successivi tribunali penali internazionali furono istituiti solo negli anni Novanta dal Consiglio di Sicurezza: Il *Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia* (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia,* ICTY), previsto dalla risoluzione 827 (1993) del 25 maggio 1993 e con sede a L'Aja nei Paesi Bassi, e il *Tribunale penale internazionale per il Ruanda* (*International Criminal Tribunal for Rwanda,* ICTR), previsto dalla risoluzione 955(1994) dell'8 novembre 1994 e con sede ad Arusha in Tanzania. L'ICTY fu chiamato ad investigare, processare e punire i responsabili dei gravi crimini commessi a partire dal 1991 sul territorio della ex Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia, mentre l'ICTR i gravi crimini commessi nel 1994 in Ruanda e negli Stati limitrofi. I due Tribunali hanno completato il mandato e terminato le attività (l'ICTY nel 2017 e l'ICTR nel 2015) in attuazione della *completion strategy* delineata dal Consiglio sin dal 2003. Le residue funzioni sono ora svolte da un *Meccanismo residuale per i Tribunali penali internazionali* (*International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*, IRMCT), istituito dalla risoluzione 1966 (2010) del 22 dicembre 2010, la cui struttura più snella consente di ridurre i costi di gestione. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di Diritto internazionale*, Terza edizione, Giuffré Francis Lefebvre, 2019, 511-517.

[2] Per Antonio Cassese, primo presidente dell'ICTY, lo sforzo maggiore è stato soprattutto quello di creare una sorta di codice di procedura penale, novità a livello internazionale, tenendo conto di esperienze diverse e fondendo assieme il sistema accusatorio e quello inquisitorio, che implicano una visione del ruolo del magistrato giudicante e del Procuratore molto dissimili. L. ROSSETTO, *Il ruolo della vittima nello scenario della giustizia penale internazionale: aspetti politici, sociali e giuridici*, Acta Histriae, 2004.

Segnatamente, la *rule* 39 prevedeva che il *prosecutor*, in fase d'indagine, doveva assicurare alle vittime e ai testimoni un certo livello di sicurezza e riservatezza idoneo a tutelarle da intimidazioni o pressioni derivanti dalla loro collaborazione. Inoltre, il Regolamento prevedeva a favore delle vittime e dei testimoni, in circostanze occasionali e nel rispetto dei diritti dell'imputato, che la loro identità fosse tenuta del tutto riservata fino al momento dell'udienza.

Quanto alla *riparazione*, l'unica garanzia prevista dal Regolamento di Procedura e Prova dell'ICTY era la restituzione dei beni ai legittimi proprietari.

Preme evidenziare, peraltro, che nel Regolamento di Procedura e Prova dell'ICTY le garanzie a favore delle vittime coincidevano con quelle previste per i testimoni, in linea con l'impianto *adversary* tipico degli ordinamenti di *common law*.

Si individuano norme a tutela della vittima anche nell'esperienza degli altri Tribunali penali internazionali. Si pensi, ad esempio, al *Tribunale speciale per la Sierra Leone* (*Special Court for Sierra Leone*, SCSL)[3] che invitava la Corte, alla *rule* 34, ad adottare delle misure di protezione nei confronti dei testimoni e delle vittime, nonché a garantire dei servizi di assistenza e partecipazione adeguati, soprattutto nei casi di stupro, violenza sessuale e crimini contro i minori.

3. *La tutela della vittima nello Statuto della Corte penale internazionale*

Nel 1998, con lo *Statuto della Corte penale internazionale* (o Statuto di Roma), comincia ad affermarsi un sistema di giustizia penale internazionale, con un tribunale, la Corte penale internazionale, in grado di perseguire e giudicare i responsabili di crimini internazionali.

In primo luogo, lo Statuto definisce i principi fondamentali, la giurisdizione, la composizione e le funzioni degli organi dell'organizzazione internazionale, nonché i rapporti con le Nazioni Unite e con le altre organizzazioni.

In secondo luogo, dal quadro normativo dello Statuto è possibile individuare tre fondamentali posizioni giuridiche in favore delle vittime: il diritto alla partecipazione, il diritto alla riparazione e il diritto alla protezione. Tale aspetto costituisce una grande novità poiché, oltre alla tradizionale protezione già prevista dai precedenti Tribunali penali internazionali (Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia e Tribunale penale internazionale per il Rwanda), la vittima è legittimata a partecipare attivamente al procedimento.

Il *diritto alla partecipazione* prevede la possibilità per le vittime dei crimini di competenza della Corte di essere autorizzate, dalla camera giurisdizionale interessata, a prendere parte al procedimento penale. Trova riferimento all'articolo 68, par. 3, che consente la partecipazione delle vittime al procedimento «*when the personal interest of the victims are affected*».

Il *diritto alla riparazione* riconosce alle vittime, sotto un profilo processuale, ai sensi dell'articolo 75 dello Statuto, «*reparations, including restitution, compensation and rehabilitation*» nelle forme determinate dal giudice dibattimentale, che può, ai sensi del par.

[3] Il *Tribunale speciale per la Sierra Leone* (*Special Court for Sierra Leone*, SCSL) che, dopo aver completato il suo mandato il 31 dicembre 2013, sulla falsariga dell'ICTY e dell'ICTR è stato sostituito per le sue funzioni dalla *Corte speciale residuale per la Sierra Leone* (*Residual Special Court for Sierra Leone*, RSCSL) chiamata a garantire la protezione dei testimoni, supervisionare l'esecuzione delle condanne e conservare gli archIvi della SCSL con uno staff di appena una dozzina di persone (la SCSL arrivò invece ad averne oltre 400). *Ibid.*, 555-557.

2, emanare un'ordinanza che indichi la riparazione dovuta. Inoltre, al fine di soddisfare le pretese riparatorie delle vittime, il giudice deve prendere in considerazione *osservazioni e riserve* avanzate dalle stesse, purché non siano pregiudizievoli o incompatibili con i diritti dell'imputato[4].

Sul piano della riparazione rileva il *Trust Fund for Victims*, istituito nel 2004 dall'Assemblea degli Stati parte dello Statuto, finalizzato ad eseguire le riparazioni ordinate dalla Corte in favore delle vittime di crimini internazionali e ad affrontare le conseguenze fisiche, psicologiche e materiali derivanti dalla commissione dei crimini.

Il *diritto alla protezione*, riconosciuto dall'articolo 68, prevede la possibilità per la Corte di emanare, nel corso del procedimento, di propria iniziativa o su richiesta del *Prosecutor* o degli interessati, ogni misura necessaria a garantire la sicurezza, l'incolumità psico-fisica, la dignità e la *privacy* delle vittime (e dei testimoni). Le ipotesi di cui all'articolo 68 possono riguardare il divieto di rilasciare al pubblico, alla stampa o alle agenzie di informazione l'identità della vittima, nonché ogni altra misura finalizzata a tutelarla da pressioni o ingerenze esterne[5]. Si pensi, ad esempio, alla *rule* 87, par. 3, che consente al Giudice di condurre l'udienza a porte chiuse per tutelare l'identità o la posizione di una vittima, di un testimone e di ogni altra persona che potrebbe subire un pregiudizio a causa della testimonianza[6].

A dicembre 2010, la Corte ha adottato un *Protocollo unificato* finalizzato ad individuare procedure univoche per proteggere le vittime e i testimoni dei procedimenti della Corte penale internazionale. Il Protocollo prevede diverse misure di protezione, incluso l'accesso ai servizi di supporto, nonché dei meccanismi per garantire che le vittime abbiano la possibilità di partecipare ai procedimenti e di essere ascoltate[7]. Inoltre, nel 2019 le Camere hanno

---

[4] La precisazione riveste un significato fondamentale per la corretta comprensione dell'effettiva portata e dei limiti del ruolo assegnato dallo Statuto alle vittime, in riferimento alle quali, a differenza di quanto, come si è detto, avviene per l'imputato *ex* art. 67, non si parla di «*fair and impartial hearing*», riservando quindi la garanzia in questione, in termini di diritto soggettivo, al solo imputato, sancendo la prevalenza, se non la supremazia, dei diritti di quest'ultimo su quelli delle vittime. V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA, J. P. PIERINI, *La Corte penale internazionale: profili sostanziali e processuali*, Giappichelli Editore, Torino 2014.

[5] As a general rule, victims and witnesses are not named publicy, and are known by pseudonyms in the proceedings, although their identity is disclosed confidentially to the defence. A Trial Chamber has said the 'principle of open justice is of high importance and requests for anonymity should not be lightly granted'. W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, II edition, 2015, 1057-1061.

[6] *Rule* 87 RPP: « A Chamber may, on a motion or request under sub-rule 1, hold a hearing, which shall be conducted in camera, to determine whether to order measures to prevent the release to the public or press and information agencies, of the identity or the location of a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness by ordering, inter alia: (a) That the name of the victim, witness or other person at risk on account of testimony given by a witness or any information which could lead to his or her identification, be expunged from the public records of the Chamber; 33 Rules of Procedure and Evidence; (b) That the Prosecutor, the defence or any other participant in the proceedings be prohibited from disclosing such information to a third party; (c) That testimony be presented by electronic or other special means, including the use of technical means enabling the alteration of pictures or voice, the use of audio-visual technology, in particular videoconferencing and closed-circuit television, and the exclusive use of the sound media; (d) That a pseudonym be used for a victim, a witness or other person at risk on account of testimony given by a witness; or (e) That a Chamber conduct part of its proceedings in camera».

[7] The Protocol 'reflects the jurisprudence on familiarization and its related procedures and also takes into account the practices and experiences concerning witnesses appearing before the Court at any stage of the proceedings. The Section has filed the document in specific cases, asking for the Court to approve its application. It has been amended in light of judicial decisions and evolving practice. Due regard is to be given by the Victims and Witnesses Section to the particular needs of children, elderly persons, and persons with

adottato un *Protocollo* relativo alla rappresentanza legale delle vittime e dei testimoni. L'esigenza di individuare delle linee guida per la rappresentanza legale delle vittime e dei testimoni derivava dalla presenza, nel sistema delineato dallo Statuto, del *rappresentante legale delle vittime*, un avvocato o un altro esperto legale che assiste la vittima durante le procedure della Corte[8].

Le posizioni giuridiche riconosciute in favore della vittima nello Statuto della Corte penale internazionale, al fine di superare le criticità sorte nell'esperienza dei precedenti Tribunali penali internazionali, sono di competenza della Corte e del *Prosecutor* e vanno garantite, alla luce del dato normativo, nel rispetto dei diritti dell'imputato[9].

È opportuno precisare che le garanzie riconosciute dal sistema di giustizia penale internazionale a favore della vittima non sono assolutamente equiparabili a quelle previste nei confronti della parte civile nei sistemi processuali degli ordinamenti di *civil law*, che perseguono esigenze ben diverse. Nel sistema della CPI, infatti, non vi è alcun problema di regolamentazione dei rapporti tra giurisdizione penale e civile, stante l'assenza di una giurisdizione civile internazionale competente sulle questioni riparatorie derivanti dalla commissione di crimini internazionali. Inoltre, dalla lettura delle norme dello Statuto che riconoscono i diritti della vittima e dell'imputato si nota una distinzione netta tra parti processuali. Da un lato, rientrano imputato e procuratore e dall'altro, semplici "partecipanti al procedimento", così da scongiurare eventuali tentativi volti a snaturare il ruolo della vittima[10].

Quanto alla definizione di "vittima" il punto di riferimento non è lo Statuto della CPI, bensì il Regolamento di Procedura e Prova (RPP), adottato con la risoluzione ICC-ASP/1/3 in occasione dell'Assemblea degli Stati Parte del 9 settembre 2002. Ai sensi della *rule* 85 del Regolamento, per *vittime* s'intendono le persone fisiche che abbiano subito un danno a causa di un reato di competenza della CPI, nonché le organizzazioni o le istituzioni che abbiano subito un danno diretto a una delle loro proprietà con scopi di religione, di educazione, di arte, di scienza o monumenti storici, ospedali e ogni altro luogo con finalità umanitarie[11].

In via preliminare, occorre sottolineare che la disposizione ha sollevato non poche problematiche.

In primo luogo, la disposizione non specifica se la definizione di *vittima* ricomprenda indistintamente le vittime *dirette* e quelle *indirette*. Per colmare tale lacuna, la Corte, nel

---

disabilities. In order to facilitate the participation and protection of children as witnesses, the Section may assign, with the agreement of the parents or the legal guardian, a child-support person to assist a child through all stages of the proceedings. W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, II edition, 2015, 1070-1074.

[8] Si veda, M. MIRAGLIA, *Il difensore*, in *La Corte Penale Internazionale: organi, competenza, reati, processo*, in G. LATTANZI, V. MONETTI, Giuffré Editore, Milano, 2006, 869.

[9] L'individuazione del ruolo attribuito alle vittime, per non scadere in un ambiguo e arbitrario giusnaturalismo, va quindi ricostruita esclusivamente alla luce del dato normativo, per individuare e circoscrivere la natura di quegli "interessi personali" per il cui soddisfacimento il comma 1 dell'art. 68 prevede la partecipazione delle vittime al procedimento. V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA, J. P. PIERINI, *La Corte Penale Internazionale: profili sostanziali e processuali*, Giappichelli Editore, Torino 2014, 145-148.

[10] 148, *Ibid.*

[11] *Rule* 85 RPP: «For the purposes of the Statute and the Rules of Procedure and Evidence: (a) "Victims" means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; (b) Victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes».

caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ha chiarito che "*[…] la nozione di vittima implica necessariamente l'esistenza di un danno personale, ma non implica necessariamente l'esistenza di un danno diretto*"[12].

In quest'ottica, la vittima per ottenere una tutela deve provare un'ulteriore circostanza rispetto al nesso di causalità fra danno e crimine: il pregiudizio subito, che non deve semplicemente risultare da crimini per cui la CPI risulti essere competente, ma deve esser stato determinato dai fatti criminosi per cui è stato condannato l'accusato[13].

In secondo luogo, preme rilevare che tra la lett. *a)* della *rule* 85 RPP e la lett. *b)* intercorre una differenza terminologica, "punto di arrivo" di numerosi dibattiti, caratterizzati delle visioni non univoche degli Stati, sorti durante i lavori preparatori dello Statuto.

Segnatamente, la *rule* 85 alla lett. *a)* ribadisce che per "vittima" s'intende (*means*) una persona fisica che abbia subito un danno (*harm*) a seguito della commissione di un crimine internazionale.

Alla lett. *b)*, invece, precisa che per "vittima" potrebbe intendersi (*may include*) un'organizzazione o istituzione che abbia subito un danno diretto (*direct harm*) a una delle loro proprietà con scopi di religione, di educazione, di arte, di scienza o monumenti storici, ospedali e ogni altro luogo con finalità umanitarie[14].

La *rule* 85, così come formulata, è riuscita a dare una definizione di vittima che riuscisse ad abbracciare da un lato, la volontà degli Stati favorevoli a una concezione di vittima ampia e dall'altro, gli Stati che erano (per ragioni di interesse) piuttosto scettici.

Allo stesso modo, però, la norma ha limitato le forme di tutela per gli enti che rientrano nell'alveo della lett. *b)*, poiché, per essere considerati *vittime*, devono aver subito un *direct harm*, il cui onere della prova grava su di esse, sia sul piano della sussistenza del pregiudizio in sé, sia relativamente al nesso causale fra siffatto pregiudizio e il conseguente crimine.

Preme evidenziare, inoltre, che la disposizione si inserisce in un contesto articolato, frutto di lavori preparatori estremamente complessi e laboriosi, sia per la molteplicità e delicatezza dei vari interessi politici nazionali coinvolti, sia per gli orientamenti non favorevoli di alcuni Stati. Basti pensare, al riguardo, che l'adozione dello Statuto, pur avvenuta a grande maggioranza, ha registrato il voto negativo di Stati Uniti d'America, Cina, India e Israele[15].

---

[12] Cfr. ICC-01/04-01/06.

[13] F. M. BENEVENTO; *Corte penale internazionale e riparazione in favore delle vittime di crimini internazionali: ancora sul caso "Lubanga"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Fasc. 1, gennaio-aprile 2013, 217-224.

[14] Organizations or institutions as well as natural persons may be victims. The essential difference between the natural person and the organization or institution is that the former need only show 'harm', whereas the latter must demonstrate 'direct harm'. This distinction leads to a classification of victims who are natural persons as 'direct' and 'indirect'. The term 'indirect victims' has been used to designate persons who suffer harm as a result of harm perpetrated against direct victims. However, the concept does not extend to persons who suffer harm as a result of the conduct of other victims, such as those who are victimized by child soldiers. W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, Oxford, II edition, 2015, 1057-1061.

[15] Altresì peculiare la posizione di Stati Uniti, Israele, Sudan e Russia che, in tempi diversi (i primi due nel 2002, il Sudan nel 2008 e la Russia nel 2016), revocarono la firma in precedenza apposta sullo Statuto (*unsigning*), dandone espressa comunicazione al Segretario delle Nazioni Unite depositario dello Statuto, per poter compiere legittimamente, ai sensi dell'art. 18 della Convenzione sul diritto dei trattati del 1969, atti pregiudizievoli allo scopo e all'oggetto dello Statuto: *ibid.*

4. *La tutela della vittima nella Convenzione di Lubiana-L'Aja sui crimini internazionali*

Nel contesto di tutela della persona in tempi di crisi, accanto agli strumenti previsti dallo *Statuto di Roma*, si inserisce la *Convenzione sulla cooperazione internazionale nelle indagini e nel perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e altri crimini internazionali* (o Convenzione MLA), adottata a Lubiana il 26 maggio 2023 e non ancora in vigore.

L'iniziativa fu lanciata nel 2011 da Belgio, Paesi Bassi, Slovenia e Argentina, alla quale seguì la partecipazione di Senegal e Mongolia[16].

La Convenzione rappresenta un passo importante nella lotta comune contro l'impunità e negli sforzi per ottenere giustizia per le vittime dei crimini più gravi. È composta da VII capitoli e 87 articoli ed è finalizzata ad individuare gli organi centrali di cooperazione, le definizioni e lo *status* delle vittime, dei testimoni, degli esperti e di altre persone, l'assistenza legale internazionale e le procedure di estradizione, nonché il trasferimento dei condannati e le procedure di risoluzione delle controversie[17].

Occorre precisare che la Convenzione sarà aperta alla firma degli Stati in occasione della conferenza dell'Aja del prossimo 14 e 15 febbraio 2024[18].

L'esigenza di individuare uno strumento di cooperazione giudiziaria nel perseguimento dei crimini internazionali è stata sottolineata più volte dagli Stati parte durante i lavori preparatori. Segnatamente, gli Stati hanno osservato che il rafforzamento dell'assistenza giudiziaria reciproca non è essenziale soltanto durante l'attività d'indagine nel perseguimento dei crimini internazionali, ma è anche uno strumento efficace per designare canali diretti di comunicazione finalizzati ad accelerare la cooperazione giudiziaria.

Preliminarmente, ai sensi dell'articolo 2, gli Stati applicano la Convenzione ai reati previsti all'articolo 5, relativi ai crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini internazionali. Il paragrafo 2 precisa poi che ciascun Stato parte può, al momento della firma o al momento del deposito dello strumento di ratifica, accettazione, approvazione, adesione o in qualsiasi momento successivo, dichiarare di applicare la Convenzione anche ai crimini elencati in uno degli Allegati.

La Convenzione, infatti, comprende otto Allegati volti ad estendere le condotte riconducibili alle definizioni di crimini internazionali già previste nei precedenti trattati.

Gli Allegati A, B, C, D ed E individuano ulteriori condotte qualificabili come *war crimes*, oltre a quelle indicate nell'articolo 5, par. 4, della Convenzione.

Gli Allegati F e G mirano ad ampliare le definizioni di tortura[19] e di sparizione forzata[20],condotte qualificabili come *crimine contro l'umanità*.

---

[16] Since 2011, the MLA Initiative Core Group has been focused on enlisting support for the Initiative among states, both bilaterally and within the multilateral fora. The MLA initiative is supported by 80 states from all over the world. The draft convention was prepared during two Preparatory Conferences held in the Netherlands in 2017 and 2019. The Draft Convention, which constituted the initial draft text (called the "zero draft") for the work of the Diplomatic Conference, was the result of three rounds of virtual consultations in June-November 2021 and June 2022. M. PLACHTA, *Crimes against Humanity and Warcrimes*, in *International Enforcement Law Reporter*, Vol. 39, Issue 6, 246-250.

[17] It is significant that the MLA Initiative was carried out independently, as a stand-alone process outside the United Nations (UN) or any other organization. This autonomy ensured greater flexibility to the Core Group, but the lack of an established institutional and procedural setting raised some objections concerning a lack of transparency and inclusIvity surrounding the work of the Initiative. 4 In fact, only 68 states (35% of the total UN membership) sent delegations to the Ljubljana Conference and approximately half of them were European. *Ibid.*

[18] MLA Diplomatic Conference, Ljubljana, Slovenia, from 15 to 26 May 2023.

L'Allegato H, invece, al par. 2, individua una definizione di *war of aggression*[21] e al par. 3 estende le condotte qualificabili come *act of aggression*[22]*.* Di particolare importanza, con riguardo al diritto internazionale, è l'obbligo per gli Stati parte della Convenzione di processare o di consegnare a un altro Stato, oppure a un organo di giustizia internazionale, i presunti autori di crimini internazionali. Secondo tale principio, noto come *aut dedere aut iudicare*, lo Stato, nel cui territorio si trova un autore di crimini internazionali, ha l'obbligo di sottoporlo a giudizio ed esercitare la propria giurisdizione penale o di accettare la richiesta di estradizione da parte di un altro Stato. Il principio *aut dedere aut iudicare*, oltre ad essere riconosciuto in alcuni trattati aventi ad oggetto gravi reati di diritto comune e non crimini internazionali, trova riferimento all'articolo 9 del *Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità* della Commissione di diritto internazionale[23] ed è stato oggetto della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Belgio c. Senegal*[24]*.*

---

[19] Ai sensi dell'Allegato F, par. 2: «For the purposes of this Convention, "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions».

[20] Ai sensi dell'Allegato G, par. 2: «For the purposes of this Convention, "enforced disappearance" means the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law».

[21] Ai sensi dell'Allegato H, par. 2: «For the purposes of this Convention, "crime of aggression" means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations».

[22] Ai sensi dell'Allegato H, par. 3: « gainst the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receIving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein».

[23] Il principio *aut dedere aut judicare* è stato individuato come cardine del sistema di repressione dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra e dei crimini di genocidio nel Progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, adottato in seconda lettura dalla Commissione di diritto internazionale nel 1996. L'obiettivo dichiarato della Commissione era, infatti, quello di elaborare un meccanismo che eliminasse ogni possibilità di rifugio per i presunti autori di un crimine internazionale, lasciando, tuttavia, agli Stati totale libertà nella scelta tra le due opzioni di estradare o giudicare. L'art. 9 stabilisce che, fatta salva la competenza di un tribunale penale internazionale, lo Stato nel cui territorio l'autore presunto del crimine è scoperto deve estradarlo o perseguirlo. La norma, inoltre, elenca i crimini a cui l'obbligo di estradare o di giudicare si applica,

Ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, lo Stato nel cui territorio si trova una persona accusata di aver commesso dei crimini internazionali deve «*if it does not extradite or surrender the person to another State or a competent international criminal court or tribunal*» sottoporre il caso all'autorità giudiziaria competente (in base al proprio ordinamento interno), per l'esercizio dell'azione penale[25].

Altra disposizione fondamentale ai fini dell'applicazione della Convenzione è l'articolo 8 che impone allo Stato parte, in conformità con l'ordinamento interno, di adottare le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione, nel caso in cui i reati di competenza della Convenzione siano commessi in un territorio che ricada sotto la propria giurisdizione, o a bordo di una nave o aeromobile immatricolata in tale Stato o l'imputato è un suo cittadino. L'obbligo, ai sensi del par. 2, si estende ai casi in cui l'autore di crimini internazionali sia cittadino di uno Stato parte o un apolide residente nel territorio in cui ricade la propria giurisdizione.

In linea generale, le disposizioni in esame consentono di affermare che la Convenzione di Lubiana-L'Aja si inserisce nel solco tracciato dallo Statuto della Corte penale internazionale nella repressione dei crimini internazionali, improntato alla cooperazione tra le Autorità giudiziarie degli Stati parte.

Sul piano dei diritti della *vittima* di crimini internazionali, il punto di riferimento è il capitolo VI, che riconosce la tutela per vittime, testimoni ed esperti, nonché ogni altra

---

escludendo il solo crimine di aggressione. La norma non privilegia alcuna delle due linee di condotta che sono indicate allo Stato del foro. Come è noto il Progetto di Codice del 1996 non è stato mai convertito in un testo giuridico vincolante e pertanto i suoi principi sono rimasti confinati nella *soft law*. A. CALIGIURI, *L'obbligo aut dedere aut judicare nel diritto internazionale*, Giuffré Editore, 2012 Si veda anche: ILC, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Final Report of the International Law Commission, 2014.

[24] La Corte Internazionale di Giustizia, dopo aver ricordato che l'art. 7, par. 1, della Convenzione contro la tortura risulta modellato su una disposizione analoga contenuta nella Convenzione dell'Aja del 1970 sulla repressione della cattura illecita di aeromobili, ha affermato che lo Stato parte della Convenzione resta, in ogni caso, tenuto ad adempiere l'obbligo di giudicare ove l'accusato sia presente sul territorio sottoposto alla sua giurisdizione, ancorché, beninteso, spetti alle autorità giudiziarie nazionali la valutazione se le prove raccolte siano o meno idonee a consentire la celebrazione di un processo. L'obbligo di iudicare – ha proseguito la Corte accogliendo la tesi sostenuta in proposito dal Belgio – sorge a prescindere da una preventiva richiesta di estradizione formulata da altri Stati aventi titolo per giudicare. Inoltre, secondo l'impostazione seguita nella sentenza in esame, contrariamente a quanto affermato dal Senegal, l'estradizione rappresenta una facoltà meramente eventuale, in quanto essa è destinata a essere concessa, in alternativa al primario obbligo di giudicare, solo nell'ipotesi in cui altri Stati aventi titolo per processare il reo, ai sensi dell'art. 5 Convenzione, chiedano formalmente di procedere. Pertanto, secondo questa ricostruzione, lo Stato è obbligato ad estradare, soltanto qualora decida di non celebrare il processo dinanzi ai propri tribunali. E. NALIN, *L'istituzione delle Camere Straordinarie Africane in attuazione della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia Belgio c. Senegal*, in *La Comunità Internazionale*, Vol. LXVIII, N. 3, 2013, 545-568 Si veda anche: ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, in I.C.J. Reports 2012, 445.

[25] Ai sensi dell'art. 14 della Convenzione: «The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed any crimes to which this Convention applies in accordance with article 2 is found, shall in the cases contemplated in article 8, if it does not extradite or surrender the person to another State or a competent international criminal court or tribunal, submit the case to its competent authorities for the purposes of prosecution. 2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other crime of a grave nature under the domestic law of that State Party. In the cases referred to in article 8, paragraph 3, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 8, paragraphs 1 and 2. 3. Any person against whom proceedings are brought in connection with any of the crimes to which this Convention applies shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings».

persona che partecipa o coopera in procedimenti che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione.

Ai sensi dell'articolo 81, sulla falsariga della definizione offerta dallo *Statuto della CPI*, per "vittime" s'intendono le persone fisiche che abbiano subito un danno a seguito della commissione di qualsiasi reato cui si applica la Convenzione, nonché le organizzazioni o le istituzioni che abbiano subito un danno diretto a una delle loro proprietà con scopi di religione, di educazione, di arte, di scienza o monumenti storici, ospedali e ogni altro luogo con finalità umanitarie. La disposizione, così come formulata, nel riprendere quasi interamente la definizione di vittima della *rule* 85 RPP, accoglie tutte le problematiche interpretative richiamate nel paragrafo precedente. A differenza del RPP dello *Statuto*, però, la Convenzione aggiunge un paragrafo successivo in cui si precisa che «*l'articolo si applica in conformità con il diritto interno*», così da prevenire l'eventuale insorgere di dubbi circa l'interpretazione della definizione.

Inoltre, agli artt. 82 e 83 la Convenzione riconosce le tre fondamentali posizioni giuridiche, già previste nello *Statuto della CPI* in favore delle vittime e mira, al contempo, di ampliarne la portata.

In primo luogo, oltre a riconoscere il *diritto alla riparazione*, la Convenzione, all'articolo 83, precisa che tale diritto non si limita alla restituzione, all'indennizzo o alla riabilitazione nel caso in cui il reato sia stato commesso in qualsiasi territorio soggetto alla giurisdizione di uno Stato parte. Inoltre, il risarcimento dà luogo alla competenza dello Stato parte quando i crimini si verificano in un territorio in cui può esercitare la propria giurisdizione.

In secondo luogo, il paragrafo 2, oltre a riconoscere il *diritto alla partecipazione*, prevede espressamente la possibilità per le vittime di presentare opinioni e preoccupazioni, purché nel rispetto dei diritti dell'imputato, nelle fasi più appropriate del procedimento penale contro i presunti trasgressori.

In terzo luogo, l'articolo 83, paragrafo 3, individua anche il diritto di riconoscimento di una sentenza o un'ordinanza tesa a fornire la restituzione, il risarcimento o la riabilitazione delle vittime dei reati ai quali si applica la Convenzione[26].

Quanto al *diritto alla protezione*, il punto di riferimento è l'articolo 82 che estende il diritto in parola ai testimoni e a tutti coloro che cooperano in procedimenti che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione, lasciando un ampio margine di scelta agli Stati sulla misura da adottare in base all'esigenza del caso specifico. Queste misure, così come indicato al paragrafo 2, nel rispetto del diritto al giusto processo dell'imputato, possono comprendere sia quelle finalizzate a proteggere fisicamente le vittime, i testimoni e tutti coloro che cooperano nel procedimento, sia quelle destinate a tutelare le stesse dalla divulgazione di informazioni relative alla loro identità. Anche con riferimento alla *protezione* la Convenzione è particolarmente innovativa rispetto allo *Statuto di Roma*, poiché consente

[26] Ai sensi dell'art. 83 della Convenzione: «Each State Party shall, subject to its domestic law, ensure that the victims of a crime to which the State Party applies this Convention, have the right to reparation for harm consisting of but not limited to, as appropriate, restitution, compensation or rehabilitation insofar as either: (a) The crime has been committed in any territory under the jurisdiction of that State Party; or (b) That State Party is exercising its jurisdiction over the crime; 2. Each State Party shall, subject to its domestic law, establish procedures, as appropriate, to permit victims to participate in and enable views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of criminal proceedings against alleged offenders in a manner not prejudicial to the rights of the defendant. 3. Each State Party shall, to the extent provided for in its domestic law and if so requested, give effect to a judgment or order in criminal proceedings, issued in accordance with the domestic law of the requesting State Party, to provide restitution, compensation or rehabilitation to victims of crimes to which they apply this Convention».

agli Stati parte, ai sensi dell'articolo 82, paragrafo 3, di prendere in considerazione la conclusione di accordi o intese per il trasferimento delle vittime, dei testimoni e di tutti coloro che cooperano nei procedimenti che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione, al fine di tutelare la loro incolumità[27].

A ben vedere, rispetto allo *Statuto della CPI*, la Convenzione di Lubiana, sotto un profilo terminologico, si caratterizza per una maggiore chiarezza nell'individuare i diritti delle vittime dei crimini internazionali, nonché per la presenza di disposizioni molto dettagliate.

Preme rilevare, però, che la scelta di riprendere (quasi interamente) la concezione di vittima della *rule* 85 del Regolamento di Procedura e Prova (RPP) dello *Statuto della Corte penale internazionale* non è immune da considerazioni a carattere critico, poiché, accogliendo tale definizione, gli Stati parte hanno esteso anche alla Convenzione tutte le difficoltà interpretative individuate nel paragrafo precedente.

5. *La tutela della vittima nel diritto dell'Unione europea*

Nel diritto dell'Unione europea si individuano diversi strumenti volti a garantire i diritti delle vittime.

In via preliminare, occorre precisare che tali strumenti trovano riferimento nel quadro normativo della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, nonché nel c.d. Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 67-89 TFUE).

Il principio alla base del sistema relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale è il "reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie", frutto del complesso processo di integrazione europea.

Il primo strumento rilevante, indubbiamente, è la direttiva 2012/29/UE, che prevede numerose garanzie processuali in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

La direttiva si inserisce nel solco tracciato dalla Decisione quadro 2001/220/GAI (non recepita da numerosi Stati membri, compresa l'Italia) che mirava a garantire una tutela più ampia per le vittime di reato e a promuovere una maggiore coesione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Con riferimento alla protezione dei diritti delle vittime, la Decisione riconosceva il diritto alla partecipazione, il diritto alla protezione e il diritto alla riparazione. Inoltre, invitava gli Stati ad adoperarsi affinché alla vittima venisse garantito, durante il procedimento, un trattamento debitamente rispettoso della propria dignità personale, nel riconoscimento dei diritti e degli interessi giuridicamente rilevanti.

[27] Art. 82 *Ljublijana* Convention «Each State Party shall take appropriate measures within its means to provide effective protection from potential retaliation or intimidation, including ill-treatment, to victims and witnesses and, as appropriate, their relatives or representatives, experts as well as any other persons participating in or cooperating with any investigation, prosecution or other proceedings within the scope of this Convention. 2. Without prejudice to the rights of the defendant, including the right to due process, the measures referred to in paragraph 1 may include: (a) Establishing procedures for the physical protection of the persons referred to in paragraph 1, such as, to the extent necessary and feasible, relocating them and permitting, where appropriate, non-disclosure or limitations on the disclosure of information concerning their identity and location; (b) Establishing procedures to allow victims, witnesses and experts to make a deposition in a manner that ensures their safety and, as appropriate, their physical and psychological well-being and privacy such as allowing the use of communication technologies. 3. States Parties shall consider entering into agreements or arrangements with other States for the relocation of persons referred to in paragraph 1».

Anche la direttiva 2012/29/UE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 121, riconosce le tre fondamentali posizioni giuridiche in favore delle vittime richiamate nel RPP dello Statuto della CPI e nella Convenzione di Lubiana (il diritto alla partecipazione, il diritto alla riparazione e il diritto alla protezione), ma adotta un'impostazione più incisiva.

In primo luogo, con riferimento alla *partecipazione*, l'articolo 3, riconosce alla vittima il diritto di ricevere informazioni in modo agevole e comprensibile, sin dal primo contatto con le autorità, garantendo, al paragrafo 3, un servizio di traduzione e di assistenza legale[28]. L'articolo 4 poi prevede cha la vittima, sin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria ed indipendentemente dalla presentazione di una formale denuncia, sia assistita da ulteriori servizi gratuiti e di supporto.

In questo quadro, all'articolo 9, la direttiva prevede "livelli minimi" di servizi e di assistenza finalizzati a fornire: "*a) informazioni, consigli e assistenza in materia di diritti delle vittime, fra cui le possibilità di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento delle vittime di reato, e in relazione al loro ruolo nel procedimento penale, compresa la preparazione in vista della partecipazione al processo; b) informazioni su eventuali pertinenti servizi specialistici di assistenza in attività o il rinvio diretto a tali servizi; c) sostegno emotivo e, ove disponibile, psicologico; d) consigli relativi ad aspetti finanziari e pratici derivanti dal reato; salvo ove diversamente disposto da altri servizi pubblici o privati, consigli relativi al rischio e alla prevenzione di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni*."

In secondo luogo, con riferimento alla *protezione*, la direttiva prevede una valutazione individuale delle singole esigenze di protezione delle vittime ed evidenzia alcune categorie che necessitano, per presunzione, di particolare protezione. Si pensi, ad esempio, ai minori, ai disabili, alle vittime del terrorismo, alle vittime di violenza di genere.

Meritano di essere richiamati anche l'articolo 19 e l'articolo 22. Il primo introduce il *right to avoid contact between victim and offender* ed è finalizzato a tutelare la vittima da ogni contatto con l'autore del reato durante il procedimento penale. Il secondo, invece, invita gli Stati membri a provvedere affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, prestando attenzione alle specifiche esigenze di protezione, nonché a determinare se e in quale misura potrebbero trarre beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale. Tale valutazione, così come precisato al paragrafo 2, deve tener conto delle caratteristiche personali della vittima, della natura del reato e delle sue circostanze.

In terzo luogo, con riferimento alla *riparazione*, nel solco della *restorative justice*, la lett. *d)* dell'articolo 2, in via preliminare, consente alla vittima e al *reo* di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato. L'articolo 12, però, precisa che prima di applicare eventuali servizi di giustizia riparativa, gli Stati rispettino alcune prerogative: il ricorso ai servizi di giustizia riparativa va fatto soltanto

[28] Art. 3 direttiva 2012/29/UE: «Gli Stati membri adottano le misure adeguate per assistere la vittima, fin dal primo contatto e in ogni ulteriore necessaria interazione con un'autorità competente nell'ambito di un procedimento penale, incluso quando riceve informazioni da questa, a comprendere e a essere compresa.

2. Gli Stati membri provvedono a che le comunicazioni fornite alla vittima siano offerte oralmente o per iscritto in un linguaggio semplice e accessibile. Tali comunicazioni tengono conto delle personali caratteristiche della vittima, comprese eventuali disabilità che possano pregiudicare la sua facoltà di comprendere o di essere compreso. 3. Gli Stati membri consentono alla vittima di essere accompagnata da una persona di sua scelta nel primo contatto con un'autorità competente, laddove, in conseguenza degli effetti del reato, la vittima necessiti di assistenza per comprendere o essere compresa, a condizione che ciò non pregiudichi gli interessi della vittima o l'andamento del procedimento».

nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, basati sul suo consenso libero, informato e revocabile in qualsiasi momento; la vittima deve ricevere informazioni complete e obiettive in merito al procedimento e al suo potenziale esito; l'autore del reato deve aver riconosciuto i fatti essenziali del caso; l'accordo va raggiunto volontariamente; le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa devono essere riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l'accordo delle parti o per motivi preminenti di interesse pubblico[29].

Inoltre, la direttiva, all'articolo 16, impone agli Stati membri di garantire che alle vittime sia offerta la possibilità di ottenere un risarcimento per il danno subito.

La direttiva si occupa anche di tutelare la vittima mediante misure volte a promuovere la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione. Difatti, l'articolo 17 impone agli Stati di garantire che le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri siano in grado di adottare tutte le misure appropriate per ridurre al minimo le difficoltà, nel caso in cui il reato sia stato commesso in uno Stato membro diverso da quello di residenza della vittima. Segnatamente, lo Stato membro in cui è stato commesso il reato deve: raccogliere la deposizione della vittima immediatamente dopo l'avvenuta denuncia; ricorrere ove possibile, all'audizione delle vittime che risiedono all'estero, alle disposizioni relative alla videoconferenza e alla teleconferenza; consentire che la vittima sia accompagnata da un rappresentante legale e da una persona di sua scelta; limitare al minimo eventuali visite mediche necessarie all'accertamento del fatto[30].

Alcune disposizioni della direttiva sono dedicate alla c.d. vittimizzazione secondaria, in quanto mirano a proteggere le vittime ed i lori familiari da ulteriori patimenti derivanti dalla commissione dell'illecito, nonché da danni emotivi o psicologici che scaturiscono dal reato. Si pensi, ad esempio, (oltre all'articolo 19, citato in precedenza) all'articolo 18, che mira a salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori e le testimonianze, nonché proteggere fisicamente la vittima e i suoi familiari. Altra particolarità, riguarda la formazione degli operatori in contatto con la vittima che, ai sensi dell'articolo 25, devono ottenere una formazione sia generale e che specialistica, improntata alla sensibilizzazione delle esigenze delle vittime.

Dall'analisi della direttiva e da un'attività di comparazione degli strumenti indicati nel presente contributo, si può affermare che nell'ordinamento dell'Unione europea la vittima è garantita da una tutela più ampia e maggiormente incisiva, con un *corpus* normativo in continua espansione[31].

Occorre precisare, al contempo, che la direttiva necessita di alcuni miglioramenti. Difatti, nel 2020 la Commissione ha adottato la *strategia sui diritti delle vittime*, finalizzata ad

[29] Cfr. Art. 12 direttiva 2012/29/UE.

[30] Cfr. Art. 17 direttiva 2012/29/UE.

[31] La protezione della vittima si è nel corso degli anni intensificata anche sotto il profilo della stessa vincolatività degli strumenti di armonizzazione utilizzati: difatti, dopo un iniziale ricorso a soli testi di *soft law* (risoluzioni e raccomandazioni) si è passati a un utilizzo vieppiù frequente di testi di *hard law* (decisioni quadro e direttive). Un passo ulteriore in tal senso si poi è fatto con il Trattato di Lisbona, che ha – come ricordato a più riprese – annoverato i diritti delle vittime della criminalità tra le materie in cui il Parlamento e il Consiglio possono adottare direttive di armonizzazione penale. Inoltre, l'espresso inserimento dei diritti delle vittime nella materia penale può essere visto quale adesione dell'Unione europea a quell'opinione – sempre più diffusa nella dottrina penalistica – secondo cui la protezione delle vittime rappresenta una delle funzioni principali del diritto criminale. M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in Diritto Penale Contemporaneo, 4/2012, 86-113.

intensificare, nel quinquennio 2020-2025, gli sforzi volti a garantire l'accesso alla giustizia a tutte le vittime di reato, indipendentemente dal luogo in cui i reati siano stati commessi.

La strategia propone una serie di interventi, compresa una revisione della direttiva del 2012/29/UE[32], al fine di rafforzare i diritti delle vittime, migliorare l'assistenza, intensificare la cooperazione e il coordinamento tra tutti soggetti pertinenti, nonché promuovere la dimensione internazionale.

Il 28 giugno 2022 la Commissione ha pubblicato un *Working Document Evaluation*, nella quale ha evidenziato che la direttiva ha prodotto dei benefici nel corso degli anni, ma risulta indispensabile procedere a un'innovazione finalizzata, principalmente, a promuovere una maggiore chiarezza espositiva e facilitare l'attuazione degli strumenti previsti dal "legislatore europeo" da parte degli Stati membri[33].

Altro strumento rilevante per la tutela della vittima e per la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è l'*European Protection Order* (EPO), previsto dalla direttiva 2011/99/UE (recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9) e dal Regolamento 2013/606.

L'*European Protection Order* prevede delle procedure e delle misure a favore delle vittime di reati, volte ad offrire una serie di misure protettive anche al di fuori del loro Paese d'origine, promuovendo la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri[34].

Per richiedere un EPO, la vittima deve presentare una richiesta alle autorità competenti del suo Paese d'origine.

Ai sensi dell'articolo 3, per *misura di protezione* s'intende qualsiasi decisione, a prescindere dalla denominazione usata, emanata dall'autorità emittente dello Stato membro d'origine conformemente al diritto nazionale, che impone degli obblighi nei confronti di un individuo che possa compromettere l'integrità fisica o psichica della persona protetta. Tale misura di protezione comprendono il divieto di ingresso in determinati luoghi o aree definite, il divieto o una limitazione dei contatti con la vittima o il divieto di avvicinarsi a meno di una distanza prestabilita[35].

Con riferimento poi alla cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea occorre richiamare il Regolamento 2018/1727 e il Regolamento 2022/838, che hanno che ha incrementato gli strumenti volti a promuovere la preservazione, l'analisi e la conservazione delle prove relative al genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e reati connessi.

Il primo ha istituito l'*Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale* (*Eurojust*), sostituendo e abrogando la precedente Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, relativa all'*Unità di cooperazione giudiziaria* (con sede a L'Aja). Inoltre, nell'Allegato I al Regolamento si indicano delle forme gravi di criminalità che se transnazionali ricadono nella competenza dell'Agenzia, tra le quali rientrano anche i c.d. *core international crimes* (genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra).

Il secondo, invece, ha incrementato gli strumenti finalizzati a preservare, analizzare e conservare le prove relative a genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e reati connessi, così da facilitare l'attività di Eurojust mediante una stretta cooperazione con la

[32] Cfr. COM (2020) 258.

[33] Cfr. SWD (2022) 179.

[34] The objective is to guarantee that, without going through lengthy procedures, victims of acts of violence (domestic) whose physical and/or mental integrity is threatened and who benefit from a protection measure ordered in an EU country benefit from the same level of protection in other EU countries if they settle or travel there. N. DIACONU, *Legal Protection of Victims of Crime in the European Union*, in *International Journal of Legal and Social Order*, n. 1/2022, 106-117.

[35] Cfr. art. 3 regolamento (UE) 2023/606.

Corte penale internazionale e con qualsiasi altro organo giurisdizionale destinato a contrastare i reati che ledono la pace e la sicurezza internazionale.

Preme sottolineare però che il Regolamento 2022/838 non introduce alcun obbligo per le autorità nazionali di condividere le prove con Eurojust.

Sulla base degli emendamenti al Regolamento 2018/1727 è stata istituita la nuova banca dati sui crimini internazionali CICED (*Core International Crimes Evidence Database*), volta a conservare, archiviare e analizzare le prove dei principali crimini internazionali, così da supportare le autorità competenti ad indagare sulla commissione dei *core international crime*[36]. La banca dati è uno strumento che contribuirà positivamente nelle attività di indagini svolte da Eurojust, essendo finalizzata a facilitare lo scambio di informazioni e di prove, nonché a conservarle in modo sicuro ed efficace[37].

6. *Conclusioni*

Il presente contributo ha sinteticamente analizzato, sul piano internazionale, gli strumenti e le nuove tecniche di tutela della persona, gli organi che promuovono la cooperazione giudiziaria, le definizioni e lo *status* delle vittime. L'attenzione del diritto internazionale ai diritti delle vittime di crimini internazionali è piuttosto recente e diversi sono gli strumenti che delineano un sistema di giustizia penale internazionale incentrato sul riconoscimento di diritti sostanziali e poteri processuali a tutela della vittima e dei soggetti deboli.

In via preliminare, dall'analisi degli strumenti di diritto internazionale che prestano particolare attenzione nei confronti della vittima, emergono tre fondamentali posizioni giuridiche: il diritto alla partecipazione, il diritto alla riparazione e il diritto alla protezione. Queste garanzie processuali cominciano ad essere riconosciute alla vittima intorno agli anni Novanta del secolo scorso, con i due Tribunali penali internazionali istituiti dal Consiglio di Sicurezza. Le ragioni furono diverse, ma rileva, anzitutto, il fatto di non esser stati uno strumento di giustizia "dei vincitori sui vinti", bensì un sistema in linea con i principi fondamentali del diritto penale. Si pensi, ad esempio, al rispetto del *due process*, del contraddittorio e al riconoscimento delle garanzie a tutela dell'imputato e della vittima. Le garanzie processuali riconosciute dai Tribunali penali internazionali istituiti dal Consiglio di Sicurezza vennero poi recepite nello *Statuto della Corte penale internazionale*, adottato a Roma il 17 luglio 1998.

Nel quadro giuridico della Corte penale internazionale è opportuno sottolineare che le garanzie processuali a tutela della vittima sono di competenza della Corte e del *Prosecutor* e vanno garantite nel rispetto dei diritti dell'imputato.

---

[36] La CICED è alimentata, su base volontaria, dagli Stati membri e terzi che abbiano un magistrato di collegamento presso Eurojust e grazie a "nuove specifiche tecnico-informatiche (CICED indicizza dati ed eventi secondo parametri di tempo e di luogo così migliorandone l'analisi operativa) supera l'obsolescenza dell'esistente case management system di Eurojust, consente di raccogliere, conservare e analizzare una quantità massiccia di dati in modo efficiente e sicuro e aumenta qualità, rapidità ed efficienza di indagini e azioni penali" riguardanti i crimini internazionali. P. BARGIACCHI, *Il contributo di Eurojust al perseguimento dei crimini internazionali commessi in Ucraina*, in EUWEB Legal Essays, Global & International Perspectives (a cura di), Issue 2/2023, 14-29.

[37] Tra i benefici attesi, *inter alia*, vi è quello di conservare sicuramente le prove raccolte in un conflitto armato evitandone la perdita o la compromissione, di elaborare in modo più accurato, rapido ed efficiente le strategie investigative e la ricerca delle prove più utili e, conservando le dichiarazioni già rilasciate dalle vittime, di evitarne la rIvittimizzazione. *Ibid.*

Si noti che il Regolamento di Procedura e Prova non prevede dei meccanismi particolarmente dettagliati volti a tutelare la vittima durante il procedimento e sono state le Camere della Corte, di conseguenza, a favorire nel tempo la diffusione di procedure univoche, soprattutto con riferimento alla *protezione*. Allo stesso modo, però, il Regolamento di Procedura e Prova dello Statuto ha delle potenzialità. Si pensi alla *rule* 85 che individua una definizione di vittima finalizzata ad abbracciare da un lato, la volontà degli Stati favorevoli a una concezione ampia e dall'altro, quella degli Stati che erano (per ragioni di interesse) piuttosto scettici. Segnatamente, ai sensi della *rule* 85 del Regolamento, per *vittime* s'intendono le persone fisiche che abbiano subito un danno a causa di un reato di competenza della CPI, nonché le organizzazioni o le istituzioni che abbiano subito un danno diretto a una delle loro proprietà con scopi di religione, di educazione, di arte, di scienza o monumenti storici, ospedali e ogni altro luogo con finalità umanitarie. La disposizione, non particolarmente chiara e concisa, è stata interpretata dalla giurisprudenza della Corte nella sua accezione più estesa, purché, nel caso di enti giuridici, sia stato commesso un *direct harm* nei confronti di una loro proprietà con scopo di religione, di educazione, di arte, di scienza o monumenti storici, ospedali e ogni altro luogo con finalità umanitarie.

Nel contesto di tutela della persona in tempi di crisi si inserisce anche la *Convenzione sulla cooperazione internazionale nelle indagini e nel perseguimento di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e altri crimini internazionali* (o Convenzione MLA) che, oltre ad essere uno strumento recente, promuove efficacemente la cooperazione giudiziaria nella lotta comune contro l'impunità e la tutela per le vittime dei crimini più internazionali.

Sul piano della cooperazione giudiziaria, lo strumento impone allo Stato parte di adottare le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione, nel caso in cui i reati di competenza della Convenzione siano commessi in un territorio sottoposto alla propria giurisdizione. Inoltre, riconosce il principio dell'*aut dedere, aut iudicare* e prevede dei meccanismi volti a facilitare le procedure di estradizione.

Sul piano dei diritti della *vittima* di crimini internazionali, la Convenzione riconosce la tutela per vittime, testimoni, esperti e ogni altra persona che coopera nel procedimento. In linea generale, richiama le tre fondamentali posizioni giuridiche, già previste nello Statuto della Cpi in favore delle vittime, ma cerca, a differenza della disciplina prevista dal RPP dello Statuto, di ampliare la loro portata e di utilizzare un linguaggio chiaro, conciso e lineare. Inoltre, pur riprendendo (quasi internamente) la definizione di vittima contenuta nella *rule* 85 del RPP dello Statuto, la Convenzione aggiunge un paragrafo in cui precisa che «*l'articolo si applica in conformità con il diritto interno*», così da scongiurare l'insorgere di problematiche attinenti all'interpretazione della norma.

A mio avviso, si può affermare che la Convenzione MLA costituisce uno strumento che si inserisce nel solco tracciato dallo Statuto e dalla giurisprudenza della Corte penale internazionale per la tutela della vittima ed è particolarmente innovativa perché consente agli Stati parte di concludere accordi o intese per promuovere le posizioni giuridiche riconosciute in favore delle vittime, dei testimoni e di tutti coloro che cooperano nel procedimento.

È nel diritto dell'Unione europea che si individuano strumenti ancor più incisivi per tutelare la vittima e facilitare la cooperazione tra le Autorità giudiziarie. Difatti, nello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia si prevedono numerosi meccanismi finalizzati a garantire la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e a superare le diversità tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Con riferimento alla vittima, rileva la direttiva 2012/29/UE (recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 121), che prevede numerose garanzie processuali in materia di diritti, assistenza e protezione.

La direttiva riconosce le tre fondamentali posizioni giuridiche in favore delle vittime già richiamate nel RPP dello Statuto della CPI e nella Convenzione di Lubiana (il diritto alla partecipazione, il diritto alla riparazione e il diritto alla protezione), ma adotta un'impostazione più incisiva poiché cerca di estenderne la portata. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento della *vittimizzazione secondaria*, nonché all'attività di formazione che deve essere garantita nei confronti di tutti gli operatori in contatto con la vittima. Gli obiettivi tanto auspicati, però, non sono ancora stati raggiunti. Difatti, la Commissione, in un *Working Document Evaluation*, ha evidenziato che la direttiva ha prodotto dei benefici nel corso degli anni, ma risulta necessario provvedere ad una sua innovazione.

Altro strumento rilevante per la tutela della vittima e per la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è l'*European Protection Order* (EPO), previsto dalla direttiva 2011/99/UE (recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9) e dal Regolamento 2013/606. Lo strumento prevede delle procedure e delle misure a favore delle vittime di reati, volte ad offrire una serie di misure protettive anche al di fuori del loro Paese d'origine.

Quanto alla cooperazione giudiziaria nelle indagini e nel perseguimento di crimini internazionali, è opportuno richiamare il Regolamento 2018/1727 e il Regolamento 2022/838, che hanno incrementato gli strumenti relativi alla preservazione, all'analisi e alla conservazione delle prove. Preme sottolineare, sul punto, che il primo Regolamento si è concentrato principalmente sull'*Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale* (*Eurojust*). Il secondo, invece, sulle attività volte a preservare, analizzare e conservare le prove relative ai *core international crime* (genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra).

Da un confronto delle norme e delle nuove tecniche di tutela della persona richiamate nel presente contributo si può affermare che è nel diritto dell'Unione europea l'alveo in cui la vittima gode di una tutela ampia e significativa. Difatti, nell'ordinamento europeo non solo si riconoscono le tre fondamentali posizioni giuridiche in favore delle vittime, previste nei Tribunali penali internazionali, nella Corte penale internazionale e nella Convenzione MLA, ma si promuove un sistema di giustizia penale incentrato sulla tutela della vittima e dei soggetti deboli. In questo sistema si inserirà anche la Convenzione MLA, poiché alla Conferenza di Lubiana del 2023 hanno partecipato tutti gli Stati membri dell'Unione europea (ad eccezione di Malta), nonché *Eurojust* nella veste di *osservatore*.

Inoltre, può considerarsi positivo il comportamento tenuto dalla Slovenia, impegnata attivamente a favore dell'adozione della Convenzione fin dalla prima riunione degli Stati che hanno dato avvio al percorso.

A mio avviso, nell'ordinamento europeo la Convenzione MLA potrebbe costituire uno strumento idoneo a rafforzare il dialogo tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, anche se le procedure che delinea sono già note e particolarmente diffuse. Si pensi, ad esempio, sul piano investigativo, alla *Mutual Legal Assistance* e alle *Joint investigation teams* e, sul piano della cooperazione *lato sensu*, alle norme finalizzate a facilitare l'estradizione, favorita nel diritto dell'Unione europea dal *Mandato d'arresto europeo*, che costituisce, indubbiamente, una procedura di estradizione esemplificata tra gli Stati membri.

Di conseguenza, in linea generale, si può affermare che gli strumenti finalizzati a promuovere le garanzie processuali a tutela della vittima sono in continua evoluzione e rispetto al secolo scorso tanta strada è stata percorsa.

Tanti altri traguardi, però, devono ancora essere raggiunti, infatti, come poc'anzi evidenziato, soltanto nell'ordinamento dell'Unione europea s'individuano norme che estendono notevolmente la portata delle garanzie a favore della vittima, poiché negli altri sistemi (compreso il sistema di giustizia penale internazionale) emergono diverse lacune.

CHIARA FINOCCHIARO[*]

L'ambiente e i "nuovi" diritti costituzionali[**]

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Il lemma "ambiente" e il concetto di complessità. – 3. L'evoluzione della tutela giuridica dell'ambiente nel panorama internazionale ed europeo. – 4. La questione ambientale interroga la Costituzione italiana. – 5. La responsabilità ambientale degli Attori non statali. – 6. Possibili scenari: sfide e prospettive per i giuristi in tema di ambiente.

ABSTRACT: ***The paper focuses on the connection between the environment and the protection of human rights. The advent of Covid-19 has contributed to strengthening awareness of the irreversible environmental consequences resulting from economic development. In fact, according to scientists, the genesis of the pandemic can be traced back to ecological causes. The objective of this work is to contribute to a reflection on the systemic repercussions of climate change. In particular, the creation of new forms of power and inequality will be explored, as well as new forms of cooperation, solidarity and assistance that go beyond national borders.***

1. *Una breve premessa*

Esiste un solido legame tra tutela dell'ambiente e diritti umani. Tale relazione appare ancor più intensa se si considera il lungo percorso che ha condotto all'elevazione dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

Si è registrata una progressiva presa di coscienza circa le irreversibili conseguenze ambientali derivanti dallo sviluppo economico, oramai divenuto incontrollabile. Questa consapevolezza è stata rafforzata dall'avvento della pandemia Covid-19, la cui genesi è, secondo gli scienziati, da ricondurre a cause ecologiche[1]. La congiuntura pandemica ha decisamente favorito una sensibilizzazione sul tema della sostenibilità.

La tanto agognata riforma Costituzionale, che ha segnato l'ingresso dell'ambiente in Costituzione, aggiungendo un nuovo comma all'art. 9[2] e rimodulando l'art. 41[3], è infatti avvenuta con legge cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022, quando tale novella legislativa era, probabilmente, apparsa improcrastinabile.

---

[*] Dottoranda in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Catania.

[**] Sottoposto a revisione secondo il regolamento della Collana.

[1] Si è parlato di "pandemia sanitaria all'interno di una pandemia ambientale". Il WWF, in un report dal titolo suggestivo "Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi" ha ricondotto, tra i fattori di aumento del rischio di zoonosi infettive, fenomeni tradizionalmente relegati al solo ambito ecologico, quali la riduzione degli ecosistemi e l'espansione delle aree urbanizzate. La conseguenza è che gli animali vengono costretti ad una coabitazione ravvicinata con l'uomo. C. MASSA, *Distinte ma connesse: lotta al virus e tutela dell'ambiente*, in Treccani on line, maggio 2021.

[2] Art. 9 Cost. "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*."

[3] Art. 41 Cost. "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*."

Dopo lunghe attese, dibattiti in dottrina e tentativi non andati a buon fine, la riforma ha, per così dire, "tagliato il traguardo finale" e lo ha fatto intervenendo sul nocciolo duro della Costituzione italiana, modificando, cioè, il testo di uno dei dodici articoli fondamentali. Questo intervento non può destare particolare sorpresa sia per la necessità stringente di agire sul tema, sia perché, quando si tratta di "alzare l'asticella dei diritti", è incontestabile la modificabilità del Testo fondamentale[4].

L'obiettivo delle pagine che seguono è quello di contribuire ad una riflessione sulle ricadute sistemiche dei cambiamenti climatici[5]. Costituisce ormai una certezza granitica che il fenomeno del c.d. "*global warming*" sia una delle cause di alterazione dei tratti delle nostre società, avendo creato nuove forme di potere, di disuguaglianza e di insicurezza. Frattanto, non può sottacersi la tendenza inversa: tali eventi stanno dando vita a nuove forme di cooperazione, solidarietà e assistenza che valicano i confini nazionali.

Negli ultimi tempi si è data la stura ad innumerevoli riflessioni sui ruoli e sulle diverse responsabilità, in quest'ambito, dei paesi industrializzati e dei paesi in via di sviluppo, nonché sulla ripartizione della ricchezza, sullo sfruttamento dei paesi poveri e sulla loro intrinseca vulnerabilità.

Il degrado ambientale suggerisce inoltre la rivalutazione del ruolo degli attori non statali, i quali, parimenti destinatari di istanze di giustizia, oltre ad assumere risalto in tale contesto, palesano un'insita razionalità economica nei confronti della quale è necessario costruire un argine[6].

2. *Il lemma "ambiente" e il concetto di complessità*

Sebbene la tutela del valore "ambiente" sembri essersi consolidata solo in tempi recenti, è da rilevarsi che dell'interesse nei confronti di questo fenomeno vi sia traccia anche in epoche risalenti.

Prima di avviare una disamina sugli sviluppi della tutela giuridica - e costituzionale - in materia, risulta prodromico identificare il bene giuridico che ne è oggetto e chiarirne i caratteri. Lo studio dei "nuovi diritti" costituzionali non può, infatti, prescindere da un'indagine introduttiva sulla nozione di ambiente; a proposito di questa, la dottrina e la giurisprudenza si sono lungamente interrogate, continuando, ancora oggi, a scandagliare la materia.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione[7], avvenuta nel 2001, si è assegnata la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali alla competenza legislativa esclusiva dello Stato[8]; tuttavia, a fronte del conferimento di rilevanza costituzionale, il legislatore nazionale non si è premurato, in quell'occasione, di dare una compiuta definizione del suddetto bene. La questione, in quegli anni, non venne neppure affrontata dal legislatore comunitario, che si

[4] Tale affermazione si deve a I. A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, 30 giugno 2021, 3 ss.

[5] Ormai divenuti un nuovo "Agente di metamorfosi", secondo quanto scritto da U. BECK ne *La metamorfosi del mondo*, Laterza, Roma 2017, 248 ss.

[6] L. MINGIONE, *Environmental accountability e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico*, in *federalismi.it*, 215 ss.

[7] L. cost. 18-10-2001, n. 3, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *G.U.* del 24 ottobre 2001, n. 248

[8] Art. 117, comma 2, lettera s), Cost.

concentrò sulla definizione dei principi di tutela, impostandola come preventiva, prima ancora che riparatoria.

Si tratta, in effetti, di un concetto metagiuridico e, come tale, incapace di essere sintetizzato all'interno di una definizione che non tenga conto di tutte le sue molteplici sfaccettature. Descrive, infatti, una pluralità di fenomeni eterogenei, diversi per caratteri e attribuzioni.

Quando si tenta di precisare il significato della parola ambiente, non può non farsi menzione di Massimo Severo Giannini, al quale si deve una definizione illuminata: "*nel linguaggio normativo, l'ambiente, per quanto di continuo evocato, non è definito, né definibile, non ne sono precisate le condizioni d'uso, né è riducibile in enunciati prescrittivi*[9]*."*

Durante gli anni Settanta, nel merito della questione definitoria sul concetto di ambiente, si sono contrapposti due distinti orientamenti: quello pluralista, del quale lo stesso Giannini si fece portavoce, che intendeva costruirne una nozione partendo dall'enunciazione di elementi dei quali lo stesso si compone; quello monista, tendente ad una sintesi e dunque ad una nozione unica e omnicomprensiva.

La teoria pluralista costruisce la nozione di ambiente intorno a tre fattori: il primo è quello culturale, inteso alla conservazione dei beni naturalistici e paesaggistici; il secondo è ecologico, cioè incentrato sulla lotta all'inquinamento; il terzo è urbanistico e, quindi, riferito all'assetto territoriale[10].

Si contrappone a questa una teoria fondata su un'eventuale bipartizione tra la nozione di ambiente inteso come disciplina di paesaggio e quella che può essere ricavata dalle norme a difesa dell'acqua, dell'aria e del suolo, tutte collegate alla tutela della salute di cui all'art. 32 Cost[11].

Vi è, inoltre, una bipartizione riferita alla distinta gestione sanitaria e alla gestione territoriale- urbanistica che si ricollegano, nell'ordine, alla disciplina del diritto ad un ambiente salubre e a quella relativa alle forme e all'assetto del territorio[12].

Invero, la teoria pluralista ebbe vasto riscontro, soprattutto da parte di chi considerava l'ambiente come il frutto di molteplici elementi materiali, destinatari di una tutela differenziata[13]. Si rilevò, come conseguenza diretta, l'elevazione di una protezione giuridica ambientale di natura complessiva, escludendo, dunque, che vi fosse riconosciuta dignità unitaria.

La concezione pluralista si riverbera in molte pronunce della Corte costituzionale degli anni Settanta e Ottanta; decisioni attraverso le quali si è cristallizzata una visione dell'ambiente che annovera, al suo interno, la protezione dell'assetto urbanistico del territorio, ma anche la tutela dell'aspetto culturale, la tutela della salubrità, del suolo, della

---

[9] M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1973, 15.

[10] A proposito della "tripartizione Gianniniana" G. CONVENTI, *Gli sviluppi della tutela giuridica dell'ambiente nel diritto costituzionale*, in *Ius in itinere*, 17 luglio 2023, 1 ss.

[11] A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir*., XXXI, Milano, 1981, 503 s. e G PERICU, voce *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl*., Torino, 1987, 190.

[12] B. CAVALLO, *Profili amministrat*Ivi *della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1990, 397 ss.

[13] *Ex multis* V. G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987 in cui afferma che «*al termine ambiente [..] deve attribuirsi un significato non contenutistico, ma convenzionale, espressivo cioè di un fenomeno cui convergono - senza integrarsi- diversi elementi materiali, quali, l'aria, l'acqua, il suolo, e comportamenti umani..*».

qualità dell'atmosfera e dell'acqua[14]. Anche la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'esistenza di una pluralità di beni meritevoli di tutela, tra i quali spiccano l'aria, l'acqua, il suolo. Ciascuno di essi è destinatario di tutela differenziata[15].

Una così articolata descrizione del lemma ambiente si pone in linea con la tendenza, sopra descritta, di volergli assicurare maggiore tutela. Orientamento che si è poi tradotto in una prima fase di legislazione particolarmente frammentata.

A questa visione si contrappone, tuttavia, la teoria monistica, che pensa all'ambiente come ad un valore unitario, garantito costituzionalmente, perfetta sintesi degli elementi cui si è prima fatto riferimento. Questa interpretazione, oggi, viene preferita dalla Corte costituzionale[16].

La Consulta, negli anni 2007-2008, ha riconfermato la concezione unitaria del bene ambiente in alcune pronunce ove, tuttavia, ne rimarca il carattere sistemico e complesso[17].

Coloro i quali si accostano alla teoria monista utilizzano alcuni argomenti a favore: tra questi, la creazione di un Ministero specifico, istituito con legge n. 349/1986; l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva in tema di tutela[18]; nonché l'istituzione di una speciale disciplina risarcitoria.

I dati suddetti permetterebbero di comprendere che il legislatore aveva l'intenzione di considerare l'ambiente come valore unitario e autonomo, dotato di una propria identità e, dunque, destinatario di una distinta tutela[19].

Si può dedurre, da questa sommaria disamina, che la bipartizione degli interpreti tra pluralismo e monismo non ha condotto ad esiti soddisfacenti quanto al tentativo di definizione di un concetto così vasto. Se, da un lato, le critiche mosse alla tesi pluralista impediscono di cogliere quei caratteri di indivisibilità strettamente connaturati all'ambiente; d'altro canto, a chi propende per la teoria monistica sfuggono, probabilmente, le strette interrelazioni esistenti tra i diversi fattori ambientali e tra questi e l'uomo.

Sembra pacifico che l'ambiente sia oggi inteso come valore unico, costituito, tuttavia, al suo interno, da una molteplicità di elementi, ciascuno dei quali è tutelabile individualmente. Questo, cioè, non può che essere considerato nella sua complessità: come bene unitario fruibile dal singolo e dalla collettività.

Seguendo la dottrina di Beniamino Caravita, può affermarsi che l'ambiente, nella sua dimensione giuridica, sia un concetto da mutuare dalle scienze ecologiche e sia dunque da

---

[14] Si veda C. cost. 29-12-1982, n. 239, cit., 2 ove si esplicita che la previsione "*protezione dell'ambiente*" è *"(…) intesa in senso lato, comprende, com'è comunemente ammesso, oltre la protezione ambientale collegata all'assetto urbanistico del territorio, anche la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento."*

[15] *Ex multis*, Cons. St. 11-4-1991, n. 257

[16] Corte cost., sentenza n. 641, 30-12-1987; Cass. Civ., Sez. II, sentenza n. 1046, 3-02-1998; M. PILLONI, *La tutela ambientale: nuova tutela dei diritti umani*, in in *Ius in itinere*, 7-11-2022.

[17] Ex multis, la sentenza della C. cost. n. 232 del 27-06-2008 ove si dice: "(…) *la tutela ambientale e paesaggistica, la quale ha ad oggetto un bene complesso ed unitario, che costituisce un valore primario ed assoluto*"); si veda, inoltre, la sent. C. cost. n. 378 del 14-11-2007 ove la Corte si è pronunciata così: "*Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come "sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto*." (.

[18] Art. 117, comma 2, lettera s), Cost.

[19] Si veda, *ex multis*, la sent. C. cost. n. 1087 del 3-02-1998 a proposito di risarcimento del danno ambientale che individua l'ambiente come *"(…) interesse pubblico fondamentale, primario ed assoluto, imponendo allo Stato un'adeguata predisposizione di mezzi di tutela per le vie legali, amministrative e giudiziarie."*

intendere come "sistema" all'interno del quale convergono le molteplici risorse naturali e ove vi rientri, financo, la relazione che intercorre tra uomo e natura[20].

Si è davanti ad un concetto di notevole complessità, ma che al contempo è trasversale e multi-referenziale.

Un sistema è complesso quando definisce tutte le possibili interrelazioni tra i suoi componenti; trasversale perché gli interessi ambientali acquisiscono rilevanza in molti altri settori giuridicamente rilevanti; è, infine, multi-referenziale perché riguarda le innumerevoli sfaccettature della convivenza sociale e si inserisce in tutti i livelli di governo che interpretano le più svariate esigenze[21].

Avendo compreso i diversi aspetti del lemma ambiente, prima di esaminarne l'evoluzione normativa, è necessario fare una premessa.

Un panorama così composito costituisce un significativo esempio della crisi del sistema delle fonti. Il quale, considerato come sistema unico, coerente e completo, fondato sul rapporto tra forma della legge e la sua forza, nonché sulla connessione tra le fonti del diritto e il potere dei soggetti che le producono, appare ormai da tempo perturbato. Tale congiuntura viene facilmente dimostrata dalla complessità delle società contemporanee e dalle diverse esigenze che ne emergono, che hanno imposto nuove domande al diritto, in contesti interrelati, multipolari e multilivello.

Si giunge, dunque, al concetto chiave di complessità: l'etimologia della parola è di ausilio nella riflessione; infatti, deriva da *cum* (insieme) e *plexus* (intrecciato), cioè "intrecciato insieme".

Un sistema complesso è, infatti, un sistema composto da più parti collegate tra di loro e intrecciate le une alle altre, sicché il risultato è diverso dalla somma delle parti[22]. Complesso è il contrario di semplice, ma non è da identificarsi con il termine "complicato". Complesso significa multifattoriale e contestuale, in senso spaziale e temporale, quindi storico e ambientale. La complessità comporta l'analisi di un insieme di elementi considerati in correlazione fra loro e alla stregua di un contesto spaziale, come la storia, e temporale, come l'ambiente. Oggi lo studio dell'evento lascia spazio allo studio del fenomeno. Il fenomeno dev'essere fronteggiato *hic et nunc*, bisogna, cioè, affrontarlo nella sua immediatezza e con tutti gli strumenti a disposizione. La complessità è una condizione di crisi del modello dell'astrattezza e generalità, della delimitazione formale, e si può considerare, dunque, come condizione epistemologica[23]. Si configura come espressione di un approccio maggiormente inclusivo che riguarda l'analisi dei flussi, dei fenomeni colti nel loro divenire concreto e, in generale, dei gruppi e delle molteplicità[24]. Non a caso, da qualche tempo la scienza politica ha progressivamente accantonato il termine di governo (se non nell'accezione più tecnica di «esecutivo») in favore del termine più ampio e apparentemente rilevante di *governance*

---

[20] Beniamino Caravita ha affrontato pionieristicamente il tema dell'ambiente dal punto di vista del diritto costituzionale in alcuni volumi. Il primo manuale da lui pubblicato è *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, 1990; Tra gli autori che hanno sostenuto una visione sistemica dell'ambiente si vedano M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in L. Urbani Ulivi (a cura di), *Strutture di mondo, il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Vol. III, Il Mulino, 2013, 229 e ss.

[21] S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee e interne*, in federalismi.it, n. 13/2023, 5 giugno 2023, 3 ss.

[22] S. ALEO, *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità*, 19 giugno 2020, in Giustizia Insieme.

[23] S. ALEO, *Epistemologia della complessità, Stato di diritto e criminalità organizzata* in *Decisioni e scelte in contesti complessi*, a cura di S. Barile, V. Eletti, M. Matteuzzi, CEDAM, Padova, 2013, cap. VI, 221-259.

[24] S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Giuffrè 2003, 59 ss.

multilivello. La *governance* multilivello si caratterizza rispetto alla *governance tout court* proprio per la partecipazione, a fianco di attori privati, di istituzioni governative di diversi livelli al di fuori delle gerarchie istituzionali (e, quindi, quasi in qualità di attori privati)[25]. L'ambiente mette in risalto la crisi della legge generale e astratta come perno del sistema normativo. Si palesano tutte le criticità dell'intervento legislativo riferito a tutte quelle situazioni imprevedibili, determinate da problematiche ambientali, che inducono la fonte normativa a rincorrere il fenomeno attraverso atti di natura strettamente provvedimentale[26] e che, di conseguenza, richiedono l'intervento del diritto amministrativo. Vi è un terzo fattore di crisi, non meno importante, derivante dall'incertezza scientifica che aleggia nel campo dell'ambiente. Non si sa bene cosa aspettarsi, quando e come reagire a ciò che sarà.

Secondo una parte della dottrina, invero, sembrerebbe difficile affidare al diritto positivo il compito di determinare delle condizioni razionali che possano garantire un'efficace tutela degli equilibri ambientali. Questi, infatti, saranno semplicemente favoriti o danneggiati, ma non potranno essere determinati dall'intervento del legislatore: verrà, quindi, dato uno spazio maggiore all'amministrazione e agli organi tecnici e si cercheranno dei metodi per garantire il coordinamento di tali strumenti e assicurarne la trasparenza e la razionalità[27]. Non si potranno, cioè, considerare come due settori a compartimenti stagni il diritto ambientale e l'ambito delle c.d. "scienze dure". Al contrario, si dovranno fare i conti con le risultanze derivanti dai saperi cd. "tecnico-scientifici". Il diritto dell'ambiente di produzione pubblica non può considerarsi come esito esclusivo della volontà politica, poiché, per ottenere esiti soddisfacenti è necessario un costante confronto con i saperi tecnico-scientifici[28].

Infine, come si è già accennato, vi è la crisi della sovranità. Lo Stato Nazione deve, cioè, interfacciarsi con i diversi livelli territoriali e i modi in cui si articolano le emergenze e i problemi di tipo ambientale.

3. *L'evoluzione della tutela giuridica dell'ambiente nel panorama internazionale ed europeo*

Si intende, adesso, tracciare il processo di maturazione che il diritto dell'ambiente ha registrato, dapprima a livello internazionale, poi europeo e nazionale. Suscita, infatti, interesse negli studiosi l'evoluzione del fenomeno che è poi confluito nella "transizione ecologica[29]".

Si possono registrare tre fasi dell'evoluzione del diritto dell'ambiente, comuni ad ogni ordinamento.

---

[25] A proposito di governance multilivello v. A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance.* Novembre 2012, 50 ss.

[26] Si parla, a tal proposito, del fenomeno della "provvedimentalizzazione del diritto legislativo", come fenomeno tipico della legislazione ambientale. Si è espresso in tal senso S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee e interne*, cit. 4.

[27] A proposito della pervasività della "normazione tecnica" in campo ambientale vedi M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in *DPCE on line*, 3/2020, 3401 ss.

[28] M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica, Cit., 3402.*

[29] K. DE BLASIO, *L'evoluzione della disciplina ambientale*, giugno 2019.

La prima fase è caratterizzata dal passaggio dall'irrilevanza giuridica alla rilevanza dell'interesse all'ambiente. La seconda fase ha visto un progressivo rafforzamento di tale concetto, divenendo l'ambiente destinatario di una tutela rafforzata.

La terza fase, ancora in corso, è quella in cui si sviluppa un approccio olistico e organico della tutela ambientale, che si fonda su una maggiore consapevolezza circa le interrelazioni tra i problemi dell'ambiente e della società e che si muove verso la costruzione di una cultura ecologica comune, promotrice di un nuovo paradigma di sviluppo e di una mutata gerarchia valoriale[30].

Tale ultima fase nasce parallelamente all'Enciclica Papale Laudato sì[31], nella quale si è affermato che i problemi ambientali non sono questioni settoriali, quindi delimitabili e risolvibili con misure specifiche. L'ambiente dev'essere inteso come il modo di essere di una comunità e la sua distruzione non può imputarsi a specifici eventi[32].

Il tema ambiente è inoltre tornato in auge a causa dell'allarme suscitato dagli scienziati in riferimento all'avanzamento tecnologico e al possibile deterioramento delle risorse naturali a causa di quest'ultimo. Tale dato, unito alle catastrofi climatiche, ha fatto nascere una coscienza ambientale che ha coinvolto i singoli Stati e l'intera opinione pubblica internazionale[33].

Un iniziale interesse della comunità internazionale nei confronti dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi si è registrato nel 1972 con la Dichiarazione di Stoccolma[34].

A partire da questo momento si segnalano le prime limitazioni di sovranità degli Stati, volte a salvaguardare l'ecosistema e fondate sull'idea di responsabilità degli Stati per i danni arrecati ad altri territori, nonché ai cittadini che vivono in essi. La già richiamata Dichiarazione precisa che "*gli Stati hanno il diritto Sovrano di sfruttare le loro risorse, ma anche il dovere di assicurarsi che le attività esercitate entro i limiti della loro giurisdizione o sotto il loro controllo non causino danni all'ambiente di altri Stati, o alle regioni che non sono sottoposte ad alcune giurisdizione nazionale*[35]". Secondo una parte della dottrina, si tratta di una regola consolidata come consuetudine di diritto internazionale, che ha trovato applicazione in molti casi di inquinamento transfrontaliero.

---

[30] G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n.2/2015, 3 ss.

[31] Lettera Enciclica *Laudato Si'* del Santo Padre Francesco disponibile al sito web della Santa Sede.

[32] Nel paragrafo 111 dell'enciclica si legge: «*La cultura ecologica non si può ridurre a una serie di risposte urgenti e parziali ai problemi che si presentano riguardo al degrado ambientale, all'esaurimento delle riserve naturali e all'inquinamento. Dovrebbe essere uno sguardo diverso, un pensiero, una politica, un programma educativo, uno stile di vita e una spiritualità che diano forma a una diversa resistenza di fronte all'avanzare del paradigma tecnocratico. Diversamente, anche le migliori iniziative ecologiste possono finire rinchiuse nella stessa logica globalizzata. Cercare solamente un rimedio tecnico per ogni problema ambientale che si presenta, significa isolare cose che in realtà sono connesse, e nascondere i veri e più profondi problemi del sistema mondiale*».

[33] Lo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente ha suscitato l'interesse di molti studiosi. Per un approfondimento sul tema si segnalano alcuni scritti, tra i quali v. G. GAJA, *Evoluzione e tendenze attuali del diritto internazionale dell'ambiente: brevi considerazioni*, in S. Grassi – M. Cecchetti – A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, Vol. I, 113 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. I: Princìpi generali*, Padova, 2012, 29 ss.; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. Ferrara e M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente Vol. I: Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno* (a cura di R. Ferrara e C. E. Gallo), Milano, 2014, 93ss.

[34] Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, Stoccolma, 1972.

[35] Questo è quanto stabilito dal Principio n. 21 della Dichiarazione di Stoccolma (1972).

Emerge, con la Dichiarazione di Stoccolma, una considerazione organica e omogenea del bene ambiente, che giunge ad essere considerato destinatario di una tutela unitaria. Si comprende, in quel frangente, lo stretto legame esistente tra integrità dell'ambiente e salute umana.

Il primo Principio si riferisce al diritto fondamentale dell'uomo "*alla libertà, all'uguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere*[36]", scaturendone, dunque, un'importante responsabilità "*della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future*" nonché la determinazione di un oggetto di tutela improntato ad una visione antropocentrica. Si ravvisa, in queste enunciazioni, una prospettiva intergenerazionale, poiché l'intento è quello di preservare le future progenie.

La Dichiarazione sembra aver gettato le fondamenta per la costruzione di una tutela ambientale, sebbene lo abbia fatto attraverso formule generiche e raccomandazioni, dunque operando a livello di *soft law*[37]. Se, da un lato, dette formulazioni risultano sprovviste di carattere vincolante, non può essere taciuto che abbiano fornito la spinta necessaria allo sviluppo del diritto ambientale, sia sovranazionale, che interno.

Nelle Dichiarazioni di diritto internazionale che si sono succedute, il concetto di ambiente ha subito un'evoluzione: è stato infatti identificato in un insieme di beni comuni dell'umanità: "*common heritage of mankind*[38]". Si fa riferimento, nello specifico, a quei beni ambientali non legati al territorio di singoli Stati, ma che riguardano l'intera biosfera e che sono perlopiù beni non spaziali, nei confronti dei quali non è possibile parlare di sovranità territoriale. L'ambiente viene visto come pubblico interesse internazionale, quantunque emergano già alcune difficoltà nell'individuazione di un'autorità che possa determinare le modalità di difesa dei beni ambientali globali, i diritti di azione e le forme di riparazione e le sanzioni a cui ricorrere.

L'esistenza di un patrimonio naturale di tipo mondiale viene cristallizzato nelle dichiarazioni successive: quella di Johannesburg del 2002[39], quella di Rio+20 del 2012[40].

In queste occasioni si è giunti all'elaborazione di norme valide *erga omnes*, con riferimento ai beni comuni non appartenenti ai singoli Stati (si pensi allo spazio cosmico, ai fondali oceanici) e, più in generale, a tutti quei beni che non possono essere lasciati nella disponibilità e nella capacità di gestione dei singoli Stati.

È da segnalare che, nel momento storico di cui si parla, si raggiungono importanti risultati con riferimento all'introduzione di nuovi principi e obblighi applicabili a tutti gli Stati, ma vi è di più.

---

[36] Principio n. 1 della Dichiarazione di Stoccolma (1972).

[37] In proposito vedi F. TAJANI, *Lo sviluppo sostenibile nel diritto comunitario e la necessità di cooperazione con i Paesi Extra-UE*, in federalismi.it, 31 marzo 2009, n. 6/2009, 2 ss.

[38] A proposito di "Common heritage of mankind" v. lo scritto di P. TINCANI, *"Common Heritage of Mankind". Il caso dell'Antartide*, in Diritto e Questioni pubbliche, 2013, 763 ss.

[39] Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile, Johannesburg 24 agosto – 4 settembre 2002. Sul tema v. A. RUSSO, *La responsabilità per la bonifica ambientale: profili comparatistici europei*, in federalismi.it, n.6/2018, 3 ss.

[40] Il riferimento è alla Conferenza dell'ONU sullo sviluppo sostenibile tenutasi nel giugno 2012 a Rio de Janeiro. Per una conoscenza completa della Conferenza v. Documentazione Servizio Affari Internazionali Senato, Documentazione AP/184, "*La Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile "Rio+20*", v. anche G. G. NUCERA, *La conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (Rio+20),* Scritti in Memoria di Maria Rita Saulle, Napoli, 2014, 1109 ss.

Infatti, la Comunità Internazionale attiva sedi istituzionali per la ricerca e la conoscenza scientifica, nonché per il coordinamento della diplomazia ambientale[41], imprescindibile per il raggiungimento della successiva approvazione ed esecuzione degli accordi e dei Trattati Internazionali in materia.

È in questa fase che le Nazioni Unite attivano un organismo burocratico dedicato all'individuazione delle soluzioni dei problemi dell'ambiente: il cosiddetto UNEP[42], United Nations Environmental Panel – e una sede scientifica come l'IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change[43].

È sempre in questa fase che si implementano i principi, già delineati dalla Dichiarazione di Stoccolma, sull'obbligo di cooperazione tra gli Stati e di informazione reciproca al fine di combattere i pericoli e le criticità ambientali.

Si registra, infatti, un intenso accrescimento del diritto internazionale pattizio, idoneo ad imporre agli Stati degli obblighi di risultato e, in alcuni casi, degli obblighi di comportamento immediatamente vincolanti[44].

In tempi più recenti si riconosce la sussistenza non soltanto di beni comuni globali, bensì anche la presenza di pericoli che devono essere affrontati in maniera unitaria, da tutti gli attori internazionali. Si fa riferimento, in particolare, a fenomeni quali la perdita di biodiversità ed il surriscaldamento globale[45].

Emerge, in questa fase, anche il concetto di "*common concern of mankind*[46]*"* e, di conseguenza, vengono attivate fonti normative di carattere innovativo, tra le quali le Convenzioni Quadro Multilaterali[47]. Queste ultime pongono obiettivi comuni, principi di cooperazione nella ricerca delle soluzioni e della valutazione dei rischi, obblighi comuni per attuare le soluzioni suggerite dalla scienza e, da ultimo, sanciscono il riconoscimento che i

---

[41] Tratta il tema della diplomazia climatica e ambientale E. BOMPAN, *Green New Order: ecco la diplomazia climatica*, in *Agenzia Italiana per la Cooperazione e lo sviluppo – Oltremare*, al sito web dell'Agenzia italiana per la cooperazione e lo sviluppo, giugno 2023. Egli afferma che "*La diplomazia climatica include tutta la diplomazia. Nel senso che il clima non è solo imporre target di riduzione delle emissioni. Si tratta di trasformare i sistemi economici finanziari e quindi le implicazioni politiche e geopolitiche di ciò. Tutta la diplomazia dovrebbe avere una valutazione della propria azione rispetto agli obiettivi climatici.*"

[42] Per un approfondimento, v. al sito web dell'UN Environment Programme.

[43] United Nations Resolution 43/53 1988: Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind. Resolutions Adopted on the Reports of the Second Committee, 70th Plenary Meeting. General Assembly, United Nations (December 6), 133 ss.; V. anche M. C. VERCIANO, *La discrezionalità del potere nella lotta al cambiamento climatico*, in *federalismi.it*, n. 28/2023, 13 ss. L'Autrice parla dell'istituzione dell'IPCC, dell'accordo e *consensus* sui quattro contenuti dell'art. 2 dell'UNFCCC e dell'impulso europeo sui limiti ai poteri statali.

[44] S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee e interne*, cit. 10

[45] L. DEL CORONA, *La tutela della biodiversità: dal diritto internazionale alla Costituzione*, in *federalismi.it* , n.2/2023, 199 ss.

[46] A. B. LORCA, R. DERRIG, *Memorandum on the Common Heritage of Mankind and Biodiversity Beyond National Jurisdiction (Part II),* 24.02.2023, in *OpinioJuris*. Sul concetto di "Common concern of mankind" V. anche il primo preambolo della Convenzione sul cambiamento climatico del 1994 e la premessa dell'Accordo di Parigi del 2015. Trattasi di definizioni non precise, tuttavia possono ricollegarsi ai principi del diritto internazionale, giacché programmano obblighi degli Stati nei confronti dell'intera comunità internazionale. In base a ciò, risulta ipotizzabile l'attivazione di giudizi per il rispetto di tali obblighi.

[47] Si fa riferimento alla UNFCCC. Il testo ufficiale in italiano dell'UNFCCC può essere letto dalla sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale europea* L 033 del 7.2.1994. A proposito dell'UNFCCC come norma di riconoscimento, è interessante, nella dottrina italiana, lo scritto di M. CARDUCCI, *Se il riscaldamento globale entra nei tribunali*, in *Micromega. Almanacco della scienza*, n. 6, 2021, 42 ss.; e *Giustizia climatica*, voce in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica. Aggiornamento*, ESI, Napoli, 2022, 195 ss.

problemi posti dalle emissioni vengono cagionati dagli Stati con un tasso di sviluppo economico più alto.

Si avverte, dunque, non solo la necessità di un principio di equità intergenerazionale (con divieti di emissioni finalizzati a impedire il deterioramento delle risorse ambientali per le future generazioni), ma, altresì "intragenerazionale[48]". Gli adempimenti di carattere cogente, messi in atto per evitare disastri climatici, devono risultare diversificati tra gli Stati sviluppati e gli Stati in via di sviluppo.

Si eleva, dunque, come linea di indirizzo del diritto internazionale, il principio dello sviluppo sostenibile[49] e la dimensione giuridica dell'ambiente diventa antropocentrica.

Si inizia a pensare alla realizzazione di traguardi condivisi dagli Stati e all'attribuzione di responsabilità rispetto a tali scopi, ma, soprattutto, si consolida il legame tra la tutela dell'ambiente e diritti fondamentali.

La presa di coscienza circa l'impatto negativo sugli equilibri ambientali derivante dalle attività e dall'avanzamento tecnologico di alcuni Stati ha notevolmente rafforzato la concezione antropocentrica dell'ambiente[50].

Questo è ciò che si evince dal diritto internazionale e dalle dichiarazioni dell'organizzazione delle Nazioni Unite. Si rammenti, ad esempio, la risoluzione dell'Assemblea generale del 25 settembre 2015 che ha approvato l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, precisando, nel punto 10, che la nuova Agenda si fonda sulla Dichiarazione Universale dei diritti umani e sui Trattati Internazionali sui diritti umani[51]. Tra questi, la Dichiarazione del Millennio[52] e i risultati del Vertice Mondiale del 2005[53].

Adotta la stessa impostazione la Carta della Terra[54], all'interno della quale si rimarca l'interdipendenza tra tutti gli esseri viventi ed il concetto che ogni forma di vita ha valore indipendentemente dalla sua utilità per gli esseri umani[55], con la fede nell'intrinseca dignità di tutti gli esseri umani[56], con la responsabilità per prevenire i danni all'ambiente[57] e, al contempo, assicurare che le comunità ad ogni livello garantiscano i diritti umani, le libertà fondamentali e l'uguaglianza sostanziale[58].

---

[48] S. GRASSI, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee e interne*, cit. 11.

[49] Sul tema v. M. MONTINI, *L'interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l'attuazione del diritto internazionale dell'ambiente,* in *federalismi.it*, n.9/2019, 2 ss.

[50] G. SABATO, *Tempo e ambiente: un ponte tra passato e presente*., in *federalismi.it*, n.6/2023, 175 ss.

[51] Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, Punto 10: "*La nuova Agenda è stata creata seguendo obiettivi e principi della Carta delle Nazioni Unite, compreso il totale rispetto del diritto internazionale. È fondata sulla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, sui trattati internazionali sui diritti umani, la Dichiarazione del Millennio e i risultati del Vertice Mondiale del 2005. È aggiornata secondo altri strumenti come la Dichiarazione del Diritto allo Sviluppo*."

[52] Risoluzione 55/2.

[53] Risoluzione 60/1.

[54] La Carta della Terra è una dichiarazione di principi etici fondamentali per la costruzione di una società globale giusta, sostenibile e pacifica nel Ventunesimo secolo. È il prodotto di un dialogo decennale, mondiale, interculturale su obiettivi e valori comuni. Il progetto della Carta della Terra iniziò nell'ambito delle Nazioni Unite, ma venne portato avanti e completato da un'iniziativa della società civile. Venne finalizzata e lanciata come "Carta" nel 200 dalla Commissione, un organismo internazionale interdipendente. Per un approfondimento sul tema vedi al sito web della Carta della Terra.

[55] Punto 1, lettera a.

[56] Punto 1, lettera b.

[57] Punto 2, lettera a.

[58] Punto 3, lettera a.

Delle risoluzioni e raccomandazioni delle Nazioni Unite sul legame tra diritti umani, clima e ambiente[59] ha fatto menzione in tempi recenti anche il Consiglio dell'Unione Europea[60].

Si collegano a quanto sopra affermato anche le iniziative giudiziarie sulla c.d. "giustizia climatica", partendo dagli esiti positivi raggiunti con una nota sentenza della Corte Distrettuale dell'Aja il 24 giugno 2015, poi confermata in appello il 9 ottobre 2018 e resa definitiva dalla Corte Suprema il 20 dicembre 2019, sul caso "Urgenda[61]". Si può altresì citare la pronuncia del Conseil d'état, del 2021 all'interno dell'Affaire du Siècle[62], fino a quella del Tribunale Costituzionale tedesco del 24 marzo 2021[63], che ha censurato la legge federale sulla protezione del clima, al fine di garantire la tutela delle future generazioni, che avrebbero subito un onere sproporzionato di riduzioni dopo il 2030.

Assume rilevante significato, per via dell'applicazione diretta nei confronti di società multinazionali, la sentenza della Corte olandese di Primo Grado, del 26 maggio 2021, emessa nei confronti della Shell[64]. Quest'ultima veniva condannata a ridurre le emissioni globali di carbonio dell'intero gruppo del 45%.

Si è dinnanzi a contenziosi che di rado trovano luogo all'interno dell'ordinamento italiano, malgrado il tanto reclamizzato "Giudizio Universale[65]", pendente nei confronti dello Stato davanti al Tribunale di Roma, giacché appare evidente l'assenza di un riconoscimento diretto del cosiddetto "diritto al clima" in favore dei singoli. Infatti, secondo il limite della divisione dei poteri, è oltremodo complesso delegare al giudice una valutazione che abbia ad oggetto i tempi e modi con i quali adeguarsi alle indicazioni della scienza e degli accordi internazionali[66].

---

[59] V. da ultimo, il report dell'Assemblea delle Nazioni Unite – 19° Sessione del Consiglio sui diritti umani, 12 gennaio 2022.

[60] Vedi le conclusioni del 24 gennaio 2022, n. 5277/22 – v. punto 21; e già prima, l'Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa - risoluzione n. 2400/2021 del 29 settembre 2021.

[61] Netherlands' Supreme Court, *Urgenda vs Netherlands*, Case N°.: 19/00135, 20 dicembre 2019; Sul tema V. C. M. PONTECORVO, *La tutela internazionale dei "migranti climatici" tra (persistenti) limiti normativi e (recenti) prospettive giurisprudenziali,* in Migrazioni internazionali. Questioni Giuridiche aperte. (a cura di) I. Caracciolo, G. Cellamare, A. Di Stasi, P. Gargiulo, Editoriale scientifica, Napoli 2022, 334 ss; F. TUMMINELLO, *Climate Change e diritti umani: il caso Urgenda*, in *Ius in itinere*, 13 marzo 2020; F. VANETTI, L. UGOLINI, *Il Climate Change arriva in tribunale: quadro giuridico e possibili scenari giudiziali*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, 10, 747 ss.

[62] Tribunal administratif de Paris, sent. del 3 febbraio 2021, N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, *Affaire du siècle*; inoltre, con la decisione resa sul medesimo caso in data 14 ottobre 2021, il Tribunale amministrativo ha affermato che lo Stato deve risarcire i danni provocati con il proprio inadempimento. In dottrina v. L. DEL CORONA, *Brevi considerazioni in tema di contenzioso climatico alla luce della recente sentenza del Tribunal administratif de Paris sull'"*Affaire du siècle", in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 327 ss; v. anche G. VIVOLI, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli stati vengono presi sul serio dai giudici.*, in *AD AmbienteDiritto*, Anno XXII - Fascicolo n. 1/2022, 3 ss.

[63] BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24 März 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270.

[64] Il Tribunale distrettuale dell'Aja, in data 26 maggio 2021, ha ordinato alla Shell di ridurre le emissioni di anidride carbonica del 45%, entro il 2030. V. la decisione *The Association Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, caso n. C/09/571932 / HA ZA 19-379.

[65] Si tratta della causa definita come "*Giudizio universale*". Sul punto V. I. BRUNO, La causa "Giudizio Universale". Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito, in *federalismi.it*, n. 18/2022, 27 ss.

[66] Vi sono numerosi contributi in dottrina sul tema. Ex multis v. R. BIFULCO – E. SCOTTI, *Equità ambientale e sviluppo sostenibile: spunti per una riflessione a partire dall'esperienza dell'Environmental Justice*, in G. Cerrina Feroni – T.E. Frosini – L. Mezzetti – P. L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia e alimentazione*, Cesifin on line, 2016, Vol. 1, Tomo I; S. DOMINELLI, *Sui limiti – giurisdizionalmente imposti – all'emissione di gas serra: i giudici olandesi diventano i front-runners nella lotta ai cambiamenti climatici*, in *Riv. Giur. Amb*., 4, 2020, 749-780; G. SCIACCALUGA, *La Corte distrettuale dell'Aja e la lotta ai cambiamenti climatici: valori e limiti della politica climatica dell'Unione europea*, in *eurojus.it Rivista*, ottobre 2015; T. SCOVAZZI, *La decisione finale sul caso*

A livello europeo, la definizione di ambiente ha subito un'evoluzione parallela a quella del diritto internazionale. Agganciandosi, anche questa, ad una concezione antropocentrica.

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea nel 1957 non includeva delle competenze comunitarie in materia ambientale. Una menzione all'ambiente vi sarà soltanto nel 1987 con l'Atto Unico Europeo. Il 1987 viene annunciato come "Anno europeo dell'ambiente": infatti sarà un momento cruciale di presa di coscienza nei confronti dei problemi ambientali a livello comunitario[67]. Viene varato il Quarto programma di azione in materia ambientale (1987-1992) e le suddette competenze entrano nel Trattato di Roma con l'Atto Unico Europeo che aggiunge un nuovo Titolo VII dedicato all'ambiente, costituito da tre articoli: 130R, 130S e 130T.

In particolare, è l'art. 130R che assegna il compito al diritto comunitario di "*preservare proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente*", focalizzandosi, dunque, sulla salute delle persone e cercando di ammonire la comunità all'uso prudente e razionale delle risorse naturali[68].

L'Atto Unico Europeo è di notevole importanza in quanto segna l'ingresso di tre principi fondamentali in tema ambientale: il principio dell'azione preventiva, quello della riparazione dei danni alla fonte e quello del "chi inquina paga[69]".

All'interno dei Trattati comparvero i primi principi fondamentali per l'azione in materia di ambiente, alcuni dei quali erano già contenuti nei primi regolamenti e direttive, esplicitando, altresì il principio di sussidiarietà[70].

Con il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1993, infatti, si attribuisce all'azione in materia ambientale il rango di vera e propria politica dell'Unione Europea e alcuni dei principi affermati con riferimento all'azione ambientale all'interno dell'Atto Unico Europeo, assurgono a principi contenuti nella prima parte del Trattato[71]. Le disposizioni in materia ambientale vengono poi trasferite nel Titolo XVI, sempre intitolato ambiente, e viene aggiunto un altro principio fondamentale, quello di precauzione[72].

Con il Trattato di Amsterdam del 1997, il Trattato CE e il Trattato sull'Unione Europea ricevono una nuova numerazione. Gli articoli da 130R a 130T vengono inseriti nel Titolo XIX e

---

Urgenda, in *Riv.Giur.Amb*., 2020, 419-478; B. TONOLETTI, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in *Riv.Giur.Amb*., 1/2021, 37-51; C. VIVANI, *Climate Change Litigation: quale responsabilità per l'omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici*? in *Ambiente e Sviluppo*, 2020, 599 ss.

[67] M. ONIDA, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra Agenda Europea e politiche nazionali*., in federalismi.it, n.7/2020, 92 ss.

[68] Titolo VII "Ambiente" Art 130 R. comma 1, La disciplina dell'"azione della Comunità" in materia ambientale ha introdotto l'obiettivo di "*salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; contribuire alla protezione della salute umana; garantire una utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*".

[69] Sul tema V. F. TAJANI, *Lo sviluppo sostenibile nel diritto comunitario e la necessità di cooperazione con i Paesi Extra-UE,* Cit. 2 ss.; A. RUSSO, *La responsabilità per la bonifica ambientale: profili comparatistici europei*, in federalismi.it, n.6/2018, 2 ss.; L. PRATI, *Il principio chi inquina paga e le sue declinazioni*, in Rivista giuridica dell'ambiente, 3/2015.

[70] Il principio di sussidiarietà in materia ambientale riconosceva l'azione della Comunità ove gli obiettivi potessero essere meglio realizzati a livello comunitario, piuttosto che dei singoli Stati membri. Sul punto si veda M. PETRACHI, *Declinazioni del principio di sussidiarietà in materia di ambiente*, in federalismi.it, n. 24/2016, 5 ss.

[71] Precisando all'art. 2, nella definizione degli obiettivi della comunità, concetti come "*crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente*" e "*miglioramento del tenore della qualità della vita*"; nonché inserendo all'art. 3 B, come principio generale, il principio della sussidiarietà.

[72] A proposito del principio di precauzione in materia di ambiente si veda A. LONGO e F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in federalismi.it, n.16/2019, 3 ss.

divengono gli articoli 174,175,176. Il Trattato di Amsterdam inserisce l'ambiente tra gli obiettivi politici dell'Unione, menzionandolo esplicitamente all'art. 3. Si introduce l'art. 6 che contempla l'integrazione delle esigenze ambientali nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie, riprendendo quanto prima veniva disposto dall'art. 130R.

Il Trattato di Nizza[73] non ha apportato sostanziali modifiche a tale assetto. La Carta dei Diritti Fondamentali ha incluso uno specifico articolo dedicato all'ambiente: l'art. 37, infatti, specifica che "*un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*".

In sostanza, la Carta ha ribadito ed elevato i principi che già erano stati enunciati all'interno del Trattato. Attraverso l'inserimento nella Carta suddetta, tali principi acquisiscono una maggiore pregnanza politica e culturale e divengono una guida e strumento di interpretazione di altre norme e valori facenti parte del contesto comunitario[74].

Una definitiva centralità all'ambiente viene sancita con le riforme introdotte a Lisbona nel dicembre 2007 ed entrate in vigore dal dicembre 2009[75].

L'ampiezza e la puntualizzazione degli obiettivi in materia di ambiente è stata irrobustita di recente, con la Comunicazione della Commissione a proposito del Green Deal Europeo[76] e nella Comunicazione relativa alla Biodiversità per il 2030[77], nonché nel recente Programma di azione approvato dal Consiglio Europeo nello scorso aprile[78], sulla scorta del forte impegno assunto dall'Unione Europea nell'attuazione dell'Accordo di Parigi sul clima.

È grazie a questi documenti e alle normative nate di conseguenza che si sono poste delle basi nuove per affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente e affrontare la cd. "transizione ecologica". Con tale espressione si intende l'obiettivo di proteggere, conservare e migliorare il patrimonio naturale e salvaguardare la salute delle generazioni future dai disastri climatici e ambientali[79].

Benché si mantenga un'impostazione antropocentrica, si cerca di portare in alto il concetto di tutela e garanzia degli ecosistemi e della biodiversità sul presupposto dell'indispensabilità della natura per la sopravvivenza della specie umana e animale[80].

4. *La questione ambientale interroga la Costituzione italiana*

In Italia si è sviluppato un interesse crescente nei confronti della tematica ambientale, costituendo un decisivo impulso in tal senso la comparsa del virus Sars-Cov-19. Infatti, il

[73] Il Trattato di Nizza, firmato nel 2000, è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

[74] I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in federalismi.it, n.19/2020, 115 ss.

[75] Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea (TUE) e il trattato che istituisce la Comunità europea (GU C 306 del 17.12.2007); entrato in vigore il 1º dicembre 2009.

[76] Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, il green deal europeo, n. 640 dell'11.12.2019.

[77] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, n.380 del 20.05.2020.

[78] VIII Programma di azione per il 2030 – adottato con decisione vincolante il 6 aprile 2022.

[79] A proposito di transizione ecologica si veda S. ANTONIAZZI, *Transizione ecologica ed economia circolare*, in federalismi.it, n.23/2023, 56 ss.

[80] D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione,* in federalismi.it, n. 15/2022, 122 ss.

dettato costituzionale non presentava degli espliciti riferimenti all'ambiente, né contemplava una sua compiuta tutela[81].

L'attenzione degli scienziati verso il fenomeno del cambiamento climatico e la presa d'atto che i disastri ambientali si trovassero all'origine della comparsa del virus ha fatto sì che l'ambiente entrasse in Costituzione e che trovasse spazio proprio tra i dodici principi fondamentali. È intervenuta, infatti, la riforma dell'art. 9 del Testo fondamentale, la quale, molto spesso, nelle passate legislature era stata sul punto di prendere forma, ma non era mai giunta a destinazione[82].

Un contributo di notevole importanza in tale ambito è quello della giurisprudenza costituzionale[83] che ha cercato di intercettare le manovre più adatte per poter colmare una tale mancanza ed è poi giunta ad insediare la tutela dell'ambiente tra i valori costituzionali[84].

Un primo contributo della Corte si è avuto con la riforma del Titolo V della Costituzionale[85] che ha ricondotto la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato[86]. Il giudice delle leggi ha rilevato che la tutela dell'ambiente, inteso come valore posto sotto la salvaguardia della Legge Fondamentale, costituisce materia trasversale che coinvolge e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze, di talché è compito dello Stato regolamentare le esigenze meritevoli di una tutela omogenea su tutto il territorio nazionale[87].

Vent'anni dopo la prima menzione dell'ambiente in Costituzione, il dibattito sul tema ha trovato nuova linfa, poiché si è avvertita la necessità non soltanto di disciplinare la materia ambientale, ma anche di farla divenire una prerogativa dell'intero ordinamento legislativo. Si sono registrate molte proposte di legge, oggetto di esame in sede referente al Senato alla fine del 2019[88] , che, dopo alcuni cicli di audizioni informali[89] e congiungimenti all'interno di

---

[81] Tra i contributi di maggiore interesse sul rapporto tra Costituzione e ambiente si vedano S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3/2017, 4 ss. nonché B. CARAVITA, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione,* in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Bologna, 2016, 17 ss.

[82] I.A. NICOTRA, *Relazione introduttiva*, in I.A. Nicotra – U. Salanitro (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, 2010, Torino, 4 ss. V., ancora, il contributo di M. IANNELLA, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente,* in *federalismi.it*, n.4/2022, 171 ss.

[83] R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, in *Corti supreme e salute*, fasc. n. 2/2019, 305 ss.

[84] *Ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987, n. 617, Considerato in diritto punto 4.2, secondo cui l'ambiente costituisce "*un bene primario e di un valore assoluto costituzionalmente garantito alla collettività*", nonché le sentenze 30 dicembre 1987, n. 641 e 15 novembre 1988, n. 1031.

[85] Avvenuto con legge cost. 18 ottobre 2001, n.3.

[86] Art.117, comma 2, lett. s), Cost.

[87] Si veda la sentenza della Corte costituzionale, 26 luglio 2002, n. 407 e la pronuncia 23 gennaio 2009, n. 12, nonché più di recente la sentenza 17 gennaio 2019, n. 7.

[88] Si ricorda infatti come l'esame in sede referente delle proposte di legge S. 83, S. 212 e S. 1203 riunite sia stato avviato in Senato a partire dalla seduta dell'8 ottobre 2019 della prima Commissione Affari costituzionali, successivamente alla quale si è svolto un ciclo di audizioni informali tra l'ottobre 2019 e l'aprile 2021.

[89] Possono citarsi alcuni interventi significativi: G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 1/2020, 67 ss.; D. CERINI, *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, al sito web del Senato.; M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 6/2019,93 ss.; G. GRASSO, *Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1° Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale*

altri disegni di legge costituzionale, sono poi confluite in un unico testo, prima approvato dall'Assemblea, poi, dopo esser stato esaminato e discusso, approvato dalla Camera pochi mesi dopo.

La seconda deliberazione non ha presentato particolari ostacoli, infatti è stata raggiunta la maggioranza qualificata necessaria per l'approvazione della modifica costituzionale senza doversi avvalere del referendum previsto dall'art. 138 comma 2, Cost. La revisione costituzionale si è sostanziata su un intervento che ha avuto ad oggetto sia l'art. 9, che l'art. 41 della Carta Fondamentale[90].

È stato aggiunto un nuovo comma all'art. 9 che oggi statuisce che: "*la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*" e che "*la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*". L'art. 41, diversamente, è stato riformato nei commi secondo e terzo.

Questo articolo dispone che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale ovvero in modo di arrecare danno, oltre che alla sicurezza, anche alla dignità umana, nonché alla salute e all'ambiente e, d'altro canto, prevede che la legge determina i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica, pubblica e privata, possa essere destinata e coordinata a fini non soltanto sociali, ma anche ambientali[91].

Gli articoli suddetti, così novellati, dimostrano che si sia trattato di un importante intervento di riforma. Infatti, questo ha interessato i principi fondamentali della Carta, avendo peraltro inciso in quella parte del testo definita "Costituzione economica". Per quanto riguarda l'art. 9 della Costituzione, si è trattato di un provvedimento di riforma di natura additiva. Si è infatti inserita una disposizione mirata che prevede la tutela dell'ambiente in prospettiva intergenerazionale. Deve tenersi a mente, inoltre, che l'art. 9 si trova all'interno di quello che viene definito "nocciolo duro" della Costituzione: i primi dodici articoli del Testo, infatti, non possono essere stravolti o modificati nel loro contenuto essenziale, neppure da leggi di revisione costituzionale[92].

Questo principio è stato chiarito dalla Corte in una famosa sentenza, la n. 1146 del 1988[93]. In questa pronuncia si è precisato cosa non sia soggetto a modifica: la forma repubblicana (art. 139 Cost.), nonché i valori supremi sui quali si fonda il cuore della Costituzione repubblicana. Emerge, dunque, che sia ritenuta ammissibile ogni modifica in senso ampliativo delle disposizioni contenute nei primi dodici articoli della Carta e che gli interventi suddetti devono limitarsi a non stravolgere i valori consacrati dalla Costituzione nel 1947.

La novella costituzionale del 2022 si è dunque inserita all'interno di un ben preciso filone della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale. Analizzando più da vicino la

---

n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente), in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 2/2020,6 ss.; A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica – La tutela dell'ambiente in Costituzione*, al sito web del Senato; D. PORENA, *Audizione del 24 ottobre 2019 nell'ambito dell'esame dei disegni di legge costituzionale n. 83, n. 212, n. 1203 e n. 1532 recanti modifiche all'art. 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, al sito web del Senato. Per un'analisi dei lavori preparatori si veda G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2022,195 ss.

[90] I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione: un segnale importante dopo il Covid,* cit. 4.

[91] Sul tema V. E. JONA, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *federalismi.it,* n.2/2023 , 104 ss.

[92] Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di M. LADU, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali: la revisione silenziosa dell'art. 9 Cost*., in *federalismi.it*, n.1/2023, 40 ss.

[93] Corte costituzionale, sentenza 29 dicembre 1988, n. 1146, Considerato in diritto, punto 2.1.

riforma appare di molto interesse l'accenno, incluso nel comma 3 dell'art. 9, ai concetti di ambiente, ecosistemi e biodiversità. È stato ben presto chiarito dai giudici della Corte ciò che si intende ricomprendere nel concetto di "ambiente", ammettendo che si faccia esplicito riferimento a tutto ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani.

La parola "ecosistema" è, invece, usata per fare riferimento a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé[94]. Quantunque tali formulazioni abbiano dato la stura alle più svariate interpretazioni, ciò che rimane ferma è la cagione della riforma, cioè la volontà di riconoscere all'ambiente un'estesa e generalizzata salvaguardia[95].

È ragguardevole l'impegno del legislatore, attraverso le modifiche al testo costituzionale, di voler considerare l'ambiente come diritto fondamentale del singolo e della collettività, non limitandosi, dunque, a farlo assurgere come principio fondamentale. La Repubblica, pertanto, viene chiamata ad un'importante azione: quella di garantirne la tutela più ampia. Altro dato degno di nota è che dal testo del nuovo articolo 9 emerge una prospettiva che prima di quel momento non si era presa in considerazione, cioè l'interesse verso le generazioni future. Sussiste un vigoroso legame tra la salvaguardia dell'ambiente e la possibilità di garantire condizioni ottimali di vita alle future progenie[96]. La Costituzione italiana sancisce, con la novella del 2022, il dovere della Repubblica di adoperarsi con ogni mezzo per la tutela e la conservazione del patrimonio naturale e ambientale, soprattutto nell'interesse delle future generazioni. L'allarme che è stato lanciato dagli scienziati è quello di scongiurare i fenomeni di disequilibrio ambientale che potrebbero costare danni irreversibili e mettere a repentaglio la futura vita di esseri umani e animali nel pianeta[97]. Invero, di tale allerta si è anche fatta carico la Comunità Europea che ha messo in campo un ambizioso progetto, il Next Generation EU[98], con il proposito di inaugurare una nuova Europa verde utile non solo alle persone, ma anche al pianeta.

Ciascuno Stato, in osservanza dei principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale, è destinatario di un compito molto importante: quello di vigilare su un uso opportuno delle risorse naturali e sulla tutela dell'intero patrimonio in favore dell'intera umanità.

5. *La responsabilità ambientale degli Attori non statali*

Nel delicato panorama che si è tentato di tratteggiare nelle pagine precedenti, è emerso che accanto alle Istituzioni, un ruolo preponderante è svolto dagli attori privati. Le norme che vincolano tali soggetti e che promanano dall'alto, molto spesso, come dimostra la

[94] Al riguardo, specificamente, Corte costituzionale, sentenza n. 14 gennaio 2009, n. 12. In proposito si veda anche il *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" - Elementi per l'esame in Assemblea*, 8., al sito web della Camera dei deputati.

[95] Particolarmente illuminante, a tal proposito, è il *Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente"*, cit., 7. È autore di interessanti riflessioni in proposito della corretta interpretazione di parole come "ambiente" ed "ecosistemi" F. URSO, *Ambiente, ecosistema e biodiversità. Alcune riflessioni a partire da un progetto di revisione costituzionale*, in *Annali – Università Suor Orsola Benincasa*, Vol. I, 2021, 81 ss.

[96] A proposito del dovere di preservazione della fauna e del patrimonio ambientale la Consulta si era già espressa. Si veda la pronuncia della Corte costituzionale, 27 ottobre 1988, n. 1002.

[97] I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. emergenza e potere legislativo,* in *Rivista AIC*, n.1/2021*,* 116 ss.

[98] Next Generation Eu e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

cronaca giudiziaria più recente, non vengono rispettate. Malgrado i miglioramenti riscontrati attraverso i piani di mitigazione e adattamento da parte dei singoli Stati e nonostante l'impegno di molte aziende nel voler ottenere il cd. "*net-zero emissions*", la comunità nazionale è ancora ben lungi dal raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi.

In questo contesto si inseriscono, in diverse parti del Mondo, le controversie legali su base climatica, le c.d. *climate change litigations*, che registrano la contrapposizione tra privati cittadini o associazioni ambientaliste e Stati ovvero imprese multinazionali. Contro questi ultimi vengono intentate azioni legali che hanno come fondamento la responsabilità rispetto ai danni ambientali o climatici, che si suppone siano a questi attribuiti.

Il suddetto fenomeno è esemplificativo dell'inadeguatezza delle Istituzioni Statali nel fronteggiare le minacce che derivano dal cambiamento climatico e, dall'altro, si pone come un deterrente alla reiterata violazione dei diritti umani da parte delle grandi corporazioni, le cui politiche sono mosse dalla logica del profitto[99].

Risulta stimolante avviare una riflessione sulla cornice di tutela giurisdizionale dei diritti umani coinvolti, sia perché ci si trova in un'area di confine tra il diritto e le varie scienze[100], sia per l'eterogeneità degli attori interessati. Si tratta di porre attenzione sulla direzione in cui si muove in materia ambientale la sussidiarietà orizzontale.

Il tema relativo all'incidenza del canone della sussidiarietà orizzontale in materia potrebbe sembrare di difficile definizione e inquadramento. Ciononostante, questo permette di affrontare un punto nevralgico della questione "diritto dell'ambiente", che si presenta in continua evoluzione: quello del posizionamento del soggetto pubblico e dei soggetti privati nel perseguimento di un grado di tutela dell'ambiente quanto più efficace e soddisfacente[101].

Generalmente, quando si parla di sussidiarietà orizzontale, si fa riferimento all'intervento del soggetto pubblico che si inserisce solo quando i privati non siano in grado di svolgere adeguatamente i compiti loro attribuiti. Tuttavia, in materia ambientale sembrerebbe che ci si trovi dinnanzi ad un fenomeno inverso: un ritorno in capo ai privati di funzioni che i soggetti pubblici, da soli, non riescono a svolgere o non riescono a farlo in maniera apprezzabile[102]. Benché si trovino in posizioni differenti, possiedono alcune caratteristiche comuni: ambedue devono aver riguardo agli obblighi in materia di cambiamento climatico, salvaguardare i diritti soggettivi e l'obbligo a cui sono chiamati appare del tutto improcrastinabile. Da un lato, come si è ampiamente esposto, detti obblighi incombono sugli Stati[103], dovendo questi garantire una tutela dei diritti umani "*ex ante*".

Vi è, però, un secondo significato di tali obblighi, che interviene in un momento successivo: la tutela dei diritti umani che sono già stati lesi. Tale tutela, che si configura come "*ex post*" si presenta come responsabilità da fatto illecito e può essere diretta sia nei confronti del soggetto statale[104] che dell'attore privato[105].

---

[99] L. MINGIONE, *Environmental accountability e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico*, cit., 217 ss.

[100] F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, San Sepolcro, 2017, 200 ss.

[101] A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, in Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente, n. 3/2015, 2 ss.

[102] A. FARÌ, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche*, cit., 22 ss.

[103] V. par. 3.

[104] Si veda, ad esempio, l'azione legale "*A Sud et al. v. Italy*" che trova come fondamento l'art. 2043 c.c.. La versione italiana è stata tradotta da M. CARDUCCI, R. CESARI, L. SALTALAMACCHIA, *"Giudizio Universale". Quaderno di sintesi dell'azione legale,* Napoli - Lecce, 5 giugno 2021.

Gli attori di cui trattasi, nei casi sopracitati, vengono accusati di aver posto in essere una condotta lesiva di tipo commissivo ovvero omissivo. Viene imputata loro la lesione di un interesse giuridicamente rilevante e ne viene ricostruita la responsabilità sulla base della sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito civile e del nesso di causalità.

In linea di massima, i giudizi di questo tipo si concludono con l'affermazione di una responsabilità che conduce ad una condanna ad un onere specifico: quello di dare compimento alle normative pattizie. Tuttavia, benché fuori dal contesto europeo, vi sono sentenze nelle quali ci si spinge verso un'equa riparazione e ristoro del danno subito[106].

Difatti, quando una multinazionale viene condannata, la responsabilità che induce al risarcimento del danno è fondata sul dovere di *neminem laedere*. È notorio lo sbilanciamento di tutela tra i diritti costituzionali, molto di frequente volto a favore della libertà di iniziativa economica. Di talché, la salvaguardia dei diritti fondamentali (quali il diritto alla salute, ad un ambiente salubre ecc.) assume importanza in un momento successivo: quando il pregiudizio si sia compiuto e soltanto dopo aver adito l'organo giudiziario e, dunque, che si sia registrato il coinvolgimento dello Stato.

Orbene, sembra lecito domandarsi se non possa risultare maggiormente funzionale un cambio di prospettiva, assumendo come destinataria diretta degli obblighi in tema di ambiente la singola corporazione. In tal modo, la multinazionale verrebbe ad essere considerata quale soggetto in grado di adeguarsi al rispetto dei vincoli di salvaguardia dei diritti umani, evitando che si debba attendere l'interposizione dello Stato. Ha preso posizione sul punto una parte importante degli studiosi di diritto che si è soffermato sullo studio dell'effetto orizzontale dei diritti costituzionali[107].

Teubner, nei suoi scritti, si domanda se i diritti fondamentali si possano considerare direttamente vincolanti nei confronti dei soggetti privati che agiscono in ambito transnazionale[108]. È evidente che, in un settore siffatto, ancor di più che in altri, agire in un'ottica di partenariato pubblico-privato potrebbe rivelarsi una scelta risolutiva.

Il caso Shell, un *unicum* nella storia, testimonia la condanna di un tribunale verso una multinazionale alla riduzione delle emissioni di gas serra del 45% entro il 2030. Di conseguenza, ogni attore privato che opera sul fronte transnazionale viene invitato a riesaminare le proprie politiche aziendali interne e assoggettato a conformarsi al rispetto degli obblighi derivanti dall'Accordo di Parigi. Gli scritti di Teubner offrono una visione particolarmente illuminante del *modus operandi* delle grandi imprese multinazionali. Si evince, dal suo pensiero, che tali soggetti consolidano delle forme poderose di razionalità economica[109] destinate, tuttavia, a confliggere con i diritti umani[110]. Deve prendersi atto che,

---

[105]Valicando la cornice del diritto nazionale, si veda W. FRANK, C. BALS, J. GRIMM, *The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts*, in R. Mechler., L. Bouwer, T. Schinko, S. Surminski, J. Linnerooth-Bayer (a cura di), *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management*, *Policy and Governance*, Springer, Cham, 2019, 475-482.

[106] Prendendo spunto dal contesto latino-americano Cfr. M.A. MALISKA, D.M. PARCELLI, *O Caso Vilcabamba e El Buen VIvir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico*, in *Seqüência*, n. 77/2017, 149-176.

[107] S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, in *Michigan Law Review*, 2003, 387-459. Vedi anche G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo* (trad. it. a cura di L. Ceppa), in *Rivista critica del diritto privato*, Marzo 2006, 9 ss.

[108] G. TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'università di Macerata*, 2010, 45 ss.

[109] G. TEUBNER, *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, cit., 48.

[110] G. TEUBNER, *Un caso di corruzione strutturale? La fideiussione dei familiari nella collisione di logiche d'azione incompatibili (BVerfGE 89, 214 ss.)*, in P. Femia (a cura di), Drittwirkung*: principi costituzionali e*

nella società odierna, chi produce il diritto non è più soltanto il legislatore statale. Infatti, vi si affiancano attori privati, scaturendone un eterogeneo quadro di fonti che viene arricchito dal diritto cd. "transnazionale[111]", prodotto dalle grandi organizzazioni collettive[112].

6. *Possibili scenari: sfide e prospettive per i giuristi in tema di ambiente*

Appare particolarmente urgente, nell'attuale momento storico, il bisogno che i diritti fondamentali vengano garantiti direttamente dai soggetti privati, grazie all'adozione di politiche interne, realizzate con immediatezza[113]. Giunti alla conclusione, sembra potersi affermare, senza incertezze, l'esistenza di una frammentazione della società contemporanea, nella quale emergono nuovi sistemi, che portano con sé nuovi valori, bisogni e prospettive. Gli operatori del diritto, dunque, divengono i detentori del potere di disciplina del "caos". Cosa può fare il giurista in un quadro così articolato? Può senz'altro guidare il soggetto privato nel potenziamento di una sorta di "autolimitazione interna[114]" cercando di correggere i suoi comportamenti e indirizzarlo verso un'ottica di tutela preventiva dei diritti menzionati.

È oltremodo importante che l'agente interiorizzi i valori di transizione ecologica e rispetto dell'ambiente nella propria razionalità commerciale[115]. Entrano in gioco non soltanto obblighi di natura etica, giacché si tratta di salvaguardare la salute delle generazioni presenti e di quelle future; ma, al contempo, si tratta anche di garantire i doveri inderogabili di solidarietà, cristallizzati in ogni ordinamento costituzionale, che vanno contemperati con le esigenze della comunità[116]. Si parla di passaggio da una imposta responsabilità individuale ad una "consapevole responsabilizzazione collettiva" che si traduce nella concretizzazione di una "*environmental accountability*" intesa come mezzo per salvaguardare i diritti umani, in un'ottica non di sostituzione, ma di integrazione rispetto alla regolamentazione nazionale e internazionale[117].

---

rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca, in *La cultura del diritto civile. Studi della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, ESI, Napoli, 2018, 207 ss.

[111] Definito da G. TEUBNER, in *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali*, cit., 49, come un vero e proprio «*diritto globale senza Stato*».

[112] L. MINGIONE, *Environmental accountability e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico*, in *federalismi.it*, n. 2/2023, 223.

[113] Questo pensiero è ricavabile sempre dagli scritti di G. TEUBNER, *La giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?* in *Collana di testi critici del Dipartimento di studi europei e mediterranei della Seconda Università degli studi di Napoli*, Edizioni Città del sole, Napoli, 2008, 17-63.

[114] Cfr. G. TEUBNER, *La matrice anonima*, cit., 13; G. TEUBNER, I. HENSEL, *Matrix Reloaded*, *Matrix Reloaded. Critica dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali centrato sullo Stato sull'esempio del* publication bias *(errore sistematico di pubblicazione)*, aprile 2015, 1 ss., disponibile sul sito web dell'Istituto Svizzero ,15-16.

[115] Si segnalano alcuni importanti contributi sul tema, tra i quali quello di M. PENNASILICO, *Il "contratto ecologico" tra Italia e Cina: verso un nuovo paradigma giuridico* e V. JACOMETTI, *Gli strumenti contrattuali a servizio dell'ambiente: tendenze e sviluppi in prospettiva comparatistica*, tutti in AA.VV., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, 2021,139-229.

[116] Il principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. veniva legato da S. RODOTÀ all'art. 41, comma 2, Cost. Sebbene in tempi antecedenti alla riforma costituzionale, egli aveva intravisto nel principio di solidarietà una garanzia alla salvaguardia dell'ambiente. Il rispetto dei valori ambientali funge da argine contro le iniziative economiche, molto spesso spregiudicate. Tra le sue opere, vedi in particolare S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, in *Studi di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

[117] L. MINGIONE, *Environmental accountability e tutela dei diritti umani nel contrasto al cambiamento climatico*, cit., 226.

COLLABORATORI DEL VOLUME

Salvatore Aleo
(già) Professore Ordinario di Diritto Penale, Università di Catania

Federica Azzolina
Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore",

Paolo Bargiacchi
Professore Ordinario di Diritto internazionale, Università di Enna "Kore"

Gaetano Calcagno
Dottorando in Scienze Economiche aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Claudia Calipari
Dottoranda in Filosofia politica, Università di Catania

Maria Giorgia Caraceni
Dottoranda in Storia delle dottrine politiche, Università di Roma "Guglielmo Marconi"

Emmanuel Cartier
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Lille

Stefania Caruso
Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Civile, Università della Calabria

Giorgia Chiaramonte
Dottore di Ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Luca Collura
Dottore di ricerca in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Alessandro Corbino
(già) Professore Ordinario di Diritto Romano, Università di Catania

Guido Corso
Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università "Roma Tre"

Chiara Finocchiaro
Dottoranda in Diritto Costituzionale, Università di Catania

Antonella Galletti
Professoressa a contratto di Diritto dell'Unione Europea, Università di Enna "Kore"

Claudia Gianninò
Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Francesco Guarino
Dottorando in Scienze Economiche aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Renato Ibrido
Professore Associato di Diritto Pubblico comparato, Università di Firenze

Silvia Jelo di Lentini
Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Ida Angela Nicotra
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Catania

Salvatore Malluzzo
Dottorando in Studi Europei, Università di Enna "Kore"

Giulia Migliazzo
Dottoranda in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Evelina Cataldo
Dottoranda in Scienze Giuridiche e Politiche, Università di Roma "Guglielmo Marconi"

Alessandro Morelli
Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Messina

Alice Pepi
Borsista di Diritto Pubblico Comparato, Università di Enna "Kore"

Edoardo Maria Platania
Dottorando in Diritto Costituzionale, Università di Catania

Miriam Pontillo
Dottoressa di ricerca in Scienze Politiche, Università di Catania

Ulrike Haider Quercia
Professore Associato di Diritto Pubblico comparato, Università di Roma "Guglielmo Marconi"

Alberto Randazzo
Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Messina

Alessio Mario Riccobene
Dottorando in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche, Università di Enna "Kore"

Antonio Ruggeri
Professore Emerito di Diritto Costituzionale, Università di Messina

Vincenzo Telaro
Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale, Università di Catania

Fausto Vecchio
Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Enna "Kore"

Giuseppe Vecchio
(già) Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Enna "Kore"

La complessità di un mondo caratterizzato da un continuo sovrapporsi di situazioni di crisi mette in discussione i concetti giuridici che abbiamo imparato a conoscere negli ultimi decenni. L'impressione che si ricava è quella di una ormai insanabile rottura con l'esperienza giuridica inaugurata negli anni immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale: in controtendenza rispetto a un movimento storico orientato a negare le categorie che lo ius publicum europaeum *ha desunto a partire dalla nozione di sovranità, l'epoca che viviamo sembra segnata da un irresistibile desiderio di ritorno alla sovranità e ai suoi corollari.*

Le conseguenze di questa crisi delle idee su cui si è retto l'ordine globale non sono solo teoriche. I primi effetti concreti della crisi dell'armamentario concettuale post-vestfaliano *si manifestano sotto forma di guerre dal sapore ottocentesco, di sempre più perduranti stati di eccezione, di inimmaginabili diffusione di "democrature" illiberali, di negazioni di diritti considerati basilari e di crisi irreversibile di organizzazioni internazionali come le Nazioni unite o l'Unione europea che ogni giorno mostrano la loro inadeguatezza e mai come oggi sono state percepite tanto anacronistiche e disfunzionali. Gli esempi molto probabilmente potrebbero continuare.*

Per quanti credono che il diritto possa dare un contributo ordinato allo sviluppo di relazioni umane pacifiche e civili, diventa allora essenziale ritornare a proporre riflessioni sulle categorie generali del diritto che, tenendo in considerazione gli errori sia del passato remoto che di quello più prossimo, sappiano indicare soluzioni adatte ai drammi del presente.

CONSULTA·ONLINE
ISBN:·979-12-813260-1-9